
CIENCIAS PENALES

Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica

AGOSTO 2014

AÑO 24, N° 29

ISSN 1409-0643

DOCTRINA EXTRANJERA

• El control de la criminalidad en una sociedad democrática. Ideas para una discusión conceptual

Alberto M. Binder

• Tendencias actuales en los sistemas procesales penales europeos e iberoamericanos

Prof. Dr. Dr.h.c. Juan-Luis Gómez Colomer

DOCTRINA NACIONAL

• Principales reformas al Código Procesal Penal

Prof. Magíster. José Manuel Arroyo Gutiérrez

• Los mecanismos alternativos para la solución de conflictos en la legislación procesal penal costarricense. Origen y aplicación

Dr. Mario A. Houed Vega

• Proceso abreviado y flagrancia en Costa Rica

Lic. David Hernández Suárez

• Oralidad e inquisición: reflexiones sobre el procedimiento de flagrancia

Msc. José Joaquín Ureña Salazar

• La sentencia oral: ¿justicia pronta y cumplida?

Licda. Ana Isabel Solís Zamora

• La derogación tácita del artículo 871 del código civil según la interpretación judicial predominante

Prof. Lic. Carlos Manuel Estrada Navas

• El sobreseimiento provisional en la jurisprudencia penal costarricense

Msc. Frank Harbottle Quirós

• “La tutela internacional de los derechos de los menores costarricenses, la violencia doméstica y unión del núcleo familiar”

Prof. Alfonso Chacón Mata

• La cúpula administrativa del Poder Judicial

Daniel González Alvarez





ASOCIACIÓN DE
CIENCIAS PENALES

C O S T A R I C A

CONSEJO EDITORIAL

Daniel González Alvarez, Director

Javier Llobet Rodríguez

Yamura Valenciano Jimenez

Ulises Zúñiga Morales

Alexander Rodríguez Campos

Alfredo Chirino Sánchez

DIRECCION POSTAL

Colegio de Abogados, Edificio Fundadores

San José , Costa Rica

Te l/Fax (506) 2283-5722

Correo electrónico: acpcr@ice.co.cr

Página Web: www.cienciaspenalescr.com

www.facebook.com/asociacion.cienciaspenalescr

CONSEJO CONSULTIVO INTERNACIONAL

Dr. Kai Ambos	Alemania
Dr. Wolfgang Schöne	Alemania
Dr. Raúl Zaffaroni	Argentina
Dr. Alberto Binder	Argentina
Dr. Julio B.J. Maier	Argentina
Dr. Alejandro Colanzi Z.	Bolivia
Dra. Ada Pellegrini Grinover	Brasil
Dr. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre	España
Dr. Antonio González Cuéllar	España
Dr. Vicente Gimeno Sendra	España
Dr. Juan Luis Gómez Colomer	España
Dra. Elena Larrauri Pijan	España
Dr. José María Asencio Mellado	España



ASOCIACIÓN DE
CIENCIAS PENALES

C O S T A R I C A

*JUNTA DIRECTIVA
ASOCIACIÓN DE CIENCIAS PENALES
2014-2015*

Javier Llobet Rodríguez, Presidente

Ulises Zuñiga Morales, Vicepresidente

Yamura Valenciano Jiménez, Secretaria

Ana Iabel Solís Zamora, Tesorera

Alexander Rodriguez, Vocal

Alfredo Chirino Sánchez, Fiscal

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.

Portada con ilustración digital realizada por Johnny Villares B. denominada "Guau"

REQUISITOS PARA PUBLICAR EN LA REVISTA

La persona que desee publicar en la Revista debe enviar su artículo al Consejo Editorial a la dirección de correo electrónico de la Asociación:

acpcr@ice.co.cr

El artículo debe confeccionarse en Word, en principio con no más de 50,000 caracteres y debe tratarse de un trabajo inédito en el país. El autor debe indicar en forma expresa si el trabajo ha sido publicado con anterioridad, suministrando los datos que permitan identificar la edición.

Debe incluirse un sumario del artículo no mayor de media página y además el currículum del autor, indicando en especial su ocupación actual y correo electrónico.

INDICE

EDITORIAL.....	7
----------------	---

DOCTRINA EXTRANJERA

1. El control de la criminalidad en una sociedad democrática. Ideas para una discusión conceptual <i>Alberto M. Binder</i>	8
2. Tendencias actuales en los sistemas procesales penales europeos e iberoamericanos <i>Prof. Dr. Dr.h.c. Juan-Luis Gómez Colomer</i>	34

DOCTRINA NACIONAL

3. Principales reformas al Código Procesal Penal <i>Prof. Magíster. José Manuel Arroyo Gutiérrez</i>	56
4. Los mecanismos alternativos para la solución de conflictos en la legislación procesal penal costarricense. Origen y aplicación <i>Dr. Mario A. Houed Vega</i>	77
5. Proceso abreviado y flagrancia en Costa Rica <i>Lic. David Hernández Suárez</i>	131
6. Oralidad e inquisición: reflexiones sobre el procedimiento de flagrancia <i>Msc. José Joaquín Ureña Salazar</i>	154
7. La sentencia oral: ¿justicia pronta y cumplida? <i>Licda. Ana Isabel Solís Zamora</i>	175
8. La derogación tácita del artículo 871 del código civil según la interpretación judicial predominante <i>Prof. Lic. Carlos Manuel Estrada Navas</i>	186
9. El sobreseimiento provisional en la jurisprudencia penal costarricense <i>Msc. Frank Harbottle Quirós</i>	209
10. “La tutela internacional de los derechos de los menores costarricenses, la violencia doméstica y unión del núcleo familiar” <i>Prof. Alfonso Chacón Mata</i>	245
11. La cúpula administrativa del Poder Judicial <i>Daniel González Álvarez</i>	280

EDITORIAL

Nuestro país continúa tristemente distinguiéndose en la región por mantener uno de los más rígidos e inflexibles sistemas de justicia penal, que carece de instrumentos apropiados para aplicar medios alternativos de solución de controversias durante el proceso y carece también de adecuados institutos de sustitución de las sanciones penales durante la ejecución.

Desde la perspectiva procesal no ha sido suficiente que hayamos incorporado en la legislación los mecanismos de conciliación y de reparación integral del daño ocasionado con el delito, para que exista una aplicación significativa de esas medidas alternativas, como ocurre en la mayoría de los países de la región, pues en nuestro sistema apenas un dos por ciento de los casos se resuelven por esta vía.

Carecemos además de las denominadas penas alternativas para delitos leves, sin grave violencia sobre las personas y aquellos de carácter patrimonial, así como de sustitutivos adecuados durante la ejecución de las penas, no obstante que hace ya algunos años se debatía en Congreso la posible adopción de un Código Penal que no solo actualizara una buena cantidad de figuras delictivas a las modalidades modernas, e incorporara otras conductas en especial realizadas en la administración pública contra los bienes comunes, sino además que introdujera las penas sustitutivas para conductas leves e insignificantes.

La falta de aplicación de mecanismos alternativos y sustitutivos en nuestro sistema penal ha provocado una verdadera crisis, tanto en el sistema de administración de justicia, como en el sistema penitenciario, con grave afectación para los ciudadanos y en particular para las víctimas de delito.

En el sistema de administración de justicia se ha producido una verdadera crisis por la existencia de una abultada saturación de asuntos en trámite en nuestros tribunales penales, con verdadero detrimento para todos, para los asuntos leves, porque éstos pudieron resolverse de manera rápida, sencilla y barata por medio de una conciliación, donde a la víctima se le repare adecuadamente el daño, y además se ha afectado el trámite de los asuntos graves que no pueden resolverse por medios alternativos, porque la acumulación de asuntos provoca que los jueces deban dedicarle atención a una excesiva cantidad de asuntos, tanto leves como graves, sin que puedan darle mayor atención a los casos más graves y que afectan en mayor medida a las víctimas y a la ciudadanía.

Además, la falta de aplicación de medidas sustitutivas de la sanción penal también ha provocado una sobrepoblación en nuestras cárceles, al extremo de que ya pasamos a estar en la mira de las organizaciones internacionales de derechos humanos, no obstante ser este un país que se ufana de ser respetuoso de los derechos ciudadanos, y lo incluye entre sus características como marca.

Por esas razones resulta indispensable un adecuado programa de implementación de medidas alternativas en materia penal, a través de oficinas con personal suficiente e idóneo que propicie el uso de esos mecanismos en favor de las víctimas de delito, con el fin de que sean resarcidas de los daños que les han ocasionado, en especial en delitos leves o de mero contenido patrimonial.

También es necesario retomar la discusión, abandonada hace varios años en el archivo de nuestra Asamblea Legislativa, sobre el posible uso de las penas alternativas y los sustitutivos durante la ejecución penal en nuestro país. El uso de brazaletes electrónicos no solucionará ninguna de las crisis que mencionamos, pero observen como nos cuesta tomar decisiones al respecto.

EL CONTROL DE LA CRIMINALIDAD EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA. IDEAS PARA UNA DISCUSIÓN CONCEPTUAL

Alberto M. Binder

Director del CEPPAS (Centro de Políticas Públicas para el
Socialismo. www.ceppas.org)
Miembro de la Comisión Directiva del Instituto
Latinoamericano de Seguridad y Democracia ILSED
www.ilsed.org y miembro fundador del Instituto de Estudios
Comparados en Ciencias Penales INECIP www.inecip.org.



"Cuarteto", ilustración digital de Johnny Villares B. 2012

Resumen: En el presente trabajo, se trata el tema de la seguridad y el control de la criminalidad en el contexto de una sociedad democrática. Ante la advertencia de la gravedad del problema de la criminalidad, existe una falta de ideas y de profundidad, además de una ausencia de políticas efectivas, lo que ha llevado a un alto grado de impotencia frente a este fenómeno. Con esto, se ha caído en un conservadurismo carente de ideas, poco dispuesto a profundizar en el análisis y menos aún dispuesto a arriesgar en el diseño de políticas complejas que permitan enfrentar un fenómeno social también complejo y multifacético. En esta ponencia se busca sentar las bases de un análisis más extenso del problema, detectar las líneas instrumentales de trabajo para revertir el inmovilismo y establecer, de modo general, los temas que deberían formar una agenda de largo plazo para afrontar con energía, creatividad y razonabilidad, el problema de la criminalidad.

Palabras clave: Criminalidad, sociedad democrática, políticas de seguridad, inseguridad ciudadana.

Abstract: In this paper, we develop the issue of security and crime control in the context of a democratic society. At the warning of the seriousness of criminality, there is a lack of ideas and depth, along with a lack of effective policies, which has led to a high degree of impotence against this phenomenon. With this, it has fallen into conservatism devoid of ideas, unwilling to further analysis and even less willing to risk in the design of complex policies to also face this complex and multifaceted social phenomenon. In this paper, we seek to lay the foundations for a more extensive analysis of the problem, detect instrumental lines of work to reverse the immobility and establish, in general, the topics to be forming a long-term agenda to deal with energy, creativity and fairness, the problem of crime.

Keywords: Criminality, democratic society, security policies, citizen insecurity.

I NECESIDAD DE UN CAMBIO DE PARADIGMA

El debate sobre los problemas de seguridad en nuestro país transita por carriles superficiales. Si bien ha aumentado la intensidad, extensión y profundidad de la inquietud por los temas referidos a la inseguridad personal y colectiva y todos los dirigentes políticos o sociales comparten la preocupación “por dar cuenta de su preocupación” por este tema, es poco lo que podemos mostrar como verdaderos avances en el análisis, comprensión y diseño de soluciones frente al avance real de la criminalidad o el miedo frente a la inseguridad.¹

Mucho menos aún podemos mostrar el diseño o la ejecución de políticas de seguridad o políticas criminales que superen las meras promesas de acabar con los criminales, ya sea a cualquier precio o mediante la aplicación irrestricta de ley. La conjunción de un problema grave, que es percibido socialmente como grave, la falta de ideas y profundidad, sumado a la ausencia de políticas verdaderamente eficaces ha generado un círculo vicioso que poco a poco va generando la idea de que la inseguridad es un fenómeno natural que no podemos revertir y que debemos resignarnos a vivir bajo esas condiciones como el costo insoslayable de la vida moderna. Por otra parte, en el mismo nivel de impotencia se sitúan las respuestas mágicas, según las cuales acabar con la criminalidad y el problema de la inseguridad es sólo un asunto de decisión política, de bravura personal y de honestidad.

De este modo la sociedad fluctúa entre la sensación de peste y el mesianismo que promete una salvación milagrosa, sin advertir que ambos extremos forman parte de una misma actitud frente al problema: un conservadurismo carente de ideas, poco dispuesto a profundizar en el análisis y menos aún dispuesto a arriesgar en el diseño de políticas complejas que nos permitan enfrentar un fenómeno social también complejo y multifacético. Producto del miedo y la incertidumbre, este conservadurismo conceptual y práctico se nutre de la intuición de que si bien las cosas en este tema van mal, bien pueden estar peor y, en el fondo, mientras no tengamos una experiencia dolorosa que afecte directamente nuestros intereses, podemos ser espectadores asustados o asqueados, pero espectadores al fin de la desgracia ajena. El inmovilismo que hoy caracteriza a la dirigencia en este tema se ha convertido, mientras tanto, en un negocio de múltiples intereses. Ello contribuye aún más a que, pese a las proclamas, poco se avance en el rediseño de las políticas de seguridad. En esta ponencia buscaremos sentar las bases de un análisis

1 Esta situación no es exclusiva de nuestro país. Dice Philippe Robert, refiriéndose al entorno europeo: “La seguridad de las personas y de sus bienes se ha elevado al nivel de los problemas sociales sobre los que se discute sin saber muy bien cómo resolverlos, de manera que su exacerbación lo convierte en capital político para quien sepa manipularla. Uno acaba por preguntarse si el avión realmente lleva piloto o, dicho de otro modo, si existe realmente alguna política más allá del crecimiento continuo, pero poco eficaz, de unos medios puestos al servicio de unas prácticas inalterables, sin voluntad alguna de evaluar su efectividad”. “El ciudadano, el delito y el Estado”, ed. Atelier, versión española de Amadeu Recasens y *Anabel Rodríguez*, 2003, pg. 30.

más extenso del problema, detectar las líneas instrumentales de trabajo para revertir el inmovilismo y establecer, de modo general, los temas que deberían formar una agenda de largo plazo para afrontar con energía, creatividad y razonabilidad el problema de la criminalidad, la inseguridad y el diseño de algunas de las políticas elementales para responder a estos fenómenos.

En primer lugar debemos preocuparnos por analizar el fenómeno mismo de la criminalidad, como primera dimensión objetiva de la situación general.² En este primer paso ya encontramos graves dificultades, vinculados con la información y el análisis de la información. La producción de información en la Argentina en relación a los fenómenos de criminalidad adolece de grandes vacíos y deficiencias funcionales. En primer lugar, los recursos disponibles para producir información relevante son relativamente escasos. Existen reparticiones nacionales encargadas de producirlos (Dirección de Política Criminal, Dirección de Inteligencia Criminal, etc.) pero el nivel de planificación y coordinación conjunta entre éstas y otras fuentes de información nacional y provincial es muy débil. Los programas que se hicieron para generar un sistema nacional de información criminal no han logrado prosperar aún, pese a la urgencia proclamada por todos.³ Por otra parte, la información, ya sea que provenga de fuentes policiales o judiciales o nazca de fuen-

2 La idea de inseguridad y de "criminalidad" no son equivalentes pero sin duda están fuertemente relacionadas. La inseguridad, como ya es conocido, tiene componentes objetivos y subjetivos. El grado de desarrollo de las diversas formas de criminalidad es un componente de la dimensión objetiva, así como también lo es la percepción sobre la posibilidad o riesgo de ser víctima de algún delito, en particular los vinculados a la robo o a las agresiones de la dimensión subjetiva. Sin embargo, en el plano objetivo, también existen otras variables, tales como la vulnerabilidad social, las agresiones no delictivas, la falta de vínculos familiares de contención, la incertidumbre real frente al futuro, etc. Del mismo modo, estas variables objetivas generan miedo, ansiedad y sentimiento de fragilidad. De allí que si bien es escindible el problema de la criminalidad del tema de la inseguridad, ésta lo excede. De estas afirmaciones no se puede extraer la conclusión de que la inseguridad es simplemente una dimensión subjetiva y, por lo tanto, se trata solamente de reparar la confianza. Esta visión reduccionista nutre muchas propuestas meramente simbólicas, como las fundadas en los aumentos de penas. Todo esto es pertinente para nuestro país donde el estudio de las correlaciones entre las dimensiones subjetivas y objetivas están todavía en ciernes. Así lo señala Kosovsky, Darío en "Delito y Análisis de la Información en Argentina", en "El delito... cit, pg. 47 y ss... Ver también Robert. Op.cit. pg.182. La misma perspectiva, con mayor profundidad, en Kessler, Gabriel: "Miedo al delito y victimización en Argentina", "El delito, cit, pg 78 y 79 y ss. En particular ver en ese trabajo una diferenciación de los distintos planos que conforman lo que en términos ya muy genéricos llamamos "dimensión subjetiva" de la inseguridad. Por otra parte, también se tienen que tener en cuenta las diferencias entre política criminal (que siempre trabaja con algo que se ha definido como delito, con la política de seguridad que tiene un radio de acción (especialmente en lo preventivo o disuasivo) que puede no estar vinculado a conductas calificadas como delito, de allí que también las relaciones entre lo subjetivo y lo objetivo deben ser analizadas con diferencia cuando se trata de política de seguridad y política criminal.

3 No significa que no existan iniciativas, tales como el Sistema Nacional de Información Criminal (SINC) o el Sistema de Alerta Temprana (SAT) y proyectos de integración, pero se reconoce que "todavía existe una gran cantidad de información que actualmente no está siendo aprovechada". Ver "La Estadística Criminal y el aporte de la minería de datos" en "El delito en la Argentina post-crisis. Aportes para el desarrollo de las estadísticas públicas y el desarrollo institucional", Fundación F. Ebert y otros, Buenos Aires, 2007, pg.21. Coinciden Kosovsky (pg.72) y Kessler en la misma publicación.

tes autónomas o encuestas de victimización, tiene como lógica preponderante la de contar personas y casos. Cantidad de homicidios, robos, violaciones, realizadas por personas de tal edad, educación contra personas de tal o cual característica. No se sostiene aquí que estos datos sean irrelevantes, pero la información útil de las realidades sociales sobre las cuales puede intervenir la política criminal y de seguridad es muy escasa.

Es imprescindible aquí realizar una primera reconversión conceptual. Lo que denominamos el “fenómeno criminal” o criminalidad – tal como la denominaremos de aquí en más- no es una realidad natural sino que es el entrecruzamiento de fenómenos culturales (conflictividad) y políticas estatales (procesos de criminalización). Esta distinción es bastante usual en la criminología moderna⁴, pero no ha calado aún en los que debaten los problemas de seguridad en todos los niveles, los formuladores de políticas y los operadores del sistema penal. De hecho no forma parte del sentido común de los dirigentes. Volver sobre esta distinción es importante para lo que estamos tratando en este punto, es decir, las deficiencias en la producción y el análisis de la información.

En la dimensión social poco sabemos del desarrollo de la conflictividad en nuestro país. Y el conocimiento de esa base social es indispensable porque tras la construcción de todo delito siempre existe un conflicto que se pretende regular de un modo particular.⁵ Buena parte de los procesos de criminalización se hacen totalmente a ciegas frente a la conflictividad de base. Esto es más grave aún porque esa conflictividad de base existe en todos los delitos, aún aquéllos que están vinculados a la criminalidad común y que una mirada tradicional nos lleva a verlos por fuera de esa conflictividad de base y a dejar de analizarla.⁶ Tras este proceder hay

4 Ver Bergalli, Roberto; “Origen de las Teorías de la Reacción Social”, en “Crítica a la Criminología”, Ed. Temis, Bogotá 1982, pg. 175-178. El mismo postulado comparte toda la Criminología Crítica, enfocando además sus vínculos con las relaciones de dominación de la sociedad. Una visión más amplia de la idea de “dominación” y en especial el desarrollo de sus componentes simbólicos (como hace Bourdieu, por ejemplo) nos amplía mucho más el panorama sin caer en las visiones criticadas.

5 La idea de que tras todo delito subyace un conflicto suele no ser fácil de asimilar dada la larga historia del uso de instrumentos legales para definir delitos. Así lo determinante sería la violación a la ley y no su base social. Ello no implica necesariamente que exista una razón social determinante para cada delito, pero siempre existe una puja de intereses, por más que esté resuelta desde hace mucho tiempo en un determinado sentido. La base conflictual se ve clara cuando se afirma que no existe delito sin víctima, por más que la víctima sea un colectivo de personas, hasta llegar a la sociedad como agrupamiento general. En el marco del “derecho penal infraccional” queda oculta esta relación con el conflicto primario, dada la primacía del “conflicto secundario. Ver para más detalle: Binder, Alberto; Tensiones político-criminales en el proceso penal, ponencia para el XXVI-II Congreso Colombiano de Derecho Procesal. El desarrollo claro del “derecho penal infraccional como núcleo del modelo inquisitorial se puede ver en Foucault, Michel: La verdad y las formas jurídicas, Ed. Gedisa, pg. 75 y ss. También relata el mismo proceso Robert, op. cit. pg. 39 y ss.

6 Por ejemplo, el robo, el hurto, el homicidio doloso no son categorías válidas para mostrarnos estos fenómenos y están atrapadas todavía en el juridicismo. Por ejemplo, en los delitos contra la propiedad vinculados a la subsistencia, es obvia la raíz conflictual. En aquéllos donde se juega una posición de prestigio también. En los robos aprovechando situaciones de disponibilidad (su-

cuestiones de fondo. En primer lugar subsiste la idea de orden como paradigma elemental de comprensión de este fenómeno. Según esta visión, toda conflictividad es un “desorden” y como tal un desequilibrio de la armonía social que debe ser restablecida. La fuerza de este paradigma del orden proviene de sus largas raíces históricas, que han acompañado el desarrollo del pensamiento político occidental.⁷ Se trate del orden natural propio del pensamiento grecorromano, del orden teologal de la edad media o del orden racional del Humanismo y la Ilustración, el molde de una sociedad ordenada y estamental ha calado muy hondo en nuestra comprensión de los fenómenos sociales. Según este paradigma, el fenómeno criminal es un caso especialmente grave de desorden social o de desviación del equilibrio social.

Una política de seguridad es, en consecuencia, una política de restablecimiento del orden. Esta ecuación tan simple, ha fundado en gran medida todas las políticas de seguridad hasta el presente y su aparente simpleza es tanto la razón de su fuerza como de su ineficacia. Su tosquedad es tan evidente y grave como si la política económica se hubiera estancado en los postulados mercantilistas o fisiócratas de hace más de doscientos años. Más grave aún porque a ningún economista se le ocurre hoy, sea de derechas o de izquierdas, quedar atrapado en esas ideas. Por el contrario, el discurso de seguridad no tiene problemas, hoy por hoy, con su primitivismo.⁸

El problema central no es, en definitiva, demostrar la ilusión de la idea de orden, como imposibilidad fáctica en el curso histórico del proceso social, siempre atravesado y necesitado de conflictos para renovar sus formas sociales, con base

permercados, etc.) no es tan difícil construirla. Paradójicamente uno de los fenómenos estudiados en nuestro país con mayor pobreza conceptual sigue siendo la llamada delincuencia tradicional.

7 “La visión conflictiva de la sociedad posee unos credenciales por lo menos tan venerables y profundos como los de la versión armónica u orgánica. No obstante, y por razones en demasía obvias, el conservadurismo inherente a esta última visión le ha dado mayores oportunidades para convertirse en doctrina aceptable para los príncipes de este mundo, dentro y fuera de la teoría social estricta, es decir, tanto en la filosofía de la sociedad como en la ideología. Ello es tan cierto de la *Política* de Aristóteles y de la *Summa* de Santo Tomás como lo es de la llamada “teoría de las clases sociales no antagónicas” de Stalin, al margen del abismo que separa a las primeras de la última. Es posible que también tenga esto que ver más de lo que a primera vista parece con la cuestión de cual de las dos alternativas principales ha sido verdaderamente hegemónica en la sociología moderna, desde 1835 hasta 1970 por lo menos. “Giner, Salvador: “El Progreso de la conciencia sociológica” Ed. Península, 1974. Pg. 177.

8 Una observación aparentemente pueril puede servir de ejemplo. Es bastante común que en los programas de televisión o radio, se convoque a especialistas a discutir políticas de seguridad sobre la base de un caso, por ejemplo, frente a una madre a quien le han matado un hijo. Es obvio que frente al caso priman elementos de indignación o dolor que dificultan el análisis de generalidades. Por el contrario sería casi imposible que a un economista se lo pusiera delante de un caso igualmente dramático (por ejemplo frente a una persona que no tiene dinero para alimentar o educar a sus hijos o no consigue trabajo desde hace una década) y se le pidiera que hiciera observaciones de política económica. Esto no significa, por supuesto, que las políticas no deban resolver “casos” sino el reconocimiento de que funcionan en otra escala. Lo que sería inaceptable para el economista lo es también cuando se discute políticas de seguridad, pero el distinto nivel de aceptabilidad de estas prácticas muestra diferencias notables de desarrollo y de percepción social.

en las expectativas y valores de las nuevas generaciones. De lo que se trata es de señalar que la idea o la ilusión del orden no es una idea democrática y que ella, menos aún, sirve para fundar una interpretación del fenómeno criminal y de las políticas que crean y responden a ese fenómeno. En primer lugar es evidente que la idea misma de orden, por su remisión a la naturaleza, a Dios o a la Razón, establece un principio absoluto que se sustrae al debate democrático y, en el plano histórico, ha significado un sector social que se autodefine con mejor capacidad para comprender los alcances y exigencias de ese orden, derivando necesariamente en una estructura estamental. Pero, por otra parte, y es el tema que más nos interesa para el desarrollo de los conceptos que proponemos renovar, la ilusión del orden ha fundado una visión esquemática, lineal y simplista del conjunto de fenómenos atrapados por las políticas de seguridad. Es llamativa la resistencia a abandonar esta idea, muchas veces simplemente por razones emocionales, además de teóricas o conceptuales.

Una de las mayores razones de su fuerza semántica proviene del hecho de que su contrario es asimilado inmediatamente con una situación catastrófica para los seres humanos (anarquía, caos, violencia, etc.) sin que ello sea analizado con mucha profundidad. Otras veces la fuerza emocional de la palabra es tal que se prefiere ampliar su sentido hasta el punto en que significa otra cosa: claro que todo intento de acción política puede ser incluido en un concepto amplísimo de orden, lo mismo que prácticamente toda acción cultural. De ese modo toda sociedad o toda cultura siempre producen o tendrían un orden. Pero esa ampliación del concepto diluye el sentido con el que se lo ha utilizado históricamente y convierte a la idea de “orden” en un sinónimo de Estado, política o cultura. Todo por salvar la pervivencia de un concepto que nos conviene comenzar a desplazar si queremos pensar los problemas de convivencia desde una base democrática.

Una visión democrática del control de la criminalidad no se debe fundar en la idea de orden. Esto pareciera afectar al sentido común –y la superación de la fácil evidencia del sentido común es una de las tareas principales del trabajo teórico– pero, como ya hemos dicho, su superación es insoslayable para asumir un modelo complejo y eficiente de tratamiento y respuesta a este tema. Abandonar la idea de orden no significa, de ninguna manera, proponer una política permisiva respecto a la criminalidad. Tampoco implica lo contrario. La idea de permisivismo, intransigencia, debilidad, o fortaleza, etc. son inaplicables a este primer plano de análisis. La idea de orden debe ser remplazada por la idea de gestión de conflictividad.

Esto no es un mero cambio de nombres sino un cambio de paradigmas.⁹ La

9 “Las teorías conflictuales de la criminalidad no son teoría de mediano alcance, (...) Parte, por el contrario, de una teoría general de la sociedad en la cual el modelo del conflicto es fundamental. (...) Para comprender esta realidad es menester proceder –proclama Dahrendorf a una revolución copernicana en el pensamiento sociológico, esto es, entender el cambio y el conflicto no ya como desviación de un sistema “normal” y equilibrado, sino como características normales y universales de toda sociedad”. Baratta, Alessandro; “Criminología Crítica y Crítica al Derecho Penal” Ed. S XXI 1986 pg. 125 y 126. como podemos ver estos enfoques tanto en la sociología como en la Criminología no son “nuevos” (aunque su consolidación como una perspectiva con

idea de orden funda una determinada creación y comprensión del fenómeno criminal y funda a las políticas de seguridad y criminal como políticas de orden. Los conceptos tradicionales de orden público, orden interior, incluso seguridad pública y seguridad interior están, en gran medida, asentados sobre esa idea. En este marco las políticas de seguridad interior, la política criminal y, muchas veces, la política judicial, son formas de la política de orden interior. Desde el paradigma de la gestión de la conflictividad esas políticas son, precisamente, políticas de gestión de los conflictos y construyen el sistema institucional de gestión de la conflictividad.¹⁰ La diferencia conceptual no es menor a los efectos de la comprensión del problema criminal y, menos aún, para el diseño de las políticas de seguridad. En efecto, un paradigma de gestión de la conflictividad parte de una visión mucho más cuidadosa respecto de la idea misma de la conflictividad o de sus funciones. Sin duda, un análisis más preciso de sus manifestaciones, características y alcances le es inherente. Por ejemplo, fácilmente podemos señalar que las formas organizativas de las pandillas juveniles (maras), su participación en actividades violentas o “criminales” y los efectos sobre comunidades, barrios, etc. constituyen un fenómeno criminal que debe ser “combatido” con crudeza. Buena parte de las políticas actuales de “limpieza social”, tal como son denominadas en otros países, parten de esa mirada. Desde la perspectiva de la gestión de la conflictividad no se dice “pobres muchachos son el resultado de su entorno” como una forma de evadir la gravedad y consecuencias de ese fenómeno. Lo que se dirá es que sin entender la clase, intensidad y características de la conflictividad que está en la base de ese fenómeno, sus funciones negativas y positivas y sus vínculos con otros tipos de conflictividad cercanas, poco es lo que se puede hacer en términos de una política eficiente. El “paradigma de gestión de los conflictos” no es una mirada débil sino una mirada de mayor complejidad que busca resolver problemas de fondo, con mayor conciencia. Por ejemplo, si toda política de seguridad o política criminal es una intervención, se quiera o no, en la dimensión conflictiva de la sociedad y esa dimensión conflictiva de la sociedad, contiene, además de elementos negativos, muchos otros elementos que cumplen funciones positivas en la sociedad¹¹, en-

capacidad de competir con la “tradicional” de equilibrio social tampoco excede de algunas décadas) pero su “uso” para fundar políticas de seguridad propiamente democráticas no es todavía extendido.

10 Entendemos por Sistema Institucional de Gestión de Conflictos (SIGC) al conjunto de reglas, instancias, procedimientos, agencias y agrupamientos de personas cuya actividad y función se vincula con esa actividad. En ese sentido, el “sistema judicial”, el “sistema penal”, sistema de seguridad, etc. son subsistemas del SIGC. El uso del enfoque de sistemas no debe llevar a equívocos: es correcto hablar de “sistema policial o sistema carcelario, pero ellos no son en sí mismo subsistemas del SIGC, dada la definición que hemos dado.

11 La visión clásica en Coser, Lewis: Las funciones del conflicto social, FCE, 1961. Básicamente: “el conflicto es una forma de socialización”. Esto es muy importante para una teoría democrática de la inclusión social, ya que muchas veces se pretende resolver problemas de inclusión de grandes sectores sin admitir el necesario carácter conflictivo de esa inclusión. Al mismo tiempo para superar la idea de que con la mera inclusión se resuelven los problemas de conflictividad que están en la base de ciertas formas de criminalidad. La regla sería diferente: a mayor inclusión, mayor

tonces esa intervención deberá ser, a lo menos, inteligente, informada y precavida: todo lo contrario de lo que solemos hacer desde el paradigma del orden. Otro ejemplo nos muestra lo que queremos señalar: a ningún economista le parecería una respuesta acertada o seria, frente al fenómeno de la inflación, que un técnico o un ministro de economía, simplemente golpeará sobre la mesa gritando que se evitará que los precios aumenten. Una “retórica” de la mano dura frente a un fenómeno complejo como la inflación (que también tiene en su base una dimensión conflictual) le parecerá a los economistas una forma tonta, ciega y poco informada de actuar, que puede tener efectos indeseables sobre el tratamiento del problema y sobre sus dimensiones subjetivas (aún, cuando pudiera calmar a un determinado sector social que tiene miedo del desmadre del proceso inflacionario). Sin embargo, no suena tan mal esa misma retórica cuando se refiere a fenómenos tan o más complejos que la inflación misma.

Otro aspecto importante para destacar cuando hablamos del paradigma de gestión de conflictos tiene que ver con los distintos niveles que preceden o rodean a la intervención violenta. En efecto, una de las principales razones de la ineficiencia de un modelo esquemático y simplista de análisis del fenómeno criminal en su interacción con las políticas, consiste en la falta de visión holística sobre el conjunto de medios que gestionan la conflictividad.

En sentido técnico, asignar el valor de criminalidad a un determinado tipo de conflictos implica la decisión de dirigir hacia él determinadas formas de gestión, en particular las violentas, propias, precisamente de la política criminal que es la que define lo que es o deja de ser delito¹². Pero en un sentido primario al conjunto de conflictos se le responde con diversas formas de gestión instaladas en distintos niveles y que se caracterizan por su mayor capacidad reactiva, disuasiva o preventiva. Una determinada forma de conflictividad puede ser gestionada mediante formas sociales no estatales, mediante la existencia de modelos ejemplares (ley, decisiones judiciales, etc.), a través de la creación de ámbitos o niveles de concilia-

conflictividad, mayor gestión de la conflictividad. (lo que no es lo mismo que política de seguridad, téngase claro).

12 Ya hemos insistido suficientemente sobre el carácter de constructo social del delito y su vinculación con los procesos políticos. Sin embargo, esta idea aparece como extraña frente a dos fenómenos; por un lado siempre existe una base social, la creación no es totalmente artificial, en especial en la criminalidad común. El otro fenómeno tiene que ver con la larga historia del “delito natural”. Nos dice Baratta; “Entre los elementos en que puede articularse la ideología oficial del derecho penal contemporáneo hay uno que en cierto sentido absorbe a todos los otros. Lo hemos denominado principio del interés social y del delito natural, enunciándolo del modo siguiente: El núcleo central de los delitos contenidos en los códigos penales de las naciones civilizadas representa la ofensa de intereses fundamentales, de condiciones esenciales para la existencia de toda la sociedad. Los intereses protegidos por medio del derecho penal son intereses comunes a todos los ciudadanos.” Op. cit. pg. 120. Como se puede observar fácilmente, aún en la formulación crítica de Baratta, ella adquiere un alto grado de sentido común y el deslizamiento a la “naturalización” es muy fácil. Pueden existir intereses comunes a todos los ciudadanos, pero ello no le quitaría un ápice al carácter de constructo social y político del delito.

ción, por medio de funcionarios que resuelven conflictos (todas las formas de tribunales) o mediante la amenaza o la aplicación de violencia (política de seguridad y política criminal). Este conjunto de mecanismos conforman la trama propia del sistema institucional de gestión de conflictos, es decir, del conjunto de niveles, instancias e instrumentos con que cuenta una determinada sociedad para intervenir en la conflictividad, en especial para que ella no sea resuelta bajo formas violentas o en términos de abuso de poder.¹³

En definitiva, la sociedad se enfrentará a esa conflictividad en dos dimensiones, una, creando criterios sustantivos acerca de cuál de las partes en el conflicto deba ser considerada ganadora (es decir tomando decisiones –políticas o culturales- acerca del reparto de bienes o posiciones) y otra, generando los mecanismos formales (solo por distinción a la idea de criterio sustancial¹⁴) que evitarán que la resolución de esos conflictos sea realizada con violencia o abuso de poder.

La idea y el valor subyacente a esta dimensión es que, independientemente del valor que le asignemos a un determinado tipo de conflictos o cual sea nuestra consideración en cuanto a sus funciones negativas o positivas, siempre es valioso para una sociedad democrática que en esa conflictividad no predomine el más fuerte. Todo el sistema de gestión de conflictividad es la contracara del predominio del más fuerte y podemos establecer como un principio democrático que la sociedad debe ir resolviendo (en un proceso social largo y complejo) cómo se distribuyen las ganancias en los conflictos, evitando en todo momento el abuso de poder y la violencia. Si el fuerte debe ganar que no lo sea porque es el más fuerte. Esta idea es el principio regulador de todas las políticas de gestión de la conflictividad y es, precisamente, la idea contraria al concepto de orden. Puede discutirse, es cierto, que este concepto es tan ideal o ilusorio como la idea de orden, pero aún cuando así fuera, es su base valorativa lo que diferencia a uno de otro.

Ahora bien, si el objetivo es una intervención que evite el abuso de poder y la violencia en los conflictos, entonces se debe reconocer que cuando el Estado usa su poder violento, como reacción o como amenaza, está utilizando de todas

13 Philippe Robert, op. cit. pg. 40 y ss. Señala como la idea de la hegemonía estatal propia del derecho penal se va abriendo paso en un proceso lento, construido al calor de la desarticulación de las relaciones de vecindad, propios de la debilitación de la sociedad rural y comunitaria, que finalmente será derrumbada por procesos muy recientes que giran alrededor de la Primera Guerra Mundial. “El individuo se abre paso y, poco a poco, su enfrentamiento cara a cara con el Estado se hace realidad. Los recursos comunitarios pierden parte de sus capacidades arbitrales, simplemente porque la sociabilidad se va haciendo menos vecinal, dado que la proximidad espacial desempeña un papel menos hegemónico. Como consecuencia, el conjunto de las relaciones de sus miembros se vuelve menos visible para la sociedad local que pierde parte de su monopolio panóptico” (op. cit. pg. 54).

14 La diferenciación entre formal y sustantivo no nos dice nada acerca de la importancia de uno u otro. En la base de la discusión sobre los modelos procedimentales de democracia se halla la misma discusión. Darle primacía a lo sustantivo, va en contra de una visión conflictivista; por el contrario darle primacía a lo “formal” nos puede generar el espejismo de que una sociedad no es fuertemente criticable por los criterios sustanciales con que repartes bienes y posiciones en un tiempo determinado, por más que respete las formas (democráticas, judiciales, republicanas, etc.).

las herramientas que posee aquélla que se acerca más peligrosamente a lo que quiere evitar, es decir, la violencia y la que históricamente ha demostrada ser una causante permanente de abuso de poder del propio Estado. De aquí surgen un conjunto de principios adyacentes: 1. Debe existir una primacía de los instrumentos no violentos o con historia menos abusiva (principio de última ratio); 2. No se deben utilizar instrumentos violentos si el conflicto no tiene ya algún componente violento que deba ser neutralizado o acotado (principio de mínima intervención); 3. No existe ningún conflicto que por sí solo tenga una naturaleza que implique la intervención violenta del Estado, ya que la “gravedad” no sólo se mide por los atributos de ese conflicto sino por la eficacia de los métodos de respuesta (principio de respuesta integral); 4. La selección de un conflicto como uno de aquellos que “reclaman” una intervención violenta no debe ser rígida, ya que siempre se debe dejar la puerta abierta, en el caso concreto, para que otra forma de intervención de los conflictos produzca el mismo efecto social con menor costo en términos de violencia (principio de economía de la violencia estatal).

Cuando decimos que un conflicto es un delito y que una forma de conflictividad es una forma de criminalidad es porque, supuestamente, hemos decidido intervenir en él o en ella con instrumentos violentos, Visto desde el paradigma de gestión de la conflictividad eso implica que se han tomado decisiones vinculadas a todos los principios que acabamos de señalar, y esas decisiones se han fundado en las razones centrales que nos llevan a intervenir en los conflictos y no dejarlos librados a su propia suerte. Obviamente esas decisiones son complejas y deberían estar acompañadas, en primer lugar, de una base de información sobre las características del conflicto y el sector de conflictividad y de la eficacia relativa de cada una de las formas de gestión de la conflictividad. En segundo lugar, debería estar acompañada de todo el aparato técnico y político propio de las políticas públicas modernas que permitan un debate, un diseño, una ejecución y una evaluación de esas políticas, más participativa y controlada como conviene a un sistema democrático.¹⁵

Nada de eso ocurre en realidad con profundidad y permanencia en nuestro país, ni a nivel federal ni a nivel estadual y menos aún en todo aquello que necesita un alto nivel de coordinación. Pero ello no es el producto de un gobierno determinado: más bien es el resultado del nivel de rusticidad, simplismo, moralismo y negligencia que surgen en definitiva de una confianza irracional o una adhesión ideológica al paradigma del orden, que ha sido el predominante hasta la actualidad en la visión del fenómeno de la criminalidad y sus respuestas.

Vemos pues que la visión que tenemos del fenómeno de la criminalidad es la

15 La “orientación a políticas públicas” dentro de las ciencias políticas nos da instrumentos para comprender, diseñar, ejecutar, controlar, debatir el desarrollo de políticas públicas, estatales o no, orientadas a finalidades concretas, dentro de un marco valorativo explícito. Ver una antología de los textos centrales de este enfoque en Aguilar Villanueva, Luis: “El estudio de las Políticas Públicas, Miguel Angel Porrúa, México, 2003. En el campo de la política criminal es poco lo que se ha utilizado de ese enorme bagaje técnico. Ver Binder, Alberto; Análisis Político Criminal, en “Tensiones...”, cit. nota 4.

misma visión que nutre a las políticas de respuestas. No hay dos miradas, una que nos dice qué es el delito y otra que nos dice cómo enfrentarlas. Existe una única mirada.

La actual forma de ver el fenómeno de la criminalidad es ya una condición de ineficacia de las políticas criminal o de seguridad.

II CASOS, PERSONAS, ESTRUCTURAS

Existe un segundo problema en el modo como analizamos el problema de la criminalidad y su control, que influye de un modo directo en la eficacia de las políticas de seguridad y en las de persecución penal, es decir, en el modo como cotidianamente nos enfrentamos al problema de la criminalidad, aún cuando hayamos definido correctamente (en base a algunos de los parámetros señalados en el punto anterior) el área de intervención de esas políticas.

Por razones históricas, que ahora se han convertido en razones burocráticas, enfocamos esas tareas en casos o personas. Por una parte la larga tradición moralista del derecho penal (*mala in se*)¹⁶ nos hace pensar que el problema es el de una conducta que merece un reproche y por lo tanto debe ser castigada.

Si leemos entre líneas podremos observar que buena parte de la literatura del derecho penal está todavía atada a este tipo de visión, aunque sea de un modo implícito. Ello es más influyente aún porque todavía, por un déficit de producción teórica (falta de desarrollo del Análisis Político Criminal) todavía se pretende hacer política criminal o política de seguridad desde el derecho penal (Obsérvese, incluso, el predominio de esta visión en muchos programas de formación policial). Según esta visión nos enfrentamos a un caso o a un conjunto de casos que merecen una respuesta. Esos casos están previstos en la legislación penal y le corresponde a la justicia penal reconocer la existencia del caso y aplicar la sanción correspondiente también prevista en la ley penal. Otra vez nos enfrentamos a una visión que parece de sentido común, esta vez fortalecida porque efectivamente eso es lo que la justicia penal hace, pero de allí nada nos dice que eso sea lo que la política criminal o de seguridad deba hacer.¹⁷ De hecho, esta visión sigue siendo la predominante en la producción de ideas para la política de seguridad y la política criminal; tras ello se encuentra la conjunción de elementos antiguos y de cierta desidia que es altamente funcional al conservadurismo escondido en la falsa proactividad de actores

16 La vieja distinción entre “*mala in se*” y “*mala prohibita*” que todavía cumple alguna función en la doctrina, arrastra los viejos componentes naturalistas y moralistas del viejo derecho penal. Ver. Hall, Jerome, *General Principles of Criminal Law*, Bobbs-Merrill, 1960, pg. 337 y ss.

17 Queda escondida también la discusión sobre los difíciles problemas valorativos que se hallan en la base de toda política criminal o de seguridad, vinculadas tanto a las prioridades de protección (¿Por qué es prioritario el simple robo que el gran desfalco bancario?, por ejemplo) como con las libertades públicas o el ejercicio de derechos de superior rango (tal como ocurre en la protesta social).

y políticos. Se olvida, así, todo el proceso que lleva a tomar la decisión de que una determinada área de conflictos reclame la intervención violenta (ya sea reactiva o disuasiva) y restringe el debate a las áreas ya definidas, donde se discutirá el aumento o la disminución de una intensidad de la respuesta penal que, en la gran mayoría de los casos, es notoriamente ineficiente y no produce resultados reales de protección. Es funcional a esta visión una academia vinculada a una visión del derecho penal que mezcla arbitrariamente ideas, doctrinas y planos, pero que se legitima a sí misma con el carácter “serio” que debería resultar del uso de aparatos conceptuales confusos, rayanos en lo esotérico.¹⁸

Por otra parte, desde el otro saber consolidado vinculado a la criminalidad, nada menos que la Criminología, aparece la visión sobre las personas. Ciertamente ciertas corrientes criminológicas han cambiado esa mirada, pero no la Criminología operativa (la que manejan los operadores del sistema penal). Además por arrastre histórico también la mirada sobre las personas adquiere centralidad porque ha sido la Criminología, hasta el presente, la disciplina que más consistentemente se ha pensado a sí misma como productora de tecnología de control de criminalidad. Gran parte de la información que hoy producimos se centra en contar casos y definir personas. Sea desde la vieja estadística policial o judicial a las nuevas fuente de información o encuestas sobre victimización, la mirada predominante ha sido esa. Sólo muy recientemente el análisis espacial del delito ha roto ese predominio (los llamados mapas del delito) pero todavía su uso es insuficiente y precario.¹⁹

Sin duda el análisis por casos y personas tiene diversas utilidades. Pero él es insuficiente para orientar el diseño de políticas públicas generales y, además, nos da una visión equivocada del fenómeno criminal. En efecto, por la misma índole de la política criminal y de seguridad, es decir, por la magnitud de los instrumentos que utiliza (cárcel, amenaza de pena, hombres armados, etc.) ella se preocupa de casos y personas solo cuando están vinculados a una regularidad social. Si se trata de un caso aislado o de un conjunto de casos que todavía no han constituido una regularidad social o una sospecha de que ella existe, es altamente improbable que algo sea constituido como delito o exista un plan preventivo o disuasivo.²⁰

18 Para una crítica más amplia ver Binder, Alberto: *Introducción al Derecho Penal*, Ed. Ad Hoc. 2003.

19 En especial se ha confundido el simple uso estadístico con el más complejo análisis espacial del delito que, por otra parte, cumple mayores funciones cuando está vinculado de un modo directo a la prevención policial directa o a la prevención situacional, que son algunas de las acciones disponibles o las estrategias que se pueden usar. No agotan los recursos de una política compleja. Es una herramienta más, sin duda, pero que cumple sus funciones, como toda herramienta, en un determinado contexto organizacional y operacional, nunca tiene valor en sí misma.

20 Aquí es necesario realizar una distinción, pero que quisiera realizarla todavía de un modo provisional: no todo caso penal está vinculado a la política criminal por más que esté prevista la respuesta penal. Esta afirmación suena extraña, porque pareciera que el hecho de constituirlo en delito ya es una decisión de política criminal. Ello es así, pero existe un efecto “distorsivo” producto de la ineludible generalidad de las previsiones penales, en tanto decisiones político criminales. Si un caso no responde a ninguna regularidad social entonces queda por fuera de la política crimi-

Podemos aquí hacer otra afirmación central: la eficacia de cualquier política criminal o de seguridad depende de su capacidad de reconocer, identificar y modificar esa regularidad social. La mirada sobre casos y personas nos ha impedido construir una mirada sobre las regularidades en las que esas personas y esos casos están inmersas, le dan sentido y respecto de las cuales las políticas tienen mucho que hacer y decir. Esta visión es más importante aún porque las políticas como tales sólo se pueden dirigir a esas regularidades sociales y fijarse objetivos respecto a ellas. Ciertamente un caso judicial puede tener mucha importancia y visto desde el sistema de garantías sólo existe como caso, pero visto desde las políticas la respuesta valdrá solo y tanto tenga efecto sobre la regularidad en que está inmerso.

Tal como ocurre en todos los fenómenos sociales esas regularidades no son productos del azar ni son caóticas. Al contrario ellas se encuentran estructuradas en base a funciones, expectativas y reglas. Un conjunto de ejemplos nos servirá para aclarar nuestro punto. En la actualidad una buena parte de la criminalidad urbana común, gira alrededor de regularidades sociales que responden a la estructura de mercado.²¹ Si alguien roba un vehículo solemos ver un caso y unas personas (el que roba el vehículo y la víctima) pero ello nos dice muy poco a los efectos de organizar una política de control de criminalidad. Lo que más nos debiera interesar es la estructura de mercado, que hace que esa persona robe ese vehículo, el circuito de venta o de desguace en el que lo introduce, los intermediarios que organizan el robo de vehículos, el encubrimiento del desguace o la venta de lo robado, los transportistas, los acopiadores, los financistas, los compradores, etc. Un simple estudiante de economía nos podría describir sin dificultad todos los segmentos de ese mercado y su modo de interacción. A la política criminal y a la política de seguridad debe interesarles el caso y las personas en tanto forman parte de esa estructura. Todo objetivo de control de criminalidad es impensable por fuera de un determinado nivel de intervención en esa regularidad, por ejemplo, desbaratar el mercado de vehículos robados, de repuestos, limitarlo a tales niveles, bloquearlo en tales zonas, evitar ciertas modalidades, etc. Cualquier objetivo tangible de política criminal o de seguridad está vinculado a la idea de modificación de esa específica regularidad social²². La visión sobre la estructura no significa necesariamente que pensemos a

nal por más que la única respuesta admisible para la víctima sea el castigo penal (aquí hay otra discusión). Lo que sucede es que este efecto de distorsión se puede dar en conflictos graves. Existen algunos “delitos irrepetibles” en los que no hay política de prevención posible (sucede en algunos casos de homicidios o agresiones sexuales, vinculadas a situaciones emocionales especiales). En estos casos podrá haber castigo penal (si es admisible según la discusión de garantías) pero no hay política criminal ni de seguridad. Allí donde aparezca una regularidad recién ellas están presentes, por más que no sea una regularidad muy extendida.

21 El concepto económico de “mercado” se utiliza para referirse a cualquier situación en la que se realicen intercambios” Stiglitz, Joseph: *Microeconomía*, ed. Ariel, 2 ed. 1998. pg. 30. En un sentido amplio un mercado es cualquier conjunto de mecanismos mediante los cuales los compradores y los vendedores de un bien entran en contacto para comerciarlo. Fischer, S, et al; *Economía* 2 ed. Mc. Graw- Hill, 1992, pg. 53. Es justamente esta visión amplia lo que nos permite usar con tranquilidad la idea de “mercado” sin caer en visiones economicistas.

22 Se resalta la importancia de esta idea cuando notamos que la política de seguridad o criminal

los actores como actores racionales que mueven su conducta por el juego de incentivos. Los distintos actores o segmentos que intervienen en ese mercado, por ejemplo, pueden hacerlo por distintos motivos, incluso por razones, “irracionales” o por la racionalidad que produce ese mismo campo ilícito.²³ Ello no es el punto. La cuestión central es que ni producimos información y análisis sobre esas regularidad y menos aún planeamos las políticas y sus objetivos en base a esa mirada estructural. Por tal motivo, al igual que el paradigma del orden, la visión sobre casos y personas es ya una condición de ineficacia de la política criminal o de seguridad.

No estamos hablando de un fenómeno aislado y particular. Un porcentaje muy grande de la criminalidad moderna tiene esta estructura, en la que están inmersos casos simples y casos complejos, actores simples (personas) o complejos (bandas, empresas, organizaciones criminales). El hecho de que miremos a uno u otro actor o a un tipo de casos u otro, no nos mueve de la mirada sobre casos y personas que criticamos.²⁴ Esto es particularmente significativo porque pareciera que se trata de cambiar la mirada hacia las grandes organizaciones criminales, como si ellas no estuvieran inmersas y no fueran dependientes de la estructura de mercado en la que realizan su actividad. El hecho de que se trata de una porción muy importante de la criminalidad tanto común como compleja o no tradicional lo muestra el siguiente listado de estructuras de mercado en el fenómeno de la criminalidad.²⁵

se enfrenta a miles de casos en los que la característica central es el anonimato, la falta de identificación de los autores. El tratamiento de estos casos hoy es altamente deficiente porque se los mira como una “imposibilidad” del sistema, justamente porque falta el actor. Al contrario en estos casos la información disponible para trabajar sobre la estructura es muy amplia. Las experiencias que se han tratado de realizar en nuestro país alrededor de las “oficinas de NN” son frustrantes, justamente por la ceguera institucional que proviene de una visión equivocada en el análisis del fenómeno criminal. Sobre la realidad omnipresente del anonimato, ver Robert, P, op. cit. pg. 115 y ss (el anonimato facilita la depredación).

23 Sobre los límites de la teoría de la acción racional ver Almond, G: “La teoría de la elección racional y las ciencias sociales” en “Una disciplina segmentada” FCE, 1999, pg170 y ss. Un texto clásico en el análisis de costos de la lucha contra el delito, Becker, Gary: Crimen y Castigo: un enfoque económico, en “Derecho y Economía; una revisión de la literatura” ed. Andres Roemer, FCE, 2000, pg. 383.

24 Por ejemplo, se suele creer que una mirada sobre la “criminalidad organizada” es necesariamente más comprometida con la eficacia de la política de seguridad. Pero ello dependerá, el contrario, de la específica estrategia que se haya diseñado. Muchas veces, orientar sin análisis los recursos hacia la criminalidad organizada implica asumir estrategias de prevención o de persecución penal que se asumen como implícitas sin mayor análisis. Es lo que ha sucedido, por ejemplo, con la política de prevención o persecución policial en el tema de mercado de drogas. El impacto de esas políticas “sorprendió” en gran medida y dejó crecer el mercado del “narcomenudeo” de drogas baratas. Posiblemente se podrían haber hecho las dos cosas, o habría que haber calibrado con mayor precisión los recursos disponibles y los daños que se querían evitar. La falta de una visión estratégica es determinante además de la ineficiencia en el uso de los recursos (es una extensión de la idea que si es delito, debe ser perseguido, porque “así está en la ley” independientemente de que la realidad muestre a gritos que nos es así como funcionan las instituciones.

25 La mirada sobre la estructura es fundamental en la criminalidad urbana, en especial la llamada pequeña que, como señala Robert, dándole una importancia extrema en la generación de una situación de inseguridad, está marcada por la idea de “anonimato” y “depredación” que

Por ejemplo, tienen similar estructura:

1. Mercados de vehículos sustraídos y repuestos.
2. Mercados de mercadería sustraída a granel. Piratas del asfalto.
3. Mercados de metales (cables, alcantarillas, etc.)
4. Mercado minorista de objetos sustraídos. (relojes, celulares, radios, etc.)
5. Mercado de ganado.
6. Mercado de armas de guerra y explosivos
7. Mercado de armas comunes.
8. Mercado de venenos y drogas
9. Mercado de personas emigrantes.
10. Mercado de pornografía y prostitución infantil
11. Explotación sexual de adultos
12. Mercado de flora protegida o en extinción
13. Mercado de fauna protegida o en extinción
14. Mercado de objetos y marcas falsificadas.
15. Mercado de objetos y “software” al margen de las patentes y derechos de autor
16. Mercado de apuestas y juego clandestino
17. Mercado de influencias y sobornos. El financiamiento de la actividad política. (Obras públicas, contratos del estado, etc.)
18. Mercado financiero y lavado de dinero.
19. Mercado laboral clandestino. Explotación. Servidumbre y esclavitud.
20. Mercado del aborto y la manipulación genética
21. Mercado de órganos.
22. Mercado clandestino de servicios profesionales. (asesoramiento impositivo, legal, etc. en tanto forman parte de las actividades ilícitas)
23. Mercado de objetos culturales protegidos o de valor histórico

generan un sensación de peligro permanente sobre un bien, la propiedad, sobre el cual existen todavía muchos elementos culturales de adoración. En el caso de pequeños hurtos, rapiñas, etc. es casi imposible organizar una persecución penal eficiente sin volcar recursos reactivos que producen efectos sociales más negativos (generando a veces reacciones tipo pandillas o agrediendo a comunidades enteras, además de los efectos culturales sobre la exclusión, etc.). En estos casos la mirada sobre estructuras (desarticular otros segmentos del mercado, es todavía más una condición de eficacia. Por otra parte, como la participación en esos mercados no se funda exclusivamente en razones de “interés económico” sino que juegan otras racionalidades (pertenencia, identidad, etc.) en particular en los jóvenes, ello nos lleva a tener claro que el análisis de estructuras en el fenómeno de la criminalidad (que busca regularidad, patrones, etc.) nos lleva a integrar miradas sobre regularidad distintas y su función en relación a la base conflictual (integración social parcial, fronteras de grupos, etc. Muchas de las funciones “positivas” de Coser). Ver también Kosovsky, cit, pg. 55.

Se trata de un simple muestreo de ejemplos que un análisis más preciso puede modificar. Pero cualquiera que atienda al número de casos y personas vinculados a esas estructuras creo que coincidirá en que no se trata de una parcela menor de aquello que llamamos criminalidad de un país y con influencia directa en el estado objetivo de seguridad y en el miedo colectivo. Parece evidente que la organización de la información y el análisis desde esta perspectiva y el diseño de políticas que influyan sobre la estructura es una condicional elemental de eficacia y de asignación eficiente de los pocos recursos que disponen los estados pobres.

Nos causaría seguramente gran consternación poder observar lo poco que se hace en esta dirección. Policías y Fiscales se encuentran inmersos en el procesamiento de casos sin mayor estrategia, incluso actuando muchas veces sobre segmentos de ese mercados que son fácilmente sustituibles, agravando incluso el fenómeno criminal (aumentando la violencia por inexperiencia, por ejemplo) y tornando totalmente inútil su trabajo.²⁶

Algo similar ocurre con otras regularidades sociales. Es cierto que existen casos de violencia que no responden a ninguna regularidad pero cuando ello ocurre poco puede hacer la política de seguridad o criminal. Sin embargo existe una enorme cantidad de casos de violencia que responde a patrones comunes que pueden ser anticipados y controlados. Por ejemplo,

1. Formas de agresión directa que se dan en determinadas situaciones (espectáculos, estados de alcoholización, etc.
2. Agresiones entre grupos. Pandillas Juveniles.
3. Agresiones intra-familiares (violencia domestica)
4. Ciertas agresiones sexuales
5. Agresiones en el tránsito vehicular
6. Agresiones étnicas o colectivas.
7. Agresiones masivas o indeterminadas.
8. Agresiones a los animales

Estas formas de agresión ocurren también en el marco de una regularidad social y por lo tanto si no vemos el fenómeno criminal desde esa perspectiva poco podremos hacer, salvo correr tras los casos ya cometidos con gran desgaste de recursos sociales y emocionales y poco resultado práctico.

Existen además, otras regularidades que se caracterizan por ser instrumentales, es decir, formas de actuación dentro de una estructura que de por sí está sometida a otra forma de gestión de la conflictividad. Por ejemplo:

1. Fraudes y engaños en las relaciones comerciales interpersonales.
2. Fraudes societarios. Carteles y fraudes en las vinculaciones societarias.

26 Esta misma es la crítica que se le hace al trabajo desde la escuela de la Problem Oriented Policing. Ver www.popcenter.org página que concentra muchos de los trabajos de esta corriente Ver asimismo, entrevista a H. Goldstein en Pena y Estado n 3 “Policía y Sociedad democrática”, Incip, pg. 233

3. Monopolios y fraudes a las reglas de competencia.
4. Fraudes en el comercio internacional.
5. Fraudes a la administración pública y al sistema de compras y subsidios del Estado.
6. Fraudes en las relaciones civiles y familiares.

De un modo u otro en todas estas situaciones la visión sobre la estructura que le da sentido a los casos y las personas es central desde el punto de vista del diseño, ejecución, control y evaluación de cualquier política de seguridad. Como hemos dicho, poco se hace en este campo. Las nuevas formas de Inteligencia Policial, las nuevas formas de trabajo integrado entre Policía de Investigación y de Seguridad en base a problemas (POP Orientation), la llamada Persecución Penal Comunitaria y Persecución Penal Estratégica,²⁷ son nuevas herramientas que están tratando de modificar la mirada sobre el fenómeno criminal y las formas de intervención en él.

Nuestro país está muy lejos de consolidar una perspectiva de este tipo y ello nos lleva a inevitables fracasos. Mucho más aún cuando nuestra estructura federal y regional nos obliga a esfuerzos de coordinación mayores, porque esos mercados no son simplemente locales y la eficacia en una provincia o región es altamente dependiente de lo que se haga en otra. Esto lo sabe cualquier policía de provincia, que recibe denuncias de robo de motocicletas, que sabe son vendidas en otras provincias, así como sus repuestos y poco puede hacer más que tramitar actuaciones inútiles que saben se archivarán al poco tiempo. Esta situación es aplicable a ese delito simple como a cuestiones más graves o complejas como el mercado de personas. La integración en el nivel informativo, en el análisis compartido de la información, en la integración policial o en la persecución penal es todavía extremadamente débil frente a la extensión, complejidad y dinamismo de los mercados que regulan buena parte de la criminalidad más importante o más extendida.²⁸

27 Entendemos por Persecución Penal Estratégica (PPE) la orientación que busca integrar el trabajo de los fiscales en el marco de una estrategia global de comprensión de una forma específica de criminalidad. Las leyes vinculadas al movimiento de reforma de la justicia penal de las últimas dos décadas ya brindan instrumentos para desarrollar esos mecanismos, pero las instituciones todavía no tienen capacidad ni voluntad de utilizarlos. Por Persecución Penal Comunitaria (PPC) entendemos la integración del trabajo de los fiscales, en comunidades específicas, realizando alianzas con otros actores sociales y estatales para responder de un modo integral (no sólo con la persecución penal) a una determinada área de criminalidad.

28 Obviamente los distintos mercados tienen distinta dinámica y distinta importancia relativa de los segmentos. Al mismo tiempo, las políticas de seguridad tienen distintas capacidades de intervenir en ellos, en base a la calidad, cantidad y distribución de sus recursos. Estas dos dimensiones marcan las estrategias de intervención y deben ser objeto de estudios particulares. Por ejemplo, en el mercado ilegal de bienes culturales, por ejemplo, existen estrategias muy diferenciadas para la prevención o la persecución de los robos de obras pictóricas de arte a las que se necesitan para intervenir con éxito en el mercado de bienes arqueológicos. Las capacidades de los organismos de seguridad son variadas y condicionan las estrategias, a veces de un modo mucho más determinante que la estructura del mercado en sí misma. Ello lleva incluso a situaciones en las que las probabili-

III *MILENARISMO Y PESTE. RETÓRICA Y NEGOCIO DEL MIEDO.*

Según la línea argumental que venimos sosteniendo, pareciera que un conjunto de prejuicios, falta de conocimiento o inexperiencia es lo que nos conduce a la falta de claridad en la formulación de las políticas y la comprensión del fenómeno que, como hemos repetido, son dos caras de una misma moneda. Sin embargo no es posible sostener una visión simplista de esta cuestión.

Poco a poco se ha reinstalado un mecanismo ya conocido. La utilización de la idea de peste. Según este mecanismo la violencia y la inseguridad es un mal indeterminado, en su extensión, en sus formas y en sus causas, pero tangible y mortal. La peste genera mecanismos de defensa que la historia ha estudiado con detalle, permite dividir a la sociedad en cuatro categorías: los enfermos, las potenciales víctimas, los transmisores y los incontaminables. Ciertos sectores sociales son los que producen el mal o ya están enfermos, el protagonista central es el conjunto de personas que pueden ser afectadas y siempre se presentarán algunos que están por afuera de este circuito.²⁹ La peste ha estado asociado a otro mecanismo: el milenarismo, según el cual advendrá, gracias a un Mesías, un tiempo de restauración del dolor y la paz reinará por mil años. Foucault, Girard, Cohn y otros han mostrado como estos mecanismos han estado atravesados por la lógica del poder y han servido para construir tiempos inclementes y autoritarios.³⁰ La metáfora no es lejana para analizar una parte del humor social respecto a los temas de seguridad; mejor dicho, es útil para señalar algunas formas específicas de su manipulación. Las razones del miedo en la sociedad son muchas y comprensibles: desde aquellas efectivamente vinculadas a la criminalidad, la violencia o la agresión cotidiana hasta las vinculadas a la incertidumbre general sobre el futuro, en una sociedad donde los riesgos han aumentado y las redes de protección social o estatal se han debilitado.³¹ Es evidente, pues, que una persona de clase media, en términos generales, tiene muy buenas razones para sentir temor sobre su presente o su futuro. Las crisis cíclicas de nuestro país no ayudan, por cierto, a disminuir ese temor.³²

dades de éxito son ínfimas desde el inicio. Cuesta introducir en el análisis la idea de “imposibilidad de éxito” en un determinado lapso, lo que pondría en duda la asignación de recursos. La casi nula eficacia en el mercado vinculado al aborto es una prueba de ello y de las dificultades de racionalizar el debate. Tampoco se debe entender de lo dicho que significa asumir el fracaso, sin más. Normalmente el no poder racionalizar la inutilidad de la intervención punitiva, evita el diseño de políticas de protección más eficaces fundadas en otros medios (Es claro además que hay en este argumento un problema de “ultima ratio”).

29 Para un análisis más extenso de este fenómeno ver Binder, Alberto: *La sociedad fragmentada*, en “La lucha por la legalidad”, fichas del INECIP, 2003.

30 Además de las obras clásicas de Foucault, ver Girard, Rene: “El chivo expiatorio”, ed. Anagrama; Cohn, Norman, “En pos del milenio”, Ed. Alianza, entre otros.

31 Ver Robert, P, op, cit. pg... 39 y ss. En especial pg. 119.

32 Señala Robert: A mediados de la década de 1970 la inseguridad que ocasionaría la criminalidad emerge como problema social y político significativo. Desde entonces no ha dejado de ser una de las cuestiones sociales más preocupantes. Al principio sorprendió sobre todo la excesiva

Pero lo más grave no es que nuestra sociedad transite una época de incertidumbre sino las formas de lucro que se han construido alrededor de ese temor. En primer lugar, el mercado de la seguridad privada está estructurado de tal manera que la inseguridad es el negocio y la condición de su expansión. Esto no es un hecho menor, porque ese mismo mercado es productor de visiones sobre el problema criminal, a la vez que genera una dinámica que complica muchas soluciones. No por una razón ideológica que impide la participación de fuerzas no estatales en la solución de ese problema, sino por el hecho más concreto de que, aquí y ahora, su forma de crecimiento es parasitaria de la ineficacia estatal y aprovecha esa ineficacia para captar recursos estatales y utilizarlos en su provecho. Como ocurre con toda actividad económica es probable que esta sea solamente una lógica de expansión y que en algún momento el mismo mercado de la seguridad deberá cambiar de dinámica para centrarse en la provisión de seguridad, pero todavía no sabemos hasta donde puede llegar esa expansión y qué daños perdurables puede dejar, tanto en la generación de miedo social como en las posibilidades de las fuerzas estatales de responder al problema de la seguridad de los ciudadanos. Una intervención estatal profunda, para modificar la dinámica del mercado de seguridad es también una acción necesaria para modificar las percepciones que tenemos del fenómeno criminal y de las posibilidades reales de solucionarlo o controlarlo.³³

Otra forma de lucro tiene que ver con las nuevas formas de espectáculo de la violencia. Sin duda la crónica policial es un género que ha cautivado a las audiencias de todo tipo. Las noticias policiales no son más que una forma del mismo género. Pero la potencia de los medios de comunicación, el realismo de la ficción y hasta el consistente entrenamiento para matar a través de los videojuegos que ocurre con miles de niños y adolescentes, forman un mercado de la violencia de grandes magnitudes.³⁴

inquietud con respecto al riesgo relativo. *Esta idea entusiasmó al mundo político y a los responsables administrativos, pues hacía inútil la reestructuración profunda de las políticas de seguridad, los dispositivos institucionales y sus doctrinas de empleo; ya que se trataba de calmar una enfermedad imaginaria, cualquier acto simbólico serviría para salir del paso con algún que otro efecto espectacular y algún arreglo al margen.* ¡Que alivio! Implícitamente esta intuición inicial duró mucho tiempo sobre la gestión de las políticas de seguridad. La itálica es nuestra dada la pertinencia de esta reflexión sobre nuestra actualidad. Op. cit. pg.78. Ahora bien, tras esa “intuición” que “oxigenó” al conservadurismo (y lo oxigena aún en nuestro país) existe una intuición importante: el tratamiento del miedo implica acciones políticas diseñadas en sí mismas, de gran complejidad según los entornos sociales o culturales. Ver este análisis en Kessler, op. cit. pg. 96

33 Robert es escéptico sobre las posibilidades de que la seguridad privada pueda solucionar problemas a los particulares y no a las empresas. (op. cit. pg. 168) pero hay que adaptar su análisis a las condiciones de mayor precariedad de nuestros sistemas de seguridad en su conjunto. Por el contrario, una integración más creativa entre seguridad privada y pública permite solucionar algunos problemas cruciales, tales como el financiamiento de los sistemas de seguridad, o por lo menos paliar su estado actual de falta de inversión importante. Permitiría, además, una mejor planificación y distribución de recursos escasos. De todos modos como señala Kosovsky (op. cit. pg. 65) todavía estas relaciones apenas comienzan a ser estudiadas en nuestro país.

34 No deja de ser altamente llamativo el descuido público sobre la instalación masiva de juegos que enseñan a matar a los niños. No solo se los entrena en el uso de armas sino en hacerlo por

Cualquier pedagogo no tendría problemas en destacar la vital importancia de los medios masivos de comunicación en la educación de la ciudadanía. Pero esto no debe ser visto exclusivamente en el plano moral; al contrario, los efectos más perniciosos se encuentran en la educación de la percepción misma. La violencia y la muerte se encuentran frivolidadas en nuestro mercado de la violencia y ello hace que nuestra percepción también se vuelva frívola. Si un niño o un adolescente juegan a matar personas todos los días, eligiendo el arma, el blanco y apuntando con saña para causar el mayor daño, ¿podemos tener la expectativa razonable de que la violencia constituya para él un hecho que sea repudiado, no ya moralmente, sino en el plano de la sensibilidad? Evidentemente no. Lo mismo sucede si recibimos imágenes reales o ficticias (o a través de un relato intermedio donde se mezclan realidad, ficciones y arquetipos). En definitiva, nuestra percepción del fenómeno criminal y de la violencia está mediada por un mercado de la violencia que se ha expandido a través de los medios masivos de comunicación. Cuáles puedan ser los mecanismos de intervención en ese mercado es una cuestión difícil, en particular frente a la sensibilidad de toda intervención estatal en los medios de comunicación. De todos modos, sin caer en el recurso fácil a la censura previa, existen innumerables mecanismos que permitirán un control y un debate mucho más profundo sobre la incidencia de esta dimensión tanto en los aspectos subjetivos como objetivos.³⁵

La tercera forma de lucro es más profunda aún; se trata de la generación de miedo como forma de desarticulación social y política. Una ciudadanía temerosa se encuentra mucho más dispuesta a bajar sus niveles de control y a renunciar a la idea central de representatividad por la de cuidado, señorío, resguardo. Es decir, formas más o menos amplias de mesianismo o caudillismo, que han sido típicas de nuestro desarrollo social y político, justamente por la incertidumbre y el miedo que ha caracterizado a nuestra vida social a lo largo de la historia.

Esto genera una forma patológica de diálogo político que se observa con claridad en nuestra época. Por una parte, la ciudadanía mantiene el tema de la inseguridad como una de sus prioridades y como una interpelación permanente. Por otra parte, la dirigencia política se muestra preocupada y atenta. Sin embargo, este aparente punto de conexión no produce políticas consistentes. Al contrario, pareciera que mantener este canal abierto y sin solución es la mejor forma de mantener

motivos fútiles rompiendo la idea de la gravedad de la agresión de la muerte y las fronteras entre realidad y ficción que no son fáciles de manejar para ningún ser humano, menos a los niños. Existen prohibiciones sobre otras áreas (vinculadas a lo sexual) que son infinitamente menos dañinas que estos juegos.

35 El Comité Federal de Radiodifusión tiene facultades de control que no conforman un esquema de censura previa. “La información no podrá atentar contra la seguridad nacional ni implicar el elogio de actividades ilícitas o la preconización de la violencia en cualquiera de sus manifestaciones. Las noticias relacionadas con hechos o episodios sórdidos, truculentos o repulsivos, deberán ser tratadas con decoro y sobriedad, dentro de los límites impuestos por la información estricta. Ley de Radiodifusión 22.285, que establece, además, facultades disciplinarias. Es imprescindible lanzar un debate nacional sobre la difusión masiva de las prácticas violentas. Ver este tema en Kessler, op. cit, pg. 99.

a la sociedad expectante y atemorizada y a la oferta electoral abierta pero descomprometida. Es decir, esto le permite a la dirigencia política hablar de seguridad, sin asumir mayores compromisos. Es decir, la ganancia está en el tipo de vínculo con la sociedad, pero esa demanda no se convierte en fuerza de transformación (lo que llevaría a la dirigencia a enfrentarse a sectores burocratizados y corporativos que manejan todavía el sistema de seguridad).

De este modo, la demanda de seguridad es mantenida en medias aguas y se vuelve inoperante, tanto en el corto como en el mediano plazo. El fenómeno Blumberg, por ejemplo, es un muestra casi exquisita de desarticulación social, independientemente de las opiniones que podamos tener sobre su visión del problema y sus propuestas. La falta de acuerdos entre los actores políticos, la falta de tecnificación de las propuestas de los partidos, la repetición en soluciones ya gastadas, etc. son una muestra de un dialogo patológico entre la dirigencia política y la sociedad. Esto creo yo que ha llegado a tal magnitud que podemos decir que el tipo de diálogo que existe entre la sociedad y su dirigencia política es también una condición de ineficacia del control de criminalidad.

La retórica de la mano dura aparece como la forma más eficaz de conjugar todas estas formas de lucro con un discurso social aparentemente preocupado pero incapaz de construir soluciones complejas y serias a un problema de gran magnitud. En primer lugar plantea el problema como una cuestión de debilidad y por lo tanto la solución como un problema de fortaleza.³⁶ Nada más alejado de la realidad. El binomio debilidad-fortaleza es inútil a la hora de diseñar política de seguridad o de comprender el problema de la criminalidad. En consecuencia su visión del problema es de un simplismo que oculta las causas más evidentes y por ello es funcional al mantenimiento de buena parte de las condiciones de ineficacia en el control de la criminalidad.

En tercer lugar, es una retórica que asusta ya que pese a que ha influido en la toma de decisiones en la última década, poco produce en términos concretos, con lo que mantiene vigente la visión de la peste y el milenarismo. Finalmente es una retórica que agrava el problema, ya que en el fondo su discurso es un llamado a la autodefensa (el “métale bala al delincuente”).³⁷ Es decir tras la retórica de la mano dura se esconde una cultura del linchamiento.

36 Si analizamos las pasadas campañas electorales más recientes veremos que el tono dominante ha sido el de ofrecer fortaleza, al estilo “yo seré el principal policía”, en especial en territorio bonaerense donde el problema tiene la máxima importancia. De allí en más las propuestas han sido pobres y mostraron un retroceso de las visiones más técnicas frente a las comunicacionales. Nuestros políticos siguen añorando los viejos pactos con la policía.

37 El alegato implícito que se halla en las retóricas de la mano dura implica el deseo también de transferir nuevamente el problema a la sociedad y evitar el desgaste de que asumir la seguridad pública como tarea estatal preferente. Esta reacción tiene mucho también de la desconfianza que la dirigencia se tiene a sí misma y ocurre en otras áreas del Estado, Para evitar el clientelismo hay que generalizar todos los planes de ayuda, para evitar la inflación hay que tener cambio fijo y otros medidas que no responden a criterios técnicos sino a una dirigencia que se ha vuelto temerosa por su incapacidad de usar regularmente mecanismos básicos del Estado. Es otra de las formas de la renuncia a la política, con graves consecuencias para nuestro sistema institucional.

Pero la emergencia de la retórica de la mano dura, en especial en nuestras versiones vernáculas, que tan poco tienen que ver con las políticas de “tolerancia cero” o las formas integrales de control de la criminalidad, no es sólo una estrategia demagógica de la dirigencia política sino que responde al intento final de mantener una forma de gobierno del sistema de seguridad que ha sido tradicional en nuestro país y que también condiciona las visiones que tenemos del problema de la criminalidad.

IV DEL GOBIERNO POLICIAL AL GOBIERNO DEMOCRÁTICO DE LA SEGURIDAD.

Tal como señalamos al inicio de este ensayo, la percepción del fenómeno criminal no es ni puede ser independiente de las estrategias políticas para su control. Desde la producción de información hasta la ejecución de las políticas de seguridad existe una dialéctica profunda que nos debe llevar a mirarlas como un único proceso.

Por tal motivo, todavía la producción de visiones sobre la criminalidad y las estrategias de diseño de las políticas de seguridad, se encuentran fuertemente condicionados por la historia de las estrategias de doble pacto, que han sido centrales en la configuración de las políticas de seguridad en nuestro país. Según ellas, existe un primer pacto entre los gobernantes y las fuerzas de seguridad, según el cual se le entrega a ellas el gobierno de la seguridad a cambio de ciertos niveles de control, obediencia y, en particular, el compromiso por parte de ellas de evitar situaciones de crisis.

De este modo las fuerzas de seguridad adquieren el poder de controlar el sistema de seguridad y niveles amplios de autonomía en cuanto a los métodos y el aprovechamiento de formas de corrupción que, en la gran mayoría de los casos, deben también compartir con sectores de la dirigencia política. El segundo pacto, es el que realizan las fuerzas de seguridad con sectores de la criminalidad, donde se garantiza cierto control territorial y cierto nivel de actividad criminal que no genere alarma social y participación en los beneficios de las actividades delictivas, a cambio de ciertos niveles de impunidad (nunca absolutos), protección frente a otros sectores, información, etc. Este esquema de doble pacto ha tenido una larga línea de continuidad en nuestro país, tanto a nivel federal como en los Estados provinciales.

Las reformas policiales de fin de la década del noventa (todas ellas truncas o parciales) fueron el resultado de algo mucho más profundo. Por razones históricas, económicas y sociales, había llegado a su fin la estrategia del doble pacto. Las condiciones internas de las fuerzas de seguridad, las nuevas formas de criminalidad, las demandas sociales más intensas en el sistema democrático, las nuevas formas de corrupción y sus repartos, las exigencias internacionales de cooperación y control de formas de criminalidad específicas, etc. convirtieron en inviable el modelo del doble pacto. Precisamente desde el momento de esas reformas nace la idea de un gobierno democrático del sistema de seguridad lo que implica no sólo una ma-

yor, más intensa y más visible participación de la dirigencia política en dicha tarea, sino la creación de nuevas estructuras políticas, una reorganización profunda del sistema de seguridad y, en consecuencia, una visión del problema criminal totalmente diferente al modelo de cooperación controlada con la criminalidad que es propio del sistema de doble pacto.

Sin embargo, esa visión no logró consolidarse y desde hace una década que nos encontramos entre la imposibilidad de sostener el viejo esquema, ya que hoy ningún dirigente político está en condiciones de sostener un pacto de esa naturaleza ni las fuerzas de seguridad están en condiciones de sostener un pacto con las nuevas formas y estructuras del fenómeno criminal y todavía no hemos logrado construir un nuevo modelo democrático de gobierno del sistema de seguridad ni reorganizar las fuerzas de seguridad en base a ese modelo.

Este tira y afloja entre dos concepciones ha marcado el ritmo del problema de la seguridad en los últimos años y es percibido por la sociedad como parálisis y desorden. De hecho es objetivamente un factor de desarticulación del viejo “orden” del doble pacto, hoy ya imposible de reconstruir. Empeora la situación el hecho de que no existe una situación intermedia entre estos dos modelos. Sin duda pueden existir políticas de seguridad de distinto signo, pero dentro de un esquema democrático de gobierno del sistema de seguridad. Pero ese no es el caso todavía, ya que en los distintos sectores políticos todavía existe una división entre estas dos visiones, es decir, no existe consenso aún sobre el carácter insoslayable de la construcción de un modelo democrático de gobierno de la seguridad y ello condiciona de un modo básico nuestra visión del problema y sus posibilidades de solución.

Aún cuando todavía existen sectores políticos y sectores de la fuerza de seguridad que ven como posible restablecer el modelo del doble pacto, pareciera que poco a poco se va tomando conciencia de su imposibilidad fáctica: pero todo esto se va haciendo de un modo lento, mucho más lento que la urgencia ciudadana y hace perder un tiempo y una energía social que sólo agrava nuestros problemas. De hecho es todavía bastante común como sectores políticos “apuestan” a un determinado sector de las fuerzas de seguridad (más sano, más fuerte, más leal, según los gustos) con el cual sería posible reconstruir ese pacto. Además existen ciertas necesidades propias de la dirigencia política y de ciertos sectores de las fuerzas de seguridad (autonomía, uso político, corrupción, etc.) que todavía no han sabido adaptarse a un modelo nuevo de gobierno del sistema de seguridad, por lo cual también funcionan lentificando el ineludible proceso de cambio. La sensación que suele tener la ciudadanía de que ya no se hacen las cosas como antes, pero tampoco se hacen de un modo nuevo, parece bastante cercana a lo que ocurre en realidad.

Posiblemente no sepa la ciudadanía las razones de todo esto y el debate no haya logrado clarificar todavía las variables de esta cuestión. Sin embargo, la influencia de la transición de un modelo a otro, que se va haciendo de un modo traumático, desordenado, oscuro e improvisado es también otra de las condiciones de ineficacia de nuestras políticas de seguridad, por lo menos en esta época.

V CONCLUSIONES

En definitiva, el modo como afrontamos hoy el problema de la inseguridad conlleva condiciones que llevan necesariamente a la ineficacia del control de la criminalidad.

En primer lugar la comprensión del problema, atrapado en una visión de casos y personas, no nos permite contar ni con la información ni con el análisis adecuado como para diseñar estrategias de intervención que puedan ser más exitosas.

En segundo lugar, nos hallamos en medio de una transición desordenada entre un modelo (el sistema del doble pacto) que ya es inviable (no sólo indeseable) y otro (un gobierno civil, integral y transparente de todo el sistema de seguridad) que todavía no se ha construido. Esto genera una realidad de desorden que es percibida correctamente por la sociedad y que constituye una obvia condición de ineficacia.

En tercer lugar, nuestra dirigencia política busca aún un modo de evitar construir un gobierno democrático del sistema de seguridad, porque considera que es una tarea riesgosa, con pocos réditos en el corto plazo y que la privaría de algunos de los beneficios que históricamente le ha dado el sistema del doble pacto; beneficios que los obtiene sin necesidad de prepararse, tecnificarse, arriesgarse a solucionar un problema que en todos los países es difícil.

En cuarto lugar, existen fuerzas sociales, organizadas como mercados en expansión para las cuales el mantenimiento de la situación de miedo, inseguridad e ineficacia de las políticas de seguridad es una condición positiva para su crecimiento. Ello constituye un obstáculo significativo a la hora de diseñar soluciones eficaces para este problema.

Vemos pues, que no es escindible el análisis del fenómeno criminal de las condiciones por las cual hoy transcurre el diseño de las políticas de seguridad. Si nos refugiamos en una mirada exclusiva sobre los fenómenos sociales (exclusión, cambios culturales, disgregación familiar o cualquiera de esa especie) tendremos una visión fragmentada de los problemas. Algo similar nos ocurre si pensamos el diseño de las políticas por fuera de las formas concretas de organización del fenómeno criminal. Creo pues que el análisis del problema de la criminalidad en nuestro país, la información que, en consecuencia, disponemos realmente, las herramientas con que pretendemos controlar esa criminalidad y las estrategias de abordaje del problema están en la actualidad muy por debajo de lo que reclama el problema. Otras áreas de la vida social se han encontrado a lo largo de la historia con situaciones semejantes y han obligado a un esfuerzo sostenido de sus dirigentes para diseñar nuevas formas de acceso al problema.

La ciudadanía viene cumpliendo su función en esta tarea, llamando la atención sobre la urgencia y gravedad del problema. Falta ahora liderazgos y tareas en la dirigencia política, intelectual y social para que hallemos un carril esforzado, realista y productivo para encarar en los próximos años un nuevo modelo de gobierno del

sistema de seguridad, fundado en una visión democrática, que permita el diseño de diversas políticas de seguridad que constituyan la oferta de cada uno de los gobiernos y sus signos políticos, pero con nuevas herramientas que permitan afrontar en serio el problema, abandonando el juego de ficciones y pujas de intereses corporativos en el que estamos inmersos

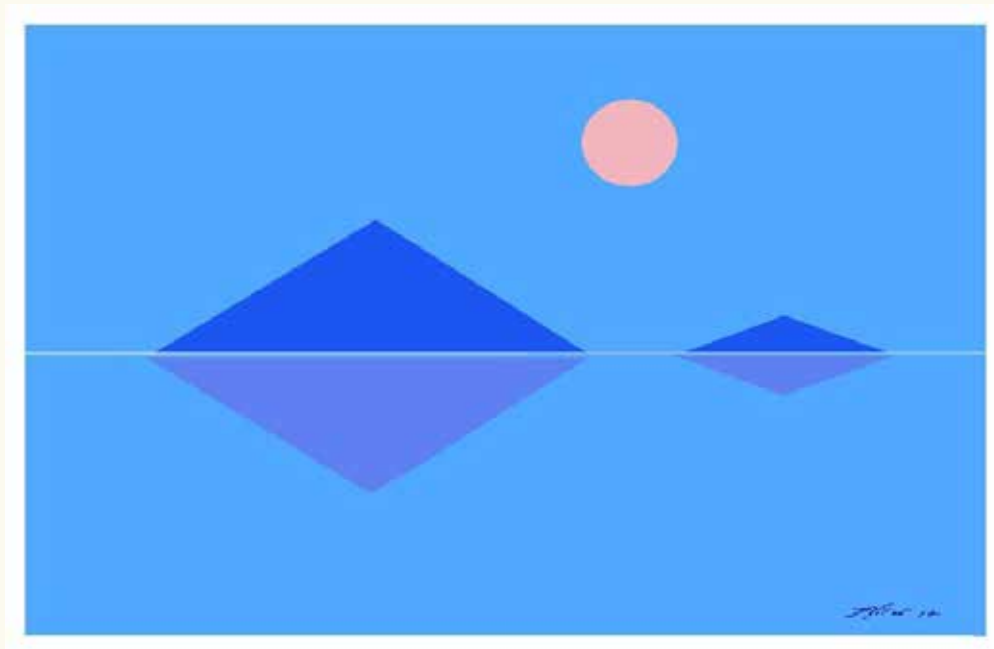


"Musa cabalgando con Miró", óleo sobre tela de Johnny Villares B. 1989

TENDENCIAS ACTUALES EN LOS SISTEMAS PROCESALES PENALES EUROPEOS E IBEROAMERICANOS

Prof. Dr. Dr.h.c. Juan-Luis Gómez Colomer

Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Jaime I de Castellón (España)



"Momotombo y momotombito", ilustración digital de Johnny Villares B. 2014

Sumario: I Introducción.- II. El nuevo proceso penal o la ceremonia de la confusión.- III. La primera confusión: Sobre los fines del proceso penal.- IV. La segunda confusión: Sobre los principios del proceso penal.- V. La tercera confusión: Sobre la caminata aislada del proceso penal.- VI. Para concluir.- VII. Bibliografía seleccionada.-

Resumen: Esta ponencia fue realizada en el Congreso in memoriam al Dr. Luis Paulino Mora Mora: “Logros, pendientes y desafíos del proceso penal en Costa Rica”, organizado por la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, la Corte Suprema de Justicia, el Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, y la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica. En esta exposición, el autor proporciona un planteamiento acerca de problemas o confusiones que se presentan ante las reformas procesales penales, debido a que no existe una idea clara sobre qué proceso penal seguir en este siglo XXI. La primer confusión señalada es sobre los fines del proceso penal; la segunda, sobre los principios del proceso penal; y la tercera, sobre la caminara aislada del proceso penal.

Palabras clave: Proceso penal democrático, reforma procesal penal, fines del proceso penal, principios procesales penales.

Abstract: This presentation was made in the Congress in memoriam to Dr. Luis Paulino Mora Mora “Achievements, challenges and earrings of the criminal proceedure in Costa Rica”, organized by the Association of Penal Sciences of Costa Rica, the Supreme Court of Justice, the Professional Association of Attorneys and Lawyers of Costa Rica, and the Master in Criminal Sciences of the University of Costa Rica. In this exposure, the author provides an approach about problems or confusions that come before the criminal procedure reforms, because there is no clear idea about what pursues a criminal prosecution in this century. The first confusión is about the purposes of criminal proceedings; the second, on the principles of criminal proceedings; and third, on the isolated walk of criminal proceedings.

Keywords: Democratic criminal proceedings, criminal procedure reform, purposes of the criminal proceedings, criminal procedural principles.

I INTRODUCCIÓN¹

Buenas tardes.

Créanme si les digo en este lluvioso pero feliz día que me siento muy emocionado porque la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica y mis amigos los doctores Daniel González y Javier Llobet, así como todos los viejos amigos juristas que tengo en este maravilloso país, hayan pensado en mí para hablarles sobre determinados aspectos de la reforma del proceso penal desde un punto de vista comparatista, una cuestión muy compleja como ya se puso de manifiesto ayer, y esa profunda emoción trae causa sobre todo porque el primer país que visité en América fue precisamente éste, Costa Rica. En aquel momento, hace más de veinticinco años, se me encomendó intentar ayudar a un ciudadano alemán preso aquí. Observé que se habían cometido ciertos fallos procesales tanto en Alemania como en Costa Rica, le ayudé y salió bien. Costa Rica y mi primer éxito en la práctica americana quedaron vinculados así para siempre en mi corazón, lo que es para mí un motivo de especial satisfacción. Muchas gracias queridos amigos, por vuestra gentil invitación.

También quisiera felicitar a quienes hayan tenido la brillante idea de celebrar este Congreso, porque me parece que quince años es tiempo suficiente para hacer un análisis crítico, sensato y riguroso sobre las bondades de un Código Procesal Penal, en este caso del suyo, del costarricense, y también de lo que no son bondades, los defectos (ayer ya se pusieron algunos de ellos de manifiesto). Si además ese congreso coincide con un homenaje al querido Luis Paulino Mora, gran penalista y gran persona, no hay excusa alguna para abordar con prudencia la tarea encomendada y realizar una puesta en común que dé los frutos esperados.

Quisiera ponerles de manifiesto, antes de empezar con las cuestiones de importancia que constituyen la esencia de mi intervención, que desde mi punto de vista o perspectiva europea, como no puede ser de otra manera, aunque tenga conocimientos de la reforma procesal penal en prácticamente toda América Latina, lo que ayer se dijo en este foro, con fundamento, con rigor y con seriedad, no me es en absoluto extraño. No me es extraño que al día siguiente de la entrada en vigor de un código –en este caso del Código Procesal Penal–, ya haya quien quiera su reforma y quien proponga determinadas modificaciones, aunque sean parciales, de un texto prácticamente *non nato*. No me es extraña tampoco la terminología utilizada ni respecto a lo que son defectos, ni respecto a lo que son virtudes, ni tampoco respecto a lo que son disfunciones de una norma tan importante como el

1 N. del A.: Transcripción de la conferencia pronunciada por mí en el Congreso de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, dedicado a la memoria del Dr. Luis Paulino Mora Mora, 21-23 de octubre de 2013. En su revisión he intercalado los epígrafes del sumario para una lectura más cómoda, pero he dejado sin corregir aquellas frases que reflejan la frescura de una exposición oral, así como los empeños y licencias verbales para conseguir mantener la atención del público durante una hora. Me acojo a su benevolencia.

Código Procesal Penal, porque de alguna manera los juristas vivimos siempre con la amenaza de las reformas legales, directa o indirectamente. No sé si porque no hemos sido capaces nunca de hacer una norma cuasi perfecta, ya que no podemos alcanzar la perfección, o porque, tomando la trascendencia político-jurídica de un texto como el Código Procesal Penal, son tantos los problemas que se quieren resolver, que nuestra limitada capacidad de comprensión humana hace imposible abarcarlos todos.

En cualquier caso, cuando se están refiriendo aquí en Costa Rica cuestiones relacionadas con esos defectos y la mejor forma de eliminarlos, no estamos tan lejos, no hablamos lenguajes diferentes. No importa la distancia ni la nacionalidad, por lo tratado hasta ahora aquí, he captado perfectamente que los problemas son prácticamente los mismos.

A lo largo de la jornada de ayer pensé en cambiar el contenido de mi intervención en algunos puntos, pero finalmente esta mañana he decidido que no iba a cambiarlo, que lo que tenía preparado para explicarles a ustedes, lo voy a mantener, porque creo que es una visión complementaria a la dada.

Para convencerles, les hablaré antes de un problema general y enseguida comprenderán lo cerca que estamos los europeos y los americanos unos de otros.

II *EL NUEVO PROCESO PENAL O LA CEREMONIA DE LA CONFUSIÓN*

No creo acertado referirme a ningún código procesal concreto. Claro, voy a hablar de instituciones procesales penales y, por tanto, es inevitable pensar en ordenamientos determinados. Pero salvo lo irrenunciable, voy a esquivarlo, porque lo que voy a hacer es ocupar una atalaya y, como un observador imparcial, estudiar lo que está ocurriendo partiendo de un proceso penal estándar, plenamente asumible en el mundo democrático que nos rodea y, por tanto, también en Costa Rica. Lo que no es democrático, no me interesa y lo que ha quedado anticuado, tampoco. Estamos hablando pues de la población a la que se destina la aplicación de un código estándar, de miles de millones de personas, agrupadas en países que defienden los valores democráticos.

Yo basaba mi discurso cuando lo preparé en España antes de venir teniendo en cuenta los grandes hitos de la reforma procesal penal en mi país, en Alemania, en Italia, en Portugal, en Francia, en los propios Estados Unidos y luego en toda América Latina, empezando en Guatemala en los años noventa. Pero antes de entrar en ellos, lo que pensaba era explicarles que no tenemos las ideas claras, no sabemos muy bien a dónde ir porque creo que estamos siempre dudando, gravemente confundidos y confusos, con relación al proceso penal que realmente necesitamos al principio del siglo XXI, y porque creo que esa confusión total en la que estamos nos está llevando a que nuestras reformas no sean acertadas.

A veces, de un lado, estamos confundidos porque sencillamente la reforma no

era necesaria. Lo que debería haberse hecho en vez de reformar es reinterpretar la norma vigente, darle la fuerza vital que quiso el legislador, para que fuera una aplicación correcta a tener en cuenta en una realidad acorde con ese deseo del legislador. Otras veces la confusión viene porque hemos hecho tal mezcla legislativa con la reforma, copiando experiencias y vivencias internacionales, tanto desde un punto de vista dogmático-interpretativo, como de un punto de vista legislativo-práctico, que no sabemos muy bien dónde estamos.

Con mayor detenimiento siguiendo esta línea discursiva, creo que existen tres confusiones importantes, y por lo que ayer oí aquí, insisto con mucho fundamento y sabiduría expresado por parte de todos los ponentes, creo que me van a comprender, creo que me van a entender y que cada uno va a poder interiorizar mis pensamientos en su práctica diaria con relación a su Código Procesal Penal, que es mucho mejor de lo que ustedes creen, y llegar a la conclusión que efectivamente podemos estar ante la misma realidad.

En primer lugar, hay confusión respecto a los fines del proceso penal. En segundo lugar hay confusión respecto a los principios básicos del proceso penal. Y en tercer lugar, sorprendentemente el Derecho Penal (el Código Penal) y el Derecho Procesal Penal (el Código Procesal Penal), marchan por sendas totalmente separadas, marchan por caminos muy distintos, no caminan a la par, no están recorriendo la misma senda.

Enseguida profundizaré en estas tres grandes cuestiones, pero antes quisiera decirles, y quizás aquí esté la perspectiva europea de mi intervención, insisto no tan lejana a la perspectiva americana, que de alguna manera tenemos que analizar y precisar las situaciones que nos llevan a puntos de encuentro comunes, para de esta manera proporcionar a la sociedad soluciones aceptables que eliminen de raíz esas confusiones a las que voy a hacer referencia. Es un punto de vista más integrador, tendente a lograr una amplia homogeneización.

A) En este sentido, quisiera hacerles observar en primer lugar que el proceso penal tiene una ideología, al menos con carácter general. Desde el punto de vista de mi experiencia como observador imparcial de la realidad, y siempre teniendo en cuenta la situación en diversos países, Política y Justicia se entrelazan de manera absolutamente inescindible cuando se está hablando de proceso penal.

No hablo de partido político, no hablo de ideología política concreta, sino que hablo de Política en el sentido más noble posible del término. Porque si no hay política, no hay política criminal; si no hay política criminal, no hay acción legislativa; si no hay acción legislativa, no hay dogmática interpretativa; y si no hay dogmática interpretativa no hay realidad práctica en la aplicación del texto legal. Por tanto, desde el punto de vista del fin que se pretende cuando se aprueba un texto como el Código Procesal Penal, por un Parlamento a iniciativa de un Gobierno, estamos hablando de trasladar una idea a una realidad concreta para ejecutar, para que se cumpla en la práctica una determinada política del Estado en un momento histórico determinado, política que en nuestro caso se refiere a la máxima protección de la libertad del ser humano.

Si eso no fuera así, no se podría explicar por qué la mayor parte del mundo, que por un lado ha vivido durante décadas bajo un sistema de enjuiciamiento criminal inquisitivo –como es el caso de América Latina antes de la entrada en vigor del actual sistema adversarial en la generalidad de los países que la conforman– o de un sistema acusatorio formal o mixto -como es el caso de la Europa Continental producto de la Revolución Francesa-, ha querido recientemente un cambio tan importante de orientación precisamente en su sistema de enjuiciamiento criminal. Y no se puede explicar sin esa unión entre Política y Justicia, porque el legislador, asesorado seguramente por el político muy de cerca, ha optado por sustituir el modelo adoptando el sistema acusatorio, que debería llamarse mejor “Sistema Adversarial”, pero por comodidad del léxico, lo dejaremos como Sistema Acusatorio, para no inducir a ningún error adicional, además de perturbador. Por tanto, la decisión de ir a un juicio oral y público y la decisión de que ello se base en una acusación formulada por persona distinta, pública o no -la opción generalmente es pública- a un juzgador, es una decisión política de una alta trascendencia; luego veremos en qué se traduce esto en la realidad.

B) La segunda observación desde esa atalaya que quisiera decirles antes de entrar en el detalle de las confusiones, es que creo que estamos olvidando que el proceso penal sirve también para defender a la democracia, para defender al Estado de derecho.

Nos hemos centrado demasiado, y tiene su lógica y su justificación, en afirmar que, desde un punto de vista estructural en lo referente a los sujetos procesales, la persona más importante en el proceso era la persona del acusado por ser la más frágil, por ser aquella que podía sufrir mayores vejaciones en sus derechos fundamentales protegidos constitucionalmente, especialmente durante la fase de investigación del crimen, y por tanto al estar en riesgo esos derechos podía darse a su vez una puesta en peligro del enjuiciamiento justo, del proceso debido legal, que debía en el plano teórico intentarse por la autoridad que no se produjera.

Yo creo, desde ese punto de vista, que para entender perfectamente la situación del proceso penal actual, hay que fijarse, una vez tenemos garantizados los derechos fundamentales del acusado, en la norma legal y en la jurisprudencia, es decir, tanto en el texto que se propone por el legislador como en la aplicación del mismo, en la vida real práctica, para afirmar que el proceso penal sirve para defender otros valores igualmente importantes que no afectan al acusado. Uno de ellos, importantísimo, es la democracia.

Y si pensamos en el modelo que se está tomando en el mundo para la reforma, que es el sistema basado en el proceso penal federal de los Estados Unidos de América, con más o menos divergencias, pero siempre mirando ese norte, vemos que la posición jurídica que ocupa el Ministerio Fiscal en el proceso se configura para defender también esos valores y no únicamente ostentar la acusación pública. En el sistema adversarial, por mucho que se critique o por mucho que no se quiera entender, el Fiscal es el Gobierno en el proceso penal, el Fiscal es la Administración que acusa en el proceso penal a quien ha cometido un delito. Por eso cuando se dice que

el proceso penal sirve también para defender la democracia, se personifica esa defensa en el Ministerio Público como único –en régimen de monopolio- actor posible en esa tutela del Estado de Derecho, en esa tutela de la democracia.

Desde el punto de vista, por tanto, de la acción gubernamental, ningún estadounidense espera otra cosa cuando es sentado en el banquillo de los acusados que todo el peso de la Administración, del Estado en suma, caiga sobre él. Como el sistema adversarial afortunadamente, y de ahí su pragmatismo, su plasticidad y el vivo y deslumbrante reflejo que emite –como decía Schünemann al hablar de la marcha triunfal que está recorriendo por el mundo a la hora de establecerse-, es un sistema que se basa en un juego de pesos y contrapesos, los famosos “*checks and balances*” del sistema jurídico norteamericano, el Gobierno no puede hacer lo que le apetezca, el Gobierno en la defensa de la democracia no puede utilizar la ley en su exclusivo favor. Por eso el ciudadano tiene a su favor el Jurado, que en los Estados Unidos es el contrapeso en la defensa de esa democracia, en la defensa del ciudadano.

C) Y finalmente, como tercera observación, antes de entrar en particular en las confusiones anunciadas, le diré que el proceso penal representa un campo de tensiones absolutamente claro. Quienes ejerzan la posición imparcial de juzgador en el proceso penal se darán cuenta de ello en el día a día, sin que hagan falta precisiones ulteriores. Cuando al mismo tiempo se impone al Estado el deber u obligación de perseguir el crimen y acusar al autor del mismo para obtener su condena, el conocido *ius perseguendi atque puniendi* de los ordenamientos latinos, y al mismo tiempo se consagran derechos fundamentales de los ciudadanos acusados que ese mismo Estado no puede traspasar a la hora de la investigación de la verdad, a la hora de obtener las bases fácticas y jurídicas necesarias para la acusación, es inevitable que en todo proceso, en determinados momento, se produzca ese choque de trenes, se produzca ese campo de tensiones. Por eso, y ayer salió de alguna manera este tema también, los gobiernos suelen tener tendencia a apoderarse del Poder Judicial. Esto es una forma de ver las cosas distinta a la tradicional del control político del tercer poder de Estado por el Poder Ejecutivo, el poder que dicen que es más importante, pero también es una manera real de contemplar esta situación.

El gobierno -no el de este país, cualquiera-, todos los gobiernos del mundo, no están cómodos si ven que se les puede escapar el control de su derecho a perseguir y a acusar por culpa de las garantías constitucionales, dicho sea entre comillas. Por eso, todo gobierno intenta, por vías más o menos descaradas, controlar el desarrollo del proceso penal. Éste es un punto muy importante en la lucha que hay que mantener diariamente para el establecimiento y conservación de las garantías del proceso penal, sobre todo del acusado, pero no sólo del acusado, piensen también en la víctima, porque todos los gobiernos realizan determinadas operaciones, o no realizan determinadas operaciones (el famoso juego de la acción y de la omisión), para lograr ese control. Qué otra explicación si no hay que dar a la tradicional y extendida internacionalmente falta de dotaciones económicas a la administración de justicia penal.

Si realmente el primer poder del Estado fuera consecuente con el tercero y lo considerara a la par, le gustaría que estuviera desarrollado de manera que tuviera

los medios humanos y materiales exactamente igual que los tiene él. Pero como ese poder es el único capaz de controlarle, no le interesa generalmente, ni siquiera a las democracias, que eso sea así. Las formas suelen ser sutiles. Por ejemplo –y créanme esto sucede en la Alemania reunificada de hoy, la de la Dra. Merkel, no es algo que suceda en Costa Rica o en España sólo-, en estos momentos es prácticamente imposible aprobar una reforma jurídica y por tanto un reforma procesal penal que cueste dinero. Con lo cual el gobierno tiene muy fácil poner trabas para que los tradicionales males del proceso penal, que son la excesiva duración y su carestía (costo), sean resueltos definitivamente, porque como no tiene dinero para más jueces y para procedimientos más rápidos, las cosas tienen que seguir igual; o finalmente por poner uno de los ejemplos que salieron ayer, el tema de la prisión provisional, créanme que es totalmente ajeno a si el sistema es adversarial, acusatorio formal o mixto, o una variante a veces no fácilmente reconocible de una posición propia. Porque la prisión provisional en estos momentos en el mundo se mueve con dos criterios muy distintos a aquellos por los que nació.

Me explico: En primer lugar en el sistema adversarial norteamericano, no importa la prisión provisional, lo que importa es si se tiene dinero para pagar la fianza correspondiente; y en segundo lugar, desde el punto de vista gubernamental – y esto no tiene que ver en absoluto con la cuestión acusatoria-, lo más importante de la prisión provisional es la alarma social y el control de votos que a través de ella se puede tener como gobierno. Si ubicando a más gente en la cárcel provisionalmente garantizo tranquilidad social y por tanto que la alarma social baje, tengo más posibilidades de ganar las elecciones, se dicen a sí mismos los políticos, que al revés. Habría que ver hasta qué punto esto es cierto y si las estadísticas lo podrían demostrar. Pero todos los políticos creen de alguna manera que la alarma social perjudica sus posibilidades de ganar unas elecciones.

Pues bien, hechas estas consideraciones conceptuales respecto a política y justicia, que como se ve marchan efectivamente unidas, respecto a la defensa de la democracia a través del proceso penal y sobre todo respecto al campo de tensiones al que me refería hace un momento, quisiera entrar brevemente en las tres confusiones anunciadas para luego al final, porque creo que nuestra obligación como juristas no es sólo plantear problemas, sino también dar soluciones, ver que es lo que podemos hacer, con toda humildad y modestia, para que el proceso penal, al menos en aquellos aspectos que en forma determinante le están llevando al fracaso, cambiar de rumbo.

III LA PRIMERA CONFUSIÓN: **SOBRE LOS FINES DEL PROCESO PENAL**

La primera de las confusiones, por su gravedad, hace referencia en mi opinión a los fines del proceso penal. Aquí ha habido una evolución clara afortunadamente, no hay por tanto que desdecirse de ella y hay que profundizar todavía más si

cabe en esta cuestión, entre lo que podría ser la finalidad clásica del proceso penal y la finalidad más moderna en función de la consolidación democrática. Todos hemos oído hablar, yo incluso hasta lo enseño, que el fin principal del proceso penal es hallar la verdad material y por tanto castigar al verdadero culpable. He de reconocer que tengo dificultades para explicar qué es la verdad, y tengo también dificultades para explicar qué es lo material, y no les quiero contar las dificultades que tengo para explicar en forma unida “verdad material”. Por tanto desde ese punto de vista, si ningún alumno me pregunta en clase, paso sobre ese tema y doy por entendido o al menos sobreentendido lo que se quiere decir. Porque si somos realmente honestos con nosotros mismos, la verdad es un concepto inalcanzable. Y si hablamos de verdad material para intentar explicar lo que realmente sucedió, la verdad es que sólo podremos empezar a aprehenderlo si gozamos de pruebas que nos lleven en la dirección adecuada.

Por tanto, dentro de la relatividad, de lo que el fin implica, lo que en realidad queremos decir es que nos gustaría a través del proceso penal determinar si el crimen se cometió realmente y quién lo pudo cometer, quién es su autor, sin poner a Dios por testigo ni entrar en verdades absolutas que probablemente ni siquiera Kant sería capaz de manejar.

Más modernamente, se añaden como fines del proceso penal otras cuestiones que son muy importantes. También el proceso penal, en ese castigo del culpable, quiere que se haga respetando sus derechos fundamentales.

Yo recuerdo una discusión en Alemania sobre esta materia en un seminario organizado por el profesor Tiedemann, en donde al final llegamos todos a la conclusión, siempre prudente y siempre humilde, de que por mucho que nos costara admitirlo a la vista del fin clásico que acabo de mencionar, de alguna manera podríamos tolerar que se condenara a un inocente o que se absolviera a un culpable, siempre que en el proceso se hubieran respetado las garantías constitucionales y los derechos fundamentales del acusado, es decir, admitiendo como seres humanos que somos, la posibilidad del error. Y en cualquier caso ese error sería mínimo, porque en definitiva le habríamos dado al proceso penal ese empaque de seguridad tranquilizante que necesitamos los humanos para, cuando hemos cometido un error muy grave, no pegarnos directamente un tiro. Pero desde un punto de vista de la realidad, si combinamos los fines tradicionales con los fines modernos del proceso penal, indiscutiblemente el ideal sería castigar al culpable en función de la prueba producida habiendo respetado todos sus derechos.

Y también se añade modernamente entre los fines del proceso penal el tema de la víctima, sobre el que luego les diré algo porque creo que con la víctima se da una de las confusiones internacionales más grandes. Ahora sólo diré que este fin sorprende considerando el sistema adversarial norteamericano, porque la víctima está totalmente excluida del proceso penal; la víctima “molesta” en el proceso y por tanto no se le quiere en el mismo. Consecuentemente –hablo jurídicamente, por supuesto- decir que el fin del proceso penal es también proteger a la víctima, provoca una cierta contradicción cuando contemplamos el modelo que estamos

siguiendo en las modernas reformas y lo desarrollamos, pero así es.

Sin embargo, qué pocas veces oímos hablar de que el verdadero fin del proceso penal tiene que ser absolver al inocente. Ése es un cambio importante en la perspectiva, porque indica que dejamos de fijarnos sólo en uno de los sujetos del proceso, ciertamente un autor “privilegiado” por el garantismo procesal, al ser el autor del delito, para cambiar el prisma y fijarnos ahora en la persona que, siendo el mismo actor hasta determinado punto del proceso porque es acusado de la comisión del delito, llegamos a la conclusión de que no lo ha cometido o de que no hay prueba suficiente de haberlo cometido. Esta formulación en positivo de que el fin del proceso penal es sobre todo absolver al inocente, debe cambiar ciertas perspectivas sobre las que ahora haré mención y debe eliminar sobre todo varias de las confusiones que al respecto se están produciendo.

No olviden una cosa tampoco, porque a veces nos produce una cierta resistencia llamar a las cosas por su nombre y eso no nos debe dar miedo a los juristas, siempre y cuando tengamos claro el fondo en el que nos movemos, el caldo en el que estamos cocinando estas cuestiones. Miren ustedes, el derecho penal es siempre un derecho represivo, si no fuera represivo, no sería derecho penal. Todo derecho penal debe sancionar determinadas conductas como delito y establecer la pena que corresponde a esa acción. Es represivo, castiga una conducta humana, ésa es su función, dicho en sentido técnico-jurídico correcto, no en sentido técnico-político, sino en sentido técnico-jurídico. Por eso la libertad no la garantiza el derecho penal, la libertad la garantiza el proceso penal.

Por eso una sabia combinación entre un derecho penal represivo acomodado a los límites histórico-temporales en que se tiene que aplicar, y un proceso penal (cauce necesario para la aplicación de ese derecho penal) en donde quede garantizada esa libertad, elimina la confusión respecto a los fines y nos hace caminar por la senda correcta para hallar esa absolución del inocente o esa condena del culpable. Por eso a mí me sorprende que instituciones diseñadas para conseguir o ayudar a absolver al inocente y para garantizar la libertad frente a la represión, insisto, en sentido técnico-jurídico, del modelo que toda Europa y toda América Latina está tomando (el proceso penal federal de los Estados Unidos de América), no hayan sido asumidas por casi ninguno de los estados “copiantes”. La institución clave para esa defensa de la libertad proclamando la inocencia del acusado es el Jurado. Solamente desde esa perspectiva se entiende el Jurado como institución de la libertad, en los Estados Unidos de América esto es indiscutible.

Claro, muchos de ustedes pensarán ¿qué está diciendo este hombre, de dónde ha venido? Todavía tiene metido en el cuerpo el *jet lag* del viaje, qué tontería, los jurados aquí se comprarían por cuatro colones; los jurados nunca han sido imparciales, los jurados no caben en Costa Rica. Si lo vemos con desapasionamiento, éste no ha sido ni es un problema del proceso penal, es un problema cultural, es un problema distinto a aquél que se pretende resolver con el proceso penal.

Por tanto, desde el punto de vista de la asunción de un sistema *pro libertate*, sin duda alguna, aquellos países de sistema acusatorio o adversarial que no tiene

Jurado tienen una falla importante. Pero también hay que pensar en que el mejor sistema procesal penal de un país es una evolución de su propio sistema, no una copia de un sistema ajeno. Por tanto, en el juego de poderes y contrapoderes habrá que ver cuál es la mejor posibilidad para afrontar esa realidad.

Por otra parte, en lo que toca a la confusión en cuanto a los fines, hay determinadas instituciones o regulaciones que contribuyen a un difícil esclarecimiento. Y por esos muchas veces, aunque no entraré en detalle, pero para que vean simplemente que está relacionado y que produce confusión porque la institución si está en la ley correctamente formulada, pero su aplicación no es la mejor de las posibles, nos encontramos con que no es coherente en un proceso penal moderno aplicando un derecho penal moderno encontrarnos con penas excesivamente largas, con prisiones provisionales automáticas o con restricciones del derecho de defensa inadmisibles, porque no cuadran, no acompañan a esa formulación, a esa posibilidad de evitar esa confusión.

Aunque en mi opinión, la confusión respecto a los fines tiene su falla fundamental en la incapacidad de los estados, demostrada internacionalmente, de luchar eficazmente a través del proceso penal contra la llamada criminalidad organizada. Porque desde el punto de vista -y hablo en términos muy generales- de lo que implica socialmente esa criminalidad, de lo que se está hablando para luchar procesalmente de forma eficaz contra esa criminalidad, es de un proceso penal bien construido dogmáticamente, con principios claros y sus consecuencias perfectamente delimitadas, evitando el socavamiento de la democracia que todo grupo organizado criminal quiere de una manera o de otra, bien directamente a través del terrorismo, bien indirectamente a través del control que significa el narcotráfico o la corrupción de las estructuras esenciales de ese poder. Atemorizado el estado por un posible fallo aquí, ataca instituciones del proceso que deberían ser intocables, cambiando de repente la reglas propias de un Estado de Derecho. Genera pues una gran confusión.

IV *LA SEGUNDA CONFUSIÓN: SOBRE LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO PENAL*

Una segunda confusión, también grave por su amplia trascendencia, se da con relación a los presupuestos procesales y principios básicos del proceso penal. Yo creo que éste es el principal problema y ayer me convencí de que es la principal cuestión también aquí en Costa Rica, porque lo que está sucediendo, y también ha pasado en Alemania y con mayor intensidad en Italia y en Portugal, es que se está produciendo un desajuste entre las tradiciones jurídico-procesales propias del país reformista y los modelos que se intentaban trasladar o sencillamente copiar. Y esto sucede generalmente, no porque el país no tenga gente preparada para poder establecer claramente una diferencia entre lo que de fuera puede servir y lo que de fuera no puede servir, o lo que interiormente ha servido y por tanto hay que

mantener, y lo que no ha servido y por tanto hay que desechar, no, no me estoy refiriendo a eso, sino que se dan una serie de circunstancias que hace que la reforma entre con mal pie.

Tengo anotadas unas cuantas situaciones posibles, unos cuantos ejemplos que yo creo que pueden dar una idea bastante ilustrativa respecto a esta confusión de principios. Por ejemplo, a mí me llama mucho la atención que países que no tenían la institución del Ministerio Fiscal y que estaban regidos por el sistema inquisitivo, cambien al sistema adversarial, al sistema acusatorio como es conocido en Latinoamérica, encargando la instrucción a una institución que se acaba de crear. Y me llama mucho la atención porque, desde un punto de vista europeo, hubiera sido preferible un tránsito a través de un sistema intermedio, para entrar no de repente, tan de golpe, en una de las cuestiones claves, cual es la instrucción del delito a través de una institución absolutamente novedosa. No les estoy diciendo que esté en contra de que investigue el crimen o dirija la instrucción el Ministerio Fiscal, no les estoy diciendo que considere que ello podría ser inconstitucional, no. Lo que es estoy diciendo es que una de las fases más importantes del proceso penal, la investigación del crimen, en donde está la garantía de éxito de la futura sentencia de absolución o de condena, se conceda a cuerpos recién creados y por tanto absolutamente inexpertos.

El espacio de impunidad corre serio peligro de aumentar de manera intolerable socialmente. Esto puede causar y de hecho causa muchos problemas -porque no nos engañemos somos humanos-.

Otro ejemplo relacionado con ello: El sistema de instrucción a cargo del Ministerio Público proporciona una enorme discrecionalidad a éste a la hora de la persecución del delito, y no digamos a la Policía bajo su mando, con lo cual si son instituciones novedosas que tienen una falta de práctica respecto a estas cuestiones, evidentemente pueden crear problemas sociales específicos, por ejemplo una gran desconfianza de la ciudadanía en su policía, que es un mal social de una trascendencia enorme, porque está en cuestión la eficacia del proceso penal.

También me llama la atención, y cito otro ejemplo en el que mi país podría ser puesto como modelo de lo mal hecho (pero como a mí en el extranjero no me gusta hablar mal de España vamos a dejarlo flotando en el aire). Fíjense, cualquier estudiante de derecho sabe perfectamente que si quiere estudiar con provecho derecho penal, no puede conformarse sólo con el derecho penal, sino que tiene que abordar un conjunto de ciencias perfectamente ensambladas con ese derecho que le den una idea exacta de qué se está protegiendo, porque la libertad implica un alto nivel de atención legislativa, particularmente sobre cuáles son las consecuencias de las transgresiones. Y ese nivel no se alcanza sólo con el derecho penal. A él se llega en primer lugar con la constitución política, en segundo lugar con la legislación de tribunales que establecen las normas que regulan tanto desde un punto de vista objetivo como subjetivo los principios y competencias de los jueces, con el Código Penal, con el Código Procesal Penal, con la legislación penitenciaria y con una serie de normas adyacentes o complementarias que pueden tener una

cierta utilidad o que pueden ser puntualmente importantes para el desarrollo de cuestiones que preocupen al país, por ejemplo la legislación de extradición. Es decir, la reforma procesal penal es una reforma de conjunto normativo, no sólo de una norma –aunque esto no lo haya hecho prácticamente ningún país-. Así, es frecuente encontrarse con que el Código Penal sea de hace cuarenta años y el Código Procesal Penal sea de veinticinco años después, con que la Ley Orgánica de Tribunales o del Poder Judicial no contemple ninguno de los avances porque haya sido imposible modificarla, y con que la legislación penitenciaria más vale, como se dice en El Quijote, no “menealla”, no sea que exista una revolución en el país. Se hacen sólo reformas muy parciales, para contentar a la galería, reformas destinadas generalmente por ello al fracaso.

Y finalmente, antes de entrar en los ejemplos importantes que quiero exponer, desearía decirles que tengo también la impresión –y esto fue una discusión cuando trabajaba sobre la única ley que un gobierno español me ha encargado, la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil a mediados de los noventa, y aprovecho para contarles que ya no me han encargado ninguna más por mi actitud crítico positiva, no casada con nadie, poniendo el dedo en la llaga cuando era procedente, así que ya pueden imaginarse-, que parece que el legislador quiera pasar a la historia a través de sus leyes, quiere hacer leyes que duren cien años. Esto es una estupidez y es además propio de ignorantes, Si los legisladores leyeran –que lo dudo- pero si los legisladores leyeran y observaran qué han dicho los revolucionarios que tanta influencia han tenido en el mundo, por ejemplo leyeran a Lenin o leyeran a Thomas Jefferson, que ideológicamente son comparables en cuanto a sabiduría revolucionaria, aunque de signo totalmente distinto, se darían cuenta que los dos han defendido que es inmoral que una generación apruebe una ley para que le sobreviva. La generación tiene que aprobar una ley para que se regule ella y cuando esa generación esté muerta, quienes vengan detrás, sus herederos, que se doten de sus propias normas -esto por favor adáptenlo a la situación actual-, pero cuando Jefferson dice esto, justo en el año de la revolución francesa, en el año 1789, en una carta a James Madison, está poniendo el dedo en la llaga de una gran verdad, la relatividad de la legislación. Por tanto nosotros debemos aspirar a aprobar códigos que resuelvan de un lado y en un tiempo razonable determinadas situaciones graves para el país, pero por otro que dinámicamente permitan su propia renovación total transcurrido un período de tiempo razonable, más bien corto que largo.

Bueno, pues en ese sentido, voy a citarles una serie de ejemplos que es justamente lo contrario de lo que el legislador tenía que haber hecho, siempre en mi modesta opinión, insisto, debida a la experiencia del derecho comparado.

Empezaré por el más flagrante. Ustedes -sobre todo quienes aquí sean alumnos de derecho, estudiantes de la carrera de derecho, del grado- ¿se han dado cuenta la fortaleza, la integridad, la seguridad, el aplomo con el que los penalistas defienden el principio de legalidad y sus cuatro garantías, incluida la garantía jurisdiccional?, ¿y no les llama la atención que unas horas después venga el procesalista y les diga que esa fortaleza no sirve para nada? Porque, para qué sirve –creo que

por esto Feuerbach nunca se levantaría de la tumba-, el principio de legalidad si luego la justicia negociada y el principio de oportunidad lo echan por tierra absolutamente, ¿dónde está el desajuste? No estoy diciendo que no deban instaurarse determinadas instituciones de carácter progresista, que no deba caminarse por determinadas vías que busquen soluciones al conflicto de manera distinta, pero ¿para qué defender con tanta integridad el principio de legalidad en un lado de la batalla sabiendo que en el otro va a ponerse seriamente en cuestión y con éxito? El principio de legalidad no es absoluto, es un instrumento esencial para la configuración y aplicación de las ciencias penales en su conjunto en una democracia, pero ha de admitirse que tiene tantas excepciones probablemente cuantas derivaciones integren su desarrollo.

Por tanto, desde un punto de vista estricto y coherente, el principio de oportunidad reglada, por ejemplo, que el Fiscal decida el archivo de las investigaciones porque considera que el delito es bagatela, sería una infracción directa del principio de legalidad no sancionable. Y que se negocie una pena de dos años para determinado delito, cuando el Código Penal fija diez, sería otra infracción del principio de legalidad absolutamente inasumible desde esa posición estricta.

Otro ejemplo: Qué les parece a ustedes que el principio de necesidad, también llamado principio de oficialidad en los países de corte germánico, esté exigiendo soluciones más expeditivas, que únicamente se justifican desde el punto de vista de la economía. Digan lo que digan sus defensores, introducir la mediación en el proceso penal, es un ataque directo al sistema de justicia. Otra cosa es que todos digamos que no podemos hacer más en las circunstancias actuales, porque nunca la solución en la aplicación del principio de legalidad ha estado fuera de la órbita competencial de un juez y ahora estará en manos de un psicólogo si se aprueba como tal, aunque acabe requiriéndose la autorización judicial (a ver qué juez va a contribuir a su propia sobrecarga si le facilitan la descarga laboral). ¿Qué derecho penal o qué derecho procesal es éste? *Quo Vadis Processus?* Estos ejemplos son productos típicos de la gran confusión reinante.

Si ustedes piensan en la víctima, pobre víctima, que encima de ser víctima, por ser la que ha sufrido el delito, el estado se va a encargar de redoblar el sufrimiento para que no olvide nunca su mala suerte. Vamos a ver, seamos sensatos y ayer el profesor Binder lo explicó de una manera preclara. Óigame, si la víctima tiene que ser reparada y es una obligación estatal porque es un fin del proceso penal, dele usted todos los derechos como parte para que al lado del Ministerio Fiscal los pueda defender, no le llame sólo para ver si puede recurrir o para ver si puede presentar determinada prueba, sino que déle toda la cancha posible. Pues no, como se afirma, la acción pública es monopolio público, por tanto sólo el Ministerio Público puede acusar, la víctima tiene que estar de resultas. Entonces no consagre usted el derecho a la reparación, consagre usted la expectativa a la reparación y entonces no engañará absolutamente a nadie.

Más ejemplos –esto ya es una cosa increíble, tuve ocasión de estudiarlo durante tres años y todavía no sufro milagrosamente secuelas-: El tema fundamental que

plantea el derecho de defensa hoy tiene que ver con la criminalidad organizada. Todos los países establecen límites al derecho de defensa cuando se trata de luchar contra la criminalidad organizada, ¿por qué?, ¿es que el sistema previsto con carácter general no es suficiente?, ¿no es posible evitar con una buena construcción que en la relación abogado-defensor y cliente quepa la connivencia, impidiéndose así la comisión de más delitos?, ¿no es posible evitar la incomunicación, siempre inhumana, de personas sospechosas de haber cometido determinados delitos de criminalidad organizada, por ejemplo delitos de terrorismo, simplemente por la posibilidad que existe de ocultación de pruebas o sobre todo de determinados peligros de fuga de compinches, de colegas que estaban metidos? ¿Para qué entonces consagramos un derecho cuasi-absoluto de defensa? Si cuando llega el primer momento delicado no tenemos ningún empacho en suspenderlo.

Los países han sido consientes de esa situación, no sé si Costa Rica ha llegado a esta misma solución, pero Alemania, Italia y España lo que hacen es imponer un abogado de defensa, un abogado de oficio, aquí sería un defensor público, para que atienda al presunto terrorista durante esta etapa y que desde un punto de vista, digamos, de la racionalidad del derecho fundamental, nadie pueda decir que ha sido vulnerado. Pero ha sido vulnerado, porque miren, no nos engañemos, que no nos confundan, el principal contenido del derecho de defensa es que yo pueda tener el abogado que me dé la gana, siempre y cuando pueda pagarlo. Si no puedo pagarlo, no tengo ni siquiera gana. Por tanto desde ese punto de vista, no puedo decir nada, pero si yo puedo pagarme un abogado, el principal contenido es que sea el que yo quiera. Cambiar este contenido esencial del derecho de defensa, es vulnerarlo.

Y dos ejemplos más finalmente, que son el asombro de la confusión. El desarrollo de las nuevas instituciones de las que les he hablado – que insisto, y quiero que me entiendan, porque no deseo que piensen porque no es mi intención que estoy en contra de las instituciones modernas–, exige que estén diseñadas para ajustarse sin problemas a un nuevo sistema, a un sistema donde claramente se diga que A es A y Z es Z.

Si nosotros admitimos la justicia negociada, el *plea bargaining*, es decir, la negociación sobre la declaración de culpabilidad del acusado en el sistema anglosajón, que tienen todos los países que han seguido el sistema adversarial, el fin principal del proceso penal cambia radicalmente. En España está la antigua conformidad, pero me temo, si Dios no lo remedia, que pronto tendremos también la negociación sobre la declaración de culpabilidad del proceso penal federal de los Estados Unidos de América.

Permítanme decirles con cariño que a ustedes les están engañando como estudiantes cuando les explican que el fin esencial del proceso penal se cumple en su plenitud en el acto del juicio oral, en el acto del plenario, porque la justicia negociada impide el plenario, pero actúa consecuentemente como si el plenario hubiera tenido lugar. Por tanto desde ese punto de vista, que no nos engañen, hay dos juicios: El juicio normal, el que se sigue hasta el final y el juicio abreviado, pero no porque dure menos, sino porque se suprimen las instituciones claves del

proceso a la hora de llegar a ese final. Hay científicos importantes en los Estados Unidos que, muy preocupados por estas cuestiones, porque ustedes saben que en los Estados Unidos solamente llegan a juicio con Jurado el cinco por ciento de los delitos que se comenten, están denunciando que el fin principal del proceso penal norteamericano se está convirtiendo en el NO JUICIO, y eso es inadmisibles y tienen toda la razón, por estas y otras explicaciones que no tengo tiempo para dar, como la vulneración del principio de culpabilidad o la supresión de los principios relativos a la prueba.

Un último ejemplo, para que caigan ustedes en la cuenta si no lo han hecho ya: Para condenar a una persona se tiene que haber producido al menos una prueba de cargo. Eso sucede en todo el mundo civilizado. Una prueba de cargo legítima al fiscal para acusar con fundamento, enerva la presunción de inocencia y por tanto funda una sentencia de condena por parte del Tribunal. Un testigo convincente, una grabación perfectamente clara, una prueba documental, si me apuran, una prueba pericial, el ADN por ejemplo, son pruebas de cargo que pueden perfectamente fundar una condena. Y además, significa un desarrollo ordinario de un proceso con respecto a los principios *nemo tenetur se ipsum accusare*, la presunción de inocencia y el propio principio *in dubio pro reo*. Pero si yo, que soy inocente – créame que lo soy- veo que el fiscal me pide diez años y me dice: Mira te lo dejo en dos. Yo, que les recuerdo que soy inocente, no dormiré en una semana pensando muy seriamente si acepto los dos años o no. ¿Dónde está el *nemo tenetur*?, ¿dónde está la presunción de inocencia?, ¿dónde están los principios probatorios? Con mi declaración de culpabilidad no hace falta ninguno de ellos, Se han vulnerado entre comillas todos los derechos constitucionales. Por tanto, si ésta es la solución mejor en estos momentos en que no hay plata y tenemos que resolver este tipo de problemas así, no enmascaremos, no confundamos, no engañemos, hagámoslo con luz y taquígrafos, que todo el mundo sepa cuáles son nuestras intenciones: Cambiar los fines del proceso penal. Basta pues de confusiones.

V LA TERCERA CONFUSIÓN: SOBRE LA CAMINATA AISLADA DEL PROCESO PENAL

Pero todavía queda una tercera confusión. Ésta es más dogmática, pero la expongo porque quisiera llegar a una mejor realidad práctica y me parece que se da en todos los países. Por razones que ignoro y nunca me he explicado, desde hace mucho tiempo veo que el derecho penal y el derecho procesal penal no caminan juntos de la mano, y eso es malo. Antes me he referido de pasada a ello. Tienen que caminar siempre juntos y de la mano, porque el proceso penal es el vehículo necesario para que el derecho penal, al menos el derecho penal clásico -en el entendimiento tradicional- pueda aplicarse. Y si uno observa desde esa atalaya que les decía al principio la realidad en el mundo democrático en el que nos movemos, por tanto incluyendo a Costa Rica, se constatan ciertos movimientos y ciertas inquietudes que

los penalistas con mayor o menor acierto, pero valientemente, están afrontando.

Resumiré: Está perfectamente claro que vivimos en un mundo globalizado, concepto que los economistas inventaron perfectamente comprensible desde un punto de vista jurídico. Como es sabido, la globalización implica la desaparición de fronteras, y por tanto, que la actividad jurídica pueda ser –no digo que sea– absolutamente transnacional, dicho sea en el sentido de que al no existir fronteras, nuestros contactos comerciales, nuestros contratos mercantiles, nuestras obligaciones jurídicas, nuestros delitos no tienen tampoco esas fronteras. Está claro también que, como demostró el catedrático de Sociología alemán Ulrich Beck, vivimos en la sociedad del riesgo, por lo menos todavía hoy. Es decir, vivimos en una sociedad en la que se producen una gran cantidad de agresiones contra seres humanos que no son producto de la naturaleza, de la casualidad, sino que son obra del propio ser humano. Si aplicamos esta idea a Katrina y Chernobyl, no hace falta seguir adelante. Y como consecuencia de ello, lo que dice Beck es que son de tal entidad y tal naturaleza que es muy difícil determinar una cadena segura de responsabilidad. Es decir, el problema se dio casi seguro porque aquel sujeto, ese sujeto, y este otro sujeto fallaron en el ejercicio de su responsabilidad, pero el engranaje es tan complejo que no es posible saberlo con certeza, por lo que es muy difícil atribuir responsabilidad –no ya penal, no estoy en ese nivel aún– social a esas personas. Y, por tanto, y como consecuencia de ello, la gente vive con miedo, viven con una gran inseguridad, viven una situación de riesgo.

El derecho penal se ha preocupado recientemente de las afirmaciones de Beck, expresadas ya en un libro del año 1986, es posible que sea porque pocos lo leyeron en su momento y que tuviera sus dificultades también, su crítica inicial. Los penalistas se han empezado a dar cuenta que esa sociedad del riesgo que se describe magníficamente desde un punto de vista sociológico, jurídicamente tiene su propio desarrollo, es decir, para abreviar, se han incorporado al Código Penal toda una serie de delitos de riesgo, de delitos de peligro, generalmente abstracto, que están acabando de alguna manera con el Derecho Penal Clásico (el derecho del homicidio, del asesinato, del robo, de las lesiones). Además, un derecho nuevo en el que – y esto preocupa mucho a los grandes penalistas– no se dan las exigencias con el mismo rigor que afectan al derecho penal clásico en punto a la autoría, que adelanta el campo de sacrificio, el campo de la lesión a un momento previo a que se produzca y se crean bienes jurídicos que tienen una formulación, un contenido tan general que para entenderlos, hay que, en fin y perdonenme la franqueza, tomarse un buen par de rones por la noche en soledad para ver qué quiere decir el legislador.

Lo que ha hecho el legislador es preocuparse extraordinariamente por resolver los problemas inmediatos de la gente para tranquilizarla y ha creado más o menos trescientos tipos nuevos, que el penalista generalmente asume con gran dificultad porque no cree esencialmente en ese desarrollo del derecho penal.

Aunque no tienen que ver sólo con esta cuestión, han surgido tres grandes interpretaciones al respecto. Ninguna de ellas ha tenido éxito, pero están mar-

cando un rumbo, distinto, pero rumbo al fin y al cabo. No entraré en ello a fondo porque para ustedes tiene que ser perfectamente conocido dada la formación germana e hispana de sus profesores y la propia de América Latina que no es manca, afortunadamente. Recuerden que fue Hassemer el que primero lanzó la idea que no desarrolla –y difícilmente va a desarrollar dado su situación actual- que había que crear un derecho distinto al derecho administrativo sancionador y al derecho penal, al que llama derecho de intervención. Luego viene el catedrático español Silva Sánchez proponiendo un derecho penal de dos o de tres velocidades. Pero la palma se la lleva el catedrático de Bonn, Jakobs con su famoso derecho penal del enemigo, por cierto, y, preocupantemente, con miles de seguidores en América Latina, cuidado con esto. Los penalistas, por lo menos, se han creído el asombro de Copérnico *eppure si muove*, al detectar que hay algo nuevo en la sociedad que se está produciendo y que debe afrontarse.

No podemos tolerar más delitos de riesgo, tenemos que circunscribirlos a lo que es realmente protegible, tenemos que volver al principio de la mínima intervención y, sobre todo, no podemos caer en la tentación de establecer dos derechos penales dentro de un mismo cuerpo legal: Un derecho penal clásico con todos los requisitos y elementos perfectamente establecidos, y un derecho penal más devaluado, más fácil, menos riguroso, si lo prefieren.

Pues bien, ¿qué ha hecho el proceso penal para afrontar esta nueva situación? Nada, absolutamente nada, por resolver adecuadamente los interrogantes que esta categoría de delitos nuevos plantea procesalmente. Da vergüenza observar en los países que han sufrido reformas en los últimos veinte años –Beck formuló sus conclusiones hace casi treinta años-, en los últimos treinta y cinco años si prefieren, pero fueron conocidas realmente hace veinte años, que sólo sigan pensando en suprimir instituciones y en acortar plazos para hacer el proceso más rápido. Siguen pensando que -desde hace treinta y cinco o veinte años, da igual- el problema del proceso penal es sólo su excesiva duración o su carestía. No se han enterado absolutamente de nada, o no quieren enterarse, que no sé qué es peor, y cuando uno realiza propuestas originales o propuestas que tiendan de alguna manera a reconvertir la situación, o a ir a la par del derecho penal, se encuentra con frases “y éste de qué habla, que se vaya a Alemania y se quede allí”. No entienden absolutamente nada, repito. La única preocupación procesal penal que existe en estos momentos es la de los juicios rápidos porque se dice, y eso habría que demostrarlo, el sistema no puede tolerar la actual duración del proceso. Su juicio de flagrancia del que hablamos ayer, no es ajeno a esta preocupación, que no debería de ser nunca tal, ni en Costa Rica, ni en España, si el derecho procesal penal “cogiera el toro por los cuernos” y resolviera realmente las situaciones problemáticas coordinadamente con el derecho penal.

Estas son las confusiones: Se puede estar de acuerdo, o no estar de acuerdo, pero, créanme, existe en una realidad internacional vasta, muy amplia, y, consecuentemente, puede decirse que es un problema de primera magnitud.

VI PARA CONCLUIR

Si me quedara aquí habría sido sólo un crítico y yo soy crítico constructivo. Por tanto, con el riesgo que implica y con “los palos” que sé que me pueden dar, creo que existen posibilidades de solución y que las mismas (gente mucho más inteligente que yo ha trabajado muchos años en determinadas líneas de investigación para que ello sea posible), pueden ser factibles y exitosas, siempre y cuando el país tenga la confianza suficiente para la implementación, siempre y cuando nos podamos reunir y se pueda convencer a los políticos para que emprendan esta reforma.

Yo lo basaría, pero no quiero aburrirles, en cuatro consideraciones que internacionalmente están, de alguna manera, asumidas, no por todos, porque afortunadamente la ciencia del derecho es argumentación y si es argumentación es discrepancia al mismo tiempo, y si es discrepancia, es sana discordancia y, por tanto, todos llegaremos un día a la certeza y quizás a la verdad. Esas propuestas serían las siguientes y me permitirán alguna reflexión ácida que no crítica:

1^a ▶ ¿Por qué el poder político, el poder legislativo y la academia nunca están de acuerdo? ¿Por qué nos tienen miedo? Nos tienen miedo porque nosotros optamos por la mejor solución por el país, no por la mejor solución para su gobierno y por tanto desde ese punto de vista, aunque nos podamos equivocar, lo que nos mueve es la fe en la democracia aplicada a un desarrollo jurídico concreto. Creo por tanto necesario que para que sea posible realizar un cambio que implique de alguna manera eliminar estas confusiones a las que he hecho referencia, el Poder Político, el Poder Legislativo y la Universidad tienen que estar de acuerdo, tienen que ir juntas sin prejuicios y sin distinguos, pero claro, si el presidente del gobierno quiere que de la academia venga su amigo, su profesor, ya no podemos seguir hablando de nada. Creo que con ese acuerdo, se llegaría no a la copia de un sistema adversarial norteamericano, como en su día se copiaron el sistema español o el sistema italiano; el sistema español si sirve, sirve en España y el sistema italiano si sirve, sirve en Italia y el sistema norteamericano, si sirve, sirve en los Estados Unidos de América. A lo que debemos llegar es a una evolución propia, buscando puntos comunes compartibles internacionalmente que nos unan a todos los países.

2^a ▶ Creo también, que es necesario abordar la reforma de las ciencias penales en su conjunto en los términos dichos y no contentarse sólo con aprobar un nuevo Código Procesal Penal. Más en concreto, creo que el Código Procesal Penal del futuro debería contener un único proceso. Ésta es una cuestión muy interesante, porque mucha gente se preocupa cuando llegan en la realidad los procesos en los que hay por ejemplo setenta y tres acusados, porque entienden que el código no parece que sea posible que lo pueda soportar. Y tiene su fundamento, porque no hay nadie en su sano juicio que diseñe un proceso para cien o más acusados. Y entonces proponen que el proceso básico regulado por el Código sea capaz de ello y que se articule un *Munsterprozess*. No es ésa la mejor solución.

Si en Costa Rica la mayor parte de los delitos, supongamos un ochenta y cinco por ciento, se cometen entre la banda de uno y cinco años de pena –que es lo usual en el mundo-, el proceso tipo debe ser el que regule ese porcentaje y no el que se comete en la franja del veinte por ciento, articulándolo desde esa idea con una única excepción, un proceso realmente abreviado, pero en la estructura que les estoy proponiendo, para cuando exista acuerdo de negociación, de conformidad o de mediación, en definitiva cuando exista una declaración negociada sobre la culpabilidad y cuando exista lo que ustedes llaman flagrancia, porque la evolución demuestra que la flagrancia acaba siempre en una conformidad salvo que el delincuente sorprendido en flagrancia sea un temerario, porque si no, no tiene sentido seguir hablando. Me parece también que tenemos que ser honrados con la ciudadanía y proponerlo, porque la cultura jurídica democrática admite las dos posibilidades, no crean que estoy proponiendo dos cosas antagónicas.

3^a ▶ Hay que estudiar y decidir también si optamos por legalidad, seguridad y juicio oral, o al contrario si optamos por oportunidad, negociación y no juicio. Porque si optamos por llegar hasta el final el sistema tiene que favorecer con excepciones que se va llegar al final previsto y que se van a respetar los principios. y si no hay dinero, no vale la pena articular el sistema, porque si se crea, es para que se cumpla. Por tanto, en esta opción hay que optar por el fin del proceso penal de condenar al culpable en una sentencia judicial.

Si la opción es por oportunidad, negociación o no juicio, que insisto es también una opción democrática, no estamos creando un proceso penal clásico, sino que estamos pensando en otra cosa y desde este punto de vista, lo que está en el trasfondo, y por eso muchas veces no se entiende y te puedes mover también dentro de parámetros democráticos, es que no es un enfrentamiento o lucha entre seguridad y libertad; es decir entre lo que podríamos llamar un poder autoritario y un poder democrático. A mí un poder autoritario no me interesa en absoluto. Cuando se plantea el binomio entre seguridad y libertad, lo que se quiere decir es cuál es la decisión que la política criminal aconseja en Costa Rica en el año 2013 para resolver esta problemática. Ayudaría mucho el Jurado en esa solución, pero ustedes decidirán.

4^a ▶ Finalmente, ni Costa Rica, ni España, ni ningún país puede aspirar por un lado a que su sistema se expanda, sea un modelo, ni por otro cerrarse de manera que no tenga contacto con el exterior. Esto es un problema político de primera magnitud, porque los estados –y con esto termino- no son favorables generalmente a ceder soberanía en el ámbito penal y por tanto a tampoco en el ámbito procesal penal. Yo les podría hablar de las enormes dificultades que está teniendo la Unión Europea por crear un proceso penal común a todos los países que la forman. Ya está aprobada la figura del Fiscal Europeo y no sé si yo la veré completamente desarrollada, o si la veré más allá de la protección económica de la propia Unión Europea, porque los Estados en Europa no quieren ceder la soberanía penal, no quieren que les diga alguien de fuera qué es delito y con qué pena va ser castigado, ni luego que venga el derecho procesal penal para derrumbar toda esa

teoría. Pero sí debe existir una aspiración a que el sistema de Costa Rica por poner el ejemplo en el que estoy, sea un sistema homologable internacionalmente con los procesos penales propios de un Estado de derecho. Ustedes tienen una posibilidad, no sé si de esto se ha hablado, yo lo he escuchado en prensa o en televisión o en algún debate que he podido asistir cuando he estado en América y me ha parecido, aplicado a mis inquietudes, una idea que podría tener futuro.

Nosotros somos veintiocho estados en la Unión Europea; eso es demasiado y todavía faltan por entrar doce o trece; Centroamérica son seis (dejo fuera conscientemente a Belice). ¿Por qué no se hace un intento centroamericano de un proceso penal homologado en el sentido que la mejor doctrina propone? ¿Por qué no se hace ese intento? Verían ustedes la positiva sorpresa que se llevarían si esto fuera realmente posible. Porque además tienen el instrumento de unión necesario para que las normas sean identificables en todos los países y en consecuencia sean practicables: La Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que aplica e interpreta ese texto legal internacional tan importante.

Yo les agradezco enormemente su paciencia. Únicamente he querido trasladarles determinadas preocupaciones para convencerles, por lo menos yo lo estoy, que hablar de reformas en el proceso penal no es algo extraño propio de un país lejano, es algo absolutamente natural y muy cercano. Creo además, dicho muy en línea de resumen final, que la mayor parte de las cosas que funcionan mal es porque hemos entendido mal o estamos aplicando mal puntos esenciales que deberían estar muy claros, y sobre todo tengo la impresión que como ha ocurrido en tantos países, estas dificultades iniciales pueden ser en definitiva problemas de engranaje, problemas de rodamiento que requerirán todavía un cierto tiempo para que se pueda producir el acople definitivo, para que la máquina pueda funcionar de una manera más que razonable. Pero tampoco olviden a la vista de la experiencia internacional, que generalmente las copias puras y duras nunca han salido bien, la mejor opción es siempre una evolución, propia, sensata, rigurosa de lo que ha funcionado bien el país.

Muchas gracias por su atención.

BIBLIOGRAFÍA¹

- Derecho Jurisdiccional. III. El proceso penal
Conjuntamente con: Prof. Dr. D. Juan MONTERO AROCA, Prof. Dr. D. Alberto MONTON REDONDO y Profra. Dra. D^a. Silvia BARONA VILAR
Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2013 (21^a ed.)
- El proceso penal español
Fecha de publicación: 1993
Editorial: Investigaciones Jurídicas S.A. (San José de Costa Rica)
- Derecho Procesal Penal de Honduras (manual teórico-práctico)
Coordinador principal conjuntamente con Dr. Rigoberto Cuellar Cruz y Dr. Jesús Fernández Entralgo
Fecha de Publicación: 2004
Editorial: Litocom, Tegucigalpa (Honduras)
- Manual de Derecho Procesal Penal Nicaragüense
Coordinador principal conjuntamente con el Dr. José-María Tijerino Pacheco
Fecha de Publicación: 2005 (1^a ed.), 2006 (2^a ed.)
Editorial: Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (España)
- El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de Derecho
Fecha de publicación: 2008
Editorial: Instituto de Ciencias Penales (INACIPE, México, D.F.)
- El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas
Fecha de publicación: 1985
Editorial: Bosch, Casa Editorial (Barcelona)
- Introducción al Proceso Penal Federal de los Estados Unidos de Norteamérica
Coordinador principal de la obra, escrita conjuntamente con Iñaki Esparza Leibar, Andrea Planchadell Gargallo, María-Ángeles Pérez Cebadera, Ana Beltrán Montoliu, Eskándar Gánem Hernández y Howard Mungo Winkley (con prólogo de Juan Montero Aroca)
Fecha de Publicación: 2013
Editorial: Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (España)

¹ Añado esta pequeña guía bibliográfica para que el lector sepa en qué he basado mis afirmaciones. Cito sólo libros míos, o en los que he participado, como punto de partida para una investigación más detenida por el lector. En ellos encontrará siempre la bibliografía más importante que le permitirá realizar ese empeño con éxito.

PRINCIPALES REFORMAS AL CÓDIGO PROCESAL PENAL (LEY NO. 7594 PROMULGADA EL 10 DE ABRIL DE 1996)¹

Prof. Magíster. José Manuel Arroyo Gutiérrez

Vicepresidente Corte Suprema de Justicia
Profesor catedrático de la Universidad de Costa Rica.

¹ Ponencia al *Congreso de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*; dedicado a la memoria del Dr. Luis Paulino Mora Mora; 21-23 de octubre de 2013; San José, Costa Rica.



"2014", ilustración digital de Johnny Villares B.

Resumen: En la presente ponencia, el autor expone, de manera sintética, los principales cambios o reformas que ha sufrido el Código Procesal Penal de 1996. En ese sentido, se mencionan las reformas sobre la protección y participación de la víctimas en los procesos, la protección de testigos, la protección a menores de edad, el fortalecimiento de la oralidad; reformas que el autor llama “regresivas”, como la restricción de las medidas alternativas, así como distintas reformas tendientes a una afectación de las garantías del imputado, entre otras reformas significativas.

Palabras clave: Código Procesal Penal, reformas legislativas directas, protección y participación de la víctima, protección de testigos, oralidad, medidas alternativas, garantías procesales, procedimiento de flagrancia, sistema acusatorio.

Abstract: In this paper, the author presents, in a synthetic way, the main changes or reforms of the Criminal Procedure Code of 1996. In that sense, the reforms on the protection and participation of the victims in the processes mentioned, protection of witnesses, protection of minors, the strengthening of orality; reforms that the author calls “regressive” as the restriction of alternative measures and reforms that tend to affect rights of the accused, among other significant reforms.

Keywords: Criminal Procedure Code, direct legislative reforms, protection and participation of victims, witness protection, orality, alternative measures, procedural guarantees, flagrancy procedure, adversarial system.

En nuestro criterio son dos los factores que han incidido de manera relevante en las reformas experimentadas por el Código Procesal Penal vigente a partir de enero de 1998:

1. ▶ Las resoluciones de la Sala Constitucional desde la promulgación misma de este ordenamiento procesal, ámbito al que no nos vamos a referir de manera exhaustiva en este ensayo, pero que no podemos dejar de mencionar dada la trascendencia que han tenido en temas como:

(a) Los principios y elementos que integran, o no lo hacen, el debido proceso penal, ámbito en el que nuestro tribunal constitucional tiene un arsenal de pronunciamientos desde el Código de Procedimientos anterior y que han orientado la aplicación del actual código bajo análisis; y

(b) La conformidad o inconformidad de ciertos institutos y normas procesales con la Constitución Política y el Derecho Internacional de Derechos Humanos. En este punto, es de indudable necesidad destacar que no se registran declaratorias de inconstitucionalidad a lo largo de la vida de este estatuto procesal. Sin embargo, el cuestionamiento fundamental y que ha obligado a algunas reformas del Código, ha venido más bien de fuera, en concreto, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y que obligó, en su momento a cambios importantes en el régimen de impugnación de la sentencia penal.²

2. ▶ El segundo ámbito de importancia está constituido por las *reformas legislativas directas* al texto original de 1996 que, sin duda, han significado las transformaciones principales al modelo que quiso adoptarse hace diecisiete años y que está en vigencia desde hace quince.³

A partir de aquí estimamos conveniente referir, aunque sea brevemente, una nota sobre aspectos que conforman algunos antecedentes a este segundo orden de cuestiones, referidas a las reformas legislativas propiamente dichas. Así, hay dos cuestiones de orden histórico que no pueden dejar de mencionarse:

(a) La crisis en que se visualizaba había entrado el Código de Procedimientos Penales de 1973, que si bien ubicable en lo que dio por llamarse el sistema procesal mixto moderno, cuyo aporte fundamental fue una fase de juicio oral y público que, dicho sea de paso, en Costa Rica nos la tomamos relativamente en serio; lo cierto es que todavía lucía como un modelo anclado en una dinámica inquisitorial predominantemente escrita, con debilidad y limitación del pro-

2 La sentencia en el caso *Herrera Ulloa contra Costa Rica* (2004) fue el punto que obligó a dicho replanteamiento.

3 Todas las referencias a reformas legales han sido tomadas de las distintas versiones del Código Procesal Penal editadas sucesivamente bajo la responsabilidad del Licenciado Ulises Zúñiga Morales (IJSA, Investigaciones Jurídicas S.A.). Por supuesto que cualquier error o imprecisión en este texto son atribuibles únicamente al autor de esta ponencia, así como responsabilidad suya han de ser los comentarios y reflexiones que se agregan a las reformas consignadas.

tagonismo de las partes (fiscal y defensor), a la sombra de un juez instructor clásico que investigaba y a la vez decidía el destino de la causa; procedimiento que se criticaba por lento, burocrático, que conspiraba en términos generales contra una justicia de plazos razonables y de cierta mínima calidad.

(b) Frente a esta insostenible realidad, el Código Procesal Penal (1996-98), se visualizó como un progreso en el orden de un régimen que fortalecería el carácter acusatorio del proceso, básicamente poniendo la investigación de los delitos en manos de un Ministerio Público renovado y enfatizaría también la oralidad, el protagonismo ya no sólo del ente acusador sino también de la defensa y, lo que es muy importante, *de la víctima en el proceso*,⁴ otorgándosele las primeras prerrogativas de intervención y control sobre los momentos decisivos de la causa. Por supuesto que las metas fundamentales se fijaban en un proceso mucho más democrático, ágil, con tiempos de duración menores y con una mayor calidad científica en las investigaciones.

Si nos atuviéramos sólo a los datos estadísticos que muestran que, coincidiendo con la promulgación del nuevo Código Procesal Penal, en nuestro país las tasas de prisionización pasaron de cerca de 120 presos por cada cien mil habitantes (hacia 1992) a tasas que en los últimos años rondan los 300 presos por cada cien mil habitantes (2012), podría, quizá sin mucha reflexión, concluirse que el nuevo instrumento procesal ha cumplido “exitosamente” su rol de control social sobre el fenómeno delictivo. No obstante, ese sólo indicador todavía dice poco y algunos lo siguen viendo no sólo como insuficiente sino como una revelación de fracaso, sobre todo aquellos que ven en el derecho penal y en el encarcelamiento masivo el remedio prodigioso contra la violencia social. Lo cierto es que la sociedad costarricense, permítaseme la desviación sociológica, ha experimentado profundas transformaciones –desgraciadamente para mal- en las últimas dos décadas. De los esfuerzos que desde los años cuarentas del siglo pasado se hicieron por un modelo de organización económica y social dentro de la ideología del Estado de bienestar o benefactor, con políticas públicas que ciertamente propiciaron la movilidad social y la consolidación de una clase media robusta a través del acceso de grandes mayorías a los derechos de alimentación, salud, educación, empleo, vivienda; hemos pasado a lo que yo llamaría un “no-modelo” o “anti-modelo” de convivencia, con el desmantelamiento de instituciones, de estrategias y políticas públicas, con una clara disminución de la inversión social y, lo que más nos afecta, con una creciente inequidad en el reparto de la riqueza social y de las oportunidades de sobrevivencia y desarrollo personal. ¿Alguien puede dudar que es aquí, y no en la eficacia o ineficacia de un código procesal penal y sus reformas, donde está la raíz del crecimiento y agravación de la violencia en general y particularmente de

4 Subrayamos esto del protagonismo de la víctima porque con frecuencia se olvida que fue este Código el que introdujo el tema de manera enfática, cuestión que, como veremos, resultó ser un aspecto que luego fue retomado en la mayoría de las reformas que se han impulsado durante la vigencia de este estatuto procesal.

la violencia criminal en nuestra sociedad? Pero en fin, todavía hay quienes siguen defendiendo que el frío está en las cobijas y que el incendio se apaga rociando gasolina.

3. ▶ Pero volviendo a nuestro tema, las inconformidades de antes, siguen siendo las actuales. Las quejas de un público inconforme por la duración de los procesos, los altos índices de impunidad, la poca calidad de las investigaciones y la negligencia y maltrato a los usuarios del sistema, continúan teniendo una fuerza y una generalidad que no podemos eludir.

En ese contexto, durante estos quince años de vigencia del Código procesal penal, podríamos resumir las principales reformas al Código Procesal Penal en los siguientes órdenes temáticos:

A) PROTECCIÓN Y PARTICIPACIÓN DE LA VÍCTIMA

Una primera corriente de impacto, que cronológicamente no es la más temprana ni la última en darse, pero que representa la mayor cantidad de modificaciones sobre el texto original, lo han constituido las *reformas que propician el fortalecimiento del rol de la víctima del delito y su intervención en el proceso*. En este tema se pueden contabilizar al menos diecisiete (17) artículos transformados que promueven desde el restablecimiento de los derechos de las víctimas como razón ideológica del proceso penal (art. 5 C.p.p.), hasta la amplia y pormenorizada reforma del art. 71 que reorganiza derechos y deberes de la víctima. Así, el citado art. 17 se modifica para agregar al fin estratégico de solución del conflicto, “*el restablecimiento de los derechos de la víctima*” y para ello, durante el proceso “*siempre se tomarán (sic) en cuenta el criterio de la víctima, en la forma y las condiciones que regula este Código*”.⁵

En el mismo sentido, se realizan cambios en el art. 70 C.p.p., para matizar el concepto de quiénes deben considerarse víctimas. Básicamente se trata de una reforma que no es de fondo y que incorpora lenguaje inclusivo de género, aludiendo no sólo al padre sino también a la madre; no sólo al hijo, sino también a la hija; e incorporando la palabra “*persona*” donde sólo se aludía a sujeto en masculino.⁶

Ahora bien, respecto del art. 71 C.p.p., numeral dedicado desde el origen del Código a los derechos de la víctima, es quizá el que ha experimentado la más amplia transformación. Se empieza por titularlo de nuevo “*Derechos y Deberes de la víctima*”, aunque obviamente se centra y extiende en los primeros y apenas se hace mención general a los segundos. La verdad es que la redacción original de este artículo ya establecía un elenco de derechos para la víctima “*aunque no se haya constituido como querellante*” y se definían cuatro derechos básicos:

- i. intervenir en el procedimiento, de conformidad con lo establecido en el Código;

5 Ver Ley 8720 de 4 de marzo de 2009.

6 Ver Ley 8720 de 4 de marzo de 2009.

- ii. ser informada de las resoluciones que finalicen el procedimiento, siempre y cuando lo hubiere solicitado y sea de domicilio conocido; y
- iii. apelar de la desestimación y el sobreseimiento definitivo;
- iv. la víctima debía ser informada sobre sus derechos al denunciar o con motivo de su primera intervención.

Con la reforma, en una marcada estrategia de ampliación y fortalecimiento del rol de la víctima en el proceso, se estructuran tres apartados sobre:

1. ▶ “DERECHOS DE INFORMACIÓN Y TRATO”, que contiene ocho incisos (recibir trato digno; que se consideren sus necesidades especiales; ser informada desde el primer contacto con la agencia judicial; fijar domicilio y medio para ser informada; ser informada de resoluciones finales y de modificaciones; ser informada de que tiene derecho a protección en caso necesario; participar en exámenes y pericias, conforme sus condiciones particulares; ser informada por el fiscal cuando decide no recurrir absoluta o cesación de medidas cautelares);

2. ▶ “DERECHOS DE PROTECCIÓN Y ASISTENCIA”, que distingue entre protección procesal y extraprocesal, con un total de cinco incisos (derecho a solicitar protección especial para ella y su familia por riesgos o amenazas a raíz de la denuncia interpuesta; por riesgos o amenazas también hay derecho a protección mediante reserva de su identidad; derecho a protección especial según particular vulnerabilidad como menores de edad, mujeres por abuso sexual o violencia y víctimas de trata de personas; los menores de edad también tienen derecho al principio del *interés superior* durante todo el proceso; y para víctimas trabajadoras de igual manera se estipula el derecho a licencias con goce de salario para asegurar su intervención en diligencias y audiencias; y

3. ▶ “DERECHOS PROCESALES” que contabiliza diez incisos (derecho a denunciar por sí o mediante un tercero apoderado; ser escuchada en juicio y en todas las actuaciones del proceso aún si el Ministerio Público no la ofrece como testigo; apelar sobreseimientos y desestimaciones; apelar cuando el ente acusador decide no hacerlo en absolutorias y cesaciones de medidas cautelares; ser convocada a audiencia preliminar; ejercer acción civil resarcitoria; ser informada de decisiones del Ministerio Público como cuando decide acusar, solicitud de sobreseimiento, aplicación de criterio de oportunidad, para decidir si querrela por su cuenta y ejerce la acción civil resarcitoria; ser oída por el juez en decisiones sobre solicitud de prisión preventiva para el acusado; ser oída en etapa intermedia; y obtener de vuelta todos los bienes y valores de su propiedad.⁷

Podemos decir sin temor a equivocarnos que lo que se establece con esta extensa reforma a los derechos y deberes de las víctimas, es una pormenorizada referencia de lo que estaba en germen ya en la formulación originaria del Código, y que su concreción obedeció tanto a una sana evolución en la necesidad de explicitar, sobre todo los derechos de las víctimas, tanto como a un clima de alarma so-

⁷ Ver Ley 8720 de 4 de marzo de 2009.

cial que se exacerbó a partir de mediados de la década pasada y hasta inicios de la actual (2005-2011). Pero además está claro que se instaura la propuesta ideológica sobre la base de que las víctimas han sido históricamente invisibilizadas y que el proceso ha de propiciar un equilibrio de partes más allá de la representación general y abstracta que el Ministerio Público encarna como defensor de los intereses de la sociedad. Esta tendencia de dar un mayor protagonismo a la víctima promueve una gran cantidad de reformas que le dan mayor participación en el proceso, sobre todo de información e intervención para el control de momentos procesales decisivos, cuyo instrumento más radical es la posibilidad de apelar ciertas decisiones del Ministerio Público y de los mismos jueces.

Pero a ese fortalecimiento general de la víctima en el proceso se unieron otras transformaciones puntuales, en la misma dirección, como es el caso de la reforma al art. 239 C.p.p., mediante la cual, a los requisitos clásicos para conceder o denegar la prisión preventiva (suficientes elementos de vinculación al hecho, peligro de fuga u obstaculización y pena de prisión prevista), se suma un inciso d. “... *peligro para la víctima, la persona denunciante o el testigo...*”, lo anterior, estipula el cambio normativo, cuando la víctima “...*haya mantenido una relación de matrimonio o unión libre con el victimario...*”⁸, con lo cual se evidencia la protección especialmente reforzada que el legislador ha querido para ciertas víctimas particulares, en este caso, aquellas que lo son en el contexto de una relación sentimental, afectiva o marital.

Por su parte, el cambio que experimenta el art. 248 C.p.p., lo es en cuanto a la medida precautoria de “*abandono de domicilio*”, pues introduce una reforma que obliga la intervención de la víctima informándola y pidiendo su criterio para el caso de levantamiento de tal medida. En similar sentido, el cambio que experimenta el art. 282 C.p.p. en cuanto a la desestimación de una denuncia, la reforma obliga a que el Ministerio Público informe de inmediato a la víctima que está siendo objeto de protección.⁹

En el marco de las atribuciones del Organismo de Investigación Judicial, se le obliga por medio de reforma al art. 285 C.p.p. a comunicar al Ministerio Público, a la autoridad jurisdiccional y a la Oficina de Atención y Protección, el riesgo para la vida o seguridad en que pueda estar una víctima, obligándosele también a tomar las medidas de protección y de reserva de la identidad de la persona afectada.¹⁰ En el mismo marco de las atribuciones de la policía judicial, se reitera la obligación, al modificar el numeral 286 C.p.p., de tomar las medidas de protección y reserva de la víctima o testigo en riesgo, así como de comunicar al Ministerio Público, a la autoridad jurisdiccional y a la Oficina de Atención y Protección.¹¹

Se reforma asimismo el art. 298 C.p.p. para garantizar que la víctima pueda intervenir ante el tribunal del procedimiento preparatorio para objetar errores, omi-

8 Ver Ley 8589 de 25 de abril de 2007.

9 Ver Ley 8720 de 4 de marzo de 2009.

10 Ver Ley 8720 del 4 de marzo de 2009.

11 Ver Ley 8720 de 4 de marzo de 2009.

siones o retrasos.¹² Y mediante modificación al numeral 300 C.p.p., se elimina la frase, referida a la víctima, de su derecho a la información cuando “...*haya pedido ser informada de los resultados del procedimiento...*”. Lo anterior, claro está, en consonancia con toda la tendencia de la reforma a obligar a las autoridades a informar y participar a las víctimas¹³, y no sólo en aquellos casos en que ésta lo ha solicitado.

La reforma del art. 318 C.p.p., obliga a convocar a la víctima de domicilio conocido a la audiencia del procedimiento intermedio para ser informada y que intervenga.¹⁴

Además, por medio de modificación al art. 304 C.p.p., en el mismo momento de ofrecer prueba para debate, el Ministerio Público o el querellante pueden solicitar al juez que ordene la protección procesal del testigo o la víctima y se regula el procedimiento para estos efectos.¹⁵

Con relación al principio de publicidad de la fase de juicio, se adiciona, mediante reforma al numeral 330 C.p.p., la posibilidad de exceptuar este principio, declarando la privacidad de la audiencia cuando declare una persona menor de edad en atención del interés superior (inciso e.); se reciban testimonios de víctimas de trata de personas (inciso d.); o se reciban declaraciones de víctimas o testigos protegidos (inciso e.).¹⁶

Por medio de la modificación al art. 331 C.p.p., se introducen restricciones para que la prensa acceda a testimonios de personas menores de edad, víctimas o testigos protegidos. En cuanto a estos últimos, la norma obliga a que la audiencia se declare privada.¹⁷

Mediante modificación del art. 334 C.p.p., se obliga a incorporar por lectura (como excepción a las reglas de la oralidad), los anticipos jurisdiccionales de prueba que contengan las declaraciones de víctimas y testigos que han sido protegidos por correr riesgo su vida o integridad.¹⁸

Se modifica la norma 340 C.p.p. para autorizar a la víctima a que recurra de la sentencia de juicio,¹⁹ cuestión que se complementa con la modificación al numeral 441C.p.p. en el contexto de las normas generales para los recursos, pues se reforma este artículo para obligar al Ministerio Público que informe a la víctima o damnificado localizables de que no va a recurrir de una absolutoria o del cese o modificación de la medida cautelar en curso. Se le da a esa víctima o damnificado la posibilidad de ejercer los recursos por sí, aunque el Ministerio Público no lo haga.²⁰

Por último, reformando el art. 413 C.p.p. se pretende que en el procedimiento

12 Ver Ley 8720 de 4 de marzo de 2009.

13 Ver Ley 8720 de 4 de marzo de 2009.

14 Ver Ley 8720 de 4 de marzo de 2009.

15 Ver Ley 8720 de 4 de marzo de 2009.

16 Ver Ley 8720 de 4 de marzo de 2009.

17 Ver Ley 8720 de 4 de marzo de 2009.

18 Ver Ley 8720 de 4 de marzo de 2009.

19 Ver Ley 8837 de 3 de mayo de 2010.

20 Ver Ley 8720 de 4 de marzo de 2009.

extraordinario de revisión se comuniquen también a la víctima sobre el curso que se lleva a cabo, por si tiene interés en manifestarse.²¹

En resumen, tanto en lo que toca a las definiciones generales, contenidas sobre todo en el artículo 70 del Código procesal penal, como en lo que hemos visto de otras normas particulares que han sido reformadas, lo que se ha concretado es una estrategia de modificación para enfatizar los derechos de las víctimas en orden a ser informadas, en ampliar sus posibilidades de participación en actuaciones y resoluciones e incluso ampliar sus posibilidades de intervención directa en la marcha procesal por medio de recursos formalmente establecidos, aún y cuando el Ministerio Público por inactividad o por decisión deliberada, decida no ejercer los controles que le han sido otorgados.

B) PROTECCIÓN DEL TESTIGO

Otro conjunto de reformas tiene que ver con el *fortalecimiento a la protección del testigo*. En este tema tenemos cinco (5) artículos reformados y tienen que ver con la protección de la persona del testigo y facilitar su intervención en el proceso.

Así, por medio de cambios en el art. 204 C.p.p., este numeral es adicionado de manera extensa para facilitar la intervención de los testigos trabajadores en las audiencias. Se establece el derecho a licencia con goce de salario para atender los llamamientos judiciales, así como la necesidad de que el Ministerio Público y los tribunales atiendan con agilidad esas comparecencias, de manera que no sean múltiples y desgastantes citaciones. De igual manera que con la víctima, se determina una “*Protección extraprocesal*” cuando corra peligro la vida o integridad del testigo en razón de la causa que se investiga, todo a cargo de la Oficina de Atención y Protección del Delito del Ministerio Público. Asimismo se establece una “*Protección Procesal*” tendiente a resguardar la identidad del testigo ante situaciones igualmente de amenaza o riesgo para su integridad.²²

Como podrá recordarse, estas reformas fueron objeto de debate en el sentido de si la protección de la identidad de víctimas y testigos debía mantenerse aún hasta el final del proceso, o se restringía a las etapas preliminar e intermedia. El debate sobre esta cuestión fue zanjado cuando la Sala Constitucional decretó que la reserva absoluta de identidad del testigo no es posible mantenerla en la fase final de juicio, en tutela del derecho de defensa.²³

Mientras tanto, al modificarse el art. 324 C.p.p., se busca, en orden a la protección de los testigos, entre las medidas de preparación del juicio oral y público, la seguridad para el testigo declarado bajo protección. Se indican algunas medidas como declarar la audiencia privada, utilizar salas alternas o echar mano de dispositivos tecnológicos que refuercen esa seguridad.²⁴

21 Ver Ley 8720 de 4 de marzo de 2009.

22 Ver Ley 8720 de 4 de marzo de 2009.

23 Ver Resolución de Sala Constitucional, No. 17907-10 de 15:07 horas del 27 de octubre de 2010.

24 Ver Ley 8720 de 4 de marzo de 2009.

Por otra parte, el art. 204 bis C.p.p., desarrolla, en un texto totalmente nuevo, el procedimiento a seguir para la imposición de una medida de protección, así como el contenido y formalidad de la resolución que la autorice, los recursos que pueden dirigirse contra ella y el procedimiento a seguir para su cese o levantamiento.²⁵

De igual manera la modificación a la norma 293 C.p.p., amplía el instituto del “*anticipo jurisdiccional de prueba*” para testigos y víctimas bajo protección por correr riesgo su vida o integridad.²⁶

No debe haber duda de que la protección procesal y extraprocesal de testigos ha irrumpido en nuestro ordenamiento jurídico, motivada por formas de criminalidad de reciente aparición en nuestro medio, sobre todo el llamado crimen organizado, cuyas figuras más conspicuas son el tráfico de sustancias prohibidas, el blanqueo de capitales, la trata de personas, el trasiego de armas prohibidas, el sicariato, entre otras. Al explicarse por transformaciones coyunturales, el equilibrio y razonabilidad en la utilización de estos novedosos institutos debe tenerse siempre presente. No puede ser que se abuse de su aplicación pretendiendo generalizarlas o aplicarlas sin control alguno, sobre todo frente a formas de delincuencia comunes o tradicionales. No puede perderse de vista tampoco que el proceso democrático supone un cuidadoso equilibrio de partes y de intereses, de garantías, derechos y libertades que no pueden menoscabarse o eliminarse sin destruir al mismo tiempo el estado de derecho que constitucionalmente se proclama.

C) PROTECCIÓN A MENORES DE EDAD

Un elenco de transformaciones al Código se ha centrado en la *protección procesal a menores de edad*, en tanto personas especialmente vulnerables y cubiertas por principios jurídicos especiales. Estamos hablando de al menos cuatro (4) artículos reformados con esta finalidad.

Así, mediante cambio en el art. 31, inciso a), en materia de plazos de prescripción de la acción penal, se exceptúa de la regla general (transcurso de máximo de la pena o máximo de diez años y mínimo de tres) la situación de los menores estipulándose que “... *en los delitos cometidos contra personas menores de edad, en los cuales la prescripción empezará a correr a partir de que la víctima haya cumplido la mayoría de edad*”.²⁷ Con esto, aquél niño o niña que fue víctima de abuso y que su misma condición de menor le impidió denunciar y ejercer sus derechos, puede hacerlo una vez alcanzada la mayoría sin que se corra el peligro de que los hechos estén prescritos.

Otra modificación, esta vez en el numeral 18 C.p.p., en materia de delitos de carácter sexual que calificaban como “*de acción pública perseguibles a instancia privada*”, se eliminan de esa categoría las relaciones sexuales consentidas con personas mayores de doce y menores de quince años y en general se deja sólo para

25 Ver Ley 8720 de 4 de marzo de 2009.

26 Ver Ley 8720 de 4 de marzo de 2009.

27 Ver Ley 9057 de 23 de julio de 2012.

personas mayores de edad. Está claro que el propósito es proteger a las personas menores de edad que, aún con su consentimiento, sean víctimas por abusos propios de fenómenos que se han agravado en nuestro medio, como la prostitución infantil en el contexto de una sociedad que tiene en el turismo sexual una clara avanzada.²⁸

En materia de peritajes especiales, la reforma al numeral 221 C.p.p. introduce la necesidad de tener en cuenta las condiciones especiales de ciertos intervinientes como las personas menores de edad, las agredidas sexualmente o las agredidas en el ámbito doméstico. La norma establece que en el caso de los menores debe respetarse siempre el *principio del interés superior del niño o niña* y que debe evitarse también la revictimización en las intervenciones periciales, sobre todo las médicas o psicológicas.²⁹

Si bien es cierto el propósito de estas reformas es evidenciar la necesidad de protección especial para ciertas víctimas, desde el punto de vista de la técnica legislativa considero que se ha ido muy lejos, reformulando disposiciones que perfectamente pudieron ser normadas reglamentariamente, con la ventaja de poder ser ampliadas o enriquecidas con mucha mayor agilidad en caso necesario, como lo es el detalle de los procedimientos de intervención pericial.

Finalmente, una modificación al art. 351 C.p.p., procura que, durante el debate, se obligue al tribunal a tomar las medidas necesarias para la tutela del interés superior del menor de edad y evitar así la revictimización. Medidas similares se disponen para la declaración rendida por víctimas o testigos bajo protección.³⁰

Este grupo de reformas al Código procesal penal confirma que en el curso de su vigencia, fueron visualizándose necesidades reales de protección a ciertos sectores de la población, especialmente vulnerables, como es el caso de las personas menores de edad vinculadas al proceso penal. Claro está que la perspectiva es esencialmente la tutela de estas personas en tanto víctimas de hechos delictivos, pero no deja de tener importancia también para aquellos y aquellas menores que figuran como victimarias o acusadas en el conflicto penal. En todo caso, lo que pudiera llamarse la ideología de tutela de la persona menor de edad, entró con fuerza desde la promulgación de la Ley de Jurisdicción Penal Juvenil y con las reformas al Código, no se ha hecho sino poner al día aquellos aspectos que se ha considerado necesario introducir en el Código de adultos para armonizar ambas legislaciones.

D) FORTALECIMIENTO DE LA ORALIDAD

Un total de doce (12) artículos modificados al texto original del Código procesal penal, impulsan reformas donde se busca fortalecer la idea de que el proceso debe ser una sucesión de audiencias orales en las que se solicite y resuelva de manera ágil, expedita y en tiempos razonablemente breves.

28 Ver Ley 8696 de 17 de diciembre de 2008 y Ley 8590 de 18 de julio de 2007.

29 Ver Ley 8720 de 4 de marzo de 2009.

30 Ver Ley 8720 de 4 de marzo de 2010.

Empezaremos por reseñar que, desde el art. 4 C.p.p., norma en que se postula el principio de “*justicia pronta*”, se agrega ahora un párrafo que dice: “*Para el logro de este objetivo, se preferirá la tramitación oral mediante audiencias, durante el proceso*”.³¹

Asimismo, en materia de trámite de excepciones, por medio de modificación al numeral 43 C.p.p., se ordena su evacuación a través de la oralidad y se suprime la frase: “... *y por escrito en los demás casos*”; eliminándose al mismo tiempo la oración: “*Cuando se proceda por escrito, el traslado será de tres días*”.³²

En cuanto al tiempo y la forma de recusar (art. 58 C.p.p.), se elimina expresamente la obligación de que sea “*por escrito*” la presentación y, cuando se establece que en las audiencias, la recusación se deducirá oralmente, se elimina el párrafo que decía: “... *bajo las mismas condiciones de admisibilidad de las presentaciones escritas y se dejará constancia escrita de sus motivos*”.³³

En igual sentido, en cuanto a la adición y aclaración de los pronunciamientos que dicten los tribunales (art. 147 C.p.p.), se incorpora que éstas pueden solicitarse de manera oral, tal y como lo fue la resolución y su dictado, que debe hacerse de manera inmediata.³⁴

Para la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva se introdujo una reforma al art. 238 C.p.p., que obliga a una audiencia oral en la que el punto se defina, y no mediante el procedimiento de solicitud y resolución escritas, como en el texto original.³⁵

Con los cambios realizados en el art. 256 C.p.p., para la interposición de recurso contra la resolución que decide sobre una prisión preventiva, se elimina el párrafo que ordenaba: “*En estos casos, se emplazará a las partes por el término de veinticuatro horas y a su vencimiento el tribunal de alzada se pronunciará, sin ningún trámite*”. Con esto se ha querido reforzar la necesidad de decidir estos temas en audiencia oral (art. 238 C.p.p.).³⁶

Se reforma también el artículo 319 C.p.p. para que la resolución final de la audiencia del procedimiento intermedio no sólo sea inmediata sino oral y, en aún en casos complejos, se reduce el plazo para su dictado de cuarenta y ocho (48) a veinticuatro (24) horas.³⁷

Por último, en procura de resguardar la oralidad, se modifica el numeral 414 C.p.p. para que, durante el procedimiento de revisión, cuando se haya recibido prueba oral por parte de un juzgador o juzgadora, quien la haya receptado deberá integrar el tribunal al momento de la decisión final.³⁸

Este otro conjunto de reformas ha tenido una inspiración pragmática y de clara orientación acusatoria. Se ha querido, sobre todo en las fases previas al juicio, pro-

31 Ver Ley 8837 de 3 de mayo de 2010.

32 Ver Ley 8837 de 3 de mayo de 2010.

33 Ver Ley 8837 de 3 de mayo de 2010.

34 Ver Ley 9021 de 3 de enero de 2012.

35 Ver Ley 8837 de 3 de mayo de 2010.

36 Ver Ley 8837 de 3 de mayo de 2010.

37 Ver Ley 9021 de 3 de enero de 2012.

38 Ver Ley 8503 de 28 de abril de 2006.

curar que, en efecto, todo aquello que pueda decidirse en audiencias orales y con decisiones inmediatas, pueda hacerse sin las formalidades y ritos que conlleva el trámite escrito de actuaciones y resoluciones. Los resultados hasta ahora han sido positivos, aunque no exentos de crítica por parte de quienes siguen considerando que aquello que no está en un acta escrita, no está en el mundo. Estimamos que todo será cuestión de tiempo y que los avances tecnológicos nos permitirán avanzar en el registro confiable de las actuaciones y resoluciones del proceso. Mucho más polémica ha sido la cuestión de la sentencia oral. A un primer impulso en que se alentó el pronunciamiento de la mayoría de sentencias de forma oral, problemas reales como deficiencias tecnológicas y operativas, efectivo acceso a la justicia por parte del público que no cuenta con los dispositivos tecnológicos del caso y las naturales resistencias a todo cambio profundo, han traído una especie de contrarreforma en donde ahora, según las últimas instrucciones de Corte Plena, se ha restringido la posibilidad de dictar la sentencia penal a casos de especial simplicidad. Aún así, también confiamos que con el transcurso del tiempo, la superación de las dificultades tecnológicas y operativas, así como el mayor acceso de la población a las nuevas herramientas tecnológicas, nos permitirán ir avanzando en el manejo de la oralidad, no sólo en las etapas temprana e intermedia, sino también en el debate y la sentencia.

E) RESTRICCIÓN DE MEDIDAS ALTERNAS

No todo ha sido en dirección de ampliar derechos –como en el caso de la protección a víctimas y testigos-, o bien de pretender agilizar los procedimientos –como las modificaciones que acabamos de ver para fortalecer la oralidad en el proceso-, también podemos señalar que ha habido, sobre todo en la última década, una fuerte corriente de política criminal regresiva que ha impactado las medidas alternativas que el Código procesal penal inicialmente ofrecía, buscando restringirlas al máximo, aún y cuando, mediciones estadísticas indican que estas alternativas a través de todo el proceso, han sido de mínima, cuando no nula, aplicabilidad. El discurso regresivo de que hablamos señalaban a estas alternativas, sobre todo, la conciliación, la suspensión del proceso a prueba y la reparación integral del daño, como causantes de supuesta impunidad, cuestión que nunca fue respaldada por investigaciones o análisis científicos, sino a punta de prejuicios y alarma social, ciertamente, en el contexto de una sociedad costarricense que conocía un aumento significativo en la cantidad y calidad de hechos delictivos.

Así, en cuanto a la revocatoria de la suspensión del procedimiento a prueba (art. 28 C.p.p.), se refuerza la posibilidad de reanudar la persecución penal no sólo por el hecho de que el acusado se aparte considerable e injustificadamente de las condiciones impuestas (como lo decía el texto anterior y lo conserva el posterior), sino que se agrega ahora si el imputado “...incumple el plan de reparación...”, lo cual, en nuestro criterio, resulta un añadido redundante y por tanto innecesario por estar contenido en la redacción anterior.³⁹

³⁹ Ver Ley 8146 de 30 de octubre de 2001.

En cuanto a las causales de extinción de la acción penal por el pago del máximo previsto para la pena de multa (art. 30 C.p.p.), se agrega : “... siempre y cuando la víctima exprese su conformidad...” (inciso c.); la reparación integral “a entera satisfacción de la víctima”. Además se agrega como condición “... siempre que, durante los cinco años anteriores, el imputado no se haya beneficiado con esta medida ni con la suspensión del proceso a prueba o la conciliación...”(inciso j.); en el mismo sentido la conciliación “... siempre que durante los cinco años anteriores, el imputado no se haya beneficiado con esta medida ni con la reparación integral del daño...” (inciso k.). La diferencia principal que se anota es que en el texto anterior, se hablaba de la posibilidad de otorgar estas medidas alternas “por única vez” y se disponía la cancelación en el Registro especial a los diez años, condición que, de operar, permitía la posibilidad de un nuevo otorgamiento transcurrido ese término. Ahora se agrega la imposibilidad de conceder estas alternativas si en los anteriores cinco años, la persona beneficiada hubiera disfrutado de esta posibilidad.

En materia de conciliación, en el art. 36 C.p.p. se agrega: “Es requisito para la aplicación de la conciliación, cuando se trate de un delito de acción pública y sea procedente su aplicación, que durante los cinco años anteriores, el imputado no se haya beneficiado de esta medida, de la suspensión del proceso a prueba o de la reparación integral del daño”. A la obligación genérica de que la autoridad jurisdiccional no propiciará la conciliación cuando no haya condiciones de igualdad entre las partes, se agrega ahora la prohibición expresa de que no procede la conciliación en los delitos cometidos contra personas menores de edad; así como tampoco en los delitos contenidos en la Ley de Penalización de Violencia contra la Mujer, salvo que la parte interesada lo pida expresamente.⁴⁰

En síntesis, se revela la voluntad legislativa de impedir que una persona pueda aprovecharse de más de una salida alterna al proceso y que la consecuencia sea necesariamente la prisión, si se desaprovecha la única oportunidad que se le está dando. Lo anterior, como ha quedado dicho, bajo el argumento de que estas medidas alternas estaban propiciando una supuesta escandalosa impunidad, en ausencia total de estudios que así lo demostraran y, por el contrario, en presencia de investigaciones científicas que más bien evidenciaban la escasísima aplicación que se ha hecho de estas medidas alternas a través de la vigencia del Código procesal penal.

F) AFECTACIÓN DE GARANTÍAS AL IMPUTADO

En la misma tendencia regresiva podemos ubicar las distintas reformas procesales que han incidido en las garantías clásicas e indispensables de la persona imputada en el proceso penal.

Ubicamos en este orden de modificaciones, la que fue operada en el art. 98

40 La primera reforma a este numeral se realizó ya tempranamente mediante Ley de Reorganización Judicial No. 7728 de 15 de diciembre de 1997; posteriormente estas reformas se contienen en la Ley No. 8720 de 4 de marzo de 2009).

C.p.p., y que se refiere a las facultades dados por ley a la policía. El Código Procesal Penal de 1996 quiso ser categórico en cuanto a los límites que debía tener la policía en las primeras horas de detención de una persona. Con todas sus letras, este artículo comenzaba por declarar que “*La policía no podrá recibirle declaración al imputado*”. Además, obligaba la intervención del Ministerio Público en caso de que el acusado quisiera declarar. Finalmente, se autorizaba al Organismo de Investigación Judicial únicamente a entrevistar al imputado “*con fines de investigación y para constatar su identidad, cuando no esté suficientemente individualizado*”. La reforma, que en el fondo, buscaba autorizar la posibilidad de que el imputado fuera interrogado por agentes del OIJ, tuvo que conformarse con una formulación muy similar a la original señalando que: “*Durante las primeras seis horas, desde su aprehensión o detención, y en presencia de su defensor de confianza y/o defensor público que se le asigne, los agentes del OIJ, en cumplimiento de sus funciones, y respetando las garantías constitucionales y los derechos procesales de los detenidos, podrán constatar su identidad e interrogarlo con fines investigativos.*”⁴¹ (el subrayado es nuestro). En armonía con lo anterior, de igual manera, siempre en el contexto de las atribuciones que se le dan al Organismo de Investigación Judicial (art. 286 C.p.p.), se reitera la posibilidad de “*Identificar al imputado e interrogarlo*”, (antes el texto decía “entrevistar e identificar”). Ciertamente ahora se aclara, como en el caso anterior, “*en presencia de su defensor, durante las primeras seis horas de su aprehensión o detención, con fines investigativos, respetando los derechos fundamentales y las garantías establecidas en la Constitución Política y las leyes*”.⁴² (El subrayado también es nuestro). (Ley No. 8820 de 4 de marzo de 2009). Si se estudian los antecedentes de estas reformas se verá con claridad meridiana que la iniciativa se dirigía a autorizar el interrogatorio policial sin ninguna tutela fiscal, judicial o de defensa. El debate obligó a la necesaria protección en los términos que quedó redactada, pero evidentemente luce como innecesaria porque los textos originales decían más o menos lo mismo. Queda, en todo caso, el sinsabor de una avanzada que pretendía dejar en manos exclusivas de la policía la posibilidad no sólo de identificar o interrogar al detenido, en las primeras horas de su cautiverio, sino además de tomarle declaración, sin ningún tipo de vigilancia o control. En los archivos legislativos han quedado constanding quiénes y con qué asesorías pretendían un golpe letal al principio de inocencia y al régimen procesal democrático en general de nuestro país.

En la misma dirección se introducen “*Otras causales de prisión preventiva*” (art. 239 bis C.p.p.). En cuatro incisos se establece que “*el tribunal también podrá ordenar la prisión preventiva*” -como si con la normativa vigente esto no fuera ya posible- en los siguientes casos: (inciso a.): flagrancia en delitos contra la vida, delitos sexuales, delitos contra la propiedad en los que medie violencia contra las personas o fuerza en las cosas, delitos relacionados con estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas; (inciso b.): cuando el hecho haya sido realizado por quien presumiblemente haya sido sometido

41 Ver Ley 8720 de 4 de marzo de 2009.

42 Ver Ley 8820 de 4 de marzo de 2009.

al menos en dos ocasiones a procesos penales en los que medie violencia o fuerza, bastando la acusación y elevación a juicio, aunque no se hayan concluido, es decir por presunción y no por certeza; (inciso c.): personas reincidentes por delitos en que medie violencia o fuerza; y (inciso d.): se trate de delincuencia organizada. De nuevo los invito a que se lean actas legislativas y de Corte Plena en que se discutieron estas reformas. La intención inicial era hacer un listado de delitos en los que el juez obligatoriamente impusiera la prisión preventiva en esos supuestos. Claro que, al darse esos debates, se entendió finalmente en la instancia legislativa que Costa Rica pasaba de ser un estado de derecho (donde se respeta la opinión discrecional de jueces y juezas sobre la base de reglas genéricas de aplicación), a un estado policiaco (con juzgadores autómatas sin facultades discrecionales). Lo que finalmente se concretó, es un texto, con el perdón de la expresión, macarrónico, al que no se le ve ningún sentido ni necesidad, puesto que en todos esos presupuestos que finalmente se enumeran, es facultad del juez valorar la necesidad o no, de imponer la prisión preventiva, tal y como había venido siendo desde siempre. La lectura de esos antecedentes les permitirá observar que no sólo se quiso imponer a los jueces y juezas cuándo debían aplicar la prisión preventiva obligatoriamente, sino que se valoraron supuestos de imposición también en casos de mera presunción (antecedentes policiales o acusaciones fiscales) o de mera alarma social (donde bastaría un escándalo público para imponer la prisión preventiva). El tema nos da también para reflexionar sobre eso que algunos criminólogos llaman función ideológica del derecho penal, con un valor estrictamente simbólico, donde esta especialidad jurídica se la trata de instrumentalizar “*para hacer creer*” que se está impactando la realidad social con medidas que en realidad no afectan nada y sólo sirven para encubrir las verdaderas causas de la violencia social y criminal, evadiéndose, de paso, enfrentar esas verdaderas razones de la violencia, afincadas en factores de inequidad, discriminación y ausencia de políticas públicas efectivas.

Por último, cabe mencionar que en cuanto a la “*Prórroga del plazo de prisión preventiva*”, prevista en el art. 258 C.p.p., las reformas en el contexto de la transformación general al régimen de impugnación penal, lo que hacen es adecuar la competencia de esta facultad en los nuevos tribunales de apelación de sentencia, y no ya en los antiguos tribunales de casación. Se agrega la posibilidad de conformidad con el nuevo recurso de casación, de que la Sala Tercera prorrogue extraordinariamente la prisión preventiva, hasta por seis meses, cuando los plazos ordinarios y sus prórrogas estén agotados.⁴³

G) OTRAS REFORMAS SIGNIFICATIVAS

Podemos hacer un recuento final para referir un elenco muy diverso de reformas al texto original del Código procesal penal, que obedecieron en su momento, a necesidades también distintas de cambios más o menos urgentes. Nos referimos a unas trece (13) reformas que de inmediato reseñamos.

La primera tiene que ver con la posibilidad de que la Procuraduría General

43 Ver Ley 8837 de 3 de mayo de 2010.

de la República, además de los casos de delitos que originalmente se le permitía, podrá ejercer la acción pública de manera independiente al Ministerio Público en delitos contra los deberes de la función pública, ilícitos tributarios, aduaneros, los contenidos en la Ley del Banco Central y en los delitos contenidos en la Ley de Enriquecimiento Ilícito de los servidores públicos. Este tema significó una modificación al art. 16 del C.p.p.⁴⁴

En el contexto de la gran polémica por la aplicación de los criterios de suspensión e interrupción de los plazos de prescripción (art. 33 C.p.p.), se concreta la reforma para incluir situaciones como la comparecencia a rendir declaración indagatoria en los delitos de acción pública (inciso a.); la resolución que convoca a la audiencia preliminar (inciso c.); y el señalamiento para fecha de debate (inciso d.). Se aclara, además, que estos nuevos supuestos operan aún y cuando posteriormente se decrete la ineficacia o nulidad de la resolución respectiva. Se aclara también que el elenco de criterios de suspensión e interrupción es taxativo y la autoridad judicial no puede inventarse otros. La reforma que se concreta en el art. 376 C.p.p. elimina, en este mismo tema, la posibilidad de reducir el término de la prescripción a la mitad (según dispone el art. 33 *ibídem*) cuando se declara el asunto complejo en las fases preparatoria e intermedia.⁴⁵

Asimismo es reformado el art. 152 C.p.p. para introducir la posibilidad de remitir al Ministerio Público el conocimiento de un nuevo delito que surja en el curso de otro proceso.⁴⁶ Esta norma aparece bajo el número 152, sin embargo, le sigue otro artículo con el mismo guarismo “152” y con el contenido original íntegro de la norma. Evidentemente hubo un error de técnica legislativa que es el más grosero de los que puedan identificarse en todo el texto legislativo bajo examen, pues hay dos distintos artículos con el mismo número, ambos vigentes.

De gran relevancia lo es la reforma que se hace al Código procesal en los arts. 458 a 466 C.p.p., por medio de los cuales se cambia íntegramente el Título IV del Libro III (Recursos) del Código procesal penal para regular el nuevo *recurso de apelación de sentencia* mediante Ley No. 8837 de 3 de mayo de 2010. Se incorpora como regla que son apelables todas las sentencias dictadas en fase de juicio (art. 458) y que el recurso de apelación contra esta resolución procede como examen integral del fallo en cuanto a la determinación de los hechos, la valoración de la prueba y la fundamentación jurídica (art. 459). La interposición debe hacerse ante el mismo tribunal que dictó sentencia en término de quince días y debe estar debidamente fundamentado, exponiendo con claridad el agravio y la pretensión (art. 460). Se da audiencia de cinco días para el emplazamiento, fijación de lugar para notificaciones y adhesiones (art. 461). Las reglas para admisión y demás trámite se desarrollan en el art. 462 siguiente, regulándose asimismo la posibilidad de una audiencia a solicitud de parte (art. 463). Se establecen las reglas para la proposición y evacuación de prueba en esa fase (art. 464), quedando derogado el antiguo

44 Ver Ley 8242 de 9 de abril de 2002 (Ley de Creación de la Procuraduría de la Ética Pública).

45 Ver Ley 8641 de 30 de setiembre de 2001.

46 Ver Ley 7728 de 15 de diciembre de 1997 (Ley de Reorganización Judicial).

art. 464 bis (Examen del Tribunal de Casación). Por último, se define el examen y resolución del caso (art. 465), se prevé el juicio de reenvío (art. 466) y se deroga también el anterior contenido en el art. 466 bis (Juicio de reenvío).

Otra transformación que viene de la mano del tema anterior, es la contenida en los arts. 467 a 475 C.p.p. Mediante ésta, se reforma integralmente el Capítulo V del Libro III (Recursos) del Código, según lo dispuesto en la Ley No. 8837 de 3 de mayo de 2010. Se dispone ahora que las *resoluciones recurribles en casación* son las dictadas exclusivamente por los tribunales de apelación de sentencia que confirmen total o parcialmente, o bien resuelvan en definitiva, la sentencia del tribunal de juicio (art. 467). Los motivos se reducen a la existencia de precedentes contradictorios, o cuando se inobserve o aplique erróneamente la ley procesal o sustantiva (art. 468). La interposición es ante el tribunal de apelación de sentencia que dictó el fallo en término de quince días. Debe estar debidamente fundamentado, deben citarse las normas que se consideran inobservadas o erróneamente aplicadas, o bien la mención y el contenido de los precedentes que se estiman contradictorios (469). Se prevé una audiencia a las partes para oír notificaciones o plantear adhesiones (art. 470) y se prevé una primera fase de admisibilidad y trámite (art. 471). Está también prevista una audiencia para hacer ver los puntos impugnados y la eventual prueba en que se apoyan (art. 472). Por otra parte, la resolución y los efectos extensivos consiste en la declaratoria con lugar o sin lugar de los motivos alegados, puede resolverse en la misma sede o bien ordenar reenvío (art. 473). La reforma en perjuicio se mantiene idéntica con el cambio de nomenclatura para el tribunal de procedencia (art. 474) y el juicio de reenvío asimismo es posible (art. 475). Esta última reforma implicó la enunciación de tres normas transitorias para regular el paso de un sistema a otro.

En otro orden de cambios, se deroga el art. 369 C.p.p. en razón de las transformaciones introducidas al recurso de casación por la misma *Ley de creación de los tribunales de apelación de sentencia... y otros*. En este artículo se inventariaban los posibles vicios de la sentencia que justificaban decretar la casación y que fueron reubicados según la reforma dicha.⁴⁷ En el mismo tema, se realizan cambios al numeral 371, cuestión que resulta ser estrictamente formal para armonizar las modificaciones en el régimen de impugnación penal general. En concreto se varía la frase “*Al recurrir en casación...*” por “*Al impugnarse la sentencia...*”.⁴⁸ Asimismo, también para armonizar con los cambios en el régimen de impugnación, se elimina en el art. 375 C.p.p. la palabra “*casación*” por la frase “*mediante los recursos y las disposiciones que en este Código se regulan para recurrir la sentencia que se dicta en el proceso penal ordinario*”.⁴⁹ De nuevo en relación a la necesidad de adecuar la redacción al cambio general en el régimen de impugnación penal, se modifica el art. 399 C.p.p., para variar la palabra “*casación*” por “*apelación de sentencia*”.⁵⁰

47 Ver Ley 8837 de 3 de mayo de 2010.

48 Ver Ley 8837 de 3 de mayo de 2010.

49 Ver Ley 9021 de 3 de enero de 2012.

50 Ver Ley 9021 de 3 de enero de 2012.

Mediante un escueto cambio en el numeral 373 C.p.p., se incluye al actor civil entre los intervinientes que deben manifestar conformidad para que el procedimiento abreviado proceda.⁵¹

De igual manera, en el contexto de la reforma al régimen de impugnación penal, se cambian los presupuestos para la revisión de sentencia (art. 408 C.p.p.). Así se modifica el inciso b) para asegurar que la falsedad de la prueba en que se haya fundado una sentencia, debe estar declarada en juicio posterior; de igual manera, en el inciso d) se prevé como causal de revisión la introducción de prueba ilegal para resolver el caso; y se elimina la causal genérica por violación al debido proceso que contemplaba el inciso g).⁵² Esta última modificación que elimina la causal genérica de revisión por violación al debido proceso fue objeto de impugnación ante la Sala Constitución, tribunal que declaró sin lugar la alegada inconstitucionalidad propuesta. En cuanto a las formalidades de interposición de la revisión, se elimina la frase “...el tribunal de casación correspondiente”, para decir “la Sala de Casación Penal” (art. 410 C.p.p.).⁵³ También relacionado con la admisibilidad de la revisión (art. 411 C.p.p.), se establece la posibilidad de pronunciarse sobre el fondo del asunto aunque haya defectos formales y se mantiene la posibilidad de que, mediante el artículo 15 del Código Procesal Penal, se corrijan errores que impidan el conocimiento del asunto.⁵⁴

Como se ve, la mayoría de estas reformas son meramente formales, con el propósito de armonizar la redacción del texto original con el que impulsa los cambios al régimen de impugnación en materia de la sentencia penal. Aparte de la creación del recurso de apelación, la reformulación del recurso de casación y el procedimiento revisorio, tiene cierta relevancia la eliminación del inciso g) del artículo 408 C.p.p. que contenía la causal genérica que daba cabida al procedimiento de revisión por violación genérica al debido proceso. Se entendió que una de las cuestiones a superar del antiguo régimen de impugnación, tenía que ver con el problema de que la sentencia penal en Costa Rica prácticamente no podía alcanzar la condición de cosa juzgada, dado que aquél permiso para revisar no tenía limitación alguna. Con un recurso de apelación que garantiza la revisión integral del fallo y una casación para supuestos extraordinarios, así como un procedimiento de revisión también para casos extraordinarios y taxativos, se tiene ahora un panorama mucho más coherente y consistente. Todos los cuestionamientos a estas transformaciones en el régimen procesal de impugnación de la sentencia penal, cuando fueron cuestionadas ante el tribunal constitucional, como quedó dicho, se desecharon por entenderse que no contravenían la carta magna ni los derechos fundamentales tutelados por la normativa internacional.

Por último debemos apuntar otro cambio significativo en el texto original del Código. Esta vez se trata de la reforma que se introduce a los artículos 422 a 436

51 Ver Ley 8146 de 30 de setiembre de 2001.

52 Ver Ley 8837 de 3 de mayo de 2010.

53 Ver Ley 8837 de 3 de mayo de 2010.

54 Ver Ley 8837 de 3 de mayo de 2010.

C.p.p. Se incorpora todo un nuevo Título VIII del Libro II (Procedimientos Especiales) para introducir la regulación del *procedimiento expedito para los delitos en flagrancia*. Esta transformación, no exenta de polémica, obedeció a la necesidad de dar respuesta pronta a una gama de hechos que en su momento causaron gran alarma social, sobre todo entre la población con menos posibilidades de protegerse frente a la delincuencia común y que, a la postre, ha sido valorada positivamente como una estrategia que ha ayudado efectivamente a contener el crecimiento de este tipo común de delincuencia, pero que, por otro lado, ha contribuido al crecimiento de la población penitenciaria y al problema del hacinamiento que conlleva.⁵⁵ Igual que en el caso de las modificaciones al régimen de impugnación, los cuestionamientos a este nuevo procedimiento elevados ante la Sala Constitucional, fueron desechados.

EPÍLOGO

Si la reforma que quiso hacerse en 1996 obedeció, en lo fundamental, a la necesidad de abandonar un sistema procesal penal predominantemente inquisitivo y migrar a un régimen predominantemente acusatorio, la primera conclusión que podemos extraer después de este recorrido por las modificaciones que se han hecho del texto original del Código, es que sigue siendo un régimen claramente afinado en los principios que inspiraron el Código Procesal Penal Tipo para América Latina, dominado por los principios acusatorios. Un fortalecimiento del papel de la víctima y del testigo, así como una mayor tutela y protección de ciertos actores procesales, como las personas menores de edad o las mujeres, no ha sido acompañado de cambios que transformaran la estructura misma del proceso, las competencias básicas de sus intervinientes ni sus principios rectores. Por el contrario, un elenco de modificaciones para fortalecer la oralidad sobre todo en la fase de investigación e intermedia, más bien vinieron a enfatizar aquél carácter acusatorio con el que se quiso marcar el Código en su origen. Por otra parte, algunos intentos en dirección de pervertir esos principios acusatorios quedaron en remedos de reforma, como quedó explicitado, cuando se quiso dar poderes excesivos a la policía para interrogar y recibir indagatorias, o bien se pretendió obligar a la judicatura a imponer automáticamente la prisión preventiva en ciertos presupuestos. Quizá, de entre esas reformas regresivas que se intentaron, la que mayores consecuencias han de traer a un régimen procesal que apuesta, entre otros factores, a las salidas alternas al procedimiento ordinario, ha sido la de restringir el uso y aplicación de la conciliación, la reparación integral del daño o la suspensión del proceso a prueba. No creemos, además, que la reforma al régimen de impugnación penal o la introducción de un procedimiento especial para el juzgamiento de los delitos en flagrancia, si bien tocan la estructura originaria del Código, no desvirtúan en su esencia el carácter acusatorio del régimen en su conjunto. Está por demostrarse, a futuro, si la creación de un recurso de apelación, ante una instancia nueva, puede

55 Ver Ley 8720 de 4 de marzo de 2009.

perjudicar la duración, alargándola, del proceso en su conjunto y si eso puede valorarse como una afectación al carácter expedito que siempre quiso darse al proceso penal acusatorio.

La segunda cuestión que legítimamente nos podemos plantear es si con este nuevo ordenamiento procesal se han superado los problemas y las críticas que se hacían al anterior Código de procedimientos penales. Al respecto, es ineludible responder que no, lamentablemente. Siguen siendo válidos los cuestionamientos acerca de la duración de los procesos, la gran cantidad de asuntos que se quedan sin respuesta y la pobre calidad de las investigaciones, acusaciones y sentencias. Pese a una innegable eficiencia del sistema, que se revela en el aumento de la tasa de prisionización operada en los últimos quince años, coincidiendo precisamente con la vigencia del Código procesal de 1996, las voces críticas siguen apuntando que fenómenos como el crecimiento de la criminalidad y de la impunidad se debe al régimen procesal imperante. Curiosamente esas voces críticas no van más allá de clamores nostálgicos por el antiguo régimen, sin proponer una nueva reforma que se visualice como una mejor opción y realmente viable. Estamos esperando esa iniciativa. En el fondo, responsabilizar al régimen procesal de fenómenos que son eminentemente sociológicos, significa una enorme irresponsabilidad. El país tendrá que discutir, pero con la debida seriedad del caso, cuánto podremos hacer por mejorar la paz social a través de la aplicación de un sistema penal democrático, y cuánta responsabilidad le cabe en ello a las instancias jurídicas o judiciales, y cuánta a un modelo económico y político que parece no estar incluyendo a todos y, por el contrario, constituye la principal fuente de discriminación, conflictividad y violencia.



"Metate", ilustración digital de Johnny Villares B. 2014

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA LEGISLACION PROCESAL PENAL COSTARRICENSE. ORIGEN Y APLICACIÓN¹

Dr. Mario A. Houed Vega

Profesor universitario, abogado penalista

¹ Ponencia presentada al Congreso de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica dedicado a la memoria del Dr. Luis Paulino Mora Mora; 21-23 de octubre de 2013, San José, Costa Rica.



"Cahuita", ilustración digital de Johnny Villares B.

Resumen: El presente artículo trata sobre la evolución del Derecho Procesal Penal respecto a los Derechos Humanos y cómo ha ido incorporando figuras como los mecanismos alternativos de resolución de conflictos en el plano penal. El artículo presenta la definición de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos y los principios que los rigen. Profundiza sobre el criterio de oportunidad y cómo aplica en estos casos de solución alternativa de conflictos. También brinda la definición de Justicia Restaurativa, sus elementos y cómo aplica en el Derecho Penal. Además, define el proceso abreviado, que a pesar de no ser exactamente un medio alternativo de justicia, es importante dentro de este marco de evolución del Derecho Penal.

Palabras clave: Justicia restaurativa, Derechos Humanos, Resolución alternativa de conflictos, criterio de oportunidad, proceso abreviado.

Abstract: The present article is about the evolution of the Criminal Procedural Law concerning Human Rights and how this had incorporated figures like the alternative conflicts resolution in Criminal Law. The article defines the alternative mechanisms to solve the conflicts and the principles that guide these. It analyses the principle of opportunity and how it applies in the alternative ways to solve conflict. It also includes the definition of Restorative Justice, its elements and how it applies in criminal law. Also, the article defines the abbreviated process, which isn't exactly an alternative mechanism but is very important in this evolution of Criminal Law.

Keywords: Restorative Justice, Human Rights, Alternative Conflicts Resolution. Plea bargain.

INTRODUCCIÓN

Cuando recién comenzaba en nuestra nación la vigencia del actual Código Procesal Penal en el mes de enero del año 1998 (emitido por ley n° 7594 de 10 de abril de 1996 y publicado en el Alcance número 31 a La Gaceta n° 106 del 4 de junio del mismo año) orientado con mayor énfasis hacia un sistema acusatorio – siguiendo los lineamientos del Código Procesal Penal Tipo para Iberoamérica – me permití señalar en uno de los cursos introductorios, cómo en las últimas décadas se venía presentando una transformación importante en América Latina relacionada con las formas de enjuiciamiento penal, y cómo todos los países de la región asumían paulatinamente el reto de modificar las antiguas y obsoletas legislaciones procesales que arrastraban no pocos defectos, optando por una codificación más ágil y garantista, adecuada a los principios constitucionales del debido proceso dentro del novedoso sistema, también llamado por algunos “adversarial”¹, aunque guardando sus distancias con el modelo norteamericano o el anglosajón, según veremos posteriormente. Ese movimiento de reforma había logrado en la mayoría de nuestros Estados, remontar los obstáculos que mantenían aún con vida las citadas estructuras normativas, caracterizadas particularmente por su tendencia inquisitorial y en donde los papeles de los intervinientes no estaban claramente definidos, además de estar anclados en los procedimientos escritos y en un excesivo ritualismo que producía grandes atrasos y graves injusticias, pues así lo disponían las regulaciones y la “lógica” interna del discutible modelo seguido hasta entonces.² Pues bien, hoy día tenemos una realidad normativa diferente pero a la que aún le falta bastante para encontrar una meta acorde con el entusiasmo generado por el cambio de paradigma.

Puede decirse que el replanteamiento de los principios y de las reglas existentes, a partir de un concepto más claro y sólido de *Democracia* y de *Estado de De-*

1 Estoy de acuerdo con el Prof. Luigi Ferrajoli cuando afirma que “... precisamente se puede llamar acusatorio a todo sistema procesal que concibe al juez como sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción”. Mientras que, a la inversa, puede llamarse inquisitivo “...a todo sistema procesal donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegándose al juicio después de una instrucción escrita y secreta de la que están excluidos o, en cualquier caso, limitados la contradicción y los derechos de la defensa”. “Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal”. Editorial Trotta, Madrid, España, 1ª edic., 1995, p. 564, segundo párrafo. Sin embargo, difiero con respeto de su autorizado criterio cuando señala que “... entre el modelo acusatorio y la discrecionalidad de la acción penal no existe ningún nexo, ni lógico ni funcional...” (ob. cit. p. 567) entre algunos planteamientos que lo llevan a criticar y rechazar el principio de oportunidad o de discrecionalidad de la acción penal, así como otros procesos alternativos (ver su ob. cit. en ps. 568 y siguientes).

2 Debe recordarse que la mayoría de las naciones de nuestra región siguieron las recomendaciones formuladas en la normativa planteada por el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, surgido en el año 1989, después de varias reuniones encabezadas por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, donde participaron destacados tratadistas y profesores de todo el continente.

recho, en especial por pronunciamientos de Tribunales y Salas Constitucionales de la región, permitió la superación de los vulnerables sistemas anteriores, contrarios al respeto de principios fundamentales del ser humano, dándose un importante paso que debía conducirnos por un camino hacia un proceso más eficiente y a la vez garante de los derechos esenciales de las personas, iniciado en Costa Rica desde la importante reforma legislativa del año 1973 con el Código de Procedimientos Penales mixto (Ley nº 5377 de 19 de octubre de ese año que entró a regir en el mes de julio de 1975) cuyo relevante significado - entre otros aspectos por la introducción de la publicidad y la oralidad -ha sido objeto de numerosos análisis e investigaciones que pueden ser consultados en diversas fuentes.

Sin embargo nadie dijo que ese camino sería fácil y que los problemas de la criminalidad quedarían resueltos por el solo hecho de modificar la legislación.

Lo cierto es que con el Código de 1998 (al que después se le harían algunas reformas importantes, entre las que destaca la que se hizo por Ley nº 8837 de 03 de mayo de 2010 que creó el recurso de apelación contra las sentencias de juicio) adoptó un nuevo modelo para el juzgamiento de los delitos: se elimina la instrucción escrita a cargo de jueces y se dejan las investigaciones preliminares o iniciales en manos del Ministerio Público, a quien además de actuar orientado por el principio de legalidad, se le autoriza para prescindir de la persecución penal bajo criterios de oportunidad o de discrecionalidad reglados (art. 22 CppCR). También se pone a disposición de las partes, instrumentos o mecanismos alternativos distintos del proceso de instrucción penal ordinario que anteriormente había sido el eje del ordenamiento punitivo, lo que además lleva en dirección hacia la denominada “Justicia Restaurativa” como una vía no tradicional en la búsqueda de la solución a los conflictos.

Así pues, con la aprobación de esta novedosa legislación se asumió la difícil y delicada tarea de reformular el proceso penal para ajustarlo a los requerimientos de una sociedad moderna, en donde los derechos esenciales de los individuos deben armonizarse con la eficiencia que se espera pueda tener el Estado en la persecución y sanción de la criminalidad. Para conseguir dicho cometido había que seguir con el fortalecimiento de un Ministerio Público imparcial e independiente, un departamento consolidado de Defensa Pública así como una policía judicial o científica debidamente preparada y, desde luego, con la presencia de jueces garantes del cumplimiento del debido proceso. Sin embargo, también existía gran expectativa sobre el comportamiento de esa vía referida a los mecanismos alternativos como una nueva forma para colaborar al descongestionamiento de las causas penales. A estos últimos dirigiré mi atención en esta conferencia.

I ASPECTOS GENERALES

A) LA SOLUCIÓN DEL CONFLICTO COMO FIN PRIMORDIAL DEL SISTEMA PUNITIVO

Normalmente suele decirse que el fin del proceso penal está en la búsqueda de la verdad real, o sea la reconstrucción histórica del hecho delictivo de la forma más fiel posible, de conformidad con las pruebas legalmente recibidas. Tal finalidad, que ha sido bastante discutida³, aunque en principio y pese a las dificultades sigue siendo relevante (pues carecería de sentido un proceso que no procurase “descubrir” lo que ocurrió en la realidad), encuentra una visión mucho más amplia en el entorno del actual sistema, ya que en el artículo 7 del Código Procesal Penal costarricense (al igual que se establece en los demás Códigos de la región) se indica expresamente la trascendencia de la solución del conflicto como parte esencial de aquélla: “ Los tribunales deberán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, en procura de contribuir a restaurar la armonía social entre las partes y, en especial, el restablecimiento de los derechos de la víctima. Para tales fines, siempre tomarán en cuenta el criterio de la víctima, en la forma y las condiciones que regula este Código” (Así modificado mediante Ley nº 8720 de 4 de marzo de 2009, publicada en el diario oficial La Gaceta nº 77 de 22 de abril del mismo año) .

La introducción aquí de ese concepto de “justicia restaurativa” es lo que viene a dar contenido y aval a los llamados procesos o mecanismos alternativos, ya que no se trata solamente de dirigirse por el intrincado camino de un enjuiciamiento penal hasta su finalización, sino de permitir, en casos excepcionales, taxativamente reglados, la posibilidad de optar por una vía diferente que procure mayor agilidad en resolver y causar menos tensión (incluso continuación) del conflicto.

Por eso debe insistirse en que la verdadera consolidación del sistema se viene a dar cuando todos los sujetos involucrados - incluso la sociedad en general – además de asumir la función que a ellos les compete, entiendan y se comprometan con los nuevos principios involucrados en el cambio. La aceptación y comprensión de una norma como la contenida en el citado numeral del CPP, tiene mucho que ver con la propuesta de una mejor administración de justicia en materia penal, pero también con una nueva perspectiva de ésta. Desde luego, no todos los profesores y tratadistas de estos temas están de acuerdo con los criterios de oportunidad o de discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal, o con los procedimientos abreviados, o con los trámites conciliatorios u otros mecanismos alternativos, y digo esto con el mayor de los respetos para quienes así piensan, en especial del dis-

3 Ver entre otras, la obra del Prof. alemán W. Hassemer, “ Verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal”, Editorial Ubijus, 1ª edición, México, 2009, en especialmente en ps.19 y ss.; y la obra del Prof. español Francisco Muñoz Conde, “ La búsqueda de la verdad en el proceso penal”, edit. 103 y ss. Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2ª edic., 2003, especialmente en ps.

tinguido profesor italiano, Dr. Luigi Ferrajoli, reconocido defensor del garantismo penal, quien en su magna obra “Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal”, se pronuncia en contra de los institutos citados⁴.

De todos modos es de advertir que nuestros ordenamientos penales tampoco han renunciado a la aspiración de lograr involucrarse en una corriente de derecho penal mínimo, con un catálogo punitivo reducido (por ejemplo despenalizando ciertas conductas), lo que sería más efectivo si se contara con recursos suficientes y con controles eficaces de política criminal dentro de un marco general de desarrollo social y económico, lo que haría que probablemente tuviéramos a mediano o largo plazo un menor crecimiento de la criminalidad, que por estos días parece desbordar nuestras sociedades. Pero lamentablemente el problema nos ataca ahora y las previsiones dichas deberán quedar para el futuro.⁵

B) DERECHO Y CAMBIO SOCIO-JURÍDICO

Desde luego la aceptación y comprensión de la reforma es vital, y para ello es indispensable estar conscientes de la transformación producida. Debo reiterar que no basta con conocer la normativa propuesta, pues resulta indispensable también el cambio de mentalidad, es decir, que comprendamos su magnitud y trascendencia, haciéndola parte de nuestra vida, de nuestra cultura institucional.

La ritualidad del proceso anterior abrió paso a una nueva concepción y modo de abordar y solucionar los conflictos sociales. Una serie de institutos -o soluciones alternativas- rompe con el formalismo e inflexibilidad que le caracterizaba, a la vez que se busca una mayor eficiencia en el esclarecimiento de los hechos y la lucha contra la delincuencia.

C) IMPORTANCIA E IMPACTO DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS

Aunque debemos reconocer las limitaciones que las soluciones alternativas encuentran en el marco de su implementación (gestión), no podemos negar que presentan un nuevo panorama en el juzgamiento de los individuos, con menores

4 Señala, entre otros aspectos, que la discrecionalidad de la acción y la consiguiente disponibilidad de las imputaciones e incluso de las pruebas, “son por tanto un reducto, del todo injustificado, del carácter originariamente privado y después sólo cívico o popular de la iniciativa penal. Se entiende que esta discrecionalidad y disponibilidad- que en los Estados Unidos se manifiestan sobre todo en la negociación entre acusador público e imputado (plea bargaining) de la declaración de culpabilidad (guilty plea) a cambio de una reducción de la gravedad de la acusación o de otros beneficios penales – representan una fuente inagotable de arbitrariedades...” (Ferrajoli, L. ob.cit, p. 568 párrafo in fine).

5 Con lo dicho quiero agregar que lo expuesto por el Dr. Ferrajoli en sus conferencias y en su destacada obra “Derecho y Razón” no necesariamente se contraponen a lo que un sector mayoritario de la doctrina procesal penal que inspiró el Código Modelo para Iberoamérica establece, particularmente en lo que se refiere a los procedimientos alternativos, pues no se trata de imitar el sistema de “justicia negociada” que se aplica en los Estados Unidos de América, con potestades muy amplias en manos del Ministerio Público, y con características distintas de los institutos que en nuestras legislaciones tienen algunas similitudes (por ejemplo el procedimiento abreviado o el criterio de oportunidad).

costos sociales y económicos, y mayores posibilidades para quienes desean reinsertarse efectivamente en la sociedad.

Los *criterios reglados de oportunidad* (*artículo 22 del CPPcr*), por ejemplo, aparecen como un mecanismo idóneo que haría posible alcanzar los objetivos que se pretenden con la solución del conflicto, toda vez que el Ministerio Público, conforme a una política de persecución penal clara y transparentemente definida, puede desistir de continuar con la acción penal cuando concurren los presupuestos previstos por el legislador para ello, tal y como se presenta en los casos en donde se brinda información contra el crimen organizado, o bien, cuando se presenta la denominada insignificancia del hecho o de la culpabilidad que se reprocha por el mismo. De igual forma ocurre, según los cambios que se incorporaron a la normativa, cuando se repara el daño causado o se presenta la revocatoria de la instancia privada.

No obstante lo anterior, un aspecto determinante en este nuevo proceso es el fortalecimiento de la etapa de juicio, y con ello, de su oralidad y publicidad, con el único propósito de que los juzgadores sean los que realmente resuelvan la causa sometida a su conocimiento, de no haberse logrado previamente la aplicación de alguna de las salidas o medidas alternativas de solución que se implementan.

La idea fundamental, conforme a una política criminal moderna, particularmente determinada desde nuestra realidad marginal o periférica que cuenta con recursos muy limitados, al decir de Zaffaroni en su libro “*La búsqueda de las penas perdidas*”, es la descriminalización de aquellas acciones o conductas que no merezcan la represión estatal, es decir, no requieren necesariamente que se aplique una sanción penal, como sucede, por ejemplo, además de las medidas alternativas antes señaladas, por medio también de la denominada *suspensión condicional del procedimiento*, en donde se exige precisamente un plan reparador como solución al conflicto existente.

El Ministerio Público viene a desempeñar entonces un papel decisivo en este nuevo proceso, pues no puede limitarse a ser un mero espectador o un agente automático encargado de la persecución de todos los delitos, para lo cual debe otorgársele los recursos económicos suficientes que le permitan ejercer plenamente su función, además de integrar correctamente su estructura orgánica (desde la selección de un Fiscal General independiente y demás funcionarios hasta la aplicación de un régimen disciplinario adecuado a sus necesidades) con el propósito de evitar influencias políticas o de cualquier otro orden (interno o externo).

Conforme a la lógica del actual proceso penal, podríamos decir que sobre dicha institución descansa gran parte de la responsabilidad de que se hagan realidad los objetivos previstos en la reforma.

Los Fiscales deben observar en sus planteamientos, sin dejar de lado su naturaleza requirente, que no todo lo que es denunciado o descubierto como presunto ilícito, resulta posible que sea investigado y llevado hasta su conclusión condenatoria. La restricción de recursos con los que cuenta, sea de orden personal o material, aunado a la siempre creciente masa de asuntos que ingresan día con día

a sus oficinas, lo obligan a implementar una política de persecución penal a través de la cual oriente sus prioridades, y determine cuáles son los hechos que deben ser investigados hasta sus últimas consecuencias, reflejada en la obtención de una sentencia, así como frente a cuáles hechos y en qué circunstancias se les podría aplicar una de las medidas alternativas que han sido introducidas en el Código vigente.

Es admisible suponer que si el Ministerio Público logra implementar racionalmente esta decisión política, se vendría a minimizar la espiral de violencia o proceso de criminalización secundaria que se produce cada vez que se investiga y se acusa a alguien de un hecho delictivo. Una gran cantidad de casos, no generadores de graves trastornos sociales, además de no merecer una respuesta represiva por parte del Estado, podrían verse resueltos durante el desarrollo normal y anticipado de la causa. Además fortalecería la idea del sistema penal como *ultima ratio*; pues sólo aquellas causas de cierta gravedad que se estimen como estrictamente necesarias serían conocidas en juicio, debido a lo trascendencia o incidencia que tienen en nuestras vidas y en la realidad social.

Así pues, la policía y el Ministerio Público deberían orientar sus actuaciones, con los recursos que consideren suficientes, contra los delitos que merecen una mayor atención por la relevancia de los bienes jurídicos afectados, o bien por la complejidad de las conductas que llevan a dicha afectación.

Como consecuencia de lo anterior, y no menos importante que todo lo dicho, la aceptación de alguna de las soluciones alternativas al proceso ordinario, conllevaría también un rescate del papel de la víctima en el proceso. Quiérase o no, aun cuando el proceso penal lo entendamos como una manifestación del garantismo, en donde se intenta reducir el poder abusivo del Estado frente a la persona acusada, aquélla -la víctima- es un interesado más en el resultado del proceso, y como tal, debe permitírsele su participación, en especial si se tiene presente que con el proceso se pretende alcanzar la solución al conflicto originado por el hecho estimado como lesivo.

Por otra parte, la policía, especialmente la que colabora en forma directa con la administración de justicia, no puede actuar sin control, sino bajo las directrices que le indique el Ministerio Público, disminuyendo o limitando así su capacidad de decisión, y evitando la arbitrariedad o impunidad que su actuación podría generar si no responde a los requerimientos que se le imponen.

Se busca con todo esto además que los derechos de las personas se fortalezcan, pues ya no serían susceptibles de decisiones discrecionales y abusivas por parte de este cuerpo. Sus actos tendrían que responder no sólo al Ministerio Público, sino también a la autoridad jurisdiccional, como instancia que controla y garantiza los derechos de las personas que intervienen o se ven afectadas al ponerse en marcha el aparato judicial. Control en el cual, por supuesto, la defensa cumple un papel fundamental, pues al velar por los intereses del imputado, coadyuva en esta tarea, vigilando, cuestionando o impugnando cualquier actuación que no se ajuste a los parámetros de legalidad o constitucionalidad que deben informar el proceso penal.

En consecuencia, y aun cuando suelen escucharse críticas en la instauración y cumplimiento de las medidas alternativas (o procedimientos alternativos), algunas de ellas con razón, debemos asumir que en estos momentos, los distintos intervinientes en el proceso conocen y pueden aplicar el cuerpo normativo que les da sustento, con capacidad para valorar sus bondades o, en caso contrario, sus debilidades.

Sin embargo tenemos que reconocer que aún falta mucho camino para comprender el verdadero significado de una justicia restaurativa integral y el desarrollo pleno de los mecanismos alternativos, pues si no tenemos confianza en tales institutos, por las razones que fueran, o se aplican deficientemente, no podrán obtenerse los resultados esperados. Así por ejemplo en algunos países, como ocurre en el caso de Costa Rica, los criterios de oportunidad han sido disminuidos drásticamente ante los reclamos de ciertos sectores que señalan que producen impunidad o que afectan el principio de igualdad. Del mismo modo se reclama que el procedimiento abreviado ofrece reducciones de la pena en casos controversiales, o que la suspensión condicional del procedimiento a prueba se decreta sin un verdadero control.

Como pueden observar, la mayor parte de las quejas se refiere a la implementación de tales medidas, o mejor dicho, a la forma en que se ejecutan o se llevan a cabo, no propiamente al contenido sustancial de ellas. Pero yo sigo insistiendo que pueden producir un mejor efecto que el que se padece con el encarcelamiento indiscriminado como único “remedio”, procurando – eso sí - ejercer controles y registros efectivos para evitar las deficiencias apuntadas.

II MECANISMOS O PROCEDIMIENTOS ALTERNATIVOS EN GENERAL⁶

A) CONCEPTO

La introducción de mecanismos alternativos dentro de la materia penal, constituye un reconocimiento de la incapacidad del sistema tradicional existente como

⁶ Aunque en nada afecta el contenido de los institutos que vamos a analizar, nos parece más preciso hablar de “procedimientos” alternativos al juicio común y no de “procesos” alternativos, por cuanto, a pesar de que ambas palabras tienen la misma raíz etimológica (“*procedere*”), no es menos relevante destacar que el proceso es uno solo. VELEZ MARICONDE lo define como: “*una serie gradual progresiva y concatenada de actos disciplinados en abstracto por el derecho procesal y cumplidos por órganos públicos predispuestos y por particulares obligados o autorizados a intervenir, mediante la cual se procura investigar la verdad y actuar concretamente la ley sustantiva*” (Citado por *El Derecho Procesal Penal Costarricense*, 1ª edición, Porvenir, San José, Costa Rica, 1992, p. 68); mientras que el procedimiento denota más, por decirlo así, el “camino” normativo por el que discurre el curso de las actuaciones. Así, las distintas opciones que el Código Procesal le presenta al jurista para intentar una solución eficaz del conflicto, coadyuvan a que el proceso iniciado termine de una manera distinta a la tradicional respuesta del sistema de control penal.

propuesta de solución de conflictos⁷. Dichas posibilidades intentan orientar la solución jurídica del caso de diversas formas, ya sea prescindiendo de la persecución o procurando la reparación del daño particular y social causado por el “delito”, a la vez que colaboran en la búsqueda del máximo aprovechamiento de los limitados recursos de la administración de justicia. La introducción de estas medidas constituye el desarrollo del principio general de “solución del conflicto” que, según dijimos, contempla el artículo 7 del Código Procesal Penal, conforme al cual los tribunales deben **procurar** que el conflicto surgido con el hecho punible sea resuelto, para así contribuir a **restaurar la armonía social** afectada con el ilícito. La búsqueda de soluciones alternas a la respuesta penal tradicional asume como premisa el carácter de medida extrema de la política criminal, y pretende devolverle el conflicto a las partes, para que éstas, de manera responsable, le busquen una solución adecuada.

Es innegable que la práctica del sistema penal selecciona de distintos modos los casos por tratar así como su camino dentro del ámbito institucional. Y si la realidad selecciona los asuntos, no podemos cerrar nuestros ojos y pretender funcionar aislados del mundo que rodea al proceso. El numeral 7 de la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder estableció que: “*Se utilizarán cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de las controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas*”⁸. A su vez, *Las reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio)*⁹, disponen al respecto:

“5.1. Cuando así proceda y sea compatible con el ordenamiento jurídico, la policía, la fiscalía u otros organismos que se ocupen de casos penales deberán estar facultados para retirar los cargos contra el delincuente si consideran que la protección de la sociedad, la prevención del delito o la promoción del respeto a la ley y los derechos de las víctimas no exigen llevar adelante el caso. A efectos de decidir si corresponde el retiro de los cargos o la institución de actuaciones, en cada ordenamiento jurídico se formulará una serie de criterios bien definidos. En casos de poca impor-

7 Cfr. en este sentido la opinión de Julio B.J. MAIER en *Derecho procesal penal*, Tomo I, Fundamentos, 2º edición, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, Argentina, 1996, p. 152.

8 Aprobada por la Asamblea General de la ONU en la 96a, sesión plenaria del 29 de noviembre de 1985, citada por LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Proceso Penal Comentado*, 2º edición, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2003, p. 52

9 Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990. La regla 1.5. establece: “1.5 Los Estados Miembros introducirán medidas no privativas de la libertad en sus respectivos ordenamientos jurídicos para proporcionar otras opciones, y de esa manera reducir la aplicación de las penas de prisión, y racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente.” Al aplicar dichas reglas se han de ponderar: a) los derechos de los delincuentes, b) los derechos de las víctimas y c) el interés de la sociedad en la seguridad pública y la prevención del delito. (regla 1.4)

tancia el fiscal podrá imponer las medidas adecuadas no privativas de la libertad, según corresponda.”

Las mencionadas reglas implican que “*el sistema de justicia penal establecerá una amplia serie de medidas no privativas de la libertad, desde la fase anterior al juicio hasta la fase posterior a la sentencia.*” (regla 2.3). A su vez que “*Se alentará y supervisará atentamente el establecimiento de nuevas medidas no privativas de la libertad y su aplicación se evaluará sistemáticamente.*”, “*evitando recurrir a procesos formales o juicios ante los tribunales*” (regla 2.5), respetando el principio de mínima intervención (regla 2.6) y dignidad humana (regla 3.9) como “*parte de un movimiento en pro de la despenalización y destipificación de delitos*” (regla 2.7).¹⁰

Es necesario destacar que esta clase de instrumentos enfatizan la importancia que tiene el diálogo entre autor y víctima. Este diálogo es la base de los sistemas de solución del conflicto desde antes de la época de la colonia¹¹, y ha sido el punto de partida de las más modernas tendencias de justicia “restaurativa”, tal y como veremos más adelante. Y es que una solución jurídicamente “correcta” del caso, no debe sacrificar la reparación adecuada del daño causado a la víctima. Como consecuencia del delito, la víctima sufre una sensación de impotencia, la cual puede repetirse y verse potencializada si se le relega a lo interno del proceso penal. Por eso, lo peor que puede hacer el sistema de control penal es apartar a la víctima y negarle su intervención. Si el sistema de control penal pretende restaurar la armonía social y solucionar el conflicto, y no simplemente imponer una sanción, la intervención de la víctima no sólo es deseable sino necesaria para que el esquema propuesto por el Código funcione y se cumpla el objetivo que el artículo 7 *ibid*° le impone a los tribunales de justicia penal. Por todo ello, lo expuesto aquí parte de las siguientes cuatro premisas: 1) Que la función del sistema de justicia penal no es generar violencia sino evitarla; 2) que el castigo en un Estado de Derecho tiene como límite los principios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad de la respuesta; 3) que no es posible, ni debido, que todo conflicto social deba ser resuel-

¹⁰ Asimismo se indica en dichas reglas que los mecanismos alternativos al procedimiento común han de estar regulados en la ley (regla 3.1.), “*..se basará en los criterios establecidos con respecto al tipo y gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente, los objetivos de la condena y los derechos de las víctimas.*” (regla 3.2.) y requerirán tanto el consentimiento del imputado (regla 3.4) como el respeto de su intimidad (regla 3.11). Deben someterse al control judicial (regla 3.5.) y “[s]e preverán disposiciones adecuadas para el recurso y, si es posible, la reparación en caso de agravio relacionado con un incumplimiento de las normas sobre derechos humanos internacionalmente reconocidos.” (regla 3.7.), entre otros puntos de interés. Como se verá, estas reglas de las Naciones Unidas resultan adecuadas a la regulación legal de las medidas del Código Procesal, y sirven de instrumento guía para su interpretación.

¹¹ En relación con este aspecto, el fallecido prof. Henry Issa El Khoury Jacob hizo un interesante análisis sobre las maneras indígenas de resolución de conflictos (conciliación, círculo del rumor, el consejo o círculo de ancianos) hasta llegar las rondas campesinas y la asamblea dominical, cuya premisa básica es fijar la reparación del daño de manera que las partes queden conciliadas (Cfr. su interesante análisis en ISSA EL KHOURY JACOB, Henry. A la armonía por la palabra: la solución negociada de conflictos penales, Convenio Corte – AID, Costa Rica, 1995, pp. 9 – 13)

to por medio del derecho sancionatorio penal, y finalmente; 4) que incluso aquellos casos sometidos a la sede penal, deben encontrar en su seno soluciones suficientemente versátiles como para restablecer el diálogo entre el autor y la víctima, con miras a restaurar la armonía social que se interrumpió con el hecho punible.

Debe entonces abandonarse la percepción de que los procesos alternativos que el Código Procesal Penal recoge, sean un sistema legalizado de impunidad. La realidad criminal y sus inabordables números están presentes y los mecanismos alternativos son un sistema más, como el propio proceso penal, para dar respuesta y corrección al delito y al delincuente. Lógicamente el recurso a estos instrumentos debe estar acompañado con la realidad de los hechos a los que se pretende aplicar, de suerte que el propio Código Procesal Penal requiere un contexto aplicativo que le resulte proporcionado, debiendo el proceso de capacitación hacer entender la lógica seguida para que todos los operadores jurídicos, no sólo recurran a estas instituciones, sino sepan adecuar cada una de ellas a la conveniencia que cada caso exige. Debe pues, no sólo representarse la oportunidad del sistema y los beneficios que aporta con relación al funcionamiento de la administración de justicia en los casos en los que más se justifica, sino considerar que el sistema de salidas o soluciones alternativas tiene un diseño en cascada, que va desde la renuncia a la acción penal, hasta la condena con conformidad entre las partes, pasando por otros estados intermedios como son el abandono de la acción penal en manos de la actuación privada, la conciliación y acuerdo con reparación de los intereses damnificados o la paralización condicionada del proceso en los casos en los que existe un pronóstico de no cumplimiento de la pena que pudiera llegar a recaer, todo ello sin olvidar que estos estadios intermedios permiten la reanudación de la prosecución en la eventualidad de un injusto incumplimiento del beneficiado y prestando, eso sí, una plena atención a la víctima, no sólo en cuanto a reconocerle las posibilidades de impugnación que la propia ley le brinda, sino desde el punto de vista actitudinal, forzándose el operador en que la víctima se vea reparada en sus perjuicios materiales y morales y, aún en los casos en los que esto no sea posible, comprometiéndose en que el damnificado pueda entender la posición adoptada por el Estado y la colectividad y las razones de sacrificio de su interés individual, única posibilidad de que estas pragmáticas instituciones en particular, y la administración de justicia en general, puedan ser percibidas como garantes y protectoras de los intereses de la propia ciudadanía.

B) LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS EN PARTICULAR

Si resultase cierto – como muchas veces ocurre – que *“los procesos penales se desarrollan en un mundo real, en el cual se violan derechos humanos todos los días”*¹², ello significa que el sistema penal ha demostrado su inoperancia como instrumento para resolver los conflictos sociales. Al respecto se ha llegado a decir que: *“Las leyes y las estructuras, formuladas teóricamente para proteger al ciudadano, se vuel-*

12 ZAFFARONI, Eugenio Raúl (coord.). *El proceso penal. Sistema penal y derechos humanos*. San José (Costa Rica): Editorial Porrúa, México, 2000, p. 18.

ven a menudo en su contra, lo estrujan, y terminan empujándolo hacia el abismo de la prisión y sus secuelas desgarrantes, creando y reforzando las desigualdades sociales. La casi imposibilidad de que una pena legítima salga del sistema penal, considerando su modo de operar, su abstracción, su lógica formal, tan ajena a los problemas de la vida cotidiana, son elementos que fortalecen la idea de buscar, fuera de él soluciones viables, acordes con la realidad”.¹³ Sin embargo, como ha dicho EMILIANO BORJA “El Derecho penal, qué duda cabe, es Derecho. Y también participa en ese proceso de desarrollo del sistema de convivencia humana. La norma penal, como toda norma jurídica, coadyuva a la construcción de un mejor orden de coexistencia de los individuos en la sociedad, del estado de cosas que se ha definido como paz social. Y es que se ha dicho, y con razón, que toda norma jurídica vive con la pretensión de tener que regular la vida social mejor a través de su propia existencia que sin ésta”¹⁴.

En efecto, es necesario conciliar la cruda realidad que nos presenta la práctica tradicional del Derecho Penal, con la misión que la sociedad le ha encomendado, lo que obliga a concentrar el sistema de control penal sobre aquellas conductas que afectan los bienes jurídicos más relevantes, y al operar sobre éstas, conservar su misión definitiva que será alcanzar la paz social.

Y es que en la práctica, como todos sabemos, la respuesta del control social institucionalizado que se conoce como “sistema penal”, se aplica solamente a unos pocos de los muchos supuestos de inobservancia de los tipos penales. Cualquier investigación acerca de la llamada *cifra negra* de la criminalidad, permitirá comprobar este hecho.¹⁵ Hay selección de los casos que ingresan al sistema penal, y aún dentro de aquellos que ingresan, inevitablemente habrá selección al momento de ser tramitados. Por eso MAIER identifica al proceso penal como un típico *proceso de selección*¹⁶. También es un hecho demostrado que el sistema penal no puede tramitar de modo efectivo la totalidad de las infracciones que, en principio, podrían ser calificadas como “delictivas”. Esta imposibilidad que la realidad contemporánea demuestra claramente, evidencia que, dadas las condiciones actuales, la pretensión de investigar, juzgar y castigar cada uno de los hechos delictivos que pudieran ser cometidos en el país, además de suponer un esfuerzo que el erario público no está en condiciones de afrontar, es una idea destinada al fracaso que no encuentra justificación en la práctica.¹⁷

13 SÁNCHEZ ROMERO, Cecilia; HOUED VEGA, Mario Alberto; CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo. “El Abolicionismo y el rol de las comunidades indígenas”. *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Noviembre, 1994, Año 6, N°9, p. 47.

14 BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. “Derecho Penal y Paz social, ensayo sobre una aparente contradicción”. *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Noviembre, 1994, Año 6, N°9, p. 14.

15 Cfr. en este sentido la opinión de MAIER, Julio B.J., *Derecho procesal penal*, op. Cit., p. 832.

16 MAIER, Julio B.J., *Derecho procesal penal*, op. Cit., p. 832.

17 Al respecto comenta en Argentina el Dr. Héctor Mario MAGARIÑOS: “(...) es un dato indiscutido que sólo una escasa porción de los delitos cometidos son denunciados, que de los denunciados sólo algunos pocos son investigados de modo eficiente, y que, de los así investigados, sólo algunos llegan a sentencia (conf., entre muchos otros MAIER: op. Cit., pp. 832 y ss; del mismo

Los aportes de la criminología moderna han reiterado y puesto en crisis el fundamento así como la utilidad práctica de algunas de las instituciones penales más tradicionales, entre ellas la pena privativa de libertad, destacando la necesidad de transformar la respuesta penal para orientarla a la restauración de la armonía social alterada por el delito. EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, uno de los juristas que más se ha dedicado al estudio del tema, finalmente ha llegado a la conclusión de que “no hay ninguna verificación del efecto preventivo general de la pena, ni positivo ni negativo”¹⁸. Menos aún se podría pensar en efectos preventivo especiales de la prisión, cuando está acreditado que en la mayoría de los países del mundo constituye un factor de gran poder criminógeno, o, en palabras de los propios privados de libertad un “*sub mundo antisocial*”, una “*Universidad del Crimen*”¹⁹.

Ante esta realidad, lo más razonable es optar por el principio de reacción penal mínima y tratar de impulsar mecanismos que limiten la violencia generada por el propio sistema penal. De ahí que la reforma del Código Procesal Penal sienta la necesidad de establecer una gama de soluciones diferenciadas, que antes de ser criticadas deberían ser bienvenidas y analizadas con detalle, para evitar que en la práctica se desvíen de sus objetivos, y se constituyan en mecanismos de extensión de las redes de control social ya existentes, más que verdaderas salidas alternativas. Podríamos afirmar entonces que estas medidas constituyen solamente el comienzo para realizar un ajuste en dirección hacia un “Derecho Penal mínimo”, para posteriormente complementarse – de ser posible – con la llamada decriminalización de ciertos hechos y la formulación de diferentes penas alternativas en el Código penal sustantivo²⁰.

autor, “Política criminal, derecho penal y derecho procesal penal”, en *Doctrina Penal*, 1978, pp. 301 y ss., en especial, pp. 321 y ss; COSACOV, Gustavo: *El mito de la no impunidad*, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1988, passim; KAISER, Günther: *Introducción a la criminología*, Dykinson, Madrid, 1988, pp. 142 y ss.; también, y en especial, el mensaje del Poder Ejecutivo al Congreso de la Nación, de fecha 12/8/1992, en ocasión de la elevación del proyecto de ley sobre suspensión del proceso a prueba y de la reforma al Código Penal en lo atinente al régimen de condena condicional, de libertad condicional y de suspensión y extinción de las acciones penales, publicado en la Cámara de Diputados de la Nación, “Tramite Parlamentario”, período 1992, del jueves 13 de agosto de 1992, pp. 3327 y ss., en que se expone y comenta una profunda investigación realizada por la Dirección Nacional de Política Criminal” (Véase STIPPEL, Jörg y MARCHISIO, Adrián (coord). *Principio de Oportunidad y Salidas Alternativas al Juicio Oral en América Latina*, 1° ed., Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2002, p. 144).

18 Véase entre muchas otras obras del autor: ZAFFARONI, Eugenio R., “¿Vale la pena?”. *Un debate sobre la pena*, Editorial Jurídica Continental; Buenos Aires, Argentina, INECIP, 2000, p. 28, donde el prof. Zaffaroni defiende la postura que expresa en su libro “*En busca de las penas perdidas*” frente a la crítica del prof. Carlos Santiago Nino.

19 Palabras de H.F. en *La Reforma*, copia textual de las entrevistas a los privados de libertad. En: MURILLO RODRÍGUEZ, Roy. *Ejecución de la Pena*, 1° edición, CONAMAJ, 2002, p. 236.

20 Sobre la necesidad de penas alternativas complementarias véase HOUED VEGA, Mario Alberto. “Modificaciones al sistema punitivo costarricense: un nuevo modelo procesal penal y la aplicación de penas alternativas”. En: SÁNCHEZ ROMERO, Cecilia (comp.) *Sistemas penales y Derechos Humanos*, CONAMAJ, San José, Costa Rica, 1997, pp. 111-118; ISSA EL KHOURY JACOB, Henry. “Las penas alternativas”. En: SÁNCHEZ ROMERO, Cecilia (comp.) *Sistemas penales y Derechos Humanos*, CONAMAJ, San José, Costa Rica, 1997, pp. 119-125 e ISSA EL KHOURY

1. ▶ EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD REGLADO

“...la insensata idea de que el derecho punitivo debe extirpar de la tierra todos los delitos, lleva a la ciencia penal a la idolatría del terror, y al pueblo a la fe en el verdugo...”(CARRARA)²¹

Según se ha expuesto, uno de los problemas más acuciantes del sistema de justicia penal en la actualidad es la imposibilidad práctica de investigar y castigar todos los ilícitos que se cometen. Esto se traduce en un entramamiento del sistema de justicia, que favorece la impunidad de la criminalidad menos tradicional, en cuenta los llamados delitos de “cuello blanco”, ya que en lugar de destinar los recursos a la investigación y juzgamiento de *los delitos más graves o de mayor interés social como es la delincuencia organizada, el aparato judicial destina la mayor parte de sus recursos al tratamiento de los delitos menores o de poca trascendencia*. Ante esta realidad, se impone la necesidad de acelerar la administración de justicia penal, hacerla más eficiente y sencilla. Es así como el párrafo primero del artículo 22 del Código Procesal Penal costarricense establece el denominado principio de “obligatoriedad” (también llamado de “legalidad” o de “oficialidad”) de la acción penal pública de la siguiente forma: “*El ministerio público deberá ejercer la acción penal pública, en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la ley*”²². Sin embargo, el párrafo segundo del mismo artículo, lo

JACOB, Henry. “Solución alternativa del conflictos penales. Una propuesta de marco teórico.” *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Noviembre, 1994, Año 6, N°9, p. 71. En la primera de esas obras se indica “*Cabe advertir que de nada servirá contar con un proceso ágil y eficiente, si no se tiene la posibilidad de un adecuado catálogo de penas o sanciones, diferentes de la prisión, que permita el necesario desahogo del sistema punitivo. Es decir, si sólo pretendemos acelerar los procesos penales pero no buscamos soluciones sancionadoras distintas del tradicional encarcelamiento, más bien atiborraríamos con mayor rapidez las instituciones penitenciarias. De ahí que se haga indispensable, frente a un proceso penal ágil y moderno, un código penal diferente en el contenido de sus sanciones.*” (HOUED VEGA, Mario Alberto. “Modificaciones al sistema punitivo costarricense: un nuevo modelo procesal penal y la aplicación de penas alternativas, op. Cit. p. 115)

21 CARRARA citado por MARCHISIO, Adrián (coord.). Principio de Oportunidad y Salidas Alternativas al Juicio Oral en América Latina, op. Cit., p. 26.

22 Este principio que establece el deber que tiene el Ministerio Público de perseguir y promover la investigación, se conoce en otros ámbitos como “legalidad procesal”. La denominación que le brinda el código es más acertada, porque, cuando la ley le permite al Ministerio Público prescindir de la acción penal, también está actuando en el ejercicio de una facultad legal expresa. Es claro que el C.P.P. no ha asumido ideas abolicionistas como en algún sector se ha señalado, porque no ha pretendido abolir el sistema penal, sino que, dentro de la corriente que impulsa la reparación como una “tercera vía”, ha optado por un principio de oportunidad reglado al permitírsele al Ministerio Público hacer cesar la investigación en supuestos taxativos. (Al respecto véase las opiniones de TIJERINO PACHECO, José María. “El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal”, En: GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel (comp.). Reflexiones sobre el nuevo Proceso Penal. 2da. Ed.. San José (Costa Rica): Fondo editorial del Colegio de Abogados y la Asociación de Ciencias Penales, 1997, p.88; también GÓNZALEZ ALVAREZ, Daniel. *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, julio, 1993, Año 5, N°7, p. 47.SCHÖNBOHM,

complementa con el principio de “oportunidad” señalando los casos en que no obstante el representante del *ministerio público* puede “...previa autorización del superior jerárquico, ... solicitar que se prescinda, total o parcialmente, de la persecución penal, que se limite a alguna o a varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho...”. Seguidamente se indican las hipótesis en que se permite tal actuación, pues como ya se dijo, el principio de obligatoriedad no opera en sentido pleno, sino que el Código establece la denominada “oportunidad reglada”, por lo que queda a facultad del Ministerio Público iniciar averiguaciones, presentar acusación o señalar a los involucrados eventuales la posibilidad de ejercitar la acción penal privada (como excepción también al principio de “oficialidad” de la acción penal), en los casos allí contemplados. Con razón se dice que: “...no se trata de institutos opuestos e incompatibles, sino que la elección de un sistema de persecución penal que posea manifestaciones de oportunidad representa una elección político-criminal de abordar el tema penal desde una perspectiva integral y realista, en definitiva desde una perspectiva distinta [...]Esta elección puede resultar mejor o peor que otra, pero de todas formas representa un sinceramiento de la política estatal de persecución penal frente a los desafíos de la época y la crisis del sistema.”²³

a. Concepto y contenido

Diferentes autores se han referido al principio de oportunidad de una manera similar. Así MAIER indica que: “La aplicación del principio de oportunidad torna más sencillas las cosas, menos arduas las soluciones dogmáticas y más real la solución: se trata de casos en los cuales, por las razones ya advertidas, se autoriza a los órganos de persecución penal, con o sin aquiescencia del tribunal competente, según los sistemas, a prescindir de la persecución penal o a concluir la ya iniciada.”²⁴ ROXIN establece al respecto que la antítesis teórica del principio de obligatoriedad es el que “... autoriza a la fiscalía a decidir entre la formulación de la acusación y el sobreseimiento del procedimiento, aun cuando las investigaciones conducen con probabilidad rayana en la certeza, al resultado de que el imputado ha cometido un hecho punible.”²⁵ Por su parte, GONZÁLEZ ÁLVAREZ define el principio en cuestión como aquél que “trata de establecer reglas claras para prescindir de la acusación penal, frente a casos en los cuales ordinariamente debía acusarse por un aparente hecho delictivo. Este sistema ha sido tradicionalmente seguido como regla en los países de

Horst y LÖSING, Norbert, Sistema Acusatorio, Proceso Penal, Juicio oral en América Latina y Alemania, Fundación Konrad Adenauer, Caracas, 1995, p. 50. Con respecto al tema también véase RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolas. “Oportunidad y Consenso”. En: La Justicia Penal negociada. Experiencias en derecho comparado. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997, pp. 211 y ss.).

23 MARCHISIO, Adrián (coord.), Principio de Oportunidad y Salidas Alternativas al Juicio Oral en América Latina, op. Cit., p. 551.

24 MAIER, Julio B.J., Derecho procesal penal, op. Cit., p. 158.

25 ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*, traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B.J. Maier, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2000, p. 89.

tradición jurídica anglo-americana, pero también es adoptado, al menos como excepción al principio de obligatoriedad, en algunos países europeos, encabezados por Alemania. [...]El criterio de oportunidad puede y debe ligarse a una concepción utilitaria y realista sobre la legitimación y el fundamento, el fin y el límite de la aplicación de las penas. Constituye un intento de conducir la selección en forma racional, con criterios de política criminal más que arbitrarios, y sobre todo con la posibilidad de ejercer un control y exigir responsabilidad en quienes lo aplican".²⁶

El principio de oportunidad no resulta compatible con teorías retributivas de la pena, como ha destacado la doctrina: "*La aplicación del principio de oportunidad –es claro- se puede ligar, con facilidad, a teorías utilitarias sobre la legitimación o el fundamento, el fin y los límites de la pena estatal. Me refiero, por ejemplo, a la prevención general positiva, que procura legitimar la pena a través de la necesidad de recordar los valores (bienes jurídicos) convencionalmente admitidos como base de la integración social, confirmando la vigencia de las normas que los establecen, fin que se alcanza por imposición de la consecuencia jurídica tan sólo a algunos hechos disvaliosos, sin necesidad de pretender que todos ellos sean alcanzados por la pena*"²⁷

En este mismo sentido se ha mencionado: "*En efecto, el principio deriva de teorías absolutistas de la pena, en las ideas de Kant y Hegel, en cuanto en forma imperativa y categórica todo hecho en apariencia delictivo debía traducirse, necesaria y obligatoriamente, en una acusación y en un proceso penal, lo que hoy no sólo es absurdo sino imposible [...]En primer término ningún sistema penal está capacitada para responder a todos los hechos delictivos que ocurren en su comunidad, ni la policía sería suficiente, ni los tribunales serían suficientes, ni la cárceles serían suficientes. Existe un margen muy amplio de hechos delictivos a los cuales el sistema no da ninguna respuesta. No sólo me refiero a las cifras negras de la criminalidad, es decir a aquella que nunca se denuncia, sino además a la que habiéndose denunciado el mismo sistema es incapaz de descubrir y tratar*"²⁸

26 GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel. "El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal". *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, julio, 1993, Año 5, N°7, p. 67. En el mismo sentido la definición de VARGAS ZUMBADO, Freddy Gerardo. "El principio de oportunidad". En: SOJO PICADO, Guillermo (et. al.). *Ministerio Público y reforma procesal penal*, 1 ed., San José, Costa Rica, Colegio de Abogados de Costa Rica, 1997, p. 153.. TIJERINO lo define diciendo que "*es aquel por el cual se concede al Ministerio Público la facultad de perseguir o no hechos que se encuentren en determinadas situaciones expresamente previstas por la Ley, que afectan al hecho mismo, a las personas a las que se les pueda imputar o a la relación de éstas con otras personas o hechos.*" (TIJERINO PACHECO, José María. "El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal", op. Cit., p. 91). MAIER apunta que el principio de oportunidad significa: "*la posibilidad de que los órganos públicos, a quines se les encomienda la persecución penal, prescindan de ella, en presencia de la noticia de un hecho punible o, inclusive, frente a la prueba más o menos completa de su perpetración, formal o informalmente, temporal o definitivamente, condicionada o incondicionadamente, por motivos de utilidad social o razones político-criminales*" MAIER (Julio B.J.), *Derecho procesal penal*, op. Cit., p. 836.

27 MAIER, Julio B.J., *Derecho procesal penal*, op. Cit., p. 835.

28 GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel. "El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal". *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, julio, 1993, Año 5, N°7, p. 66. En el mismo sentido ROXIN apunta que el principio de legalidad "res-

b. Fundamentos

El sistema penal – en su sentido amplio – es por naturaleza selectivo: selecciona la víctima al no denunciar ciertos hechos, selecciona la policía cuando no investiga los casos que en su criterio no tienen posibilidades, selecciona el Ministerio Público cuando no da seguimiento a las denuncias, y finalmente, seleccionan los Tribunales cuando consideran que no hay motivo suficiente para condenar. Como nos recuerda GONZÁLEZ ALVAREZ: *“Este proceso selectivo escapa a los controles jurídicos y políticos necesarios. Carece de transparencia porque generalmente no se admite, se oculta y algunos casos se ignora. De ahí entonces, que sea indispensable reglar ese terreno, comenzando por reconocer la verdad: que hay proceso de selección, pero manteniendo como regla la obligatoriedad, para luego por la vía de excepción, reglar los casos en los cuales se pueda dejar de acusar”*²⁹. Esta es la inquietud básica a la que responden los artículos correspondientes del C.P.P.C.R. Y bien apunta MAIER que: *“puede ser una herramienta eficiente del principio de igualdad, al corregir el efecto selectivo clasista de un sistema formal que, adherido al principio de legalidad, ignora por completo su propia selectividad real.”*³⁰ Igualmente se ha afirmado con acierto que: *“...el crecimiento desmesurado del Derecho Penal, que pretende solucionar mediante pena todo problema social (con desconocimiento de su función de ultima ratio, que impone recurrir a él sólo cuando fracasan todos los demás medios de control social), y la complejidad técnica de sus soluciones normativas producen un efecto directo sobre la efectividad de la persecución penal, pues sobrecargar los órganos judiciales de tal manera que reducen la posibilidad de ocuparse como corresponde los casos serios y graves, y disminuyen la seguridad sobre un fallo correcto y oportuno”*³¹.

Aún admitiendo la legalidad más estricta debemos reconocer que *“estudios empíricos han demostrado que, aun afirmada la legalidad sin excepciones, resulta imposible perseguir todos los delitos que se cometen en el seno de una sociedad, resultado que obedece, por una parte, a defectos de información y, por la otra, a decisiones*

ponde a la idea de la retribución, entonces completamente dominante, según la cual el Estado, para la realización de la justicia absoluta, tiene que castigar sin excepción toda violación de la ley penal. Con la sustitución de esta teoría absoluta de la pena por justificaciones preventivo-generales y especiales que vinculan el castigo a su necesidad social y a su conveniencia, el principio de legalidad ha perdido, en parte, su base teórica primitiva” (ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*, op. cit., p. 89). En contra de las teorías absolutas – o de retribución –, que posicionan a la justicia o la necesidad moral como fundamento de la pena, se ha argumentado que: a) carecen de un fundamento empírico y b) la supresión del mal causado por el delito es ficticio, ya que, al fin y al cabo al mal causado por el delito se suma el mal de la pena. A su favor se ha dicho que introducen un criterio de “proporcionalidad” con respecto al mal causado como limitador de la gravedad de la pena aplicable. (Cfr. al respecto BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal, Parte General*, 2ª edición, Editorial Hammurabi SRL, Buenos Aires, Argentina, 1999, p. 32.)

29 GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel. “El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal”. *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, julio, 1993, Año 5, N°7, p. 66.

30 MAIER (Julio B.J.), *Derecho procesal penal*, op. Cit., p. 841.

31 MAIER (Julio B.J.), *Derecho procesal penal*, op. Cit., pp. 154-155.

*políticas más o menos generales de los órganos de persecución penal.*³² Frente a este hecho, y a la necesidad de no sobrecargar el sistema con casos que razonablemente son evitables, es racional institucionalizar y delimitar los criterios con los cuales se pueda declinar la persecución penal y concentrar la aplicación de esos criterios en funcionarios responsables.

La reforma se orienta pues a introducir la oportunidad como una excepción al principio de obligatoriedad de la acción pública, que permite prescindir en casos especiales de la persecución penal. Por eso se trata de un principio de oportunidad “reglado” y no de una discrecionalidad “absoluta”. Como ventajas de la vigencia de este principio podemos señalar: a) se favorece la *transparencia* del sistema, al evidenciar los criterios de selección que antes quedaban ocultos, b) permite sentar *responsabilidades* a los funcionarios encargados de vigilar la acción penal, c) al existir criterios taxativos, es posible *orientar la selectividad* hacia fines útiles para el Estado de Derecho, d) se produce la *decriminalización* procesal de hechos que en la práctica pueden ser asumidos por otras formas de reacción con mejores resultados y, e) permite el *descongestionamiento* del sistema de justicia penal, lo que a su vez provoca mayor *eficiencia* en el tratamiento de los asuntos más graves que sí le son sometidos.

Por último, cabe preguntarse si corresponde vincular el principio de oportunidad a la reparación económica de la víctima. Ante esta misma interrogante ha especificado la doctrina: “... *podemos decir que el fundamento para la aplicación de criterios de oportunidad consiste en la carencia de interés estatal en la persecución de determinados hechos que no poseen trascendencia alguna (delitos de bagatela), a efectos de orientar los limitados recursos estatales a la persecución de aquellos que más dañosidad social provocan. Una decisión político-criminal como la señalada parece no tener vincularse con la reparación de la víctima de ese delito que el propio Estado considera insignificante.*”³³ Sin embargo, el código prevé expresamente que “*en los casos en que se verifique un daño, el ministerio público debe velar porque sea razonablemente reparado*”, lo que constituye un requisito adicional que impone la normativa.

32 MAIER (Julio B.J.), *Derecho procesal penal*, op. Cit., pp. 159. Como apunta TIJERINO: “*Ni existe sistema en que se persigan todos los hechos delictivos ni existe igualdad de los ciudadanos ante los órganos de persecución penal. Por el contrario la realidad es que, sea cual sea el principio que regule el ejercicio de la acción penal pública, siempre habrá discrecionalidad. Legal y fundada en el interés público, en aquellos ordenamientos que admitan el principio de oportunidad; ilegal y fundada implícitamente en la imposibilidad de la persecución de todos los delitos, en los sistemas que no admitan dicho principio. [...] Lo trágico de este último sistema es que en él es la policía quien se arroga la facultad discrecional atendiendo a criterios de “etiquetamiento”. De allí que resulten excluidos de una eficaz persecución los delitos de los individuos pertenecientes a los estratos superiores de la sociedad*”. TIJERINO PACHECO, José María. “El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal”, op. Cit., p. 95 En el mismo sentido se pronuncian MAIER, Julio B.J., “El sistema penal hoy: entre la inquisición y la composición”. En: VÁSQUEZ MARTINEZ, Edmundo. *Derechos Fundamentales y Justicia Penal*. 1 ed., San José, Juricentro, 1992, p. 139, también véase HASSEMER, Winfried. “La persecución penal: legalidad y oportunidad”. *Revista de Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, Setiembre, 1995, Año 7, N°10, pp. 2-8.

33 MARCHISIO, Adrián (coord.), *Principio de Oportunidad y Salidas Alternativas al Juicio Oral en América Latina*, op. Cit., p. 533.

c. Críticas

En contra del principio de oportunidad se ha argumentado la vigencia del principio de igualdad, pues – según se dice - debe ser la ley (el legislador) y no la decisión particular de los órganos estatales (funcionarios) quienes determinen cuándo una persona deba ser sometida a pena o no. Ante esta crítica señala MAIER que... *“aunque tal razonamiento deba ser tenido en cuenta para no crear fueros personales o provocar desigualdades raciales, religiosas, sociales o económicas, cabe advertir que estos principios funcionan, básicamente, como garantía frente al poder penal del Estado, esto es, como seguridades para el habitante de no ser afectado en sus libertades por ese poder, y aquello que se pretende con la aplicación del principio inverso, el de oportunidad, no es, precisamente, someter a un habitante al poder del Estado, sino, por el contrario, liberarlo de él y de ese riesgo, al evitar su persecución. No obstante, el fundamento aquí citado, aunque no logre cabalmente legitimar la persecución penal obligatoria del Estado, ha cumplido el papel de colocar el principio de legalidad en el lugar de una máxima fundamental del sistema, de modo que el de oportunidad funcione”*³⁴. En todo caso, la eventual deficiencia se supera en gran parte con la introducción de un principio de oportunidad “reglado”, de modo que las situaciones en que es posible prescindir de la persecución penal sean definidos por la ley, sin crear prerrogativas especiales para ciertos ciudadanos. El profesor TIJERINO comenta otra crítica que él mismo responde con acierto: *“El ataque de mayor envergadura contra el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal proviene de quienes ven en él una manifestación de autoritarismo procedente del Poder Ejecutivo, lesiva del principio de división de poderes, y, en consecuencia, claramente antidemocrática [...] No obstante, bastará con dotar al Ministerio Público de la necesaria independencia (de cualquier centro de poder y no sólo del Poder Ejecutivo) para que desaparezca el fundamento de la objeción”*³⁵

d. Ámbito de aplicación y efectos

El artículo 22 del CPPCR permite, previa autorización del superior jerárquico³⁶,

34 MAIER (Julio B.J.), Derecho procesal penal, op. Cit., p. 831.

35 TIJERINO PACHECO, José María. “El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal”, op. Cit., pp. 92-93. Un tratamiento más detallado de éstas y otras críticas véase GATGENS GÓMEZ, Erick y RODRÍGUEZ CAMPOS, Alexander. *Principio de oportunidad, conveniencia procesal de la persecución penal*, 1º edición, Editorial Juritexto, San José, C.R. 2000, pp. 307 y ss.

36 En resumen, el deber de motivar implica que la solicitud ha de ser congruente, expresa, clara, completa, concordante, no contradictoria y lógica. Para ser “completa” debe referirse a todos los extremos que fundamentan prescindir de la acción pública, estableciendo por qué de acuerdo a la normativa y el caso concreto resultan aplicables. Como ha dicho TIJERINO: *“Un principio procesal llevado a sus últimos extremos puede resultar más perjudicial que beneficioso”* (TIJERINO PACHECO, José María. “El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal”, op. Cit., p. 91). En efecto, un uso indiscriminado de este tipo de medidas puede llevar a que se provoquen en el ciudadano sentimientos de injusticia y desigualdad, y la sociedad entera puede perder su confianza en la administración de justicia, con lo que el problema sería aún mayor del que se pretende evitar. De ahí la necesidad de fundamentar la aplicación del criterio, no bastará hacer referencia a criterios generales, frases rutinarias o conceptos doctrinarios, sino a la realidad del caso en cuestión. Esta

prescindir de la acción penal pública, de manera total o parcial. Esto es, el código presenta cuatro opciones:

- a) Cuando se trate de un hecho insignificante o de bagatela, con mínima culpabilidad del autor o partícipe, salvo que existiese violencia sobre las personas, fuerza sobre las cosas, se afecte el interés público o el hecho haya sido cometido por un funcionario público.
- b) Cuando el imputado colabore eficazmente en la investigación de asuntos de delincuencia organizada, criminalidad violenta, delitos graves o de tramitación compleja. Esta opción, aún cuando ha recibido muchas críticas, le permite al Ministerio Público descartar a un determinado imputado y perseguir a otros. En derecho comparado este supuesto suele denominarse contradictoriamente como “testigo de la corona”³⁷.
- c) Cuando el imputado haya sufrido, como consecuencia del hecho, daños físicos o morales graves que tornen desproporcionada la aplicación de una pena. Es lo que suele conocerse como surgimiento de una “pena natural”.
- d) Cuando la pena o medida que puede imponerse a un imputado, tratándose de varios delitos o infracciones, hace que carezca de importancia la persecución del hecho del que se prescinde. Así, sería posible en el caso de un concurso material de delitos, en que participen varios imputados, prescindir de la acción penal con respecto a uno de ellos, y continuar la persecución de los demás con respecto solamente a determinados hechos, y, con respecto a los hechos investigados limitarse únicamente a una o algunas de las calificaciones jurídicas posibles. Claro está, siempre que nos encontremos ante alguna de las causales que establece el código para su procedencia.

En relación con los asuntos de mínima culpabilidad (bagatela) debe destacarse que no se debe confundir la insignificancia conforme al derecho penal sustantivo,

motivación ha ser llevada tan lejos cuanto fuere posible, para mejorar así la comunicación con los diferentes sujetos que intervienen en el proceso penal. Además, esta motivación es necesaria, pues al no conocerse completamente las razones del acto, su impugnación por parte de la víctima y el imputado se dificulta notablemente o se imposibilita y con ello se afectan derechos que consagra en el artículo 35 del Código.

³⁷ Pese a la discusión, hay muchas legislaciones que sí lo contemplan. El “testigo de la corona” o “arrepentido” es el imputado que colabora con las autoridades represivas para lograr aclarar el hecho, o bien, evitar la continuación del delito o la perpetración de otros. Generalmente, a este tipo de imputados se les brinda un tratamiento benévolo y hasta se ha llegado a prescindir totalmente de la acción penal en su contra en asuntos de criminalidad organizada o violenta, delitos graves o de compleja investigación. La admisión de esta causal ha generado en doctrina diversas oposiciones, que le han señalado el quiebre de principios fundamentales del Estado de Derecho, en cuenta el principio de igualdad de trato. También se ha destacado la poca confiabilidad que tienen las declaraciones dadas por el “testigo” involucrando a otros sujetos (Cfr. al respecto LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Proceso Penal Comentado*, op. Cit., pp. 90-91, y ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*, op. cit., p. 93 con múltiples citas de doctrina).

con la insignificancia del hecho para los efectos de la aplicación de la oportunidad procesal. Ante tal circunstancia señala con razón LLOBET: *“En realidad debe diferenciarse entre ambos criterios de insignificancia, puesto que la propia del Derecho Penal sustantivo lleva a la atipicidad del hecho por falta de tipicidad material [...] Por su parte la causal de oportunidad reglada, a diferencia de la insignificancia del Derecho Penal sustantivo, parte de que el hecho es típico”*³⁸. Si el Ministerio Público considera que el hecho es atípico por insignificancia (por ej. mínima lesividad) conforme al Derecho Penal sustantivo, lo que procede es el archivo del caso, no la aplicación de un criterio de oportunidad.

Asimismo, por disposición legal expresa (art 23 *ibid*) la aplicación de un criterio de oportunidad extingue la acción pública en relación al imputado en cuyo favor se dispuso; y como derivado del principio de igualdad, se extingue la acción penal en contra de todos los imputados si se encuentran en las mismas condiciones. Según puede observarse, en los casos de los incisos b y d , por razones obvias la acción pública queda suspendida hasta que se dicte una sentencia condenatoria que cumpla las condiciones por las cuales se prescindió de la acción (ver art. 23 en el segundo y último párrafo).

2. ▶ LA LLAMADA “JUSTICIA RESTAURATIVA”

*“En el proceso judicial, el drama de la vida se sustituye por una liturgia en la cual los actores originales son reemplazados y representados por profesionales del rito” (BARATTA)*³⁹

El derecho a imponer una pena es hoy día un derecho reservado al Estado, quien, según el decir de CHRISTIE⁴⁰, le ha “robado” el conflicto a las partes, vaciando al proceso penal de su contenido vital. Pero si el Estado le prohíbe al individuo tomar la justicia por sus propias manos, debería ofrecerle mecanismos efectivos para brindarle protección y buscar una solución para su problema, no relegarlo dentro del proceso y con ello profundizar su impotencia. Esa fue hasta hace no poco tiempo una “asignatura pendiente” del sistema penal.⁴¹

38 LLOBET RODRÍGUEZ (Javier), *Proceso Penal Comentado*, op. Cit., p. 86.

39 BARATTA citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Justicia Restaurativa*, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2004, p. 16.

40 Las ideas de Christie, sintetizadas en su famosa frase: *“Jueces y abogados se han convertido en ladrones de conflictos; hay que devolver a la sociedad civil su posibilidad de solucionar el conflicto; son los propietarios del conflicto los únicos capacitados para resolverlo”* (Citado por KERMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Op. Cit. p. 184.), han tenido un profundo impacto en el desarrollo de las ideas de justicia restaurativa. Nils CHRISTIE, profesor de Oslo, propuso así en 1977 su teoría del *“Conflicts as Property”*, y con ella destacó que perder la posibilidad de resolver nuestros propios conflictos es una gran pérdida para la víctima, el ofensor y la sociedad en general.

41 Ha dicho Maier que: *“La afirmación de que la mejor forma de solucionar conflictos sociales consiste en regresar las cosas al estado anterior al hecho – considerado ilícito – que generó el con-*

Cuando la aplicación estatal del Derecho penal (entendido en su sentido amplio) vino a reemplazar a la venganza privada, se monopolizó la persecución penal en el aparato estatal, lo que difiere en gran manera del servicio de justicia regular prestado por el gobierno. En éste las partes acuden al juez en busca de una “solución”, no así dentro del sistema penal, porque es el Estado en sí mismo quien tiene un interés en la realización del Derecho penal, interés que tiende muchas veces a excluir el conflicto social que conforma igualmente su base. Ante esta crisis, se presenta a la opción de una justicia “restaurativa” como una alternativa “novedosa”⁴² a lo interno del Derecho Penal, que abre opciones a distintas respuestas sociales al delito, potenciando la reparación para la víctima, y a la vez la paz y seguridad social para la comunidad, así como nuevas esperanzas de reinserción para el ofensor.

a. Concepto, origen y contenido

Puede decirse que la justicia restaurativa (en adelante JR), también denominada justicia reparadora o restauradora, representa un nuevo concepto frente al tradicional de justicia retributiva o rehabilitadora, que viene de un movimiento de reforma de carácter internacional de la justicia punitiva, según la cual el delito es fundamentalmente un daño en contra de una persona concreta y de las relaciones interpersonales, por lo que la víctima debe jugar un papel preponderante en el proceso y puede beneficiarse de alguna forma de restitución o reparación a cargo del responsable o autor del hecho punible, a quien se prefiere llamar “ofensor” como alternativa al de “delincuente” para no continuar con su estigmatización. Aunque no se tienen muchos detalles, algunos señalan su origen en los Estados Unidos de Norteamérica, con el profesor Howard Zehr de la Universidad Menonita de Harrisonburg (Virginia, USA), que otros profesores norteamericanos y europeos (entre ellos Marshall Rosenberg, Van Ness y Strong) han seguido im-

flicto o, en su caso, colocar el mundo en el estado deseado por las reglas sociales pertinentes, es casi inmune a la crítica. Contra esta afirmación sólo se ha esgrimido la idea, en el fondo retributiva, del escaso poder preventivo de un Derecho penal fundado en el “pago del daño”, porque el riesgo corrido por el autor, a lo sumo, es igual al provecho. De allí que el Derecho penal se conciba como un plus de castigo para el autor, a más de aquél que le corresponde por reglas del derecho privado; el regreso, de manera natural o simbólica, al statu quo ante (reparación natural o simbólica). [...] Empero, además de que no se trata aquí, empíricamente, tan sólo del pago del daño provocado por el delito, sino de una efectiva reparación integral a quines sufren la acción o la omisión ilícita, tampoco es justificable, actualmente, un Derecho Penal que se interese sólo por el plus – la pena – , desplazando en importancia la reparación” MAIER, Julio B.J., “El sistema penal hoy: entre la inquisición y la composición”, op. cit., p. 142.

42 Para ser sinceros, mecanismos de restitución y restauración se encuentran previstos en los cuerpos normativos de antiguas civilizaciones, así como en las maneras indígenas de resolver conflictos. El Código de Hammurabi ya preveía la restitución para algunos delitos contra la propiedad, y en el Perú los “viejos de idea” en la comunidad indígena de Aguarama, ya tenían mecanismos “restaurativos” dentro de sus prácticas de resolución de conflictos, en que las familias de las partes involucradas participaban activamente para obtener los acuerdos. Lo único novedoso de esta tendencia, es el impacto que ha tenido en el panorama del moderno sistema de control penal y su efecto renovador sobre la visión limitada que hasta ahora se tenía de él, de ahí la expresión.

pulsando. Según se comenta en la doctrina⁴³, la justicia restaurativa implica un diálogo entre el autor y la víctima, usualmente a través de un mediador, aunque no necesariamente. Sus raíces, que según decíamos se remontan al derecho norteamericano, parecen surgir en el seno del derecho penal juvenil, donde se presenta como una opción distinta frente los modelos de la justicia retributiva y la justicia rehabilitadora. Los primeros proyectos de esta clase se presentan en los EE.UU. y Canadá, y de allí se trasladan a Europa⁴⁴, y por esta vía a Latinoamérica. Una vez probada su eficacia en el derecho penal juvenil, no se tardó en trasladar el enfoque al derecho penal de adultos.⁴⁵

43 Más adelante se analizan diversos conceptos que han sido utilizados por diversos sistemas para su debida implementación.

44 El Proyecto Alternativo alemán sobre reparación del daño (*Alternativ – Entwurf Wierdergutmachung*) elaborado por un grupo de profesores alemanes, austriacos y suizos en 1992, recoge todo este movimiento, en particular las ideas de CLAUS ROXIN sobre la reparación como “tercera vía” del Derecho Penal, según las cuales la reparación cumple con los requerimientos de la prevención general positiva y especial positiva. No es este el lugar para hacer un análisis detallado de todo este proceso y sus postulados, pero remito al lector a las siguientes fuentes: ROXIN, Claus. “La reparación en el sistema de los fines de la pena”. *Justicia penal y sociedad*, Revista Guatemalteca de Ciencias Penales, Año 1, N° 1, octubre de 1991, pp. 5-22; HIRSCH, Hans Joachim. “La reparación del daño en el marco del Derecho Penal Material” *Justicia penal y sociedad*, Revista Guatemalteca de Ciencias Penales, Año 1, N° 1, octubre de 1991, pp.23-45; CREUS, Carlos. *Reparación del daño producido por el delito*, 1° ed., Rubizal-Culzoni, Santa Fe, 1995, 224 p.; MAIER, Julio B.J., “El ingreso de la reparación del daño como tercera vía al Derecho penal Argentino”. En: MAIER, Julio B.J. y BINDER, Alberto (comps.), *El Derecho Penal de Hoy*, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 1995, p. 27 y ss.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. *Justicia Restaurativa*, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2004, 629 p.; OLSON, Cynthia. “Aplicando la mediación y los procesos de consenso en el marco de la justicia restaurativa”. En: CARRANZA, Elías (coord.). *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria*, ILANUD, Siglo Veintiuno Editores, 1° ed., San José, Costa Rica, 2001 pp. 214 y ss; SOLARI BRUMANA, Juan A., *Reparación del daño, el particular damnificado en el derecho penal*, Desalma, Buenos Aires, 1962; ZULITA FELLINI (directora), *Mediación Penal. Reparación como tercera vía en el sistema penal juvenil*, 1° ed., Depalma, Buenos Aires, 2002, 224 p.. ESER, Albin. “Una justicia penal “a la medida del ser humano”. *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Diciembre 1998, Año 10, N°15, pp. 3-15; BOVINO, Alberto. “La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derecho”. *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Diciembre 1998, Año 10, N°15, pp.28-34. También en línea: OCROSPOMA PELLA, Enrique. *La reparación penal*. [en línea] Setiembre 2002. Disponible en: http://www.derecho.com/boletin/articulos/articulo_0151.htm. [Consulta 18-11-2004]; DÖLLING, Dieter, *El desarrollo de las sanciones no privativas de libertad en el derecho alemán*. Traducción realizada por José Hurtado Pozo y Aldo Figueroa Navarro. [en línea]. Disponible en: http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/97_98/pdf/Penas_Alemania.pdf. [entre otros documentos sobre el tema.

45 La búsqueda de mecanismos de JR es una manifestación del cambio de nuestra sociedad en general, en las sociedades *posmodernas* se advierte la necesidad de un control, pero no de un control centralizado e imponente, sino descentralizado y participativo. Como destaca KEMELMAJER DE CARLUCCI, hay una estrecha vinculación entre los valores políticos dominantes en una sociedad y su modelo de justicia “*la justicia rehabilitativa tuvo su lugar en el Estado de bienestar; la JR, en cambio, comienza en un Estado que va perdiendo poder*”..(KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. *Justicia Restaurativa*, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2004, p. 182.). A su vez, cabe destacar que los modelos de justicia restaurativa tienen en gran parte fundamento en

La autora Aida Kemelmajer de Carlucci se refiere a la “justicia restaurativa” en los siguientes términos: “Pese a las discrepancias terminológicas, habría algo común a todos los usos de la expresión “Justicia restauradora”, o “Justicia restaurativa”, fórmula, como se ha dicho, “convenientemente corta”: se trata de una variedad de prácticas que buscan responder al crimen de un modo más constructivo que las respuestas dadas por el sistema punitivo tradicional, sea el retributivo, sea el rehabilitativo. Aun a riesgo de un exceso de simplificación, podría decirse que la filosofía de este modelo se resume en las tres “R”: Responsibility, Restoration and Reintegration (Responsabilidad, Restauración y Reintegración). Responsabilidad del autor, desde que cada uno debe responder por las conductas que asume libremente; restauración de la víctima, que debe ser reparada, y de este modo salir de su posición de víctima; reintegración del infractor, estableciéndose los vínculos con la sociedad a la que también se ha dañado con el ilícito.”⁴⁶ Esta corriente es el producto de la fusión de tres

la filosofía de Jürgen HABERMAS, para quien la crisis de motivación y de legitimidad del mundo moderno deben ser resueltas a través de la reconstrucción del consenso. La autora nos señala como las propuestas de este tipo presentan las características del “Derecho Reflexivo” que propone HABERMAS, y por lo tanto encuentra sus raíces profundas en las ideas de este filósofo (ibid., p. 181.)

46 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Justicia Restaurativa*, op. Cit., p. 109. Múltiples han sido las definiciones que la doctrina le ha dado al la “justicia restaurativa” (término que es la traducción aproximada al español de la “Restorative Justice” en inglés, y “Justice Restaurative” en francés, que han sido promovidas en el seno del Congreso Internacional de Criminología de Budapest de 1993 y han ganado fuerza a través de múltiples conferencias internacionales. Sin embargo, cabe advertir al lector que ese término en español no conserva enteramente su significado ya que “restauración” en español, es un término que se vincula con actividades más materiales). He aquí algunas definiciones: BAZEMORE y WALGRAVE: “toda acción orientada primariamente a hacer justicia reparando el daño causado por el delito” y “puesta cara a cara de la víctima y de la comunidad afectada por un ilícito con los ofensores, en un proceso informal, no adversarial y voluntario, que se desarrolla en situaciones de seguridad y que normalmente provee el mejor modo de determinar las obligaciones restaurativas”; BRUCE ARCHIBALD: “modo de resolución de cuestiones de naturaleza penal, de carácter no punitivo, reparativo y deliberativo a través de un proceso que comprende a la víctima, el ofensor y representante de la comunidad.” y “restauración de los vínculos sociales, sobre la base de la equidad y de la dignidad humana, en el contexto de la resolución del diferendo suscitado por el hecho ilícito mediante un proceso deliberativo que comprende al ofensor, la víctima y las comunidades pertinentes”; CERETTI: “justicia que comprende la víctima y el imputado y la comunidad en la búsqueda de soluciones a las consecuencias del conflicto generado por el hecho delictuoso con el fin de promover la reparación del daño, la reconciliación entre las partes y el fortalecimiento del sentido de seguridad colectivo”; la Propuesta Preliminar de los Principios Básicos del uso de programas de justicia reparadora en asuntos criminales aprobada en el año 2000 por el CONGRESO DE LAS NACIONES UNIDAS: “un proceso en el cual la víctima, el ofensor y/o cualquier otro miembro individual o colectivo afectado por el delito participan conjunta y activamente en la resolución de las cuestiones vinculadas al delito, generalmente con la ayuda de un tercero justo e imparcial”; FORO EUROPEO DE PARA LA “VICTIM-OFFENDER MEDIATION” Y LA “RESTORATIVE JUSTICE”: “proceso para responder al delito, basa en la reparación, tan amplia como sea posible, del daño causado por el delito a la víctima, haciendo al ofensor responsable, y facilitando la comunicación entre ellos, sujeta al consentimiento de ambos”; TONY MARSHALL: “proceso en el que todas la partes implicadas en un determinado delito, resuelven colectivamente cómo manejar las consecuencias del delito y sus implicaciones para el futuro”; MARTIN WRIGHT: “proceso por el que todas las partes afectadas por una infracción específica se reúnen para resolver colectivamente cómo reaccionar ante la infracción y sus impli-

grandes movimientos: a) el que mostró la fractura de las instituciones tradicionales de control social, b) el que denunció los efectos perniciosos del sistema penal sobre el delincuente como ser humano y, c) el que impulsó el desarrollo de los derechos del hombre y de la víctima.

La JR busca el arrepentimiento sincero del autor; por ello el ofensor debe ser incentivado a entender cómo su acto ha lesionado a otra persona y a la comunidad. No requiere como requisito obligatorio el “perdón” de la víctima, aunque sí se intenta la reconciliación de las partes y la reparación del daño causado. Punto esencial es que los programas de JR no pueden serle impuestos ni a la víctima ni al ofensor y son absolutamente voluntarios. A su vez, la propuesta de dicho modelo va más allá y pretende cambiar nuestra manera de ver y de responder ante los actos criminales, conservando las garantías constitucionales como presupuesto necesario de cualquier medida alterna. En suma, la doctrina destaca las siguientes “ideas renovadoras” de la citada justicia restaurativa:

“- La reapropiación del proceso por parte de sus dos actores principales: la víctima y el autor del delito. Este punto inicial supone la revaloración de la víctima dentro del proceso; es ella quien decide la modalidad a través de la cual se considera adecuadamente resarcida en sentido moral y material.

- Un nuevo concepto de responsabilidad por parte del autor del delito, que opera directamente con la parte ofendida, y para el que las consecuencias del delito son más importantes que la definición del tipo.

- La inserción de nuevos profesionales que permiten que, en algunos casos, la administración de la justicia tradicional quede marginada, al menos temporalmente.

- La recuperación de la administración de la justicia por parte de la comunidad, que provee de los recursos e impone condiciones, porque ha sido ella quien ha sido golpeada por el delito. Aclara que este último punto, que es el que interesa en esta parte de mi exposición, requiere de algunas precisiones, desde que es razonable que el Estado custodie con ojo celoso su monopolio sobre la justicia penal represiva⁴⁷

La referida profesora Kemelmajer de Carlucci afirma que “...en síntesis, la JR pretende ser una tercera vía (*third way*) que acumule los beneficios de las anteriores: la primera fue la tendencia rehabilitativa que, concentrada en el ofensor, atiende especialmente a su tratamiento, supervisión, control, etcétera; la segunda fue la visión retributiva, que centraliza la cuestión en el ofensor, la pena y las garantías constitucionales. La tercera pone la atención en el daño sufrido por la víctima y por la sociedad, y el modo de repararlo, pero sin olvidar los postulados positivos de las dos primeras.”⁴⁸

caciones para el futuro. Sus elementos esenciales son: (I) participación comunitaria o pública; (II) participación de las partes; (III) colaboración entre las agencias, y (IV) orientación hacia la resolución de problemas” Todas estas definiciones fueron citadas por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Justicia Restaurativa*, op. Cit., pp. 110-114.

47 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Justicia Restaurativa*, op. Cit., p. 185, quien a su vez se basa en las ideas de SCARDACCIONE y ARCHIBALD entre otros.

48 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Justicia Restaurativa*, op. Cit., p. 553.

Las ideas de “justicia restaurativa” pernean los mecanismos alternativos que incorpora la reforma en nuestro CPPCR, y por lo tanto, es necesario la toma de conciencia de estos postulados básicos, los que pueden servir de orientación ante los casos que pudieran presentarse en la práctica.

b. Conversión de la acción pública en acción privada

Este mecanismo opera como excepción al principio de “oficialidad” de la acción penal, en virtud del cual la persecución penal le corresponde por naturaleza al Estado. En estos casos, se permite y autoriza que el particular tome el lugar del Ministerio Público y formule la acusación ante el tribunal competente, lo que ciertamente constituye un instituto que revitaliza la posición de la víctima dentro del proceso penal.

Para convertir la acción pública en privada se deben seguir los presupuestos establecidos en el artículo 20 de nuestro Código, por lo que al dejar de tener participación el órgano estatal como persecutor oficial, la promoción y el ejercicio de la acción penal le corresponderán en adelante al ofendido o su representante legal. Si opera la conversión de la acción en privada, entra a regir el principio dispositivo, por lo que la víctima puede conciliar o desistir de su acción. También cabe advertir que incluso procede declarar el abandono tácito de la acción penal, por lo que el código exige que no exista un interés público gravemente comprometido para autorizar su aplicación.

Al igual que las medidas alternativas analizadas hasta el momento, la conversión de la acción participa de la orientación que pretende insertar a la víctima en el proceso penal, para así reconocer la relevancia que tiene como sujeto dentro del sistema penal y no simple espectador relegado en los procedimientos. El artículo 20 constituye así una excepción al principio de “obligatoriedad” de la acción pública establecido en el artículo 22, sin que esto suponga el quebranto de dicho principio, sino su reconocimiento expreso, pues en estos supuestos la propia legislación considera que se trata de intereses particulares que no afectan de manera grave a la colectividad y que pueden ser asumidos de manera eficiente por la víctima. Como vimos antes al tratar el principio de oportunidad, la introducción de esta clase de mecanismos parte del hecho innegable de que el sistema penal opera de manera selectiva, y procura orientar esa selectividad de conformidad con parámetros controlables, logrando a su vez que los recursos del sistema penal se concentren en los casos más graves. Valga a su vez para el análisis de este instituto lo dicho en aquel apartado, al cual nos remitimos.

En síntesis, los requisitos que exige el artículo 20 del CPPCR para que el Ministerio Público pueda autorizar la conversión de la acción son los siguientes:

- a) La solicitud expresa de la víctima, entendiendo por tal los casos que señala el artículo 70 *ibid.* Si existen varias víctimas es necesario el consentimiento de todas ellas. En efecto, el Ministerio Público carece de la facultad de decretar de oficio la conversión de la acción.
- b) Que no exista un interés público gravemente comprometido. La regulación del

artículo 20 concuerda con lo establecido por el 22 inciso a) por lo que, para que el interés público se constituya en un obstáculo procesal y se deniegue la procedencia de la medida, se requiere que la afectación revista cierta “gravedad”.⁴⁹ Nótese que por “grave” se entiende “*grande, de mucha entidad o importancia*”⁵⁰, por lo que ha de justificarse muy bien la existencia de dicha causal para la negativa.

c) Que la petición se formule en tiempo, por lo que ha de plantearse antes de la formulación de la acusación, o bien de cualquier otro requerimiento conclusivo de la etapa preparatoria (art. 22 último párrafo).

d) Que se esté ante uno de los supuestos de procedencia que señala el artículo 20 *ibid*: 1) cuando se trate de un hecho que requiera instancia privada ; 2) cuando se presenta un hecho punible contra la propiedad realizado sin grave violencia contra las personas. Aunque dicho criterio es evidentemente indeterminado, cada caso debe resolverse en forma particular tomando en cuenta lo dicho en líneas anteriores – por ejemplo que la gravedad implica una entidad de importancia y consideración –; por lo tanto, podrían entenderse comprendidos incluso los casos en que medie una violencia leve sobre las personas, como son aquellos que se conocen en doctrina como “arrebato”. Sin embargo, no puede hablarse de que concurra este requisito cuando se han causado lesiones a la víctima, o ha mediado violencia moral de consideración, como sería el empleo de un arma blanca o de fuego, atendiendo a la gravedad de la amenaza en el caso concreto. Por último, podría tratarse de un caso en que el Ministerio Público haya dispuesto la aplicación de un criterio de oportunidad .

3. ▶ EL FENÓMENO DE “DESJUDIALIZACIÓN”

No parece adecuado afrontar aquí un análisis a profundidad acerca de los distintos institutos incorporados en el Código Procesal Penal vigente. Sin embargo,

49 Con respecto al interés público comenta la doctrina: “En lo concerniente a la ausencia de un interés público se ha dicho que a pesar de la culpabilidad ínfima puede ser admitida la existencia de dicho interés, ello por razones de prevención general o especial (Cf. Beulke. *Strafprozessrecht*, No. 334; Kleinknecht/Meyer. *Strafprozessordnung*, Par. 153, No. 7; Schroeder. *Strafprozessrecht*, No. 64; Zipf. *Strafprozessrecht*, p. 79). Polémica existe con respecto a si se pueden tomar en cuenta consecuencias extraordinarias del hecho, aun cuando no puedan ser imputadas al autor (Dudando con razón: Zipf. *Strafprozessrecht*, p. 79. A favor: Kleinknecht/Meyer. *Strafprozessordnung*, Par. 153, No. 7). Discusión ha existido además sobre si la necesidad de que se aclare una discusión jurídica hace que exista interés público (En sentido negativo con razón: Zipf. *Strafprozessrecht*, No. 64). Se señala que el transcurso del tiempo entre el hecho y el descubrimiento del mismo puede hacer disminuir el interés público (Kleinknecht/Meyer. *Strafprozessordnung*, Par. 153, No. 7).” (LLOBET RODRÍGUEZ (Javier), *Proceso Penal Comentado*, 2º edición, Editorial Jurídica Continental, 2003, p. 88). LLOBET también comenta que en “Alemania existe una norma en sentido inverso. Así en delitos catalogados como de acción privada el Ministerio Público puede ejercer la acción pública cuando existe un interés público”. LLOBET (*Ibid.* p. 79).

50 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*, T. I, Impresión: Mateu-Cromo, Artes Gráficas, Madrid, España, p. 1057.

vamos a abordar los elementos esenciales de cada uno de ellos para dejar a futuros trabajos los efectos que han podido obtenerse con las experiencias que pudieran analizarse al respecto. Vamos a comenzar por un análisis general acerca del fenómeno conocido como “desjudicialización”, para luego entrar a conocer de los tres principales mecanismos que incorpora la reforma, esto es: a) La conciliación (art 36 C.P.P.), b) La suspensión condicional del procedimiento a prueba (art.25 y ss.) y, finalmente c) El procedimiento abreviado (arts. 373 y ss.).

a. Concepto y contenido

El hombre de hoy enfrenta ciertamente una paradoja, el juez y el Ministerio Público, ven ampliados su campo de acción, mientras que las nuevas tendencias buscan la desjudicialización de ciertos conflictos, porque se parte del presupuesto de que el ingreso al sistema de control social supone un impacto negativo para la persona.⁵¹

Así, se afirma que el aparato judicial implica “riesgos” que no se pueden evitar, y que, por lo tanto, es mejor evitar el ingreso de una persona al sistema que esperar al momento “definitivo” o de la sentencia. La “desjudicialización” llamada en inglés “*diversion*”⁵², según nos narra KEMELMAJER fue utilizada por primera vez en un informe norteamericano de 1967 y se consagró a consecuencia del tratamiento empleado por Lemert en su ensayo “*Instead of Court. Diversion in juvenile justice*” (1971)⁵³. Según PATANÉ la *diversion* implica la “no continuación de la acción penal, o su suspensión anterior al debate, con la eventual posibilidad de sustituir la sanción penal con formas de tratamiento socio rehabilitativas y comunitarias con el resultado de determinar una desviación del proceso hacia un epílogo no judicial, o de algún modo extraño a lógica del juicio y a la sentencia de mérito”⁵⁴. No obstante, el XIII Congreso Internacional de Derecho Penal (El Cairo, 1984), definió el término en un sentido amplio como “*todo desvío o desviación de la secuencia de los*

51 Marcan la paradoja FAGET, CASTAIGNÈDE, NÉRAC-CROISIER entre otros. Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI (Aída), *Justicia Restaurativa*, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2004, pp. 87 y ss.

52 Estamos hablando de *diversion* en un sentido amplio, equivalente a diversificación o desjudicialización. Pues existe el instituto, propio del sistema angloamericano, y del cual deriva la suspensión condicional del proceso, que muchos han identificado con el nombre de “*diversion*”. Existe en castellano poca información sobre los institutos anglosajones de la “probation” y la “diversión”. Básicamente se puede señalar que la primera es una suspensión condicional de la sentencia y la segunda es una suspensión de la persecución. En esta materia se seguirá lo indicado por MARINO, Esteban. “Suspensión del procedimiento a prueba” En: MAIER, Julio B.J. (compilador). *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto s.r.l., 1993., pp. 29-41. Además puede consultarse la obra de: DE OLAZABAL, Julio. *Suspensión del proceso a prueba*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea, s.f.e., pp. 18 y 19.

53 Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI (Aída), *Justicia Restaurativa*, op. Cit., p. 89. La teoría de LEMERT conocida como el “*labelling approach*” explica que el “delincuente” tiende a actuar de conformidad con la etiqueta que el sistema le impone, si evitamos el “etiquetamiento”, las posibilidades de reintegración del infractor aumentan exponencialmente.

54 Citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI (Aída), *Justicia Restaurativa*, op. Cit., p. 89.

*actos normales del proceso penal antes del pronunciamiento sobre la imputación*⁵⁵ En este sentido amplio es equivalente a “diversificación” o “desjudicialización” que tiene dos caras: a) es un proceso que minimiza la entrada del ofensor al sistema de justicia penal, porque se supone que éste implica en sí mismo un riesgo según los postulados de la teoría del “etiquetamiento” y, b) es a la vez una alternativa para quien entra al sistema, de manera tal que el ofensor que ingrese al sistema tenga la opción de ser trasladado a uno alternativo, aminorando así el factor “criminógeno” implícito en el sistema. A su vez, la doctrina apunta lo siguiente: “*La desjudicialización requiere dar respuesta, entre otras, a dos cuestiones fundamentales: (I) Momento y autoridad a la que se le faculta para poner fin a la intervención pena, y (II) Supuestos reglados en los que puede ser utilizado este recurso.*”⁵⁶ En síntesis, supone la incorporación al sistema penal de soluciones variadas adaptables a las particularidades de cada conflicto penal. Su objetivo es eliminar, en la medida de lo posible, el “etiquetamiento” del ofensor y coadyuvar con una mejor administración de justicia, lo que supone un compromiso serio entre la sociedad y Estado para evitar que los mecanismos “alternativos” se conviertan ya sea en sistemas de “impunidad” o, por el otro lado, una extensión de las “redes de control social” ya existentes. Por ello, los sistemas de control administrativo implican un componente esencial de cualquier sistema de desjudicialización del conflicto penal.

Antes de entrar en el estudio de cada uno de los mecanismos con los que la reforma impulsa la “desjudicialización” dentro del sistema penal, debemos aclarar que aunque tienen elementos comunes, no debe confundirse desjudicialización con “justicia restaurativa”, analizada *supra*. La justicia restaurativa pretende un diálogo entre autor y víctima, con el objeto de potenciar soluciones compartidas, y así reparar el tejido social lesionado, el daño producido y la auto-imagen del ofensor. No todas las salidas propuestas por los movimientos de “desjudicialización” participan de esas características. A su vez, y esto es muy importante, desjudicialización no es propiamente despenalización o eliminación de la juridicidad, pues toda medida “alterna” al sistema de enjuiciamiento tradicional ha de tener en cuenta los derechos fundamentales implícitos en cualquier proceso, ya que de no ser así se podría llegar a extremos indeseables y contrarios a los más elementales principios de la reforma.

b. Conciliación y mediación

“En los tribunales se vive, se trabaja, en y por conflictos ajenos. El ser humano se va descorporizando atrapado en las redes del proceso, sus oscuras entrañas y laberintos. Pasa a ser un expediente. El conflicto se desplaza y el tiempo, que todo lo pauta, va creando contumaces incertidumbres. Víctima y victimario quedan a la mala de Dios” (ELÍAS NEUMAN)⁵⁷

55 Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI (Aída), *Justicia Restaurativa*, op. Cit., p. 89.

56 KEMELMAJER DE CARLUCCI (Aída), *Justicia Restaurativa*, op. Cit., p. 91.

57 NEUMAN citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI (Aída), *Justicia Restaurativa*, Rubinzal

El desmedido uso del derecho penal en los casos en que otras ramas del derecho podrían asumir el conflicto, o bien, la insistencia en que un caso se tramite por la vía tradicional cuando bien podría ser objeto de conciliación, impiden que la víctima alcance una solución satisfactoria a su problema e impide también que el proceso penal alcance su objetivo final: garantizar la armonía social en la medida de lo posible. Cabe citar un caso de los tantos que tramitó como juez penal suplente en Costa Rica el fallecido jurista HENRY ISSA, y al que hacía repetida referencia en sus trabajos sobre el tema:

“Debíamos conocer el robo de un reloj a un ciudadano costarricense, residente en Ciudad Quesada [zona norte de Costa Rica] y ocurrido en San José [la capital ubicada en el centro del país], en una terminal de buses. El debate se desarrolló más de un año después de ocurridos los hechos. Todo estaba muy claro y probado luego de la declaración del imputado, nos dispusimos a escuchar la del ofendido/testigo: “con todo respeto les digo que yo no quiero que le hagan nada a él – se refería al imputado-. Yo lo que quería era el reloj. En esos tres años nadie quiso dármelo. Con lo que he tenido que gastar en pasajes para venir aquí en otras ocasiones y en esta, ya me hubiera comprado otro reloj...”⁵⁸

Esto demuestra lo que puede ocurrir si se descuidan los intereses de las partes en la persecución de una pena que, muchas veces, puede ser inútil en un caso concreto. El paradigma conciliatorio asume otra posición, como recuerda el profesor ISSA: “...*Dentro del proceso conciliatorio interesa sobre todo la reconstrucción de los hechos para la búsqueda de una verdad; el castigo por la falta está en último plano; es más importante volver a relacionar a dos miembros de la comunidad disgustados que castigar a un transgresor...*”⁵⁹

Sin embargo, hay que tener claro que asumir el paradigma conciliatorio no constituye una “salida fácil” del sistema, ni una privatización de la justicia penal. De hecho, en muchas ocasiones llegar a un proceso de conciliación exitoso puede ser más laborioso que la simple imposición de una pena tradicional. No obstante, la conciliación y en particular la reparación, tienen la ventaja de que se puede llegar a una resolución creativa y mutuamente satisfactoria del conflicto, lo que contribuye a reparar la paz social alterada con el delito.

Entre las novedades⁶⁰ que incorpora la reforma se encuentran los supuestos del

– Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2004, p. 16.

58 ISSA EL KHOURY JACOB, Henry. “Solución alternativa del conflictos penales. Una propuesta de marco teórico.” *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Noviembre, 1994, Año 6, N°9, p. 68.

59 ISSA EL KHOURY JACOB, Henry. *A la armonía por la palabra: la solución negociada de conflictos penales*, ob. Cit. p. 11.

60 Es claro que la conciliación no es un descubrimiento nuevo en el mundo del derecho, aunque hasta el momento no se le aplicado con la intensidad que podría serlo a lo interno del sistema

artículo 36 del CPPCR que permiten conciliar los cargos en cualquier momento de previo a que se ordene la apertura a juicio en las faltas o contravenciones, en delitos de acción privada, en delitos de acción pública a instancia privada, o en delitos sancionados con penas no privativas de libertad, siempre que concurren los demás requisitos exigidos por la ley, lo que podría permitir que se realice en un homicidio culposo o bien en todas aquellas situaciones que permitan aplicar el perdón condicional de la pena⁶¹.

Es importante distinguir entre “conciliación” como acto procesal, (el acto en que dos o más partes se ponen de acuerdo acerca de la solución de un conflicto, mediante soluciones mutuamente satisfactorias) a que hace referencia el art. 36 C.P.P.; y “conciliación” como el resultado de un acuerdo negociado entre las partes, el cual, una vez examinado y aprobado por el juez, tendrá fuerza ejecutoria. “Conciliar” del latín “conciliare” significa ajustar los ánimos de quienes estaban opuestos entre sí⁶². ORTEGA PINTO se refiere a la técnica de conciliación como

penal. Sobre el punto comenta Alfonso E. CHAVES RAMÍREZ: “Desde 1874, una carta de Voltaire, se lee: La mejor ley, el más excelente uso, el más útil que yo haya visto jamás está en Holanda. Si dos hombres quieren pleitear el uno contra el otro son obligados a ir ante el Tribunal de los Jueces conciliadores, llamados hacedores de paz. Si la partes llegan con su abogado y un procurador, se hace de pronto retirar a estos últimos, como se aparta la leña de un fuego que se quiere extinguir. Los pacificadores dicen a las partes: sois unos locos por querer gastar vuestro dinero en haceros mutuamente infelices; nosotros vamos arreglarlos sin que os cueste nada. Si el furor por pleitear es sobrado fuerte en esos litigantes, se aplaza para otro día, a fin de que el tiempo suavice los síntomas de la enfermedad; enseguida los jueces les envían a buscar una segunda, una tercera vez; si la locura es incurable, se les permite litigar, como se abandona a la amputación miembros gangrenados; entonces la justicia hace su obra[...] También es menester hacer referencia a la conciliación en algunas comunidades indígenas, en las que las personas que actúan como intermediarias son escogidas por sus méritos y por las labores comunitarias que han desarrollado. Funcionan como jueces y los conflictos se abordan en una sesión en la que se discuten y la autoridad va orientando esa discusión, hasta lograr los acuerdos correspondientes.”(CHAVES RAMÍREZ, Alfonso E. “La conciliación” En: GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel (Compilador). Reflexiones sobre el nuevo Proceso Penal. 2da. Ed.. San José (Costa Rica): Fondo editorial del Colegio de Abogados y la Asociación de Ciencias Penales, 1997, p. 171.

61 La remisión al Código Penal es aquí obligada. Sin embargo, cabe destacar que la valoración ha de hacerse desde una perspectiva concreta, de acuerdo con una estimación “ex ante” de la posible pena a imponer en el caso en cuestión. Por lo tanto, cabría pensarse en la aplicación incluso en los delitos en grado de tentativa. Podría pensarse que aunque el tipo penal sancione exclusivamente con pena privativa de libertad, si la calificación jurídica eventual permite el otorgamiento de una pena suspendida, pues en estos casos también sería procedente.

62 En este sentido la definición de la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española, T. I, p. 531. CABANELLAS define conciliación como “Avenencia de las partes en un acto judicial, previo a la iniciación de un pleito. El acto de conciliación, que también se denomina juicio de conciliación (v.), procura la transigencia de las partes, con el objeto de evitar el pleito que una de ellas quiere entablar” (CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental, op. Cit. p. 81); CAPITAN apunta: “Latín conciliatio, derivado de conciliare, literalmente “congregar”, de donde “conciliar” [...] Acuerdo entre dos personas que se hallan en pleito, obtenido por intermedio de un juez.” (CAPITANT, Henry. Vocabulario Jurídico, traducción castellana de Aquiles Horacio Guaglianone, Depalma, Buenos Aires, 1973, p. 136); por otro lado COUTURE nos brinda la siguiente definición: “Acuerdo o avenencia de partes que, mediante renuncia, allanamiento o

“un mecanismo con un rol que va más allá de la Observación y/o Verificación y que muchas veces es lo que facilita y promueve la búsqueda y encuentro de una solución alternativa del conflicto. Un conciliador busca, principalmente, cambiar la imagen que las partes se tienen una de la otra y poner sobre la mesa la posibilidad de salidas no violentas. La conciliación es un proceso en el cual una Tercera Parte (muy difícil que el conciliador se implemente por una de las partes) facilita la comunicación entre dos o más partes y con la atribución y capacidad potencial de orientar las discusiones facilitando la obtención de acuerdos diseñados y decididos exclusivamente por los Actores primarios. Para este mecanismo, es indispensable que el Conciliador participe a solicitud de las partes.”⁶³ El art. 36 contempla la posibilidad de que el tribunal solicite el asesoramiento de “mediadores” o conciliadores para facilitar un acuerdo. Como dice el mismo ORTEGA PINTO “el mediador facilita las cosas para que los que asisten a la audiencia puedan hablar francamente de sus intereses, dejando de lado sus posiciones adversas. Mediante las preguntas apropiadas y las técnicas adecuadas, se puede llevar a las partes hacia los puntos de coincidencia y, si ellas no llegan a un acuerdo, el mediador no puede tomar ninguna decisión...”⁶⁴ A diferencia del proceso contradictorio, la mediación tiene una estructura dialogal con mínimas formalidades, que ofrece un alto grado de participación al imputado

transacción hace innecesario el litigio pendiente o evita el litigio eventual [...]Del verbo conciliar, y éste del latín concilio,-are, derivado de concilium , -ii “asamblea, reunión” (de con- y calo, -are “convocar”) El concilium romano significaba una asamblea en general, y en particular una asamblea de la plebe. Como era en estas asambleas donde se reunía la gente para cerrar negocios, resolver diferendos, etc., el verbo conciliare que originalmente significaba “asistir al concilio”, tomó las diversas acepciones correspondientes a estas actividades. El derivado popular de concilium es concejo.”(COUTURE, Eduardo J., Vocabulario Jurídico, edición al cuidado de Jorge Peirano Facio y José Sánchez Fontáns, Depalma, Buenos Aires, 1976, p. 159).

63 ORTEGA PINTO, Herbert David, “La teoría del conflicto y la resolución de conflictos”. En: COSTA RICA. ESCUELA JUDICIAL. UNIDAD DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS, *Conciliación Judicial*, antología de la Unidad de Resolución Alternativa de Conflictos del Poder Judicial de Costa Rica, San José, Costa Rica, 1999, p. 101. Sobre el tema de la conciliación véase además: FISCHER, Roger y URY, William. *Sí ¡de acuerdo! Como negociar sin ceder*, traducción de Eloisa Vasco Montoya, Editorial Norma, Colombia, 1985, 182 p. BENAVIDES SANTOS, Diego et. al., *Ensayos de conciliación*, CONAMAJ, San José, Costa Rica, 2003, 189 p. ; WILDE, Zulema D. y GAIBROIS, Luis M., *Qué es la mediación*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1994, 117 p.; ARMIJO SANCHO, Gilbert, LLOBET RODRÍGUEZ, Javier y RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos, *Nuevo proceso penal y constitución*, 1º edición, IJSA, San José, Costa Rica, 1998, pp. 187-222.; COSTA RICA, PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. *Seminario sobre la participación de la Procuraduría General de la República en la Resolución Alternativa de Conflictos*, Imprenta Nacional, San José, Costa Rica, 2000, 188 p.; ZULITA FELLINI (directora), *Mediación Penal. Reparación como tercera vía en el sistema penal juvenil*, op. Cit.; GONZALEZ ALVAREZ, Daniel. “La conciliación penal en Iberoamérica”. *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Noviembre, 2000, Año 12, N°18., pp. 115-140; CORTÉS COTO, Ronald. “Algunos apuntes sobre la legitimación para conciliar en el nuevo código procesal penal”. *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, mayo, 1999, Año 11, N°16, pp. 93-101, entre tantos otros.

64 ORTEGA PINTO, Herbert David, “La teoría del conflicto y la resolución de conflictos”, op. Cit., p. 128.

y a la víctima⁶⁵. Garantía de que esa participación será espontánea y regida por la buena fe, es que, en caso de no llegarse a un acuerdo, los mediadores o conciliadores deben guardar secreto de lo dicho en estas deliberaciones y sus manifestaciones carecen de todo valor probatorio.

El fiscal y el juez deberán procurar activamente un arreglo negociado entre las partes, en plano de igualdad⁶⁶. Sin embargo, ambos han de tener especial consideración con los casos en que se ventilen agresiones sexuales (sin que importe la edad de la víctima), violencia intrafamiliar (sin que importe el sexo del ofendido) y en aquellos supuestos en que el ofendido sea un menor de edad (sin que importe entonces el delito), porque en esos casos hay una relación especial de poder que dificulta un acuerdo en el plano de la igualdad. Los dos últimos casos están regulados en el artículo 36 *in fine* que expresamente le prohíbe al tribunal procurar la conciliación si no ha mediado una solicitud expresa de la víctima o su representante. Sin embargo, no puede decirse que en tales delitos hay una imposibilidad absoluta de aplicar la conciliación ya que al tratar conductas humanas la casuística será siempre la regla.

El artículo 30 (en especial incisos j y k) en relación con el penúltimo párrafo del 36 *ibid*, señala el efecto extintivo sobre la acción penal que tiene la conciliación. No obstante, el archivo dispuesto ha de ser notificado. En efecto, tanto imputado como víctima podrán objetarlo alegando que ha mediado coacción o amenaza al momento de realizar el acuerdo. De seguido el juez convocará a una audiencia en el plazo de cinco días, para dictar lo que proceda, y su decisión es pasible de apelación.

El cumplimiento de lo pactado extingue la acción penal, pero en caso contrario(es decir si el imputado incumple **sin justa causa** con lo acordado) el procedimiento continúa como si nunca se hubiera conciliado. Aunque en la ley no se dice nada sobre “justa causa”, pareciera que si el imputado tiene un impedimento válido que motive su incumplimiento, debe interpretarse que en tal caso, el juez, previa audiencia a las partes, puede ampliar el plazo para cumplir con lo acordado. Esta es la forma que es compatible con el principio de solución del conflicto que informa el proceso penal en la reforma.

Se ha dicho que “...incorporar mecanismos de conciliación, mediación o arbitraje, con independencia de que terminen o no con la imposición de una pena,

65 Se habla de víctima y del imputado por ser los “protagonistas del conflicto”. No obstante, ha de dársele una audiencia al Ministerio Público, porque, aunque la norma no lo contemple, este órgano puede solicitar el archivo de la causa (art. 281 C.P.P.) y que es necesario que conozca los términos del acuerdo. Además, si el Ministerio Público considera que ha mediado coacción o amenaza, podrá desestimar la conciliación e iniciar o continuar la investigación.

66 Al respecto comenta: “El plano de igualdad no debe confundirse con igualdad en el asesoramiento letrado, sino que debe existir un plano de igualdad en las obligaciones y renunciaciones a las que lleguen las partes, de manera que no se de un desbalance de poder. Conforme se ha afirmado, lo que se pretende es evitar acuerdos abusivos que afecten los intereses de una de las partes, especialmente de la víctima” CORTÉS COTO, Ronald. La etapa preparatoria en el nuevo proceso penal, 1° ed., IJSA, San José, Costa Rica, 1988, p. 118.

suponen una quiebra del principio de necesidad. Además y según se ha venido denunciando, la flexibilidad característica de los acuerdos de reparación puede llevar a vulnerar garantías esenciales del Estado de Derecho, y entre ellas las derivadas de los principios de legalidad – ya citado –, igualdad o proporcionalidad (ROXIN, HASSEMER, MUÑOZ CONDE)⁶⁷ Sin embargo, ya hemos visto que la incorporación de mecanismos de justicia restaurativa no implica la *desjuridización* del proceso, los mecanismos de control de las garantías del debido proceso han sido incorporados en el código, y depende tanto de los órganos públicos (fiscal y juez), como de las propias partes, que el proceso de negociación se lleve a cabo en términos que respeten esas garantías.

Por último, MAIER nos llama la atención sobre uno de los problemas que pueden darse con esta clase de medidas alternativas. Dice el ilustre procesalista: “*Quizás el único argumento incontestable en contra de esta diversificación del sistema penal sea el hecho de que, acudiendo a la verdad consensual como eje del sistema, aún parcialmente, las diferencias socio-económicas existentes en el seno social son trasladadas directamente a la solución del conflicto. Históricamente, inclusive éste fue el talón de Aquiles del sistema compositivo, vigente en la primera parte de la Edad media, y una de las bases argumentales de su desaparición a manos de la Inquisición. Los más poderosos predominan sobre los débiles y, por ello, están en mejores condiciones de forzar una satisfacción, como de escapar a la pena, reparando el daño causado. El sistema penal, entonces, produce, directamente, una selección en el sentido expresado, que, observada modernamente, resulta intolerable.*”⁶⁸ Esta crítica, obliga a que los funcionarios encargados de poner en la práctica las “modernas” soluciones de justicia restaurativa, procedan con mucha cautela para no impedir el acceso a la justicia a aquellas personas en desventaja socio-económica, ni permitir que se llegue a acuerdos abusivos para una de las partes; **sólo así la ley se aplicará igual para todos.**

c.- La suspensión condicional del procedimiento a prueba

Uno de los mecanismos que tiende a reparar el tejido social dañado por el delito y a devolver a la víctima el papel protagónico que hasta ahora se le había quitado, es precisamente la suspensión condicional del procedimiento a prueba.⁶⁹ En este

67 ARMENTA DEU, Teresa. “El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas”. *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Agosto, 1997, Año 9, N°13, p. 22.

68 MAIER, Julio B.J., “El sistema penal hoy: entre la inquisición y la composición”, op. cit., pp. 147-148.

69 También conocida en otros ordenamientos como “suspensión del proceso a prueba”. Decía en argentina el diputado Hernández al someter a sus pares el proyecto que finalmente introdujo este instituto en la nación sudamericana (Ley 24.316): “*No se trata de dejar sin respuesta al delito, como decía Jescheck, sino que se pretende evitar el mal en la aplicación o reducirlo lo más posible... Se trata de una innovación importante, como parte de un concepto de resocialización que no requiere ni la condena ni la declaración de culpabilidad por parte del imputado*”(Cámara de Diputados de la Nación. *Diario de Sesiones*”, 6ª reunión, 2/6/1993, pp. 1286 y ss.) (Véase STIPPEL, Jörg y MAR-

sentido, el citado instituto constituye una de las transformaciones introducidas por las modernas tendencias que intentan paliar la crisis que enfrenta la justicia penal. Se ha afirmado con acierto que: “*la suspensión del proceso a prueba tiene su base, entre otros aspectos, en los principios de proporcionalidad y de racionalidad de la reacción estatal, al estimarse indispensable realizar algún tipo de selección y no aplicar la sanción penal frente a una persona que ha cometido un hecho delictivo de poca relevancia, y que hasta ese momento no había delinquido antes, siempre que se pueda sustentar de alguna manera la probabilidad de que se comportará correctamente al dársele una segunda oportunidad sin enviarlo a la cárcel.*”⁷⁰

La reforma tiene, al igual que otras naciones del continente, como antecedente el movimiento en torno al Código Procesal Modelo para Iberoamérica, art. 231, en el que se le denomina “suspensión del proceso a prueba”⁷¹, así como la Ordenanza Procesal Penal Alemana, cuya disposición 153^a establece el “archivo del proceso en caso de cumplimiento de condiciones y mandatos”, al que denomina también “archivo condicional del procedimiento”⁷². Vale aclarar – como ya dije anteriormente – que pareciera más preciso denominarla “suspensión condicional del proceso” y no del “procedimiento”, ya que el término procedimiento no es exclusivo del ámbito jurisdiccional (hay procedimientos administrativos, legislativos, etc.), siendo que “jurisdicción y proceso” son realidades correlativas e interdependientes conceptualmente: sin proceso no hay ejercicio de la actividad jurisdiccional, aunque para algunos tratadistas (especialmente del Derecho Administrativo) el proceso – como institución jurídica – tiene naturaleza administrativa. Lo que sí resulta cierto es que todo proceso se desarrolla formalmente a través de uno o varios procedimientos.⁷³

CHISIO, Adrián (coord.). *Principio de Oportunidad y Salidas Alternativas al Juicio Oral en América Latina*, op. Cit., p. 144). En este sentido coincidimos con HASSEMER en la conveniencia de aplicar “*tanta legalidad como sea posible y tanta oportunidad como sea... necesaria*” (Citado por BOVINO, Alberto. *La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal Argentino*, op. Cit. p. 223.

70 GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel, en su introducción al libro de PORRAS VILLALTA, Mario Alberto, SALAZAR MURILLO, Ronald y SANABRIA ROJAS, Rafael Ángel. *La aplicación de la suspensión del proceso a prueba en Costa Rica (de la teoría a la praxis)*, 1 ed., Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2003, p. 8.

71 La exposición de motivos del Código Modelo para Iberoamérica justifica de modo claro la procedencia de dicho instituto afirmando que: “*...es un instrumento probado como eficaz en el derecho comparado, que permite prescindir de la persecución penal íntegra, en aquellos casos en que no se vislumbra como aconsejable la aplicación final de una pena efectiva. Esta herramienta a la par de constituir, junto con otras, la forma de diversificar los modos de solucionar ciertos conflictos sociales para los que hoy se receta una pena, constituye una de las piezas indispensables para descargar la administración de aquellos casos de menor importancia, prescindibles según las variaciones sociales, con el fin de ingresar al sistema aquellos que, sin duda, deben ser procesados por él.*” Citado por Guillermo Piedrabuena Richard, fiscal nacional de Chile. En: STIPPEL, Jörg. y MARCHISIO, Adrián. coord., *Principio de Oportunidad y Salidas Alternativas al Juicio Oral en América Latina*, op. Cit., p. 314.

72 Cfr. al respecto PORRAS VILLALTA, Mario Alberto y otros, *La aplicación de la suspensión del proceso a prueba en Costa Rica (de la teoría a la praxis)*, op. cit., pp. 21-22 y STIPPEL, Jörg, y MARCHISIO, Adrián, (coord.), *Principio de Oportunidad y Salidas Alternativas al Juicio Oral en América Latina*, op. Cit., p. 314.

73 Esto porque, a pesar de que ambas palabras tienen la misma raíz etimológica (“procedere”),

Los principales fines de este instrumento político criminal son: a) una reasignación eficiente de los recursos del sistema penal de acuerdo con criterios razonables y controlables de persecución penal; b) disminuir la criminalización secundaria y evitar el etiquetamiento formal de la persona condenada por el sistema penal, c) un relevante descongestionamiento del sistema judicial, y d) propiciar la solución del conflicto social e interpersonal provocado por el hecho delictivo.

Es innegable que la exigencia del plan de reparación del daño causado por el delito mediante acuerdo firmado con la víctima o bien, garantía suficiente de la obligación, que incorpora como requisito el art. 40 párrafo 2° C.P.P. tiene una fuerte influencia de modernas tendencias político criminales que impulsan el concepto de la justicia restaurativa y la reivindicación de los intereses de la víctima dentro del sistema penal⁷⁴. En Argentina, cuyo art. 76 bis dispone también la obligación de reparar el daño causado, la doctrina procesal señala que: “*Hay consenso en la*

no es menos relevante destacar en el segundo la “... nota de actuación externa, el trabajo que pudiéramos llamar administrativo que se realiza en cualquier actividad jurídica, y, por tanto, también en ésta, mientras que en el primero es necesario tomar en consideración la estructura y los nexos que median entre los actos, los sujetos que los realizan, la finalidad a que tienden, los principios a que responden, las condiciones de quienes los producen, las cargas que imponen y los derechos que otorgan ... mientras que existe procedimiento en cualquier actividad jurídica, el proceso – dentro naturalmente del mundo del derecho – es propio de la actividad jurisdiccional”. (Cfr. al respecto la obra de MONTERO AROCA, Juan. *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, España, Editorial Tecnos, 1976, p. 204, entre mucho otros que distinguen correctamente ambos términos).

74 “Según ROXIN, en la prevención general positiva se pueden distinguir tres fines y efectos distintos, si bien imbricados entre sí: el efecto de aprendizaje, motivado social pedagógicamente; el ejercicio en la confianza del Derecho que se origina en la población por la actividad de la justicia penal y, finalmente, el efecto de satisfacción, que aparece cuando el delincuente ha hecho tanto que la conciencia jurídica se apacigua (por eso, también este efecto lo denomina, indistintamente, como de “pacificación”) acerca de la infracción al Derecho y da por finalizado el conflicto con el autor.[...] Sobre la base de este último efecto (de “satisfacción” o de “pacificación”). ROXIN construye el significado preventivo general de la reparación. Al respecto afirma (...) la reparación del daño es muy útil para la prevención integradora (...), al ofrecer una contribución considerable a la restauración de la paz jurídica. Pues sólo cuando se haya reparado el daño, la víctima y la comunidad considerarán eliminada –a menudo incluso independientemente de un castigo– la perturbación social originada por el delito”. (CESANO, José Daniel. “Reparación y Resolución del Conflicto Penal: su tratamiento en el código penal argentino”. En: *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales*, Carlos Julio Lascano, director Editorial, Marcos Lerner Editora Córdoba, La Lectura libros jurídicos, Córdoba, Argentina, 2001 pp. 504-505. Cfr. también ROXIN, Claus. “La reparación en el sistema de los fines de la pena”. En: AAVV, *De los delitos y de las víctimas*, Julio B.J. Maier Compilador, Ad Hoc, 1° edición, 1992, Buenos Aires, Argentina, pp. 129-156). Es interesante anotar aquí que el Código Penal (federal) de Canadá ya incluye a la reparación como uno de los fines de la pena (Cfr. Art. 718 citado por CESANO, José Daniel. “Reparación y Resolución del Conflicto Penal: su tratamiento en el código penal argentino”, op. cit., p. 505.) Sobre la influencia de esta corriente en el Código Procesal Penal se ha pronunciado también LLOBET (Cfr. LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Proceso Penal Comentado*, 2° edición, Editorial Jurídica Continental, 2003, p.53). Véase además ARMIJO SANCHO, Gilbert. LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, y RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos. *Nuevo proceso penal y constitución*, 1° edición, IJSA, San José, Costa Rica, 1998, pp. 194-196, y PORRAS VILLATA, Mario Alberto y otros. *La aplicación de la suspensión del proceso a prueba en Costa Rica (de la teoría a la praxis)*, op. cit., pp. 53-55.

doctrina respecto a que, esta exigencia, se vincula con los nuevos fines que, en los más modernos desarrollos político criminales, se le otorga a la reparación. Como lo reconoce Luis M. García: “(...) esta norma es novedosa, al hacer depender la prosecución del juicio, entre otros extremos, de la falta de una satisfacción o reparación razonable a quien aparecía como afectado por el hecho delictivo. Si hay tal satisfacción (rectius, como veremos enseguida si hay un ofrecimiento de reparación) el Estado se muestra inclinado a prescindir del juicio penal, y como consecuencia de ello, de una sentencia de condena, en la medida en que ello satisfaga aún la conciencia de efectividad o vigencia del orden jurídico. Aquí se hacen evidentes de modo práctico las relaciones entre el principio de subsidiariedad, la reparación y la idea de prevención general positiva”⁷⁵

Medidas de corte similar a la suspensión condicional del proceso ya se han implantado en los ordenamientos de Argentina⁷⁶, Brasil⁷⁷ Bolivia⁷⁸, Chile⁷⁹, El Salvador⁸⁰, Guatemala⁸¹, Paraguay⁸² y Venezuela⁸³, con resultados positivos.

De acuerdo con la forma en que se regula la institución en la legislación dominicana aprobada, su antecedente inmediato corresponde a lo que en el derecho comparado - en particular en el anglosajón - se conoce como “*diversion*”⁸⁴. Por la

75 CESANO (José Daniel), Reparación y Resolución del Conflicto Penal: su tratamiento en el código penal argentino, op. Cit., pp. 523-524.

76 Incorporado por la ley nacional N°24.316 en el año de 1994, a través de la reforma del Código Penal, que agregó a su Título XII, los arts. 76 bis, 76 ter y 76 quater.

77 Art. 89, Ley N° 9.099 del 26-9-1995. Cfr. Al respecto BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “La transacción penal brasileña y el derecho norteamericano”. Revista de Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Marzo, 2000, Año 12, N°17, pp. 49-53.

78 Incorporado en el nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 1970 del 25 de marzo de 1999), artículos 21-27.

79 Artículos 237 y ss. del Código Procesal Penal.

80 Artículo 22 del Código Procesal Penal.

81 Artículo 27 del Código Procesal Penal.

82 Cfr. artículos 21, 22, 23, 25, 68, 301, 308, 309, 314, 351, 352, 353, 354, 356 y 358 del Código Procesal Penal de ese país.

83 Artículos 37 al 42 del Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela que entró en vigencia el 1 de julio de 1999.

84 En español existe poca información sobre los institutos anglosajones de la “probation” y la “diversión” en el sentido estricto del término. Básicamente se puede señalar que la primera es una suspensión condicional de la sentencia y la segunda es una suspensión de la persecución. En esta materia se seguirá lo indicado por MARINO, op. Cit., y por MAIER, Derecho..., op. Cit., Además puede consultarse la obra de: DE OLAZABAL (Julio), Suspensión del proceso a prueba, Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea, s.f.e., pp. 18 y 19. Cabe advertir que algún sector doctrinal identifica la suspensión del proceso a prueba con la “probation”. Sin embargo, es criterio mayoritariamente aceptado que deriva de la diversion. “La diversion o suspensión de la persecución penal es un instrumento de derivación de causas penales por otros conductos formales de control. Esta facultad está a cargo de los fiscales que la disponen por aplicación de criterios de oportunidad. La diversion consiste en la desestimación de los cargos, por parte del Fiscal, bajo la condición de que el imputado preste su consentimiento para someterse, por un período de tiempo determinado, a un programa de rehabilitación sin encarcelamiento, y de que cumpla con las obligaciones que al respecto se le impartan. Si la prueba es satisfactoria, se renuncia definitivamente a la persecución penal respectiva, sin ninguna consecuencia penal. Si, por el contrario, la persona sometida a di-

similitud que presentan las condiciones impuestas al que se somete a la suspensión condicional del proceso se podría intentar asimilarlas con una sanción. Sin embargo, ni la suspensión ni las condiciones que se imponen al que se somete a ella constituyen técnicamente una sanción, ya que no se ha dado un juicio previo y la declaratoria acerca de la culpabilidad o no del imputado.⁸⁵ Cabe advertir entonces que por el hecho de otorgarse la suspensión del proceso, no desaparecen los elementos configurantes del delito por el cual aquella se decretó, pues su efecto se circunscribe únicamente sobre la determinación de la punibilidad, la cual queda bloqueada u obstaculizada de modo provisorio o definitivo si es que se cumplen las condiciones fijadas en el plazo concedido.

Lo anterior permite afirmar que dicho instituto viene a conformar una **nueva forma de extinción de la acción penal**, como expresamente lo establece el artículo 44 inciso 7 (si es que no se produce su revocatoria antes del término acordado para su cumplimiento), pues, a diferencia del perdón condicional de la pena, la suspensión no determina una pena, ya que por razones obvias ésta sólo puede imponerse después de un juicio previo.

Del mismo modo, la doctrina más calificada señala con acierto que se trata de una institución bifronte, “*en cuanto si por una parte tiene la predicada capacidad extintiva de la acción, por otra se manifiesta claramente como instauradora de un principio de oportunidad en el ejercicio de las acciones penales*”⁸⁶. Ello ocurre de ese modo por cuanto el otorgamiento al ministerio público y al juez, e inclusive a la víctima, de la capacidad para decidir acerca de la pretendida paralización del juicio o de su prosecución, importa introducir una excepción al ejercicio oficioso de las mencionadas acciones.

El artículo 40 del actual Código Procesal Penal regula la procedencia de la suspensión condicional del proceso, la que relaciona con el instituto de la suspensión condicional de la pena, de la que se diferencia precisamente por no llegar hasta la sentencia condenatoria, permitiendo hacer al principio lo que al final está también autorizado. Según lo dispuesto en aquel artículo en los casos en que proceda la suspensión condicional de la pena⁸⁷, el imputado puede solicitar la suspensión

version incumple alguna de las observaciones, se retoma la persecución penal contra él.»(Cfr. MARINO, op. Cit., p. 36.) Nótese que la diferencia entre los dos institutos de comentario es sustancial. Mientras la “diversión” se produce con anterioridad al juicio, la “probation” exige que este se haya producido y que sólo esté pendiente el dictado de sentencia. Así, el incumplimiento de las condiciones de la prueba acarrea efectos distintos según se esté en uno o en otro régimen condicional. Si se falla la prueba de la diversion, el resultado es que se retoma la persecución penal y se inicia el juicio para determinar la culpabilidad del imputado. En cambio, la revocación de la probation conlleva el dictado - que se encontraba suspendido - de la sentencia.

85 En este sentido DE OLAZÁBAL (Julio), *Suspensión del proceso a prueba*, op. Cit., p. 20.

86 Cfr. al respecto op. Cit. de DE OLAZÁBAL, pp. 22-23.

87 En consecuencia, los presupuestos de admisibilidad y otorgamiento de la suspensión condicional de la pena son trasladados al régimen de la suspensión condicional del procedimiento, la que a su vez le permite imponer sus mismas reglas a la primera, de acuerdo con el art. 341. Hay que destacar que nuestro código no hace distinciones con respecto a la condición del sujeto activo del delito como lo hacen otras legislaciones (por ejemplo el artículo 76 bis, párrafo VII de la legisla-

condicional del procedimiento, para lo cual debe presentar: a) un plan de reparación del daño causado por el delito, que debe estar firmado en conjunto con la víctima, o bien una garantía suficiente para cumplir con ese plan de reparación y b) una manifestación de conformidad con la suspensión, lo que implica admitir los hechos que se le atribuyen (aunque no se diga, sería oportuno que conjuntamente con la solicitud se presente el detalle de las condiciones que estaría dispuesto a cumplir el imputado, dada la naturaleza voluntaria del instituto). Ese plan podría consistir en la conciliación con la víctima, la reparación natural del daño infringido o una reparación simbólica, inmediata o por cumplir a plazos.

Si no se cumplen las condiciones establecidas por la ley, el juez debe rechazar la solicitud pero, la admisión de los hechos por parte del imputado **no constituye una confesión y carece de valor probatorio**.

La solicitud de suspensión condicional del proceso puede ser verbal o escrita, debe contener la admisión de los hechos, un plan de reparación y, en el mejor de los casos, un detalle de las condiciones que se está dispuesto a cumplir. Es posible plantear el tema hasta antes de que se ordene la apertura a juicio, sin embargo, el imputado no es exclusivo titular del derecho a solicitar la suspensión condicional del proceso como ocurre en otras legislaciones del continente⁸⁸. Por ejemplo, el artículo 293 inc. 3) C.P.P. le otorga al fiscal la posibilidad de solicitar la suspensión cuando concluye su investigación y así lo considere procedente.

Ha de tenerse muy claro que una solicitud de esta clase no implicará jamás una renuncia al derecho constitucional de la presunción de inocencia, que se mantiene inalterable hasta que exista una sentencia condenatoria firme⁸⁹, por lo que todas las medidas que se tomen serán impuestas a una persona jurídicamente inocente.

La presentación de la solicitud de suspensión condicional del proceso provocará las siguientes actividades: a) control judicial por parte del tribunal de la etapa intermedia (319. párrafo 3 CPP) de la razonabilidad y legalidad del ofrecimiento⁹⁰; b) señalamiento de una audiencia oral para escuchar al fiscal, la víctima de domicilio conocido y al propio imputado, o bien el dictado de una resolución que difiere el asunto para la audiencia preliminar⁹¹; c) decisión de la víctima sobre la aceptación o rechazo de la reparación ofrecida⁹²; d) toma de posición del fiscal so-

ción argentina, que prohíbe la aplicación del instituto cuando hubiese participado un funcionario público).

88 Véase BOVINO (Alberto), La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal Argentino, op. Cit. p. 93 y ss.

89 En este sentido LLOBET RODRÍGUEZ (Javier), Proceso Penal Comentado, op. Cit., p. 97.

90 El tribunal competente para resolver sobre la suspensión es el de la etapa intermedia (art. 301.3 C.P.P.), aunque no hay claridad sobre el punto, así parece desprenderse de lo regulado por el artículo 293.3 C.P.P. y 299.3. C.P.P.

91 Es requisito necesario la realización de la audiencia oral que ordena el art. 41 °, y al finalizar la misma el juez resolverá de inmediato. En esa audiencia debe estar presente el imputado, y se le debe advertir expresamente acerca de las reglas de conducta y las consecuencias de su incumplimiento. Lógicamente el señalamiento a la referida audiencia no va a ser necesario si la petición se formula en la misma audiencia preliminar.

92 En el caso de que no hubiera firmado ya el acuerdo de reparación.

bre la procedencia de la medida⁹³; e) verificados todos los requisitos, el dictado de la resolución que ordena la suspensión condicional del proceso⁹⁴, en que se fijarán las condiciones conforme a las cuales se suspende el proceso, las cuales no pueden tener un plazo menor de un año ni superior de tres⁹⁵; si no es así debe rechazar la solicitud. Esto lo hace, conjuntamente con la aprobación o modificación del plan de reparación (el juez deberá enviar copia de la resolución a la Oficina Especializada que servirá para abrir el expediente administrativo correspondiente)⁹⁶; f) lo resuelto no tiene apelación, salvo que el imputado considere que las reglas son inconstitucionales o excesivas, o bien que el juez se haya excedido en sus facultades.

Requisito indispensable para el otorgamiento del beneficio es que el imputado admita el hecho que se le atribuye⁹⁷ (art. 40 párrafo 2º), aspecto este que podría ser

93 Si efectuada la solicitud aún no existe acusación, el Ministerio Público debe describir el hecho que se le imputa, esto con el objeto de que el imputado pueda conocer en concreto cuál es la hipótesis fáctica que debe aceptar.

94 Los efectos de la resolución que concede la suspensión a prueba son los siguientes: A) Detención del curso del proceso por el plazo de duración del régimen de prueba. Una vez acordada la suspensión, el fiscal ve limitadas sus facultades de investigación. Sin embargo, según dispone el artículo 289 CPP “*El Ministerio Público debe asegurar los elementos de prueba esenciales sobre la infracción, aun cuando se haya dictado la suspensión del procedimiento...*”. B) Suspensión de la prescripción. El art. 48 inc. 5) del C.P.P. establece que durante el plazo del período de prueba, el cómputo de la prescripción se suspenderá. De no cumplirse con las condiciones o el plan de reparación propuesto, o bien si se comete un nuevo delito dentro del plazo de prueba, el proceso se reanuda y no podrá solicitarse la prescripción de la acción penal basándose en el tiempo transcurrido durante el régimen de prueba. C) Toda medida de coerción de carácter personal que haya sido impuesta antes, será reemplazada por las condiciones establecidas en el régimen de prueba. D) No se produce prejudicialidad con respecto a los imputados no beneficiados con la suspensión a prueba.

95 Hay que destacar que el artículo 41 obliga a realizar una evaluación previa para fijar las reglas de conducta. En ningún caso el juez puede imponer medidas más gravosas que las solicitadas. Sin embargo, bien podría fijar otras – menos gravosas – que cumplan de mejor manera los objetivos de la suspensión.

96 Es recomendable la existencia de una oficina especializada de control administrativo para facilitar el cumplimiento de las medidas.

97 La normativa no requiere que esta admisión sea detallada, ni obliga a cumplir con formalidades especiales, por lo que ha de concluirse que basta una aceptación pura y simple de la hipótesis acusatoria. Como ha dicho BINDER: “...es el imputado quien tiene el señorío y el poder de decisión sobre su propia declaración. Consecuentemente, sólo él determinará lo que quiere o no le interesa declarar” (BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal* citado por GARCÍA AGUILAR, Rosaura. *La suspensión del proceso a prueba en materia penal*, op. Cit. p. 114, en nota 195. Como reflexión de *lege ferenda* debe anotarse que la exigencia de la aceptación de los hechos por parte del imputado no es esencial para que se configure un procedimiento de suspensión constitucionalmente válido, bastaría con que el imputado manifestara su conformidad con la aplicación del instituto. Para MAIER el fundamento de la exigencia es de orden práctico, “...se trata, pues, de asegurar la finalidad preventivo-especial de este beneficio, impidiendo que el imputado deje de cumplir con las obligaciones legales e instrucciones impartidas por el Tribunal, especulando con la pérdida o destrucción, por el mero transcurso del tiempo, de los elementos del cargo que sustentan la imputación. Sin embargo, frente a este argumento existen dos objeciones de importancia que será preciso tener en cuenta al momento de decidir por la inclusión o exclusión de este requisito. La primera plantea que la aceptación de la veracidad de los hechos provoca una declaración coactiva del supuesto autor que

objeto de cuestionamiento ante la garantía constitucional que establece que “nadie está obligado a declarar contra sí mismo”. Pero la respuesta se encuentra en el mismo contexto de la norma procesal que autoriza la suspensión, en cuanto a que no se le impone al imputado en ningún momento que admita los hechos que le son atribuidos. Se trata, mas bien, de una opción (libre y voluntaria) a la que él puede acogerse si así lo considera pertinente y le es autorizada en los casos que la ley lo permite. Si no desea aceptar los hechos (porque estima no haberlos realizado o por creer que tiene mejores probabilidades de salir bien librado), está en su derecho de hacerlo, sin que se le pueda sugerir por el juez o por el Fiscal que la primera opción le puede ser más favorable (ello quedará sólo al consejo de su defensor y a su propia voluntad). Cabe agregar que aún si fallara la prueba, esta declaración del imputado no puede tomarse como confesión - independientemente de que la confesión de parte no constituye plena prueba en materia penal -, sino que al retomarse el ejercicio de la acción penal corresponde al Estado, de conformidad con el principio constitucional de inocencia (art. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y lo regulado en el artículo, su declaración carece de valor probatorio y no podrá hacerse mención de ella en ningún momento posterior. En efecto, hay una imposibilidad de utilizar la declaración como prueba o bien, cualquier otro elemento de convicción que se haya derivado de ésta.

La resolución del tribunal que ordena la suspensión condicional del proceso podrá ser revocada cuando a) el imputado, de manera considerable y de forma injustificada, se aparte de las condiciones que le impuso el órgano jurisdiccional, b) cuando cometa una nueva infracción, para lo cual se requiere al momento de agotarse el plazo de prueba, la existencia de una sentencia condenatoria firme que así lo establezca, o c) si el imputado incumple el plan de reparación⁹⁸. Para que se proceda a la revocatoria el juez a solicitud del Ministerio Público puede ordenar en audiencia, mediante auto fundado, acerca de la reanudación de la acción penal⁹⁹.

de otro modo no se hubiera producido. La segunda se refiere a la legalidad de una acusación que se formule sobre la base de una declaración obtenida coactivamente en el caso de que se retome contra el supuesto autor el ejercicio de la acción penal” MAIER citado por MARINO, Esteban. “Suspensión del procedimiento a prueba” En: MAIER, Julio B.J. compilador, El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico, op. Cit. p. 30. En el mismo sentido se expresa el autor en “La víctima y el sistema penal”, (Cfr. AAVV, De los delitos y de las víctimas, Julio B.J. Maier Compilador, op. Cit. p. 232.) Ante esta posición cabe argumentar con Bovino y Llobet, que, en todo caso, esa admisión no puede ser utilizada en su contra (Véase el comentario de LLOBET así como el resumen de la posición de BOVINO en LLOBET RODRÍGUEZ (Javier), Proceso Penal Comentado, op. Cit., pp. 96-97. Allí LLOBET indica que con la admisión del hecho lo que se trata es de darle legitimidad a la suspensión a prueba, por tratarse de restricciones importantes a la libertad del imputado. Tal postura no es incompatible con lo que aquí se sostiene, porque bastaría para darle legitimidad que el imputado consintiera libre y voluntariamente dichas restricciones). En todo caso, cabe decir que el Ministerio Público tiene la facultad de asegurar los elementos de prueba esenciales sobre la infracción, aún en el caso de que se haya dictado la suspensión condicional del proceso (art. 289 C.P.P.), de manera que la inquietud de MAIER perdería mucha fuerza en este contexto normativo.

⁹⁸ Igual habría que interpretar que se trata de un incumplimiento de carácter esencial.

⁹⁹ Como se indicó se requiere que la revocatoria sea dispuesta antes del vencimiento del plazo de la suspensión del proceso a prueba (art. 44.7 C.P.P.).

Aunque el código no lo reguló, debe concluirse que sí el imputado cumplió con todos sus compromisos antes del tiempo fijado en la resolución, nada obsta para que el juez decreta extinción de la acción penal de forma anticipada¹⁰⁰. Por el contrario, al tratarse de circunstancias que limitan el disfrute del instituto no podrían utilizarse otros supuestos no comprendidos en el artículo para decretar la revocatoria.¹⁰¹

Podría surgir un problema en la práctica si para dilucidar el incumplimiento o no de las reglas de conducta se tuviera que recibir prueba. El problema se agravaría si el incumplimiento de la regla constituyera por sí mismo un delito, ya que se plantearía la interrogante si la audiencia que realiza el Tribunal estaría adelantando, en cierta manera, el proceso por el otro ilícito. No parece que haya problema para recibir esa prueba, ya que lo allí dispuesto no hace cosa juzgada con respecto al otro proceso instaurado y es únicamente una diligencia para efectos de la suspensión condicional del proceso.

Por último, si el imputado que se vio favorecido por la suspensión fuere privado de su libertad debido a la existencia de otro proceso, entonces podrá suspenderse el plazo de prueba¹⁰². En cambio, si existiere otro proceso en su contra pero no se le priva de su libertad, entonces seguirá corriendo el plazo de prueba. Sin embargo, no podrá decretarse la extinción de la acción penal, aun si se vence el plazo de prueba, sino hasta que quede firme la resolución que lo exima de responsabilidad por el nuevo proceso.

Este artículo lleva a reflexionar que el Código Procesal Penal ha dejado de lado el supuesto en que el imputado se encuentra en prisión preventiva por otro delito, al momento de solicitar la aplicación de la suspensión condicional del proceso. En este caso, según el principio de interpretación restrictiva no se le podría prohibir una suspensión a pesar de que esté preso, siempre y cuando se establezca que está en posibilidad de cumplir con sus compromisos. El problema real que surge es que

100 En este sentido también se pronuncian PORRAS VILLALTA, Mario Alberto, SALAZAR MURILLO, Ronald y SANABRIA ROJAS, Rafael Ángel. *La aplicación de la suspensión del proceso a prueba en Costa Rica (de la teoría a la praxis)*, op. Cit., p 87.

101 GARCÍA AGUILAR, Rosaura. *La suspensión del proceso a prueba en materia penal*, op. Cit. pp. 146-147.

102 En otras legislaciones, por ejemplo la Venezolana, se distingue el supuesto en que la sentencia por la comisión del nuevo delito resulta al final ser absolutoria o condenatoria. De tal manera el art. 42 del Código Orgánico Procesal Penal contempla que la suspensión será definitiva únicamente si la sentencia que se dicta es condenatoria, por ella obliga a revocar la suspensión y reiniciar la causa. Pero si la sentencia es absolutoria, no habrá motivo para revocar la suspensión y menos aún, para no apreciar el plazo transcurrido durante la privación de libertad. (Cfr. el informe de Julián I. RODRÍGUEZ DÍAZ, fiscal general de la república de Venezuela. En: STIPPEL, Jörg y MARCHISIO, Adrián (coord.). *Principio de Oportunidad y Salidas Alternativas al Juicio Oral en América Latina*, op. Cit., pp. 448-449). El hecho de que el Código no haga distinciones ha sido criticado por LLOBET: "Lo ilógico es que ello opere, tal y como se prevé en el código, solamente cuando el imputado esté privado de libertad, haciéndose una diferenciación no razonable entre aquél al que se le sigue un nuevo proceso y se encuentra privado de libertad, con respecto al cual se suspende el término de la suspensión del proceso y a prueba, y aquél con relación al cual se le sigue un nuevo proceso y no se encuentra privado de libertad, con respecto al cual sigue corriendo el plazo de prueba". LLOBET (Cfr. LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Proceso Penal Comentado*, op. Cit., p. 100.

el plazo de suspensión estaría suspendido por orden del art. 43 C.P.P., ante lo cual quedarían dos opciones: a) negar del todo la suspensión o b) interpretar que ante la ausencia de una regulación legal del supuesto, y dado que el imputado ha adquirido obligaciones que puede cumplir incluso en prisión, en este caso en particular no se le aplicaría la suspensión del plazo porque el art. 43 CPP se refiere a otros supuestos. Esta última parece que es la opción más sensata.

4. ▶ EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO¹⁰³

El procedimiento abreviado surge de la inquietud de lograr sentencias en un plazo razonable, ahorrando energía y recursos jurisdiccionales en causas por delitos no muy graves, en que el juicio oral y público no sea imprescindible para obtener una resolución acorde con la legalidad y la verdad¹⁰⁴. Su incorporación tiene como antecedente los artículos 371 y ss. del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamerica, que contempló en su regulación el procedimiento abreviado para ciertos delitos leves¹⁰⁵.

El desarrollo de este tipo de medidas deriva del sorprendente prestigio e incorporación que ha tenido el derecho procesal norteamericano en Europa y de ahí en América Latina¹⁰⁶, en particular la práctica del *plea bargaining*¹⁰⁷, que consiste

103 Ver artículos 363 y siguientes del CPP dominicano.

104 En este sentido: CAFFERATA NORES, José I. “Juicio Penal Abreviado”. Revista de Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Julio, 1996, Año 8, N°11, p. 3.

105 Delitos en que el Ministerio Público “estimare suficiente la imposición de una pena no mayor de dos años de privación de libertad, o de una pena no privativa de libertad aún en forma conjunta”. En este sentido véase: SALAZAR MURILLO, Ronald. El juicio abreviado. Entre el galantismo y la eficiencia en la justicia penal, 1° ed., IJSA, San José, Costa Rica, 2003, p. 51; MAIER, Julio B.J. Derecho Procesal Penal Argentino, Buenos Aires, Argentina, Editorial Hammurabi S.R.L., 1989, p. 310.

106 Sobre el modelo norteamericano del “plea bargaining” comenta ARMENTA DEU: “...funciona en los EE.UU. de Norteamérica desde hace cien años, primero sin reconocimiento legal, y actualmente declarada su constitucionalidad en diversas decisiones. Hasta fecha relativamente reciente era concebido, incluso en su país de origen, como un método poco adecuado para combatir la criminalidad y para asegurar la ejecución material justa del Derecho penal, al no garantizar un tratamiento igualitario de autores penales de similar culpabilidad. En Japón donde se instauró en 1945, los especialistas se inclinan hoy por una vuelta al sistema continental europeo. De ahí que resulte un desarrollo sensacional que el procedimiento penal continental haya caído en una crisis tan profunda, de la que sólo podrían sacarlo, en opinión de un gran número de autores alemanes, italianos, portugueses y españoles, la adopción del procedimiento penal norteamericano o al menos partes esenciales de éste (SCHUNEMANN)” ARMENTA DEU, Teresa. “El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas”. Revista de Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Agosto, 1997, Año 9, N°13, p. 25, nota al pie 7.

107 BARBOSA MOREIRA hace una síntesis de las posibles reacciones que tiene el imputado al indictment (decisión por la que el grand jury formaliza la acusación) dentro sistema norteamericano en los siguientes términos: “El acusado responde a la acusación por medio de un plea; su respuesta puede consistir no solamente en una declaración de ser culpable (guilty plea) o inocente (plea of not guilty), sino que también se le permite responder sencillamente, “nolo contendere” – expresión latina que significa “no quiero contestar (la acusación)” –. En el Derecho federal, toda

en una negociación llevada a cabo entre la Fiscalía y la defensa del imputado, para obtener una confesión de culpabilidad a cambio de ventajas de trato (disminución de cargos o de la pena). Con respecto a este punto, hay que dejar claro que la figura incorporada en el código no se identifica con el *plea bargaining* del sistema norteamericano, pues, a diferencia de lo que ocurre con el *guilty plea*, la admisión de los hechos no implica la renuncia a la prueba sobre los hechos que se admiten, ni tampoco está permitido suprimir hechos o calificaciones legales¹⁰⁸.

esta materia está reglada por las Federal Rules of Criminal Procedure: las nociones expuestas no son puras creaciones doctrinales o jurisprudenciales. [...]La inmensa mayoría de los acusados se declaran culpados; por consiguiente, es ínfimo el número de procesos penales que se prolongan hasta el trial[...]. Eso se debe principalmente a la práctica muy difundida del *plea bargaining*, una negociación entre el prosecutor y el acusado (rectius: y su defensor), mediante la cual se busca el consenso de las partes acerca de la pena que será aplicada. Para el acusado, la ventaja habitual consiste en que, si concuerda en declararse culpable, el prosecutor propone al juez (y éste por regla general asiente) la aplicación de una pena menos severa que la conminada en la ley para la infracción que se supone haber sido cometida. No obstante, hay distintas posibilidades: el prosecutor puede prometer que acusará al imputado solamente por un delito menos grave que el sugerido por los elementos probatorios disponibles, o que renunciará a otras posibles acusaciones contra él, y así en adelante. [...]” BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “La transacción penal brasileña y el derecho norteamericano”. Revista de Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Marzo, 2000, Año 12, N°17, pp. 50-51. El autor también señala que “Muchos temen que en no pocos casos la anuencia del imputado, aunque aparentemente voluntaria, constituya en realidad el fruto de maniobras reacias a los preceptos éticos, inspiradas en consideraciones que nada tienen que ver con la justicia o la equidad. Sospechas de este género son tanto más justificables cuando más bajo el grado de “visibilidad” de las negociaciones entre el prosecutor y el defensor del acusado. Advierte la doctrina que semejantes negociaciones no suelen desarrollarse “in open court”, bajo la presidencia de un magistrado neutral y a la vista del público, sino más frecuentemente “over a cup of coffee in a basement court-house cafeteria where the consicente of the two lawyers is the primary guide”. El juez no dispone de elementos para formarse una idea acerca de la fairness o de la validez del acuerdo.” (Ibid. p. 52). Para un análisis más detallado acerca del *plea bargaining* y sus críticas véase DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo de. Justicia criminal consensuada: (algunos modelos del derecho comparado en los EE.UU., Italia y Portugal). Valencia: Tirant lo Blanch; Universidad de Cádiz; Servicio de Publicaciones, 1999, pp. 23-123. Números autores que han tratado el derecho angloamericano (entre ellos BROWN, CARP – STIDHMAN, DALEY, FRANKEL, VAN KESSEL, ZIMRING y FRASE, y en lengua española BARNO VILAR, entre muchos otros) han criticado el *plea bargaining*, tanto desde la perspectiva garantista cuanto desde una perspectiva de defensa social, y nos advierten de los altos riesgos que implica su adopción. VAN KESSEL incluso llega calificar la presión que se ejerce sobre el acusado para que se declare culpable como “the modern form of judicallly sanctioned torture in America” (Citado por BARBOSA MOREIRA, op. Cit., p. 52 en nota 22). A pesar de ello, hay que admitir que en la práctica del sistema norteamericano la utilización del *plea bargaining* es tan común que ha sido incluso calificado como “un componente esencial de la administración de justicia” (Santobello v. New Cork, 404 U.S., 257, 260 (1977) citado por DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo de. Justicia criminal consensuada: (algunos modelos del derecho comparado en los EE.UU., Italia y Portugal). Op. Cit., p. 55). ZAFFARONI teme también que las desavenencias encontradas en el sistema norteamericano puedan reproducirse en el “procedimiento abreviado”: “se está importando a la región distintas variantes del *plea bargaining* o regateo (más pudorosamente traducido como negociación). Como es sabido, la misma se convierte fácilmente en una fuede de extorsión que reemplaza la tortura” citado por SALAZAR MURILLO, Ronald. El juicio abreviado. Entre el garntismo y la eficiencia en la justicia penal, op. Cit. p. 44.

108 Sobre este punto véase CAFFERATA NORES, José I. “Juicio Penal Abreviado”. Op. Cit. p. 5. y

El abreviado **no es propiamente un caso de justicia restaurativa**, sino un procedimiento acelerado que SALAZAR define como: “*un procedimiento especial, bilateral o multilateral, a través del cual, las partes pueden voluntariamente, suprimir ciertas fases del proceso ordinario – entre ellos el juicio- fijando los hechos y negociando la pena a imponer con algunos efectos vinculantes, y le solicitan al juez de juicio resolver en sentencia, con los elementos de prueba existentes*”¹⁰⁹. A su respecto, nos advierte Luis Paulino MORA MORA: “*es indudable que la disminución de garantías que conlleva ese diseño procesal hace que debemos extremar los controles y exigencias para que en aras de una mayor eficiencia no se desconozcan los derechos que con tanto sudor, lágrimas y sangre se han logrado a favor de los sometidos al proceso. La eficiencia no puede justificar el fallo arbitrario o inmotivado y menos la posibilidad del error judicial*”¹¹⁰

Según lo que establece el código, hasta antes de que se ordene la apertura a juicio¹¹¹, el Ministerio Público o la Defensa¹¹², pueden solicitar la aplicación del juicio abreviado. El acuerdo sobre el juicio abreviado puede ser pleno o bien parcial¹¹³.

SALAZAR MURILLO, Ronald. *El juicio abreviado. Entre el garantismo y la eficiencia en la justicia penal*, op. Cit. p. 45.

109 SALAZAR MURILLO, Ronald. *El juicio abreviado. Entre el garantismo y la eficiencia en la justicia penal*, op. Cit. p. 59. En el caso del acuerdo pleno contemplado en el C.P.P., no es el juez de juicio quien resuelve conforme al procedimiento abreviado, sino el juez de la etapa intermedia de conformidad con lo establecido por los artículos 299.6 y 301.4 del C.P.P.

110 El Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en su introducción al trabajo de SALAZAR MURILLO, Ronald. *El juicio abreviado. Entre el garantismo y la eficiencia en la justicia penal*, op. Cit. p. 31. Sobre las ventajas que presenta el instituto se ha dicho: “*En términos generales se puede destacar como virtud la posibilidad que ofrece este instituto de descongestionar a los tribunales de juicio, debido a que especialmente lo que se logra con este mecanismo es obtener una condena sin tener que celebrar el debate oral y público. Esta circunstancia también beneficia al imputado, no sólo porque obtiene una resolución de su situación procesal y concluye con la angustia que provoca el sometimiento a un proceso penal, sino además porque obtiene una rebaja en la pena. También favorece los intereses de la víctima al garantizarle la respuesta punitiva en un término mucho más rápido que el común y, esta forma permite en el mismo proceso penal o por vía civil, obtener la reparación económica correspondiente. Resulta claro que el éxito de este instituto descansa sobre “los fiscales” y los “abogados defensores” que son los operadores más importantes y de quienes en definitiva depende su aplicación*”. (STIPPEL, Jörg y MARCHISIO, Adrián (coord). *Principio de Oportunidad y Salidas Alternativas al Juicio Oral en América Latina*, op. Cit. p. 545). No obstante, es necesario advertir que el procedimiento abreviado es una institución polémica ya que supone una condena sin la realización del juicio oral y público, lo que nos obliga a ser sumamente cuidadosos con su aplicación práctica. Al respecto de sus principales críticas véase SALAZAR MURILLO, Ronald. *El juicio abreviado. Entre el garantismo y la eficiencia en la justicia penal*, op. Cit. pp. 319 a la 425; LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Proceso Penal Comentado*, op. Cit. p. 360 y ss., así como su aporte en MAIER, Julio; BOBINO, Alberto (comps.). *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Del Puerto, pp. 433 -452.

111 Podría pensarse en la aplicación de un abreviado aún en la fase de juicio cuando se haya rechazado en forma indebida antes, o bien cuando ha concurrido una actividad procesal defectuosa y hasta ese momento se declara, esto a fin de corregir el acto viciado.

112 Cfr. 299.6 C.P.P.

113 En el acuerdo parcial se establecen únicamente los hechos y se solicita un juicio sobre la pena, y, a diferencia del acuerdo pleno, se presenta ante el juez que debe conocer del juicio quien dictará la sentencia de conformidad con la prueba ofrecida (Arts. 366, 367 y 368 C.P.P.) y, en su caso,

En el primero, cuando se trate de un hecho con pena máxima inferior a cinco años de privación de libertad¹¹⁴, y el imputado admita el hecho¹¹⁵ (previa acreditación del consentimiento por parte del defensor), el Ministerio Público acusa¹¹⁶ indicando una pena concreta – la cual no puede superar el juez en su resolución¹¹⁷. Condición para que se condene mediante la aplicación de esta figura es que la prueba reunida en la investigación sea idónea para esos efectos, de allí la facultad del juez de “*absolver o condenar, según proceda*” (art. 364 párrafo 3º). El juez debe ser especialmente cuidadoso al realizar el examen formal y sustancial del acuerdo. Si no se cumplen los requisitos de ley para la admisibilidad de la medida, el juez debe ordenar que continúe el procedimiento, en cuyo caso la aceptación de los cargos no podría ser incorporada al juicio oral y público que se realizará, ni tampoco vincula al Ministerio Público su requerimiento sobre la pena (art. 365 C.P.P.).

Si se cumplen los requisitos de admisibilidad, el juez convoca a una audiencia oral para escuchar de viva voz lo manifestado por las partes¹¹⁸, y emite la resolu-

señalará audiencia para el debate sobre la pena. Cabe destacar que el artículo 366 C.P.P. establece que este procedimiento cabe “en cualquier caso”, lo que le sustrae de las limitaciones de pena y momento establecidas en el art. 363 C.P.P.

114 Así se cumple con la recomendación del Congreso de 1994 de la Asociación Internacional de Derecho Penal, en que instaba a que los delitos graves no fueran juzgados por medio de procedimientos abreviados. No cabe tampoco en delitos de acción privada, porque el código no tiene prevista dicha posibilidad.

115 Salvo en el caso de inadmisibilidad, esta declaración tiene la naturaleza de una confesión, por lo que el imputado debe ser plenamente conciente de las renunciaciones a que se expone. Sería recomendable que el juez se asegurara en la audiencia de que el imputado conozca los hechos que se le imputan, que su voluntad es libre al momento de aceptar el abreviado y que entiende las renunciaciones consentidas con ese acto. Si se trata de varios hechos en concurso material, es posible el abreviado con respecto a algunos de ellos. Asimismo, según determina expresamente el código, la existencia de coimputados no impide la aplicación de estas reglas, pero ha de garantizarse la igualdad de trato entre ellos. De tal manera, si se solicita o impone una pena con respecto a uno de los endilgados, es necesario justificar cualquier diferencia al momento de ocuparse de los restantes.

116 Aunque no lo indique el código, el Ministerio Público dispone de la interesante posibilidad de combinar la aplicación de “criterios de oportunidad” con respecto a ciertos hechos y negociar un abreviado con otros, lo que amplía el margen de negociación, siempre y cuando se respeten las disposiciones conducentes.

117 Es claro que el juez no puede superar la pena solicitada, sin embargo nada obsta para que el juez fundadamente disminuya en sentencia este extremo.

118 En este caso el querellante, el ministerio público y el imputado. Cabe llamar la atención de que el código no contempla la necesidad de escuchar a las partes civiles (actor y demandado civil), especialmente al demandado civil, ya que si en sentencia se declarara la existencia de los hechos acusados no se le estaría dando a éste la posibilidad de combatir la comisión de los hechos por el imputado. Ante esto, podría interpretarse a la luz de los artículos 131 C.P.P. (que le otorga al tercero demandado civil las mismas facultades de defensa que al imputado) y 363.2. del C.P.P. (el cual establece la necesidad de acordar los extremos civiles), que se necesita escuchar su criterio para que proceda el juicio abreviado. En lo referente a los montos de una indemnización, en su caso, es necesario tomar en cuenta la posibilidad de una condena en abstracto, una vez probada la existencia del daño según los autos. También es aconsejable escuchar a la víctima, aunque no se hubiera constituido en querellante ni actora civil, para cumplir con la exigencia de un trato digno y respetuoso que garantiza el código (art. 84 C.P.P.).

ción que corresponda, absolviendo¹¹⁹ o condenando¹²⁰ y dictaminando sobre los intereses civiles. Lo resuelto es susceptible del recurso de apelación de conformidad con las disposiciones del C.P.P.¹²¹

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Según hemos venido analizando, el actual Código Procesal Penal de nuestro país se involucra dentro de una corriente garantista y democrática, respetuosa de los derechos fundamentales de los individuos, básica para un Estado de Derecho. Ante ello, los mecanismos o procedimientos alternativos constituyen un aspecto relevante de los fines y principios que se han establecido para el proceso penal, especialmente la “solución del conflicto” que el artículo sétimo de dicho cuerpo legislativo garantiza “para contribuir a restaurar la armonía social”. Por tal razón, debemos concordar con quienes advierten sobre la necesidad de redoblar los esfuerzos en la comprensión y aplicación de las medidas alternativas, para que éstas puedan operar como verdaderas soluciones alternas a la pena privativa de libertad (en procura de resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho punible), y no como adiciones de aquélla. Si fuere esto último, en lugar de cumplir con su cometido, se convertirían en mecanismos de “extensión de las redes de control social” y por ende en vías ampliativas de la represión. Así pues, hay que vigilar constantemente la *razonabilidad* y *legalidad* de las condiciones que se impongan en la aplicación de tales vías, para posibilitar un verdadero enfoque restaurativo del conflicto. De allí la importancia de que se planteen mecanismos efectivos y sin formalidades excesivas para verificar el uso práctico y adecuado de cada una de ellas, lo que, según demuestra la experiencia, constituye un punto débil que debe ser superado con base, precisamente, en el seguimiento y detección oportuna de los defectos para la implementación de los correctivos necesarios.

119 En este caso especial la absolutoria no podría fundarse en la duda (Cfr. SALAZAR MURILLO, Ronald. *El juicio abreviado. Entre el garantismo y la eficiencia en la justicia penal*, op. Cit. p. 177). No obstante, sí es posible dictar una sentencia absolutoria por atipicidad, la existencia de causas de justificación o exculpación, o bien la concurrencia de otra causa legal que motive la absolutoria, como sería la prescripción, o una causa personal de exclusión de la pena. Asimismo, es posible dar a los hechos una calificación jurídica más favorable, siempre y cuando no se alteren los hechos acusados y admitidos, porque entonces lo que procedería es el rechazo del procedimiento abreviado.

120 Esta sentencia debe cumplir de manera sucinta con los mismos requisitos que la dictada en el procedimiento ordinario y por lo tanto debe: a) fijar los hechos probados, b) realizar una debida valoración de la prueba, c) pronunciarse acerca de la calificación legal y la participación criminal, y d) imponer la pena que corresponda, dentro de las limitaciones de esta figura. En síntesis, debe cumplir con las exigencias que le impone el deber de fundamentación, como componente esencial de un debido proceso.

121 Cfr. artículo 364, último párrafo, con los arts. 410 y ss del CPP. Cabe anotar que el imputado puede revocar su decisión de someterse al abreviado hasta antes del dictado de la sentencia. No obstante, si se anula en apelación la sentencia tendría oportunidad de hacerlo, salvo que se anule únicamente en lo referente a la pena, en cuyo caso quedaría vigente dicha aceptación.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

- AAVV. *De los delitos y de las víctimas*, Julio B.J. Maier Compilador, Ad Hoc, 1° edición, 1992, Buenos Aires, Argentina, 316 p.
- AAVV. *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales*, Carlos Julio Lascano, director Editorial, Marcos Lerner Editora Córdoba, La Lectura libros jurídicos, Córdoba, Argentina, 2001, 854 p.
- ALSINA, Hugo. *Tratado Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, 2° edición, I parte general, Ediar, Buenos Aires, 1956, 760 p.
- ARAGONESES, Pedro. *Proceso y Derecho Penal* (Concepto, naturaleza, tipos, método, fuentes y aplicación del derecho procesal), Madrid, España, Editorial Aguilar, 1960.
- ARMENTA DEU, Teresa. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*. Barcelona: P.P.U, 1991. 258 p.
- ARMIJO SANCHO, Gilbert. *Enfoque procesal de la Ley penal juvenil*, 1° ed., Litografía e imprenta LIL. S.A., San José, 1997.
- ARMIJO SANCHO, Gilbert. *Manual de Derecho Procesal Penal Juvenil*, 1° ed., IJSA, San José, Costa Rica, 1998.
- ARMIJO SANCHO, Gilbert, LLOBET RODRÍGUEZ, Javier y RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos, *Nuevo proceso penal y constitución*, 1° edición, IJSA, San José, Costa Rica, 1998, 411 p.
- BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal, Parte General*, 2° edición, Editorial Hammurabi SRL, Buenos Aires, Argentina, 1999, 691 p.
- BENAVIDES SANTOS, Diego et. al., *Ensayos de conciliación*, CONAMAJ, San José, Costa Rica, 2003, 189 p.
- BLANCO ODIO, Alfredo. *El Derecho Procesal Penal Costarricense*, 1ª edición, Porvenir, San José, Costa Rica, 1992, 254 p.
- BOVINO, Alberto. *La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal Argentino*, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2001, 271 p.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Edición actualizada, corregido y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Editorial Heliasta, 2001, 422 p.
- CAFFERATA NORES, José I. *Temas de Derecho Procesal Penal*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988, 310 p.
- CAMPOS SALAZAR, Mayra. *La Justicia Penal Juvenil en Costa Rica*, San José, Costa Rica, 1999, 209 p.
- CAPITANT, Henry. *Vocabulario Jurídico*, traducción castellana de Aquiles Horacio Guaglianone, Desalma, Buenos Aires, 1973, 601 p.
- CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el proceso penal*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1961, 516 p. CARRANZA, Elías (coord.). *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria*, ILANUD, Siglo Veintiuno Editores, 1° ed., San José, Costa Rica, 2001.
- CHAN MORA, Gustavo, CHINCHILLA CALDERÓN, Rosaura, y GARCÍA ALGUILLAR, Rosaura. *Violación de Derechos Fundamentales y Crimininalización secundaria en el sistema de justicia penal juvenil*, 1° ed., IJSA, San José, Costa Rica, 2003, 282 p.
- CORTÉS COTO, Ronald. *La etapa preparatoria en el nuevo proceso penal*, 1° ed., IJSA, San José, Costa Rica, 1988, 132 p.
- COSTA RICA. ESCUELA JUDICIAL. UNIDAD DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA

- DE CONFLICTOS, *Conciliación Judicial*, antología de la Unidad de Resolución Alternativa de Conflictos del Poder Judicial de Costa Rica, San José, Costa Rica, 1999, 400 p.
- COSTA RICA, PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Seminario sobre la participación de la Procuraduría General de la República en la Resolución Alternativa de Conflictos, Imprenta Nacional, San José, Costa Rica, 2000, 188 p.
- COUTURE, Eduardo J., Vocabulario Jurídico, edición al cuidado de Jorge Peirano Facio y José Sánchez Fontáns, Depalma, Buenos Aires, 1976, 587 p.
- CREUS, Carlos. *Reparación del daño producido por el delito*, 1º ed., Rubizal-Culzoni, Santa Fe, 1995, 224 p.
- DE OLAZÁBAL, Julio. Suspensión del proceso a prueba, Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea, 1994, 191 p.
- DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo de. Justicia criminal consensuada: (algunos modelos del derecho comparado en los EE.UU., Italia y Portugal). Valencia: Tirant lo Blanch; Universidad de Cádiz; Servicio de Publicaciones, 1999. 207p. *Directrices sobre la función de los fiscales*. Aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de3 septiembre de 1990.
- EDWARDS, Carlos E. El juicio abreviado y la instrucción sumaria en el Código Procesal Penal de la Nación. Córdoba (España): Marcos Lerner, 1997. 247p.
- GARCÍA AGUILAR, Rosaura. *La suspensión del proceso a prueba en materia penal*. 1º ed., IJSA, San José, Costa Rica, 1998, 168 p.
- GATGENS GÓMEZ (Erick) y RODRÍGUEZ CAMPOS (Alexander), Principio de oportunidad, conveniencia procesal de la persecución penal, 1º edición, Editorial Juritexto, San José, C.R. 2000, 408 p.
- GIMENO SENDRA (Vicente) *Fundamentos del Derecho Procesal*, Madrid, España, Editorial Civitas, 1981.
- GOMEZ ORBANEJA, Emilio, y HERCE QUEMADA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*, 8º edición, Madrid, 1975, 410 p.
- GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel (Compilador). *Reflexiones sobre el nuevo Proceso Penal*. 2da. Ed.. San José (Costa Rica): Fondo editorial del Colegio de Abogados y la Asociación de Ciencias Penales, 1997, 956 p.
- GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel; ARROYO GUTIÉRREZ, José Manuel. Los diversos sistemas procesales penales. Principios y ventajas del sistema procesal mixto moderno. San José (Costa Rica): ILANUD, 1991.
- HIDALGO MURILLO, José Daniel. *Introducción al nuevo Código procesal penal*, 1º ed., IJSA, San José, Costa Rica, 1998, 727 p.
- HOUED VEGA, Mario A. De la suspensión del proceso a prueba o de la suspensión condicional de la persecución penal. Publicación del INEJ, Managua, Nicaragua, 2007.
- ISSA EL KHOURY JACOB (Henry), *A la armonía por la palabra: la solución negociada de conflictos penales*, Convenio Corte – AID, Costa Rica, 1995, 82 p.
- ISSA EL KHOURY JACOB, Henry (comp.). *Victima y el proceso penal costarricense*, 1ª edición, Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, San José, Costa Rica, 2000, 430 p.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI (Aída), *Justicia Restaurativa*, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2004, 632 p.
- LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Doctrinas Generales, traducción de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1963, 775 p.

- LLOBET RODRÍGUEZ (Javier), *Proceso Penal Comentado*, 2º edición, Editorial Jurídica Continental, 2003, 512 p.
- MANZANARES SAMANIEGO, Jose Luis. "Oportunidad y conformidad". En: *Cuadernos de Derecho Judicial*. -- N° V - 1992. p.27 – 50.
- MAIER, Julio B.J. y BINDER, Alberto (comps.), *El Derecho Penal de Hoy*, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, Argentina, 1995, 636 p.
- MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto s.r.l., Tomo I, 2ª edición, 1996, 918 p.
- MAIER, Julio; BOBINO, Alberto (comps.). *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires:- Del Puerto, 2001. 475p.
- MARCHISIO, Adrian. *El juicio abreviado y la instrucción sumaria*. Buenos Aires: Ad-HOC, 1998. 256p.
- MARINO, Esteban. "Suspensión del procedimiento a prueba" En: MAIER, Julio B.J. (compilador). *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto s.r.l., 1993., pp. 29-41.
- MONTERO AROCA, Juan. *Introducción al Derecho Procesal*, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1976.
- MUERZA ESPARZA, Julio. *El proceso penal abreviado*, Editorial Aranzadi, Navarra, España, 2002, 291 p.
- MURILLO RODRÍGUEZ, Roy. *Ejecución de la Pena*, 1º edición, CONAMAJ, San José, 2002, 248 p.
- NEUMAN, Elias. *Mediación y Conciliación Penal*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1997. 142p.
- NINO, Carlos Santiago, y ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Un debate sobre la pena*, Editorial Jurídica Continental; Buenos Aires, Argentina, INECIP, 2000, 55 p.
- ODERIGO, Mario A. *Derecho Procesal Penal*, T. I, Editorial Ideas, Buenos Aires, Argentina, 1952, 420 p.
- PESSOA, Nelson. *Fundamentos Constitucionales de la Excepción de Prisión y Excarcelación*, Hammurabi, S.R.L, Argentina, 1992 (impresión).
- PORRAS VILLALTA (Mario Alberto), SALAZAR MURILLO, Ronald) y SANABRIA ROJAS, Rafael Ángel. *La aplicación de la suspensión del proceso a prueba en Costa Rica (de la teoría a la praxis)*, 1 ed., Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2003, 166 p. *Principios básicos sobre la función de los abogados*. Aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de 3 septiembre de 1990.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*, T. I, Impresión: Mateu- Cromo, Artes Gráficas, Madrid, España, p. 1077.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*, T. II, Impresión: Mateu- Cromo, Artes Gráficas, Madrid, España, 2133 p.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. *La Justicia penal negociada: experiencias de derecho comparado*. Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997, 343p.
- ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*, traducción de la 25º edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B.J. Maier, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2000.
- SALAZAR MURILLO, Ronald. *El juicio abreviado. Entre el galantismo y la eficiencia en la justicia penal*, 1º ed., IJSA, San José, Costa Rica, 2003, 496 p.
- SCHÖNBOHM, Horst y LÖSING, Norbert, *Sistema Acusatorio, Proceso Penal, Juicio oral en América Latina y Alemania*, Fundación Konrad Adenauer, Caracas, 1995.

- SOJO PICADO, Guillermo (et. al.). *Ministerio Público y reforma procesal penal*, 1 ed., San José, Costa Rica, Colegio de Abogados de Costa Rica, 1997, 186 p.
- SOLARI BRUMANA, Juan A., *Reparación del daño, el particular damnificado en el derecho penal*, Desalma, Buenos Aires, 1962.
- STIPPEL (Jörg) y MARCHISIO (Adrián), coord., *Principio de Oportunidad y Salidas Alternativas al Juicio Oral en América Latina*, 1° ed., Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2002, 552 p.
- TIFFER SOTOMAYOR, Carlos, LLOBET RODRÍGUEZ, Javier y DÜNKEL, Frieder. *Derecho penal juvenil*, 1ª ed., Imprenta y Litografía Mundo Gráfico de San José S.A., 2002, 642 p.
- UREÑA SALAZAR (José Joaquín), *Actividad procesal defectuosa y proceso penal*, 1° edición, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2004, 104 p.
- VÁSQUEZ MARTINEZ, Edmundo. *Derechos Fundamentales y Justicia Penal*. 1 ed., San José, Juricentro, 1992, 608 p.
- VILTALE (Gustavo L.), *Suspensión del proceso penal a prueba*, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, Argentina, 1996.
- WILDE, Zulema D. y GAIBROIS, Luis M., *Qué es la mediación*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1994, 117 p.
- ZAFFARONI, E.R. (Coordinador). *El proceso penal. Sistema penal y derechos humanos*. San José (Costa Rica): Editorial Porrúa, México, 2000. 726 p.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Los objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales” en la obra colectiva *El Derecho penal hoy*, Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto s.r.l., 1995.
- ZULITA FELLINI (directora), *Mediación Penal. Reparación como tercera vía en el sistema penal juvenil*, 1° ed., Depalma, Buenos Aires, 2002, 224 p.

REVISTAS

- ANTILLÓN MONTEALEGRE (Walter), ¿Es el proceso una relación jurídica?. En: *Ivstia*, Año 2, N° 16, abril 1988, pp. 7-10.
- ARMENTA DEU, Teresa. “El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas”. *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Agosto, 1997, Año 9, N°13, pp. 19-35.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “La transacción penal brasileña y el derecho norteamericano”. *Revista de Ciencias Penales*. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Marzo, 2000, Año 12, N°17, pp. 49-53.
- BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. “Derecho Penal y Paz social, ensayo sobre una aparente contradicción”. *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Noviembre, 1994, Año 6, N°9, pp. 7-16.
- BOVINO, Alberto. “La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derecho”. *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Diciembre 1998, Año 10, N°15, pp.28-34.
- CAFFERATA NORES, José I. “Juicio Penal Abreviado”. *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Julio, 1996, Año 8, N°11, pp. 3-7.
- CHINCHILLA CALDERÓN, Rosaura. “La acción civil resarcitoria en el proceso abreviado”. *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Agosto, 2001, Año 13, N°19, pp. 97-105.

- CHINCHILLA CALDERÓN, Rosaura. "Proceso Penal Abreviado y Derecho de la Constitución". *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Diciembre, 1997, Año 9, N°14, pp. 97-104.
- CORTÉS COTO, Ronald. "Algunos apuntes sobre la legitimación para conciliar en el nuevo código procesal penal". *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, mayo, 1999, Año 11, N°16, pp. 93-101.
- ESER, Albin. "Una justicia penal "a la medida del ser humano". *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Diciembre 1998, Año 10, N°15, pp. 3-15.
- GARCÍA AGUILAR, Rosaura, "Requisitos de la suspensión del proceso a prueba ante la infracción juvenil". En: *Revista de Ciencias Penales*, Año 12, N°17, Marzo, 2000, pp. 83-99.
- GARCÍA AGUILAR, Rosaura. "Aceptación de los cargos y decisión jurisdiccional en la suspensión del proceso a prueba en materia penal juvenil". En: *Revista de Ciencias Penales*, Año 11, N°16, Mayo 1999, pp. 79-92
- GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel. "El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal". *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, julio, 1993, Año 5, N°7, p. 63-73.
- GONZALEZ ALVAREZ, Daniel. "La conciliación penal en Iberoamérica". *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Noviembre, 2000, Año 12, N°18., pp. 115-140.
- HASSEMER, Winfried. "La persecución penal: legalidad y oportunidad". *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Setiembre, 1995, Año 7, N°10, pp. 2-8.
- HIRSCH, Hans Joachim. "La reparación del daño en el marco del Derecho Penal Material" *Justicia penal y sociedad*, Revista Guatemalteca de Ciencias Penales, Año 1, N° 1, octubre de 1991, pp.23-45.
- HOUED VEGA, Mario A. "La suspensión del proceso a prueba", en publicación de la Asociación de Ciencias Penales, ps. 613 y ss., año. 2007.
- ISSA EL KHOURY JACOB, Henry. "Solución alternativa del conflictos penales. Una propuesta de marco teórico." *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Noviembre, 1994, Año 6, N°9, pp. 65-72.
- RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos. "Comentarios sobre la necesidad de los mecanismos alternativos del Derecho penal" . En: *Ivstitia* Año 1, N°11, noviembre 1987, pp. 9-11.
- ROXIN, Claus. "La reparación en el sistema de los fines de la pena". *Revista Guatemalteca de ciencias penales*. Justicia Penal y Sociedad. Año 1, Número 1, Octubre 1991, pp. 5-22.
- SALAZAR, Alonso. "Suspensión del Procedimiento a prueba y proceso abreviado, un problema de constitucionalidad". En: *Revista de Ciencias Jurídicas*, N°90, Mayo-Agosto, 1999, pp. 131-145.
- SÁNCHEZ ROMERO, Cecilia; HOUED VEGA, Mario Alberto; CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo. "El Abolicionismo y el rol de las comunidades indígenas". *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Noviembre, 1994, Año 6, N°9, pp. 47-64.

DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

- DÖLLING, Dieter, *El desarrollo de las sanciones no privativas de libertad en el derecho alemán*. Traducción realizada por José Hurtado Pozo y Aldo Figueroa Navarro. [en línea]. Disponible en: http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/97_98/pdf/Penas_Alemania.pdf. [Consulta 18-11-04].
- FREHSEE, Detlev. *Restitution and Offender-Victim Arrangement in German Criminal Law: Development and Theoretical Implications* [en línea]. Disponible en: [http://wings.buffalo.edu/law/bclc/bclrarticles/3\(1\)/fresheemacro.pdf](http://wings.buffalo.edu/law/bclc/bclrarticles/3(1)/fresheemacro.pdf). [Consulta: 14-12-04].
- HARTMANN, Ute I., *Victim-Offender Reconciliation with Adult Offenders in Germany* [en línea]. Disponible en: [http://wings.buffalo.edu/law/bclc/bclrarticles/3\(1\)/fresheemacro.pdf](http://wings.buffalo.edu/law/bclc/bclrarticles/3(1)/fresheemacro.pdf). [Consulta: 14-12-04]
- OCROSPOMA PELLA, Enrique. *La reparación penal*. [en línea] Setiembre 2002. Disponible en: http://www.derecho.com/boletin/articulos/articulo_0151.htm. [Consulta 18-11-2004]
- SCHÜNEMANN, Bernd. *The role of the Victim Within the Criminal Justice System : A Three-Tiered Concept*. Disponible en: [http://wings.buffalo.edu/law/bclc/bclrarticles/3\(1\)/schuenemann.pdf](http://wings.buffalo.edu/law/bclc/bclrarticles/3(1)/schuenemann.pdf) [Consulta: 18-11-2004].

PROCESO ABREVIADO Y FLAGRANCIA EN COSTA RICA¹

Lic. David Hernández Suárez

Juez de Flagrancia
Tribunal Penal de Flagrancia
del II Circuito Judicial de San José

¹ Ponencia presentada al Congreso de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica dedicado a la memoria del Dr. Luis Paulino Mora Mora; 21-23 de octubre de 2013, San José, Costa Rica.



"Embarcadero", ilustración digital de Johnny Villares B. 2014

Resumen: El presente artículo contiene un extenso análisis del proceso de flagrancia en nuestro país. Nos remite a su historia, de dónde surge y porqué surge; sus elementos y el procedimiento que se lleva a cabo cuando una persona es sometida al mismo. Se analizan estadísticas sobre la efectividad de estos procesos en cuanto al encarcelamiento de las personas que son sometidas a estos, para concluir que el proceso de flagrancia no es una “máquina de condenatorias” como se piensa.

Palabras clave: Proceso penal, Procedimiento expedito de flagrancia, Proceso Abreviado, Derecho de Defensa, Debido Proceso, Ministerio Público.

Abstract: The present article contains an extense analysis on the *in flagranti* process in Costa Rica. It talks about its history, where it begins and why; its elements and the procedure that takes place when a person is subjected to it. It analyses the effectiveness of the process in terms of people who are imprisoned after being put through this process and concludes that it is not the “conviction machine” it was thought to be.

Keywords: Criminal Procedure, flagrante procedure, abbreviate procedure (plea bargainning), right of defense, due process, Prosecution.

INTRODUCCION

El procedimiento de Flagrancias desde que se implementó el 01 de octubre del año 2008, generó una serie de reacciones. Por un lado surgieron críticas de la forma en que la Corte Suprema de Justicia estableció el primer grupo de nueve jueces y juezas, con sus respectivos grupos de fiscales y defensores, así como estableció vía reglamento la forma en que se llevaría el procedimiento, la competencia de esta jurisdicción y la ubicación dentro del II Circuito Judicial de San José. Otro grupo de la sociedad costarricense se mostro totalmente de acuerdo con la puesta en práctica de los tribunales de flagrancia.

Es evidente que la prensa costarricense a teñido al procedimiento de flagrancia como uno de los procedimientos no sólo más rápidos, sino también más drásticos para atacar el fenómeno de la “inseguridad ciudadana”, enviando a la cárcel a todo aquel que cae en manos de los jueces y juezas de esta jurisdicción. El objetivo de este trabajo es mostrar la realidad de lo que es el Procedimientos Expedito para juzgar los delitos en flagrancia y algunos de sus resultados, que nos permitirán revertir esta imagen.

Claro está que no con esto trataré de ocultar algunas deficiencias que contiene el procedimiento de flagrancias, pero al menos dar a conocer sus bondades.

A) EL PROCEDIMIENTO DE FLAGRANCIA NACE COMO UN PLAN PILOTO EN SAN JOSE.

Los tribunales de flagrancia surgieron ante la necesidad de darle un tratamiento diferente a una serie de hechos delictivos que por no representar mayor complejidad en su investigación, podrían agilizarse su trámite a través de la implementación de equipo de trabajo compuestos por jueces, fiscales y defensores. Durante la vigencia de estos tribunales podemos encontrarnos dos facetas claramente identificadas. La primera de ellas es la puesta en funcionamiento del Planteamiento Estratégico, Organización y Ejecución del Plan Piloto para la Flagrancia en contravenciones y delitos.- La segunda se da cuando se incorpora en la ley de “Protección a víctimas, testigos, y demás sujetos intervinientes en el Proceso Penal”, N° 8720, publicada en La Gaceta N° 47, del 22 de abril del 2009, el Procedimiento Expedito para los Delitos en Flagrancia

Evidentemente con la implementación de los Tribunales de Flagrancia a partir del 1 de octubre del año 2008, la forma de administrar la justicia penal dio un giro sumamente importante que trajo consecuencias que hasta el día de hoy son tema nacional, endosándole a flagrancia la saturación de las cárceles en nuestro país. Existen cuatro documentos básicos que le dieron forma a los primeros tribunales de flagrancia que de seguido mencionaremos.

1. Planteamiento estratégico, organización y ejecución del plan piloto para la flagrancia en contravenciones y delitos.-

El Sesión Extraordinaria de Corte Plena del 25 de agosto de 2008, Artículo XV aprobaron cuatro documentos que darían base para que entraran en funcionamiento los tribunales de flagrancia. Uno de los fundamentos que se dieron fue la prolongada duración de los procesos penales en aquellos asuntos que no mostraban ninguna complejidad. Eran asuntos sencillos, de fácil investigación e inclusive de resolución. Entre este tipo de asuntos teníamos los hechos descubiertos en flagrancia. Se decía que a pesar de las nuevas reglas que se introdujeron en el Código Procesal del 96, no se había logrado darles un tratamiento diferente, mandándolos al igual que los procesos complejos y difíciles hacer fila en los despachos judiciales.

1. ▶ El primer documento es el **“Planteamiento Estratégico, Organización y Ejecución del Plan Piloto para la Flagrancia en contravenciones y delitos.”** donde se nos describe el problema que se pretende atacar, los obstáculos que se presentan para buscarle una solución expedita a la situación, el plazo que se pretende dure el proceso que iba de 24 horas a 25 días como máximo. El corto plazo de duración del proceso no puede jamás irrespetar los derechos, libertades y garantías de las partes. El proceso será completamente oral. Igualmente nos habla de las necesidades administrativas que se requerirán.

2. ▶ El segundo documento es el **“Reglamento de organización y competencias de los funcionarios penales de San José a cargo del trámite de delitos y contravenciones y flagrancia”**. Aquí se describe la cantidad de personal que se requerirá para poner en funcionamiento los tribunales de flagrancias (jueces contravencionales, penales y de juicio, así como los defensores y fiscales necesarios). La ubicación física de los despachos, el horario y la competencia territorial.-

3. ▶ El tercer documento denominado **“Reglamento y Protocolos de Actuación en delitos en flagrancia”**. Se describen los protocolos que deben seguir las autoridades policiales (administrativas o judiciales), los representantes del Ministerio Público, la dinámica de la “audiencia temprana” y en el debate oral y público.

4. ▶ El cuarto documento fue titulado **“Reglas de Procedimiento a seguir en el trámite de las contravenciones en flagrancia”** aquí nos encontramos con el protocolo de actuaciones de la policía, el juez contravencional y penal y los defensores. Establece dónde estarán ubicados, el horario y su competencia territorial.

1.1 Con la promulgación de la ley de **“Protección a víctimas, testigos, y demás sujetos intervinientes en el Proceso Penal”**, N° 8720, publicada en La Gaceta N° 47, del 22 de abril del 2009, donde se introdujo el **Procedimiento Expedito para los Delitos en Flagrancia** algunos de estos documentos fueron modificados, en Sesión número 14-09 del 27 de abril del 2009 (Artículo XIX) y en Sesión número

31-09 del 7 de septiembre del 2009 (Artículo VII), sesión extraordinaria número 25-2012 del 23 de julio de 2012, artículo XXIII; sesión extraordinaria número 33-2012 del 17 de setiembre de 2012, artículo XXIII, sesión extraordinaria número 40-2012 de las 10:55 horas del 19 de noviembre de 2012, artículo XXI, y en la sesión extraordinaria número 44-2012 del 17 de diciembre de 2012, artículo XXVI).

CRÍTICAS:

La puesta en vigencia de este proyecto, trajo –como era de esperar- muchas reacciones de los diferentes operadores del sistema penal. Entre las críticas que se le hicieron tenemos que el proceso de flagrancia violentaban los siguientes principios

- » División de Poderes
- » Juez Natural
- » Debido Proceso
- » Derecho de Defensa

Ante estas críticas se salió al paso indicando que el procedimiento para juzgar los delitos en flagrancia encontraba sustento en la normativa vigente que contenía el Código Procesal Penal de 1996. Lo único que se hizo fue darle un tratamiento diferente, como sucede con muchos otros procesos cuando la Corte Suprema de Justicia decide aplicar medidas de refuerzos en cualquier otro despacho para solventar problemas de atascamientos. Además de ello, la reducción de los plazos siempre fue consensuada con las partes lo que permitió resolver los procesos en cuestión horas o días. Los jueces y juezas que integraban el tribunal, habían participado conforme a las reglas establecidas en la Carrera Judicial. Además se potenció el uso de la oralidad en todo el procedimiento.

B) SE INTRODUCE EL PROCEDIMIENTO EXPEDITO PARA LOS DELITOS EN FLAGRANCIA.

Con la promulgación de la ley de “Protección a víctimas, testigos, y demás sujetos intervinientes en el Proceso Penal”, N° 8720, publicada en La Gaceta N° 47, del 22 de abril del 2009, se introdujo el Procedimiento Expedito de para los Delitos en Flagrancia sufriendo cambios muy importantes de cómo venía trabajando los tribunales de flagrancia antes de esa fecha. Entre ellos tenemos:

- » Desaparece el Juzgado Penal de Flagrancias. Ya solo este hecho, todo aquel proceso en que se haga necesaria la participación del Juez de la Etapa Preparatoria o el de la etapa intermedia eliminan la posibilidad de que el proceso se tramite en el Tribunal de Flagrancias.
- » El rol que asumía el juez de la etapa intermedia en la audiencia preliminar se le traslada al juez de juicio en la audiencia “inicial”.

a. Casos en los que se aplica el procedimiento. Participación activa del ministerio público

De acuerdo con el artículo 422 este procedimiento debe aplicarse sólo en aquellos casos en que se trate de:

- » Delitos en Flagrancia excepto cuando la investigación del hecho impida aplicar este.

CONCEPTO DE FLAGRANCIA

Desde la perspectiva jurídica, la expresión “flagrancia”, nos refiere a la comisión de un hecho delictivo y la aprehensión de su posible autor en el acto o cuando es perseguido. Por ello es normal escuchar expresiones como: “lo agarraron con las manos en la masa”, “lo agarraron caído” “pescaron in fraganti”, “fue sorprendido in fraganti”.

Este concepto no puede tomarse a la ligera, sino que debe realizarse un análisis profundo ya que algunos casos parecen entrar dentro de este concepto, pero ello no es así.

FLAGRANCIA EN NUESTRO ORDEN PROCESAL PENAL

El Código Procesal Penal en su artículo 236, establece que estaremos en presencia de hecho en flagrancia cuando:

“... el autor del hecho punible sea sorprendido en el momento de cometerlo o inmediatamente después, o mientras sea perseguido, o cuando tenga objetos o presente rastros que hagan presumir vehementemente que acaba de participar en un delito.”

Tipos de Flagrancia

El Código italiano de 1955, realiza una diferencia entre la flagrancia propiamente dicha, la cuasi flagrancia y la presunta flagrancia.

a) Flagrancia propiamente dicha: Se entiende por la primera cuando el autor del hecho delictivo (delito o contravención) es sorprendido en el momento de la comisión del mismo, o es detenido inmediatamente después.

b) Cuasiflagrancia: en este caso cuando el autor o los autores del delito o contravención ya se han retirado del lugar de los hechos, pero son perseguidos, ya sea por la víctima u ofendido, por testigos o bien por funcionarios de la Fuerza Pública. En estos casos si bien es cierto, las personas no son detenidas en el lugar de los hechos, sino que a cierta distancia y un tiempo después, se mantiene un enlace directo con los hechos.

c) Presunta Flagrancia: en este último supuesto, es cuando la persona posee bienes u objetos o presenta rasgos que hagan presumir que ha participado en un hecho delictivo. Ejemplos podemos tener muchos. Un vehículo estacionado frente a un almacén que tiene los portones metálicos semiabiertos donde sujetos entran y salen cargando mercadería hacia el carro a las 3 de la mañana.

Un sujeto caminando por la circunvalación cargando un televisor pantalla plana de 55 pulgadas entre otros.

Estos presupuestos se desprenden del artículo 236 del Cpp., que establece que estaremos en presencia de hecho en flagrancia cuando:

“... el autor del hecho punible sea sorprendido (percepción sensorial)

- 1) en el momento de cometerlo (Flagrancia en sentido estricto)
- 2) inmediatamente después, (Flagrancia en sentido estricto)
- 3) o mientras sea perseguido, (La cuasiflagrancia)
- 4) o cuando tenga objetos o presente rastros que hagan presumir vehementemente que acaba de participar en un delito.- (La presunta Flagrancia).

Los tres primeros presupuestos presumen el descubrimiento del autor o autora del hecho en forma inmediata por un tercero o terceros que la sorprenden, pueden ser civiles o bien autoridades de policía, ello sugiere una inmediatez temporal, espacial y personal. A estos terceros se les da la facultad de aplicar la medida cautelar de detención de la persona o personas sorprendidas en flagrancia quienes deben de inmediato llamar a las autoridades policiales y estas deben de poner a la orden de la Fiscalía, quien a su vez ponerlo a la orden del juez respectivo en un plazo de 24 horas como lo exige el artículo 37 Constitucional. El cuarto presupuesto es conocido como la presunta flagrancia y ella supone que a un determinado sujeto se le encontraron objetos o presente rastros que hagan presumir que acaba de participar de un delito. En estos casos también se da esa aproximación temporal y espacial, pero se diluye la personal, hasta tanto no aparezca una persona denunciando un delito que lo enlace con esos objetos o rasgos que aquel presentaba al momento de la detención con hecho delictivo. En este sentido el órgano jurisdiccional al momento de declararse competente para conocer el proceso debe realizar un análisis profundo para establecer efectivamente estamos en presencia de un hecho cometido en flagrancia y si debe tramitarse en esta vía o bien mejor pasarlo a la vía ordinaria.

b. Consecuencias inmediatas de la comisión de un hecho en flagrancia

1) Detención en flagrancia

Constitucionalmente está regulada la detención para aquella persona que es detenida cometiendo un delito en flagrancia de acuerdo con el artículo 37 cuando dice:

ARTÍCULO 37. *Nadie podrá ser detenido sin un indicio comprobado de haber cometido delito, y sin mandato escrito de juez o autoridad encargada del orden público, excepto cuando se trate de reo prófugo o **delincuente infraganti**; pero en todo caso deberá ser puesto a disposición de juez competente dentro del término perentorio de veinticuatro horas.*

ARTÍCULO 235. *Aprehensión de las personas. Las autoridades de policía podrán aprehender a toda persona, aun sin orden judicial, cuando:*

a) *Haya sido **sorprendida en flagrante delito** o contravención o sea perseguida inmediatamente después de intentarlo o cometerlo...*

2) Requisa de la persona sospechosa

De acuerdo con el artículo 189 del Código Procesal Penal, tanto el juez, el fiscal o la policía podrán realizar la requisa personal, siempre que haya motivos suficientes para presumir que alguien oculta pertenencias entre sus ropas o que lleva adheridos a su cuerpo objetos relacionados con el delito. De previo a requisar a la persona las autoridades deben de advertirle a la persona acerca de la sospecha y del objeto buscado, invitándola a exhibirlo. La advertencia e inspección se realizará en presencia de un testigo, que no deberá tener vinculación con la policía. Las requisas se practicarán separadamente, respetando el pudor de las personas. Las requisas de mujeres las harán otras mujeres.

3) Registro del o los vehículos

De acuerdo con el artículo 190 del orden procesal penal el juez, el fiscal o la policía podrán registrar un vehículo, siempre que haya motivos suficientes para presumir que una persona oculta en él objetos relacionados con el delito. Deberá en la medida de lo posible aplicarse las formalidades previstas para el caso de la requisa.

4) Allanamiento sin orden judicial.

Es evidente que el domicilio y todo recinto privado de cualquier habitante de nuestro país son inviolables y la única forma de que una autoridad ingrese a ellos es a través de una orden fundada emitida por un juez de la república y limitada entre las 06 de la mañana a las 18 horas y solo en casos sumamente graves o de urgencia se puede acordar después o antes de esas horas. Pero de acuerdo con el artículo 197 podrán las autoridades proceder al allanamiento sin previa orden judicial cuando:

“...**b)** Se denuncia que personas extrañas han sido vistas mientras se introducen en un local, con indicios manifiestos de que pretenden cometer un delito.

c) Se introduzca en un local algún imputado de delito grave a quien se persiga para su aprehensión.

d) Voces provenientes de un lugar habitado, sus dependencias o casa de negocio, anuncien que allí se está cometiendo un delito o pidan socorro.”

5) Secuestro de objetos relacionados con el delito.

Otra de las posibilidades que las autoridades policiales y del Ministerio Público poseen es que podrán disponer que sean recogidos y conservados los objetos relacionados con el delito, los sujetos a confiscación y aquellos que puedan servir como medios de prueba. Los bienes secuestrados serán inventariados y puestos bajo custodia segura, lo anterior de conformidad con los artículos 198 y 199 del Código Procesal.

3. ▶ TRAMITE DEL PROCEDIMIENTO DE FLAGRANCIA

1) Valoración inicial del caso por parte del ministerio público

De acuerdo con los artículos 422 a 424, la persona o las personas detenidas en Flagrancia deben ser puestas de inmediato a la orden del Ministerio Público o Fiscalía de Flagrancias, quien procederá primero a entrevistar a los oficiales de Fuerza Pública, Municipalidad o Judicial, luego a la víctima y testigos. De esas entrevistas realizará una valoración para establecer si se está ante un hecho en flagrancia y si se puede tramitar de acuerdo con la celeridad que este proceso ofrece.

Una vez que el o la representante del Ministerio Público considera que el proceso debe tramitarse bajo el procedimiento expedito de Flagrancia, procederá a tomar los datos de identificación del ofendido y los testigos. Llama a la Defensa Pública de Flagrancia solicitando la presencia de un defensor o defensora en virtud de que se va a grabar la causa (toma la denuncia, el parte policial y entrevista a los testigos) y le indicará la hora, que generalmente no pasarán de 5 a 10 minutos.

Si el señor defensor o defensora no se presenta se iniciará con la grabación sin su presencia. El defensor o la defensora podrán ingresar al momento que consideren conveniente. A la defensa no se le permite hacer preguntas o cuestionar al testigo o víctima. Pero si puede tomar nota. Debe quedar claro que lo que recoge es la versión de los hechos que da la víctima, testigo y oficiales de la policía actuantes.

2) Nombramiento del defensor o de la defensora

Una vez que ha concluidas con las entrevistas que se le realizan a la víctima, testigos, y oficiales de policía por parte del representante del Ministerio Público en presencia del defensor o defensora, se hace pasar al imputado a quien se le hace saber cuáles son sus derechos (artículo 82 Cpp), entre ellos claro esta su posibilidad de abstenerse de declarar y la posibilidad de nombrar un defensor de su confianza (art. 425, 82.c, 93, 100, 101 todos del Cpp). En caso de que el imputado indique que no tiene un defensor o defensora de su confianza o no cuenta con medios económicos se procederá a nombrar un defensor público y en este último caso sería el defensor o la defensora del Departamento de Defensores Públicos que estuvo previamente en las entrevistas. Posteriormente el representante del Ministerio Público procede a informarle al imputado sobre los hechos que se le atribuyen, su calificación jurídica y la prueba que tiene para fundamentar una acusación como lo refiere el artículo 92 en relación con el 425 ambos del Cpp. Aquí no se produce una intimación propiamente dicha, pues el acusado no declara ante la Fiscalía, sino que si lo desea hacer, será ante el juez o jueza del Tribunal de Flagrancia como lo veremos más adelante.-

» a) Plazo de 24 horas

Una vez nombrado y empapado de todo lo acontecido en el proceso, si el defensor considera que necesita el plazo de las 24 horas para preparar una mejor defensa,

así se lo solicitará al Ministerio Público. Aquí la fiscalía podría poner en libertad al imputado si no va a solicitar medidas cautelares al tribunal, pero como veremos más adelante, aunque no solicite medidas, siempre pide la audiencia para que el imputado quede citado para la continuación de la audiencia.

» *b) El derecho de defensa en el procedimiento expedito de flagrancia frente al debido proceso*

Una vez que hemos descrito como funciona en la realidad el tema de la defensa en el procedimiento de Flagrancias debemos preguntarnos si la forma en la que está ideado este procedimiento violenta el debido proceso y en concreto el derecho de defensa.

Con respecto al derecho de defensa técnica el comportamiento que se produce en Flagrancias es “normal” al que se produce con el procedimiento ordinario. A la fiscalía llega la persona detenida, el fiscal o la fiscal, llaman al Departamento de Defensores Públicos para que se le asigne un profesional que atienda el caso, la o el fiscal toma los datos de identificación y la versión tanto al ofendido, como testigos y oficiales de policía, estando presente el defensor o la defensora. Recibida la denuncia, el parte policial, entrevistados los testigos y apersonada la defensa se lleva al imputado para su respectiva identificación, se le explican entre ellos que tiene derecho a que lo asista un defensor o defensora de confianza y en el caso de que no lo tenga se le asigna precisamente al defensor o defensora que se apersonó. Se indicará sobre los hechos por los cuales se le seguirá causa y además se le mencionará la prueba que hay en su contra.

Esta forma de proceder y que a mi criterio produce una mejor defensa para el imputado o imputada que lo que sucede en el proceso ordinario ya que la defensa técnica no conoce absolutamente nada del caso y será el o la representante del Ministerio Público quien le facilita generalmente el parte policial y la denuncia y le explica en términos generales lo que la víctima ha denunciado y si entrevistó a los testigos, lo que estos dijeron y si se recogió alguna evidencia. La defensa técnica nunca está en la recepción de la denuncia y mucho menos en la elaboración del parte policial, que como ya se ha mencionado es oral.

Por lo menos en la práctica que se realiza en el Segundo Circuito Judicial de San José notamos que el defensor o la defensora se le invita a presenciar la recepción de la denuncia, el parte policial e incluso en las entrevistas del o los testigos presenciales, claro, no se le otorga la facultad de intervenir, pues no se va a convertir estos actos procesales en un debate anticipado.

Esta oportunidad es valiosísima para la defensa, pues le permite acceder a las versiones dadas por la víctima, testigos y oficiales de policía, incluso examinar la intervención del Ministerio Público en la producción de estas versiones. Algo que no se da en el procedimiento ordinario.-

Una vez terminada la fase de la recepción de la denuncia, el parte policial y la entrevista de los testigos, ya a estas alturas la defensa tiene claro el escenario en el cual va ejercer su estrategia de defensa al menos desde la óptica de la prueba de cargo. Luego se procede a identificar al imputado y a explicarle sus derechos. La

defensa tiene la posibilidad de conversar privadamente con su defendido no sólo antes de la recepción de la denuncia y parte policial, sino antes de que se realice la audiencia ante el Tribunal de Flagrancias. Incluso a pesar de que el Ministerio Público solicita la audiencia y el procedimiento exige que esta se haga en forma inmediata, se le pregunta a la defensa si esta lista para la realización de la audiencia y si pide plazo se le otorga este.

» *c) Críticas al plazo de 24 horas otorgado a la defensa para elaborar una mejor estrategia*

Se ha considerado que un plazo de 24 otorgado a la defensa es insuficiente para realizar una adecuada investigación y una eventual búsqueda de prueba. Esto disminuye las posibilidades de ejercer una mejor defensa.

Ante estas críticas es necesario primero aclarar que el plazo de las 24 se le confiere al defensor o defensora para elaborar una mejor estrategia de defensa, es decir completar el panorama en la cual se fijará la misma.

Aquí no se está diciendo que la defensa esté obligada a que tenga -en ese plazo- que elaborar una investigación, realizar entrevistas a testigos. Sino que el plazo de 24 horas es precisamente para establecer con su defendido cuál sería la estrategia de defensa y si dentro de esta, está realizar entrevistas a testigos, recolectar alguna prueba pericial, etc. etc. El Tribunal al momento de fijar la competencia o bien en la audiencia donde se discute el ofrecimiento de prueba, si percibe que alguna de las partes necesita más tiempo para su recolección, puede tomar la decisión de declararse incompetente y direccionar el proceso a la vía ordinaria. Si la defensa necesita tiempo para recabar prueba, pero que no implica una duración excesiva bien podría el tribunal conceder el plazo respectivo a la defensa.

El mito que se ha vendido es que el procedimiento de flagrancias sólo puede durar quince días, cuando eso es falso y lo estaremos viendo más adelante cuando toquemos el tema de la duración del procedimiento de flagrancias.

Generalmente el proceso entre la solicitud del defensor o defensora de acogerse a las 24 horas y la realización de esta audiencia pasan más de las 24 horas, puede llegar incluso a días según la agenda del tribunal y de esta audiencia al señalamiento a debate puede pasar otros varios días. El comportamiento de los Jueces del Tribunal siempre está en señalar a debate si la persona guarda prisión preventiva dentro de los quince días que establece el 430 Cpp, de no ser así podría incluso señalarse hasta 15 o 22 días después.

3) Duración del procedimiento de flagrancia

Por su parte, el nuevo proceso de abril del dos mil nueve si lleva un cambio de paradigma en relación a los plazos para el juzgamiento. A pesar de que, ese proceso no establece, específicamente, un plazo para la resolución definitiva de la causa, algunos han interpretado que el Procedimiento Expedito de Flagrancias tiene un plazo fijo de 15 días para resolver en definitiva el mismo. Pero esto no es así y creo que la confusión se produce al momento en que se interpretan los artículos 430 y 435.

Artículo 435. Duración del proceso

*Cuando proceda la aplicación del procedimiento expedito, en **ningún caso debe transcurrir un plazo superior a quince días hábiles** entre el inicio del procedimiento y la celebración de la audiencia por parte del tribunal. El incumplimiento de ese plazo será causal de responsabilidad disciplinaria para el funcionario responsable de la demora.”*

Artículo 430.-Dictado de la prisión preventiva

*Cuando el fiscal considere la conveniencia de la imposición de la prisión preventiva o cualquiera otra medida cautelar, **lo podrá solicitar así al tribunal de juicio, desde el inicio del proceso.** En caso de que el tribunal, conforme a los parámetros establecidos en este código, considere proporcional y razonable la solicitud del fiscal, establecerá la medida cautelar de prisión preventiva en contra del imputado, **la cual no podrá sobrepasar los quince días hábiles.***

Creo -sin pretender ser dueño de la verdad o tratar de imponer mi criterio-, que de la lectura de ambas normas no se desprende en lo absoluto que el legislador le haya querido poner un plazo fijo a la duración del procedimiento de flagrancias, como erróneamente fue titulado el artículo 435, pues de su texto se deduce otra situación.-

Notemos que el plazo de 15 días fue impuesto para que el representante del Ministerio Público solicite la audiencia al Tribunal de Flagrancias y de no pedir esta en el mencionado plazo, el fiscal o la fiscalía podrían enfrentar un proceso disciplinario. Eso es todo. Ni siquiera la norma exige que el proceso se remita a proceso ordinario, lo que permitiría incluso que los fiscales o las fiscales soliciten audiencias al tribunal vencido dicho plazo.

En la forma en que esta ideado el procedimiento de flagrancias, al Ministerio Público se le otorgan dos posibilidades para solicitarle audiencia al Tribunal de Flagrancia, y ellas están relacionadas a dos temas específicos, cuando solicite la imposición de medidas cautelares o bien presente la acusación. Incluso hay una tercera opción que se ha desarrollado, pero que no está regulada y que ya la comentamos pero que desarrollaremos líneas abajo. -

Existiendo estas dos posibilidades a cuál audiencia se estarían refiriendo el legislador en el artículo 435 Cpp., pasemos a ver en que supuestos estas se dan.

4) Solicitud de audiencia ante el tribunal

De acuerdo a como esta ideado el procedimiento expedito de flagrancias, y ya lo habíamos adelantado el Ministerio Público sólo puede solicitar audiencia al Tribunal Penal de Flagrancias:

a) Cuando considere que el asunto debe ir a juicio.-

artículo 426 Cpp. “...cuando el fiscal considere pertinente que el asunto debe ir a juicio y se encuentre constituida la defensa técnica, **procederá a solicitar oralmente al tribunal de juicio que realice una audiencia para conocer de su solicitud;** el tribunal resolverá de inmediato, oralmente, si concurren los requisitos para aplicar el procedimiento en flagrancia.”

b) El fiscal solicite medidas cautelares Artículo 430 Cpp “... Cuando el fiscal considere la conveniencia de la imposición de la prisión preventiva o cualquiera otra medida cautelar, **lo podrá solicitar así al tribunal de juicio, desde el inicio del proceso.**”

c) El Ministerio Público solicita audiencia pero no pide medidas cautelares

A pesar de que el Ministerio Público puede dejar en libertad en forma inmediata al imputado si considera que no son necesarias las medidas cautelares, siempre solicita la audiencia ante el Tribunal de Flagrancias con el fin de que se proceda a judicializar la identificación del imputado, su dirección, se le hagan las advertencias de que si no se le logra ubicar en domicilio por él suministrado podría decretarse su rebeldía y ordenarse su captura y luego para que de una vez se señale la continuación de audiencia.-

5) Constitución del tribunal en la primera audiencia

Al inicio del Tribunal de Flagrancia a finales del año 2008, se generó una discusión entre los jueces y juezas del Tribunal, de cómo debería quedar integrado el tribunal en esta primer audiencia. Algunos manifestaron que debería integrarse de acuerdo a la penalidad delito que se le atribuye. Si no superaba la pena de prisión de 5 años se constituiría un tribunal unipersonal y si era superior a los 5 años debería integrarse un tribunal colegiado.

Luego de varias interpretaciones y analizar a lo que establecen los artículos 427, 96, 96 bis en relación con el 107 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se llegó a la conclusión que la “audiencia inicial” y la audiencia de medidas sólo era necesario la participación de un juez.

6) Aspectos que se conocerán en la primera fase de la audiencia

De acuerdo con el artículo 428, una vez que el fiscal realiza la solicitud de audiencia al tribunal, que generalmente lo hace oralmente y ante el personal de apoyo. Internamente se revisan los distintos roles que lleva el tribunal para conocer a cual juez o jueza le correspondería conocer el caso. Teniendo claro esta situación, se le consulta a la defensa si se encuentra lista, si su respuesta es afirmativa de inmediato se realiza la audiencia.

Esta audiencia se conocerá:

1.- SOBRE LA COMPETENCIA. La primera petición que realiza la fiscalía es pedirle al tribunal que se declare competente para conocer del proceso de dicha petición se le da traslado a la defensa para que se pronuncie: (art. 426). A la hora de resolver el Juez debe realizar un análisis sobre varios aspectos entre ellos podemos citar:

a) Verificación de los presupuestos del artículo 236. Concepto de Flagrancia. Ubicación espacial y temporal de la o las personas sospechosas en el lugar de los hechos.

Si bien es cierto el artículo 422 del Cpp establece una excepción a la aplicación del procedimiento de flagrancia y es, cuando la investigación del hecho impida aplicar aquel en términos de celeridad para la resolución del proceso, lo cierto es que sólo esta situación no es la que se valora. El órgano jurisdiccional debe verificar los presupuestos del artículo 236 Cpp, realizar este filtro es suma importancia para que asuntos que no son flagrancia se juzguen aplicando este procedimiento o bien siendo flagrancias pero por lo complejo de la investigación no deben de tramitarse en esta sede.

Ya mencionamos que en el caso de la detención de la o las personas sospechosas en el acto o inmediatamente después o cuando se dan a la fuga son detenidos, responden a una percepción sensorial, donde la ubicación del sujeto desde la óptica espacial y temporal son fundamentales.

b) Cuando la investigación del hecho impida aplicar el Procedimiento de Flagrancia ya sea:

1) Por su complejidad Hay procesos cuyos hechos encuadran dentro del artículo 236 del Cpp, pero a pesar de ello su complejidad impide que se tramiten bajo el procedimiento expedito de flagrancias. Entre esos asuntos tenemos:

2) Cantidad de víctimas o imputados. Se han presentado casos que a pesar de tratarse de un hecho cometido en flagrancia, la cantidad de víctimas u imputados vuelven compleja su tramitación. Por ejemplo tenemos casos de asaltos a los usuarios de un autobús.

3) Actos de investigación. - Algunos actos de investigación por su propia naturaleza impiden que sus resultados se puedan obtenerse en un plazo corto, como por ejemplo todo tipo de pericias.- El artículo 432 establece que si el actor civil, el querellante ofrecen prueba pero para obtenerla atrasaría el proceso en la sede de flagrancias, se le preguntara a la parte que la ofrece si desea prescindir de ella, si no lo hace el juez adecuará el proceso al ordinario.

4) Asuntos de drogas En los asuntos de drogas algunos jueces o juezas de flagrancia se han declarado incompetentes de conocer del proceso en virtud de que ya venía existiendo una investigación previa y bajo dirección funcional del Ministerio Público, lo que excluye la flagrancia. Otros jueces del tribunal han aceptado la competencia y hasta han dictado sentencias condenatorias que luego han sido avaladas por el tribunal de apelaciones

c) Competencia territorial y dentro del horario establecido.

La competencia territorial y temporal se aplica todas las anteriores, ello porque puede ser que si estamos en presencia de una flagrancia, pero tenemos que revisar si se produjo el hecho dentro del territorio y el horario que abarca el tribunal de flagrancias.

1) COMPETENCIA TEMPORAL:

Desde que entraron en funcionamiento los tribunales de flagrancia en San José, se establecieron tres grupos de trabajo. Uno que iniciaba labores de 7:30 hrs a las 16:30 horas, otro de las 17:30 horas a las 23:00, quedando una franja horaria que va de las 16:30 horas a las 17:00 horas y de las 23:00 horas a las 7:30 horas de todos los días.

En virtud de la fijación horaria que hizo la Corte Suprema de Justicia a través del reglamento (arts. 434, 484 del Cpp y 59 de la L.O.P.) , los hechos que sucedían en los tiempos que no fueron contemplados como activos para el tribunal, eran remitidos mediante incompetencia al proceso ordinario.

Esta situación fue definida por la Corte Suprema de Justicia cuando en sesión de Corte Plena N° 31-09, celebrada el 7 de setiembre del 2009, artículo VII, aprobó la modificación del artículo 4.2 del “Planteamiento Estratégico Organización y Ejecución del Procedimiento Especial para Flagrancias estableciendo que Las detenciones en flagrancias que sean presentadas a las autoridades judiciales en horario de las 23:00 horas y hasta las 7:30 horas del próximo día, serán atendidas bajo el procedimiento ordinario.

El tema del vacío que quedaba entre las 23:00 a las 7:30 horas quedó parcialmente solucionado cuando se incorporo otro equipo de trabajo en el Tribunal Penal de Flagrancias de San José del II Circuito Judicial de San José a partir del 1 de julio de 2013 cubriendo de las 00:00 horas a las 6:00 de los días jueves, viernes, sábado y domingo.

Con respecto a este tema han surgido una serie de críticas, ya que aquellos casos en los que se le debe aplicar el procedimiento de flagrancias, no ingresan al Tribunal Penal de Flagrancia por no estar laborando siendo remitidos al proceso ordinario. Es evidentemente que ello genera un tratamiento desigual compartiendo lo dicho la Doctora Rosaura Chinchilla en el sentido de que se podría estar dando una contradicción con el principio de Juez Natural y el principio de igualdad establecidos en nuestra constitución política y que forman parte del Debido Proceso.

El problema no sólo se presenta en el centro de la capital, sino que se extiende a las cabeceras de provincias, donde se han establecido equipos de flagrancias adscritos a los tribunales ordinarios pero con horarios vespertinos, es decir de las 17:00 horas a las 23:00 de lunes a viernes únicamente, dejando al descubierto los fines de semana (sábados y domingos) desde las 23:00 a las 17:00 horas del día siguiente, entre semana (lunes a viernes).

Creemos que el problema que se ha generado en relación a la competencia horaria del Tribunal de Flagrancias de San José y en las demás secciones creadas en las cabeceras de provincia se puede solucionar de diferentes maneras:

- a) En cuanto a los hechos que surgen de las 23:00 horas a las 7:30 del siguiente día en San José, el Ministerio Público podría esperar la apertura del Tribunal de Flagrancias a las 7:30 de la mañana de lunes a miércoles. Sería cuestión de horas, recordemos que el fiscal tiene 24 horas para presentar al imputado o la imputada ante el juez o jueza de flagrancia e incluso hasta quince días para pedir la audiencia al tribunal.

b) En las cabeceras de provincia los hechos que surjan de de las 23:00 horas a las 17:00 de lunes a viernes podrían ser presentados hasta las 17:00 horas en que inicia labores el Tribunal. En cuanto a los hechos que surjan los fines de semana puede crearse la disponibilidad para que uno de los jueces de juicio de flagrancia conozca únicamente el tema relacionado con la situación jurídica del imputado, como sucede con la disponibilidad de los jueces penales ordinarios.

2) COMPETENCIA TERRITORIAL

En cuanto a la competencia territorial dicho reglamento dijo que las oficinas de Turno Extraordinario y Trámite de Flagrancias, tendrán competencia para actuar en la circunscripción territorial correspondiente a las oficinas de San José, I, II y III Circuito.” Esta competencia fue modificada en sesión de Corte Plena N° 31-09, celebrada el 7 de setiembre del 2009 que hemos citado líneas arriba al indicar que las oficinas especializadas de Trámite de Flagrancias, durante el horario de las 7:30 horas a las 16:30 horas, tendrán competencia para atender únicamente los hechos cometidos en la circunscripción territorial del II Circuito Judicial de San José. Pero luego de las 17:00 horas a las 23:00 horas, ampliarán su competencia para atender los casos acaecidos en la circunscripción territorial del I, II y III Circuito Judicial de San José.

Al introducirse dos equipos de flagrancia en el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José la Corte Plena procede a modificar nuevamente la competencia territorial del Tribunal de Flagrancias de San José con sede en el Segundo Circuito Judicial la cual fue comunicada a través de la Circular 124-2012 que:

1) El programa de flagrancias en el Primer Circuito Judicial de San José, cuyas secciones estarán adscritas al Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José, inició a partir del 1 de agosto del año en curso, en horario de 7:30 a las 16:30 horas y de las 17:00 a las 23:00 horas de lunes a viernes, cuya competencia territorial comprenderá Pavas (exceptuando Puriscal), Hatillo y Primer Circuito Judicial de San José.

2) Modificar la competencia territorial del Tribunal de Flagrancias con asiento en el Segundo Circuito Judicial de San José, en el sentido que atenderá los casos del Segundo Circuito Judicial de San José y del Cantón de Desamparados, de lunes a viernes, en el entendido que los fines de semana, días feriados o inhábiles la competencia de ese Tribunal se ampliará comprendiendo la posibilidad de conocer los hechos de los tres circuitos judiciales de San José, a excepción de Puriscal.

d) Incompetencia por imposibilidad de evacuar en un tiempo que se ajuste a la naturaleza del procedimiento de flagrancias la prueba ofrecida por actor civil o querellante (Art. 432 Cpp).

Artículo 432 “...Si la prueba ofrecida por el actor civil o el querellante resulta incompatible con los objetivos de celeridad del procedimiento expedito, **el tribunal se**

lo prevendrá oralmente a la parte proponente, quien manifestará si prescinde de ella o solicita la aplicación del procedimiento ordinario, en cuyo caso el tribunal ordenará adecuar los procedimientos.”

Este tipo de incompetencia puede darse en dos momentos de la audiencia inicial. La primera es cuanto el juez en el primer momento en que se le solicite que se pronuncie sobre su competencia al inicio de la audiencia. O bien cuando este resuelva al final todas las cuestiones planteadas en la audiencia y tenga que decidir sobre la prueba ofrecida por el actor civil o el querellante.

La pregunta que surge es saber a quién le remitiría el proceso. Al Tribunal de Juicio competente o al Juzgado Penal?

En nuestro criterio consideramos que lo procedente es remitirlo al tribunal de juicio ordinario, pues ya el juez se pronunció elevando la causa a juicio y valorando la pertinencia de la prueba ofrecida por el actor y querellante y lo único que falta sería esperar que ellas sean agregadas a los autos para realizar el juicio.

3) DECLARADA LA INCOMPETENCIA EL ÓRGANO JURISDICCIONAL DEBE RESOLVER LA SOLICITUD DE MEDIDAS CAUTELARES.

No sólo a través de las directrices emanadas por la Corte Suprema de Justicia (*sesiones #14-09 del 27 de abril de 2009, artículo XIX, y #31-09 del 7 de septiembre del 2009, artículo VII, sobre los procesos de flagrancia*) sino de las interpretaciones que ha realizado la Sala Constitucional (Res. N° 2012-4705 S.C. V-2009-18816), el juez que conozca del proceso en la primer audiencia de flagrancia y se declara incompetente para continuar tramitando el proceso en esa sede, debe pronunciarse sobre la solicitud de aplicación de medidas cautelares.

4) IDENTIFICACIÓN DEL IMPUTADO.

Una vez declara la competencia, se procede a identificar al imputado o los imputados conforme lo estipula el artículo 83 Cpp, se les solicita que proporcione su nombre completo, si es conocido con otro nombre, su número de cédula o su pasaporte, su fecha de nacimiento y lugar donde nació, el nombre de sus padres, a qué se dedica, cuánto gana y cuánto tiempo tiene de trabajar en ese lugar, su estado civil, si tiene hijos, las edades, si ellos viven con él o ella, su domicilio, si la vivienda es propia o la alquila, cuánto tiene de vivir en el lugar.

En este acto se le consulta si se le dio la oportunidad de nombrar un defensor o defensora de su confianza. Si es afirmativa su respuesta y estando presente su defensor (sea este particular o público) se le pregunta si acepta el cargo y jura cumplirlo fielmente. Se le solicita señale lugar o medio electrónico para atender notificaciones, si no lo había hecho en el Ministerio Público. Se le advierte al acusado sobre su obligación de mantener fijo su domicilio y los peligros que corre de cambiar el mismo y no avisar al tribunal.

Este es un momento sumamente importante, pues se le brinda la oportunidad al imputado o imputada a dar una serie de datos que pueden contribuir a estable-

cer si existen o no los peligros procesales para la imposición de alguna medida cautelar el cual podría ser explotado por la defensa.

5) PLAZO DE LAS 24 HORAS.

Si la defensa se acoge al plazo de 24 horas que establece el artículo 425 del Cpp., se debe suspender la audiencia para continuarla luego, pero de previo, se les pregunta a las partes si hay alguna otra solicitud que realizar. Aquí generalmente la fiscalía puede pedir ya sea que se señale la continuación de la audiencia y se le cite personalmente al imputado con la advertencia de que si no asiste podría ser declarado rebelde y ordenarse su captura o bien la aplicación de medidas cautelares.

Si la defensa no se reserva las 24 horas se continúa la audiencia como se describe adelante. (Este tema ya había sido analizado anteriormente en el apartado 3 titulado TRAMITE DEL PROCEDIMIENTO DE FLAGRANCIAS, punto N° 2)

6) SE FORMULA LA ACUSACIÓN.

Ya sea que la defensa no se haya acogido al plazo de 24 horas que establece el artículo 425 Cpp o bien llegó el momento de continuar con la audiencia luego de que esta se suspendió por que la defensa si utilizó el mencionado plazo, la audiencia se inicia otorgándole la palabra al representante o la representante del Ministerio Público para que proceda a formular la acusación en contra del imputado. Describirá los hechos, su calificación, ofrecerá la prueba y fundamentará su solicitud indicando el porqué considera que la causa debe pasar a la segunda fase que sería la etapa de juicio oral y público. Si hay querellante y actor civil, el juez que dirige la audiencia deberá aplicar supletoriamente el artículo 318 Cpp., párrafo tercero otorgándole la palabra al querellante, luego al Ministerio Público, al actor civil, al defensor o al representante del demandado civil.

Corrección de la acusación. El juez verificará que la acusación y la querrela sean claras, precisas y circunstanciadas y que el hecho atribuido sea típico. En caso contrario, según el artículo 426 el fiscal deberá corregirla oralmente en el acto. Algunos consideran que es el juez el que debe advertir los yerros que contenga la acusación e indicarle al fiscal que los corrija. A mi criterio el juez sólo debe verificar asuntos formales de la acusación, pero nunca entrar a valorar y advertir aspectos de fondo, ya que esto no sólo violenta el derecho de defensa, sino que a la vez se violentaría el principio de imparcialidad del juez, provocando el regreso al proceso inquisitivo.

7) LA INDAGATORIA NO ESTÁ PREVISTA EN EL PROCEDIMIENTO DE FLAGRANCIAS.

Para solventar esta situación en la práctica lo que se hace es aplicar en forma supletoria el artículo 95 Cpp. Luego de que el Ministerio Público procede a realizar la acusación (imputación de cargos), los jueces proceden a preguntarle al imputado si comprende la misma y si tiene claro la prueba que la fundamenta, si contesta afirmativamente, se le advierte de su derecho a declarar o no sobre los hechos y

que puede aportar prueba de descargo. Si indica que no ha comprendido los hechos que se le atribuyen, se le solicita al Ministerio Público que le haga un breve resumen nuevamente hasta que los comprenda claro.

8) APLICACIÓN DE MEDIDAS ALTERNAS.

Posteriormente se analiza la posibilidad de aplicación de las medidas alternativas como la conciliación, la suspensión del proceso a prueba o el pago integral del daño. Si no procede alguna de estas soluciones igualmente se bastatea la posibilidad de aplicar un procedimiento abreviado. En los cuadros siguientes nos muestran el uso de las salidas alternativas en el Tribunal de Flagrancias de San José, lo que nos demuestra que la imagen que se tiene de la labor que realiza este tribunal, no es solo enviar personas a los diferentes centros penitenciarios.

Se tomó como muestra los datos estadísticos de los años 2009 al primer semestre del 2013 y de los cuales se desprende que en 1889 procesos se homologaron por parte de los jueces y juezas del Tribunal de Flagrancias del II Circuito Judicial de San José, 1889 procesos con soluciones alternativas.

Suspensiones de Proceso a Prueba	1257
Conciliaciones	614
Reparaciones Integrales	18
TOTAL	1889

Como veremos de seguido, la utilización del procedimiento abreviado en el Tribunal de Flagrancias del II Circuito Judicial de San José entre el año 2010 al primer semestre del año 2013 se dio en 1750, observando una diferencia de 139 casos más utilizando las salidas alternativas.

8) Aplicación del procedimiento abreviado.- Si no hay propuestas de aplicación de medidas alternativas, o bien ellas no pueden analizarse en virtud de que el imputado o la imputada no cuentan con los requisitos que la ley exige para utilizarlas, se bastatea la posibilidad de aplicar un procedimiento abreviado. Es evidente que la introducción del procedimiento abreviado en el Código Procesal del 96, generó y sigue provocando discursos polémicos y si a esto se le agrega que uno de los mecanismos que más se utiliza para la resolución de los casos en la jurisdicción de flagrancias es precisamente el procedimiento abreviado, se da combinación perfecta para que algunos hayan alzado la voz al cielo proclamando la caída del sistema procesal democrático o garantista que tenía el Código Procesal Penal cuando entró a regir en el año 1998.-

La experiencia nos enseña que el paso de tiempo trae como consecuencia que en muchos procesos penales para cuando ya llegan a la etapa de juicio han pasado de dos a tres años desde el día en que los hechos se dieron. Una consecuencia de esto es que cuando el Ministerio Público trata de localizar a los testigos o a la

víctima, ya no los encuentra en las direcciones o teléfonos por ellos aportados o inclusive si lo logra localizar a la víctima esta ya no está interesada en el proceso.

En flagrancias se tiene otro escenario, la realización del debate puede estar a menos de 15 días si el imputado está preso, o a 22 días si esta libre. Los testigos y la víctima aún muestran ese interés por cooperar con la administración de justicia acudiendo al llamado y presentándose al debate oral y público.

Inclusive uno va viendo como la defensa en el procedimiento de flagrancia esperan hasta el día del debate y es antes de que este se inicie el juicio que solicita la aplicación del procedimiento abreviado y así buscar la reducción de la pena. Pero como se indicó es cuando no existe otra posibilidad de resolver el conflicto penal.

Es definitivo que si analizamos aquellos procesos en donde el imputado decidió acogerse a la aplicación del procedimiento abreviado, notamos que fue porque la víctima no quiso la aplicación de ninguna salida alterna, o bien porque era reincidente o porque la pena a imponer no le permite optar por salidas alternas o por el beneficio de ejecución condicional de la pena. También cuando ya el imputado hizo uso de las salidas alternas y se encuentra dentro del período de 5 años que establece la ley.-

La aplicación del procedimiento abreviado es todo un proceso de análisis de la defensa y el imputado, es un estire y encoje de las diferentes circunstancias que rodean el proceso, como por ejemplo, la pena a imponer, los testigos que vendrían a declarar, la forma en que se produjo la detención y las posibilidades de salir o no airoso en él proceso. Algunos críticos de este procedimiento, a veces ignoran que el imputado es un ser racional, inteligente y que también tiene derecho hacer uso de la defensa material. Nadie más que él sabe en las circunstancias en las que se encuentra y por ello entre los males a los que se enfrenta tiene la posibilidad de buscar el que menos lo afecte y ello también se le debe respetar.

Algunas referencias estadísticas del uso del procedimiento abreviado en el Tribunal Penal de Flagrancias de San José, ubicado en el Segundo Circuito Judicial de San José, nos permitirán realizar un análisis de su aplicación.

ANALISIS ESTADISTICO SOBRE ABREVIADOS

La utilización del procedimiento abreviado en el Tribunal Penal de Flagrancia de San José a partir del año 2010 al primer semestre del año 2013 nos permite extraer que en 1750 procesos se aplicó este procedimiento y de ellos en 888 (50.3%) se les otorgo a los imputados o imputadas el beneficio de ejecución condicional de la pena. En el resto de los 862 (49.7%) procesos no fue posible.

Ya esto nos permite también llegar a una primer conclusión y es que los jueces y juezas que integran el Tribunal de Flagrancias del II Circuito Judicial de San José, lejos de optar por la privación de libertad de las personas condenadas a una pena de prisión, recurren a una última opción que ofrece el derecho penal sustantivo para no dejar preso o presa a la persona condenada, como es la utilización del beneficio de ejecución condicional de la pena. Esta comparación la realizaremos una vez analizados la cantidad de sentencias condenatorias dictadas por el tribunal.

9) REALIZACIÓN DEL DEBATE ORAL Y PÚBLICO (SEGUNDA FASE DE LA AUDIENCIA INICIAL).

Con respecto a la realización del debate, este no difiere en nada al debate que se realiza en el proceso ordinario y por ello no nos vamos de detener en su análisis.

Solo quisiera mencionar con respeto a la realización de debates en el Tribunal de Flagrancias del II Circuito Judicial de San José algunos datos estadísticos que nos permitirán establecer cual a menudo las personas que son sometidas a esta segunda fase terminan privadas de libertad.

El Tribunal Penal de Flagrancias de San José ubicado en el Segundo Circuito Judicial, Goicoechea durante el último cuatrimestre del 2008 al primer semestre del 2013 realizó 867 debates de los cuales se dictaron 573 sentencias condenatorias y 294 sentencias absolutorias.

Lamentablemente no se pudo completar la información considerando la totalidad de las 573 sentencias condenatorias antes mencionadas por carecer de datos estadísticos de los años 2008 y 2009, pero si fue posible extraerlos a partir del año 2010 hasta al primer semestre del 2013, sumando en 411 casos. Los datos son muy claros, en un 52% de las sentencias condenatorias, los jueces y juezas del tribunal optaron por conceder el beneficio de ejecución condicional de la pena, mientras que en un 47.6% se negó esta posibilidad. Por lo general cuando esto último sucede, es porque el imputado ya es reincidente o la pena impuesta impide hacerse acreedor al mismo (supera los tres años de prisión).

10) TOTALIDAD DE SENTENCIAS CONDENATORIAS DONDE SE APLICÓ EL BENEFICIO DE EJECUCIÓN CONDICIONAL DE LA PENA.

Si sumamos las sentencias condenatorias dictadas como consecuencia de un debate y las sentencias dictadas con ocasión de la aplicación del procedimiento abreviado nos darían como resultado que en 2161 sentencias condenatorias de esas 1084 fallos a los imputados se les otorgó el beneficio de ejecución condicional de la pena, lo que representa un 50.16%, mientras que en 1077 casos y que representan el 49.84% se les negó esta posibilidad.

11) CANTIDAD DE CASOS EN LOS QUE LOS IMPUTADOS E IMPUTADAS NO FUERON ENVIADOS A PRISIÓN.

De todos los datos estadísticos recolectados hasta el momento y que abarcan algunos desde el último cuatrimestre del año 2008 en que entró a funcionar el tribunal de flagrancia al primer semestre del año 2013, tenemos que los procesos en lo que no se enviaron a los centros de reclusión las personas involucradas son superiores a los que si se les envió. Veamos con mayor detalle la información:

	PROCESOS ANALIZADOS			
TRIBUNAL PENAL DE FLAGRANCIAS II CIRCUITO JUDICIAL S.J.				
Procesos con soluciones alternas		1889		
Abreviados con beneficio de ejecución condicional de pena	888			
Sentencias condenatorias con benef. Ejecución Con	196			
Sentencias absolutorias			294	
Sub total				3267
Abreviados sin beneficio de ejecución cond.	862			
Sentencias sin beneficio de ejecución cond.	215			
Sub total				1077
TOTAL DE PROCESOS			4344	

12) SOBRESEIIMIENTOS DICTADOS POR EL TRIBUNAL DE FLAGRANCIAS DEL II CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ.

Otra faceta que no se conoce de los Tribunales de Flagrancias es que este dicta sobreseimientos, pues en esta etapa sólo sería posible por muerte del imputado. En el proceso ordinario este tipo de resolución solo se produce generalmente en la etapa intermedia. El siguiente cuadro nos puede ayudar a establecer estadísticamente la cantidad de sobreseimientos dictados durante el año 2009 al primer semestre del año 2013. Nótese que es una gran cantidad. Hablamos de 1034 procesos.

AÑO			CANTIDAD
2009			22
2010			69
2011			236
2012			432
2013			275
		TOTAL	1034

CONCLUSIÓN

De todo lo anterior podemos concluir que el procedimiento de flagrancias no es una máquina de condenatorias, dedicado única y exclusivamente a enviar personas a las prisiones. Los datos son claros, un 75.2 % se resolvieron sin que la persona o las personas necesariamente fueran a prisión, mientras que un 24.8% no quedo más remedio que remitirlos a los centros carcelarios.

Debemos quedar claros que antes de que se introdujera el procedimiento expedito de flagrancias en el Código Procesal Penal, ya se había utilizado un mecanismo de simplificación procesal como fue el procedimiento de citación directa que contenía el Código de Procedimientos Penales de 1975 y dentro de este proceso se encontraba la flagrancia. Es cierto además que cuando se investiga un determinado delito, según las circunstancias en las que este no sólo se desarrolló, sino también en la forma que se descubre, podemos establecer -sin realizar mayores esfuerzos intelectuales- si la investigación es compleja o simple. Precisamente el resultado de este análisis nos permite diferenciar cuando el supuesto autor del hecho es sorprendido cometiendo el delito, o inmediatamente después o se da a la fuga y es detenido. Es innegable que para juzgar este tipo de hechos, los órganos correspondientes pueden ser dotados de diferentes instrumentos procesales sin que ello implique un deterioro de los derechos fundamentales que les otorga nuestro ordenamiento constitucional las personas investigadas. Solo hay que echar una mirada a los distintos procedimientos diferentes al ordinario que contiene nuestro Código Procesal Penal del 98.

ORALIDAD E INQUISICIÓN: REFLEXIONES SOBRE EL PROCEDIMIENTO DE FLAGRANCIA*

Msc. José Joaquín Ureña Salazar

Profesor universitario, abogado penalista

* Ponencia presentada al Congreso de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica dedicado a la memoria del Dr. Luis Paulino Mora Mora; 21-23 de octubre de 2013, San José, Costa Rica.



"Sol", ilustración digital de Johnny Villares B. 2013

Resumen: El presente artículo trata de manera crítica el procedimiento de flagrancia añadido al Código Procesal Penal en el año 2009 y que surge como respuesta al clamor popular y de los medios de comunicación de un endurecimiento del sistema penal ante las situaciones de inseguridad ciudadana y aumento de la criminalidad. En este trabajo, se presentan las principales críticas que se pueden formular al procedimiento de flagrancia; se analiza la relación con institutos procesales anglosajones como el plea bargaining, y se discute de manera crítica el tema de la introducción de la oralidad en el proceso, que a lo que lleva es a una práctica poco respetuosa de las garantías procesales y de los derechos fundamentales.

Palabras clave: Proceso Penal, Procedimiento de flagrancia, Oralidad, Sistema acusatorio, Sistema inquisitivo, Plea Bargaining.

Abstract: This paper develops, critically, the flagrante procedure added to the Criminal Procedure Code in 2009, which arises as a response to public and media outcry of a tightening of the penal system because of situations of insecurity and increased criminality. In this work, the main criticisms that can be made to flagrante procedures are presented; also, we analyzed the relationship that this procedure has with american procedural institutions such as plea bargaining. Finally the issue of the introduction of orality in the process, which is leading to a disrespectful practice of due process and fundamental rights is discussed.

Keywords: Criminal Procedure, Procedure flagrante, Orality, adversarial system, inquisitorial system, Plea Bargaining.

1. ▶ EL AROMA DE LA FLAGRANCIA

El congreso de la Asociación de Ciencias Penales del año 2013 ha tenido como meta el análisis de la reforma procesal penal a 15 años de la promulgación del código que rige la materia. He querido participar con el tema de la flagrancia, trámite difícil de digerir e incluso de pronunciar, y que fue añadido al CPP en el año 2009. Según el DRAE flagrar es arder. De donde se desprende que flagrante es algo que arde, o que se está ejecutando actualmente y flagrancia viene a ser algo así como *calidad de ardiente*, lo que nos remite de inmediato a la escalofriante imagen de una hoguera. La frase *in fraganti* es una deformación de la locución latina *in fragranti*, deformación que está extendida a tal punto que la forma correcta está en total desuso. Nada tiene que ver la frase *in fraganti* con fragancia –sinónimo de aroma–, que es un olor suave y delicioso, pero también el buen nombre, y la fama o las virtudes de algo. Ante lo cual surgen las siguientes preguntas: ¿Estamos en presencia de una hoguera inquisitorial injertada dentro de un modelo cuasi acusatorio? ¿Habrá en este procedimiento especial algo de bueno o de virtuoso? ¿Tendrá la flagrancia alguna fragancia? La pregunta encierra de algún modo mi posición en contra de esta reforma, reforma que debe ser estudiada y analizada a pesar de la aclamación irreflexiva recibida por parte los *mass media*, obviando el resultado práctico del colapso del régimen carcelario. Y es que no debemos de olvidar que el estudio del Derecho Procesal Penal, como lo decía hace algunos años uno de los invitados de honor al presente congreso, el Dr. Alberto Binder, es el estudio de los mecanismos que utilizamos los seres humanos para encerrarnos unos a otros en jaulas. Decía el profesor argentino que los procesalistas sufrimos del síndrome del fabricante de guillotinas, que se enamora del brillo de la madera, del perfecto ajuste de los mecanismos, del filo y peso exacto de la hoja, y se le olvida que al final lo que existe es un ser humano al que se le corta la cabeza¹. Para nadie es un secreto que esta reforma de 2008 surgió como una repuesta institucional a las constantes campañas en los medios de comunicación colectiva en contra de la inseguridad ciudadana, reclamando mano dura contra la criminalidad (campaña que por alguna razón sociológica que desconozco ha cesado durante el gobierno de la actual presidenta). Pero como toda respuesta a la prensa y a la opinión pública o publicada, encierra desde su génesis defectos y errores propiciados por el cálculo político-electoral.

2. ▶ PRINCIPALES CRÍTICAS FORMULADAS EN CONTRA DEL PROCEDIMIENTO DE FLAGRANCIA.

En mi criterio la principal crítica que se le puede formular al procedimiento de flagrancia es el horroroso adelanto de criterio que hacen los jueces al dictaminar que un caso debe tramitarse por flagrancia y no por el trámite ordinario. Según los artículos 236 y 426 del CPP, cuando un juez dictamina que concurren los requisitos para aplicar el procedimiento de flagrancia que hay flagrancia le dice al

1 BINDER, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993.

imputado: “Usted fue sorprendido en el momento de cometer el delito o inmediatamente después. Ahora voy a hacerle un juicio imparcial para determinar si usted cometió el delito en el cual lo atrapamos con las manos en la masa...”. Violación clara al artículo 8.1 del Pacto de San José, a pesar de que esto pueda atenuarse (o no) con medidas internas o administrativas. Lo cierto del caso es que el diseño del instituto a nivel legislativo y la práctica en la mayoría de circunscripciones territoriales no pasa el control de convencionalidad. El segundo aspecto es el escaso tiempo dado al imputado para preparar su defensa (24 horas prescindibles) y a la víctima para constituirse como querellante o actor civil, esto sin mencionar la carencia de recurso sobre el decreto de prisión preventiva que violenta el artículo 7 del instrumento arriba indicado, o las facultades del juez para colaborar con el Ministerio Público en la revisión de la acusación². Y ni se diga de la costumbre de realizar abreviados y exigir la renuncia al derecho a recurrir la sentencia³. La mayoría de estos defectos han sido avalados, como ya es costumbre, por la Sala Constitucional⁴. Sin embargo en el presente ensayo se tratará de analizar el resultado de algunos aspectos generados por la práctica, concibiendo al proceso no solo como norma sino como realidad sociológica.

Según un sondeo hecho entre funcionarios que laboran en la jurisdicción de flagrancia, y que fue confirmado con la exposición hecha por uno de los jueces de flagrancia en el Congreso, en términos generales podemos afirmar que un tercio de los asuntos ingresados se resuelven mediante el procedimiento abreviado, un tercio mediante conciliación o medidas afines, y un tercio mediante la celebración del juicio oral y público. De los asuntos que van a juicio aproximadamente dos tercios terminan en sentencia condenatoria⁵. Esto significa que uniendo los abreviados con las condenas, aproximadamente un 55% -más de la mitad de los casos- terminan en condena, un 33% en conciliación, y un 12% en absolutoria, datos aproximados pero de gran utilidad.

3. ▶ FLAGRANCIA Y ABREVIADO O “PLEA BARGAINING”.

El *adversary system*, y el proceso penal de tradición romano-germánica, han sido considerados como sistemas rivales en las sociedades industrializadas. En el derecho continental no han faltado críticas a la penetración del proceso estadounidense en ciertas legislaciones europeas, y ahora latinoamericanas, por medio de la introducción del *plea bargaining*, mediante el cual el imputado renuncia a su derecho a juicio oral a cambio de pactar una pena menor con la fiscalía, generando

2 La mayoría de las críticas están recogidas en el artículo: CHINCHILLA, Rosaura, “*De reformas y contrarreformas: El juzgamiento de los delitos cometidos en Flagrancia*”, en REVISTA JUDICIAL No. 99, marzo de 2011.

3 GAMBOA SANCHEZ, Natalia, “*La renuncia al derecho al recurso del imputado como requisito para pactar un procedimiento abreviado*”, en : Chinchilla, Rosaura (comp.), Reflexiones Jurídicas frente al populismo penal en Costa Rica, San José, IJSA, 2012, p.361-374.

4 Ver por ejemplo el comentario al artículo 429 del CPP, en: LLOBET, Javier, *Proceso Penal Comentado*, EJC, San José, 5ª Edición, p. 640)

5 No existen estadísticas oficiales segregadas para el caso del procedimiento de flagrancia.

la llamada “marcha triunfal” del proceso estadounidense en el mundo⁶. Existen amplias facultades de negociación con el imputado. Mediante el *plea bargaining* o “petición de negociación”, que se aplica aproximadamente en el 95% de los casos, constituyendo un sistema eficiente para obtener condenas a reducido costo⁷. Sobre esta nueva forma de tortura ha dicho LANGBEIN: “*Existe, por supuesto, una diferencia entre soportar la destrucción de los miembros del propio cuerpo si uno se rehúsa a confesar, o sufrir algunos años adicionales de privación de libertad si uno se rehúsa a confesar, pero la diferencia es cuantitativa, no cualitativa*”⁸. Sería engañoso juzgar el proceso norteamericano con base en el escaso porcentaje de casos que van a juicio por jurados, y que ronda, en promedio, en un 5%. Si la abrumadora mayoría de casos se resuelven mediante la confesión del acusado, bajo la amenaza coactiva de una pena mayor, no hay duda que el proceso es inquisitorial, sustituyendo la *flagrante* hoguera por una cantidad adicional de años de cárcel. Con los datos aportados por LANGBEIN, podemos decir que el llamado modelo acusatorio puro ¡es un 95% inquisitorial! Los pactos deben cumplirse (*pacta sunt servanda*), y este principio del derecho privado aplicado al sistema penal, en donde lo que se negocia no son bienes en el comercio de los hombres, sino la libertad ambulatoria de uno de los dos *libres* contratantes, se materializa en un tercio de los casos de flagrancia, porcentaje mucho mayor que el que se observa en el procedimiento ordinario. Lo anterior, unido a las críticas hechas por la doctrina a la escasa imparcialidad del juez y su participación y colaboración con el Ministerio Público en la redacción de la acusación (art. 428 CPP) -violando seriamente el principio acusatorio-, la costumbre denunciada por Natalia Gamboa de exigir renuncia al recurso de apelación, así como la carencia de apelación de la prisión preventiva, y el exiguo derecho de defensa cuya preparación se reduce a 24 horas, convierten al procedimiento de flagrancia en un modelo procesal altamente inquisitorial.

4. ▶ PACTA SUNT SERVANDA: LA CONCILIACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO DE FLAGRANCIA.

Los cuestionamientos siguen vigentes. ¿Estamos en presencia de una hoguera inquisitorial injertada dentro de un modelo cuasi acusatorio? ¿Habrán en este procedimiento especial algo de bueno o de virtuoso? ¿Tendrá la flagrancia alguna fragancia? Sabiendo que los modelos no existen de manera pura en la historia, y que los modelos son una abstracción mental, podemos enunciar las características del modelo acusatorio: Principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, oralidad, única instancia, juicio por jurados, juicio por equidad, íntima convic-

6 SCHÜNEMANN, Bernd, “¿Crisis del procedimiento penal? (¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo? En: Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio, Tecnos, Madrid, 2002, p. 288.

7 BOVINO, Alberto, “*La persecución penal pública en el derecho anglosajón*”, en: PENA Y ESTADO, Editores del Puerto SRL, Buenos Aires, 1997, p.35.

8 LANGBEIN, John, *Tortura y plea bargaining*, en: MAIER y BOVINO, (comp.), El Procedimiento Abreviado, Editores del Puerto SRL, Buenos Aires, 2001, p. 10

ción, identidad diferente del que acusa al que juzga, igualdad de partes, derecho de defensa, juez árbitro, publicidad, inmediatez, concentración, contradictorio, libertad del acusado hasta sentencia. En el proceso inquisitorial seguía el principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal, se acusaba de oficio, mediante denunciantes y testigos secretos, el juez tenía poderes desmesurados, era juez y a la vez investigaba, el proceso era escrito, secreto, no contradictorio, sin derecho de defensa, con prueba tasada, de justicia delegada y de doble instancia, siendo la regla la prisión preventiva. Los modelos mixtos generalmente tienen una etapa de instrucción inquisitorial, y un juicio oral y público⁹. Es evidente que los medios de reparación del daño, llamados genéricamente como conciliación (justicia restaurativa en el ámbito anglosajón), debilitan el principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal, característico de los procesos inquisitoriales. En materia procesal el estudio de los fines tradicionales del proceso, a saber, el cumplimiento o actuación del derecho sustantivo y respeto a las garantías procesales de las partes, ha ido abriendo paso a una tercera finalidad, recogida en el artículo 7 del CPP: la solución del conflicto social subyacente. El dato de que aproximadamente un tercio de asuntos resueltos mediante esta vía, porcentaje mayor que en el procedimiento ordinario, es un punto a favor de la flagrancia. Sin embargo el hecho de que muchos de los que concilian sean privados de libertad sin derecho a apelar la prisión preventiva, empaña un poco la aplicación de los institutos conciliatorios. El preso está ante el dilema: “abrevio o concilio, o en un mes el juez que dijo que yo fui sorprendido mientras cometía el delito, me celebrará un juicio imparcial...” Pero en este caso debemos considerar la conciliación como un punto a favor del procedimiento especial de flagrancia. Tal vez la poca cobertura de la prensa, los oscuros horarios nocturnos -o vespertinos en muchos de los casos-, han hecho que a los fiscales se les permita actuar con cierta libertad, y no entorpecer los acuerdos entre las partes involucradas, ni expropiarlas del conflicto.

5. ▶ LA ORALIDAD POR LA ORALIDAD MISMA: EL FANATISMO POR LA ORALIDAD.

Antes de entrar al tema concreto es necesario hacer no una, sino una gran cantidad de precisiones conceptuales. No puedo callar al respecto. Lo primero que debo decir es que felicito las buenas intenciones de la Corte al tratar de reducir la duración de los procesos mediante la extensión de la oralidad a otras etapas distintas del juicio oral, instituto procesal que tenemos desde 1973 gracias al modelo mixto de corte napoleónico adoptado en esa época. Lo segundo es que respeto las medidas adoptadas pero en términos generales no las comparto. Lo tercero es que no podemos borrar la Prehistoria, la Edad Antigua, la Edad Media, el Renacimiento, La Revolución Francesa, y el proceso de codificación decimonónico, y actuar

9 CARRARA, *Programa de Derecho Criminal*, Parte General, Volumen 2, Depalma, 1977, p. 298-304. Además: MORA MORA, Luis Paulino, *Los principios fundamentales que informan del Código Procesal Penal de 1998*, en REFLEXIONES SOBRE EL NUEVO PROCESO PENAL, Mundo Gráfico, San José, 1996, p. 6-13.

como si nunca hubieran existido. No podemos decir que inventamos la oralidad en el año 2008, bajo la sombra protectora de un curso impartido por un profesor suramericano de un país que durante todo el siglo XX no tuvo Ministerio Público y ni juicio oral. Voy a tratar hacer un breve repaso sobre el significado de la oralidad en los procesos civiles, significado que difiere totalmente del que ha tenido en los procesos penales, para desembocar en el estudio de las circulares emitidas por la corte, y finalmente de la oralidad en el procedimiento de flagrancia¹⁰. En mi criterio esta actitud enaltece la memoria de don Luis Paulino, quien siempre fue abierto a escuchar posiciones distintas a la suya.

En materia civil la oralidad no es la simple prevalencia de lo “hablado” sobre lo “escrito” como mecanismo de ingreso de información al proceso. El predominio de lo hablado sobre lo escrito no es oralidad, es simple oratoria forense. Veamos, por ejemplo, el caso del procedimiento civil romano: altamente formalista, pero en donde los magistrados resolvían todo de forma oral porque existían tenedores de libros que documentaban el proceso en actas no oficiales que pertenecían al funcionario¹¹. La recepción del derecho romano en Europa se dio a partir del Siglo XI, y dio lugar a un proceso civil denominado “proceso común europeo”. Este proceso se extendió por toda Europa durante la Edad Media, sustituyendo el proceso germánico de las tribus bárbaras. El proceso común europeo, se caracterizaba por desarrollarse en una serie de fases cerradas y preclusivas (termini), tales como la demanda, contestación, pruebas, conclusiones y sentencia¹². En él, además de la preclusión, regía el principio de carga de la prueba, según el cual el que hace un alegato tiene el deber de probarlo: “*onus probandi incumbit ei qui dicit, non ei qui negat*”¹³. Era escrito, desconcentrado, de prueba mediatizada, dispositivo, formalista, lento, oneroso, preclusivo y de pruebas tasadas. El principio de escritura era tan extremo que se llegó a formular de la siguiente manera: “*quod non est in actis non est in mundo*”¹⁴. Este proceso se refleja en las 7 partidas del Rey Alfonso el

10 En los dos siguientes apartados se reproduce una parte de mis reflexiones contenidas en el libro: UREÑA SALAZAR, José Joaquín, *Apelación y Oralidad*, EJC, San José, 2011.

11 MOMMSEN, *Op. Cit.*, p. 322. Hay casos donde la escritura era indispensable, por ejemplo, la fórmula que le entregaba el magistrado al iudex en el procedimiento formulario: SCIALOJA, Vittorio, *Procedimiento Civil Romano*, EJEA, Buenos Aires, 1953, p. 158.

12 VESCOVI, *op. cit.*, p. 31. Manifiestan ALCALA y LEVENE que la preclusión es una figura conocida en el derecho medieval, como por ejemplo en la *Summa de los tiempos de los pleytos* de los profesores Ureña y Bonilla en: OBRAS DEL MAESTRO JACOBO DE LAS LEYES, JURISCONSULTO DEL SIGLO XIII, Madrid, 1924. Ver: ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, LEVENE, Ricardo, *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Editorial Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, 1945, nota 169, p. 228.

13 “La carga de la prueba le corresponde al que dice no al que niega” GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1977, p. 74.

14 “Lo que no está en las actas no está en este mundo:” CAPPELLETTI, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, EJEA, Buenos Aires, 1972, p. 35. La idea vigente en el derecho intermedio de la inexistencia de los actos procesales que no consten por escrito en el expediente (*quod non est in actis non est in mundo*), puede llevar a la tentación de formular el principio opuesto: “*lo que no se produce en una audiencia oral ante el juez, no existe*”, que no sino otro tipo de formalismo, como veremos más adelante.

Sabio, en las leyes de enjuiciamiento civil españolas del siglo XIX y en nuestro actual proceso civil, totalmente medieval. Señala ANTILLON, con algún grado de ironía, que para los juristas del tercer mundo la oralidad es lo novedoso, y la escritura lo anticuado, cuando la historia demuestra lo inverso: El proceso oral se dio en el proceso ático, en Grecia, y en el procedimiento formulario en Roma, mucho antes de la escritura difundida en los procesos medievales¹⁵. Después de la Revolución Francesa, durante todo el siglo XIX se dio en casi toda Europa un Movimiento de Reforma Procesal conocido como movimiento a favor de la oralidad¹⁶. Este movimiento es cronológicamente coincidente con las reformas procesales penales que, abandonando el sistema inquisitorial, adoptaron el modelo mixto francés¹⁷. Pretendía acabar con los defectos del proceso común, tales como la escritura, ausencia de intermediación, lentitud, onerosidad y excesivo formalismo. El principal defecto del proceso común era el aislamiento del juez respecto de las partes. Los jueces juzgaban con base en actas escritas, frecuentemente redactadas por escribanos, sin poder interrogar a las partes sobre dudas surgidas, sin analizar la veracidad de sus testimonios, sin ningún contacto humano con los involucrados en el conflicto. Este tipo de proceder, asociado a su desesperante lentitud, eran dos de los principales defectos del proceso común. El movimiento de reforma, ligado evidentemente al ascenso de la burguesía y el agotamiento del *ancien regime*, trataba de contrarrestar los defectos de ese proceso medieval y clasista, y adaptarlos a las necesidades de una sociedad en donde la riqueza se basaba en el comercio, y no en la tenencia de la tierra. La reforma se inició en el derecho francés, justo después de la revolución. El punto de partida fue el Code de Procédure Civile francés de 1806¹⁸ y culminó con la ZPO (ordenanza procesal civil) alemana de 1887 y la ZPO austríaca de 1895, obra de KLEIN y considerada como la máxima expresión de este movimiento¹⁹. Este modelo es oral, público, antiformalista, oficioso, regido por los principios de libre convicción, concentración e intermediación, con prueba no tasada²⁰. En cuanto al desarrollo del proceso sigue el sistema de unidad de la vista, el cual es más rápido y económico que el tradicional sistema preclusivo. Según este sistema los actos procesales pueden realizarse sin respetar un orden determinado por etapas, de manera que en cualquier momento y antes de la sentencia se pueden discutir hechos nuevos y pruebas nuevas, incluso durante la segunda instancia²¹. Pero algo que debemos tener muy claro es que este mo-

15 ANTILLON, *op. cit.*, Tomo II, p. 331. Sugiere utilizar la palabra compresencialidad, en vez de oralidad, para enfatizar en los principios conexos de concentración e intermediación. Ídem., p. 338.

16 CAPPELLETTI, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, EJEA, Buenos Aires, 1972, p. 45.

17 UREÑA, *Actividad...*, 2004, p.49.

18 Aprobado sólo dos años antes que el Código Mixto napoleónico o *Code d'instruction criminelle* de 1808.

19 VESCOVI, *op. cit.*, p. 36.

20 ANTILLON, *op. cit.*, p. 148.

21 En los países donde se implementó la oralidad -junto con todo un programa orgánico de reformas-la duración de los procesos se redujo de años a meses, lo que no ocurrió en los que siguieron el proceso medieval, como el caso de España. CAPELLETTI, *op. cit.*, p. 55.

vimiento no se agotaba en la simple prevalencia de la oralidad sobre la escritura. Era todo un programa orgánico de reformas procesales, que junto con la oralidad especialmente en la recepción de la prueba, se regía por la publicidad, oficiosidad, intermediación, concentración, flexibilidad, libre convicción, entre otros. Por eso lleva razón CAPPELLETTI cuando dice que no es lo mismo oralidad que oratoria forense²². En Costa Rica hay un proyecto de ley que en julio de este año fue aprobado en primer debate, y que de llegar a ser ley acabaría con los doscientos años de atraso que llevamos en esa materia. Como punto a favor del proyecto es que desechó la absurda idea de tener sentencias orales, punto sobre el que volveremos más adelante. Como indicamos líneas atrás, la idea vigente en el derecho intermedio de la inexistencia de los actos procesales que no consten por escrito en el expediente (*quod non est in actis non est in mundo*), puede llevar a la tentación de formular el principio opuesto: “*lo que no se produce en una audiencia oral ante el juez, no existe*”. Y eso fue precisamente lo que sucedió en el Código de Procedimiento Civil de Hannover de 1850, cuando se instauró del principio de inexistencia jurídica de los actos escritos²³. Según esta ordenanza procesal, el juez no debe conocer los expedientes escritos, y solo puede basar su sentencia en los que las partes le informen oralmente. Este sistema extremista, pasó de la escritura absoluta, a la oratoria absoluta. Y digo “oratoria absoluta” en vez de “oralidad absoluta” pues como lo he afirmado constantemente, en materia civil la oralidad no es la simple prevalencia de lo hablado sobre la escrito, sino todo un complejo sistema procesal. Los redactores del Código de Hannover de 1850 pensaron que oralidad era sinónimo de verbalismo, o de oratoria forense, y la convirtieron en un verdadero teatro jurídico. Este tipo de pensamiento, entendido como una reacción hepática al proceso común europeo, fue denominado por sus detractores como el “fanatismo por la oralidad” -*mündlichkeitsfanatismus*-²⁴. Sus seguidores defendían esa oralidad, tan pobremente entendida, de la forma en que lo haría un fanático religioso, actuando no como juristas, sino como una especie de misioneros. La expresión extrema de este fanatismo es considerar que los actos procesales que no se pronuncian... ¡No existen! La argumentación jurídica se convierte en una especie de conjuro procesal, que sustituye la seria reflexión expresada en un escrito por una invocación de carácter casi mágico-religioso. El principio de la inexistencia de los actos procesales escritos llevaría, según CAPPELLETTI, sustituir un formalismo por otro: “*Si anteriormente como acta se entendían sólo aquellos actos que hubieran asumido la forma escrita, ahora eran considerados válidos y existentes solamente los actos orales; de este modo el “quod non est in actis non est in mundo” no era abolido sino conservado, con la simple transformación del significado del sustantivo: acta como actos orales, en lugar de actos escritos. De ahí nuevos inconvenientes gravísimos,*

22 CAPPELLETTI, “*El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad*”, Vol. I, Librería Editorial Platense, Buenos Aires, 2002, p. 38.

23 Sobre la inexistencia de los actos procesales en relación con la nulidad: CHIOVENDA, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, E.J.U, México, 2002, p. 419, UREÑA, *Los efectos...*, p. 249.

24 CAPPELLETTI, “*El testimonio...*” p. 28. Es la oralidad por la oralidad misma.

*nuevos formalismos vacíos: las partes o sus defensores que debían repetir oralmente, por lo general con la prohibición de apoyar el discurso sobre la lectura de escritos o apuntes, en la audiencia de sustanciación las argumentaciones que ya habían sido expuestas exhaustivamente en sus escritos de defensa...la necesidad de leer en viva voz los documentos producidos y hasta el texto de las pericias, y así sucesivamente. Absurdas e inútiles pérdidas de tiempo, históricamente explicables sólo como reacción a un método que se quería radicalmente abandonar, sin darse cuenta, por otra parte, de que se caía de este modo en un opuesto pero no menos grave exceso formalístico*²⁵. Y añadimos a las perspicaces observaciones del jurista italiano, fallecido en el año 2004, un nuevo inconveniente: el hecho de contar con jueces que juzgan el caso sin conocerlo, porque les está prohibido leer el expediente, incluso los escritos esenciales como la denuncia, la acusación, la acción civil o la querrela. En ese sistema la justicia pronta y cumplida se sustituye por la eventual diligencia de los litigantes, y su habilidad de memorizar y reproducir datos, o de leer disimuladamente sus escritos. Esto transfiere las facultades jurisdiccionales de juzgar el caso cumplidamente -justicia pronta y cumplida- del juez a los abogados particulares, a veces parcializados por su personal interés. Además, sustituye la búsqueda de la verdad real en una simple verdad formal, como lo hacía el proceso medieval escrito²⁶.

Señala CAPPELLETTI que es absurdo pretender un ordenamiento procesal sin escritura. El llamado a la cordura que hace el maestro italiano, nos lleva a repetir lo indican las voces más autorizadas de la doctrina procesal²⁷, y es la necesidad de conservar, junto a la oralidad, ese inmenso y refinado logro de la humanidad: la escritura. La escritura divide la historia de la prehistoria. Renunciar a ella es casi tan absurdo como renunciar a la rueda o al fuego. Es necesario buscar un sistema en donde coexistan armoniosamente los actos orales y los actos procesales escritos: “*Oralidad y escritura se complementan mutuamente*”, sentenciaba KISCH²⁸. Esta convivencia pacífica de elementos producidos por seres humanos que saben hablar, pero que también saben leer y escribir, se observa en diversos ordenamien-

25 CAPPELLETTI, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, EJEA, Buenos Aires, 1972, p. 86.

26 También debe añadirse que los medios tecnológicos vigentes en el proceso penal patrio, como lo son el audio y el video, propician una nueva manera de ese formalismo. El video o el audio encuadra dentro del concepto de documento establecido en el artículo 368 del Código Procesal Civil, que considera como documentos, entre otros, los escritos, las cintas cinematográficas, las grabaciones magnetofónicas y, “en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo”. La resolución es un archivo de DVD, que solo se puede leer con un programa gratuito denominado “VGPlayer”. Eso significa que a pesar de la tecnología, los actos procesales se siguen documentando en actas, y que todavía nos rige el principio medieval: *¡quod non est in actis non est in mundo!*

27 En nuestro país, ANTILLON, op. cit., Tomo II, p. 331. LLOBET, Javier, *Proceso Penal Comentado*, EJC, 4ª Ed., San José, 2009, p. 605.

28 KISCH, W, *Elementos de Derecho Procesal Civil*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1940, p132.

tos, por ejemplo, el italiano²⁹ y el alemán³⁰, por lo que la disyuntiva entre oralidad y escritura hoy carece totalmente de sentido, como indica acertadamente LEIBLE³¹. La oralidad no debe ser un fin en sí misma, sino un simple medio de hacer justicia, al lado de la escritura³². Si hacemos a la oralidad como un fin en sí misma, llegaríamos a un tipo de formalismo similar al de la nulidad por la nulidad misma, que en este caso sería la oralidad por la oralidad misma. La complejidad de mundo actual, de los conceptos jurídicos, y de los procesos modernos requiere de la escritura³³. Señalaba CHIOVENDA que la oralidad es indispensable en la labor de instrucción, para acercar el juez a la prueba, bajo los principios complementarios de intermediación y concentración, no tanto en la fase argumentativa, en donde puede resultar deficiente³⁴. Como decía el profesor Walter Antillón, en la presentación del libro producto del Congreso de la Asociación de Ciencias Penales del año anterior: el proceso debe tener una dosis de oralidad, pero que más allá de esa dosis puede ser letal. Y es que definitivamente oralidad y escritura deben complementarse. Y creo que la circular 64-09, que veremos de seguido -que mas que una circular sobre oralidad parece una circular de odio hacia la escritura-, sobrepasa con creces la dosis necesaria para que convivan armoniosamente la oralidad, y ese refinado logro de la humanidad que divide la historia de la prehistoria: la escritura.

6. ▶ LA CIRCULAR NO. 64 DEL AÑO 2009: UNA SOBREDOSIS DE ORALIDAD.

Hay una conexión entre el proceso común Europeo y la inquisición. Ambos coexistieron en la Edad Media. Son propios de sociedades donde el poder está concentrado, llámese monarquía, emperador o jefe de Estado. Por otro lado hay una conexión entre los procesos civiles regidos por la oralidad³⁵, y el modelo acusatorio. Ambos son invitados indispensables en las sociedades democráticas, aunque no siempre han coexistido. Sin ir más lejos, el modelo acusatorio se observaba en Grecia, y en la República Romana, a pesar del formalismo del proceso civil. Y en Francia se estrenó el primer Código Procesal Civil oral del mundo en 1806, en forma concomitante a un proceso mixto que era más inquisitorial que acusatorio. Pero ambos tipos de proceso, el proceso civil oral y el modelo penal acusatorio, tienen características afines y propias de sociedades en donde el ejercicio del poder está repartido y controlado. A diferencia del proceso civil, en el cual el término “oralidad” se utilizó para referirse a todo un movimiento de reforma procesal sur-

29 CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Librería El Foro, Buenos Aires, 1996, Volumen I, p. 383

30 LEIBLE, Stefan, *Proceso Civil Alemán*, Diké, Medellín, 1999, p.141.

31 Ídem. Un proceso exclusivamente oral solo puede encontrarse en la prehistoria, o en las tribus bárbaras, compuestas casi totalmente por analfabetos.

32 CAPPELLETTI, *El testimonio...* p. 29

33 CAPPELLETTI, “*El testimonio...*” p 40.

34 CAPPELLETTI, “*El testimonio...*” p 42, y sobre la oralidad y las pruebas, p.99

35 Entendiendo oralidad como un complejo sistema procesal y no como mera oratoria forense.

gido en el siglo XIX en contra del proceso común³⁶, en materia penal el término utilizado para referirse al tipo de proceso antagónico al proceso medieval de la monarquía, es el del modelo acusatorio. Algunos le llaman “proceso oral”, aunque el término no está tan difundido como lo está en la materia civil. Ha señalado la doctrina que hay una confusión respecto a la oralidad, pues algunos autores hablan del sistema de la oralidad y otros del principio de la oralidad, pero con lo desarrollado en el apartado anterior queda claro que en materia penal cuando hablamos de oralidad generalmente nos referimos a un principio procesal y no al sistema acusatorio³⁷. Es cierto que una de las características esenciales del modelo acusatorio es su oralidad, pero no es la única. A partir de esta nomenclatura han surgido una serie de términos poco claros y peor definidos. He oído hablar de modelo acusatorio, modelo acusatorio puro, modelo acusatorio reformado, modelo mixto, modelo mixto moderno, modelo mixto reformado, modelo inquisitorio puro, inquisitorio reformado, modelo *adversarial*, modelo predominantemente adversarial³⁸, modelo oral, modelo predominantemente oral, modelo acusatorio-adeversarial entre muchas otras más. Jamás he oído hablar de un modelo mixto puro, concepto además difícilísimo de formular, ya que si es mixto no puede ser puro³⁹. Cuando hablamos de oralidad en el proceso penal, nos estamos refiriendo, queda claro, a una sola de sus múltiples características. También está claro que los procesos penales orales son generalmente acusatorios o mixtos⁴⁰. En el juicio la oralidad cobra sentido si está ligada a la inmediación, que es la apreciación directa de la prueba por parte del juez⁴¹. La oralidad en materia penal ha sido concebida como un medio para alcanzar los fines del proceso, más nunca como un fin en sí misma, lo cual generaría un tipo de formalismo que podríamos denominar “la oralidad por la oralidad misma”⁴².

A partir del año 2005 se empezaron a dar una serie de cursos dentro del Poder Judicial, para iniciar con la implementación de las denominadas “nuevas reglas de oralidad”⁴³. Personalmente tuve la histórica oportunidad de participar en uno de esos cursos. En ellos se difundieron una serie de ideas y prácticas enseñadas en Chile, en el Centro de Justicia para las Américas, desde el año 2004, y que luego fueron

36 Ver supra V.1.

37 En igual sentido: BUSTAMANTE, Mónica, *La oralidad en el sistema penal acusatorio colombiano*, en ORALIDAD Y PROCESO, Sello Editorial Universidad de Medellín, Medellín 2009, p. 93

38 Ver: Infra, V.3.

39 Se trata de un evidente caso de *contradictio in terminis*.

40 Con excepciones, como la *cognitio* romana.

41 Así: DALLANESSE, Francisco, *El Juicio*, en: REFLEXIONES SOBRE EL NUEVO PROCESO PENAL, San José, Mundo Gráfico, 1996, p. 654.

42 GONZALEZ ALVAREZ, Daniel, *La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal*, en: REVISTA DE CIENCIAS PENALES, AÑO 8, No. 11, San José, julio 1996, p.63

43 La idea de audiencias orales en la etapa preparatoria ya había sugerida desde la entrada en vigencia misma del CPP, pero sin formular la inexistencia de los actos escritos: MADRIGAL, Roberto, *La oralidad durante la fase preparatoria del nuevo proceso penal*, REVISTA DE CIENCIAS PENALES Año10 No. 15, Diciembre, 1998, p. 91.

sistematizadas en dos publicaciones de la estimable Dra. Jenny Quirós⁴⁴, precedidas de un libro de la misma autora que es la mejor publicación sobre oralidad que existe en el país⁴⁵. A diferencia del Manual del Proceso Penal, que es una obra novedosa, crítica, reflexiva y profunda sobre el tema de la oralidad, en los otros dos textos citados se asumen, con algunas modificaciones, las propuestas de BAYTELMAN y DUCE⁴⁶, que están directamente derivadas de la forma en que opera el sistema estadounidense. Esto significa que en los cursos de oralidad impartidos en el país, se transmitieron a los operadores judiciales reglas propias del sistema anglosajón, que como es sabido se rige por el *Common Law*... Ante esta curiosa realidad, cabe preguntarnos lo siguiente: ¿Estaremos presenciando un capítulo más de la “marcha triunfal” del procedimiento penal americano en el mundo?⁴⁷. El Poder Judicial dictó una directriz en donde se debía recurrir a audiencias orales siempre que fuera posible, costumbre que se había ido gestando desde el año 2006. El 29 de junio de 2007 la Comisión de Asuntos Penales dictaminó que debían celebrarse audiencias orales con la activa participación de las partes para resolver sobre las solicitudes de medidas cautelares y sus eventuales prórrogas, soluciones alternativas al juicio, sobreseimientos, y cualquiera otra solicitud en la que resulte procedente⁴⁸. La Sala Constitucional indicó que la audiencia es un componente indispensable del debido proceso⁴⁹. Las dudas en el proceso de implementación de estas nuevas reglas eran evacuadas por la Comisión de Asuntos Penales y la Sub-Comisión de Oralidad, y publicadas en el sitio web de la Sala Tercera de la Corte. La finalidad del mismo es “acortar la duración del proceso, y de ese modo procurar mayor justicia y una disminución de la violencia social”. En la presentación del programa se indica: “Según los datos emanados de la Oficina de Estadística del Poder Judicial, las etapas anteriores a la de juicio representaban casi el 70% del total de la duración promedio de los procesos penales. Se trataba de fases llevadas a cabo tradicionalmente mediante el trámite escrito y burocrático a pesar de que el Código Procesal Penal permite otra manera de desarrollar el proceso. Por ello resultó razonable hacer un alto en el camino y conformar el compromiso institucional de impulsar la aplicación y mejora de un sistema procesal penal por audiencias”⁵⁰. Todas las consultas de la Comisión de Asuntos Penales y la Sub-Comisión de oralidad fueron sistematizadas en dos circulares: el Protocolo de Actuaciones para el Desempeño de los Tribunales de Juicio en Materia Penal, aprobado por Cor-

44 QUIROS CAMACHO, Jenny, *Manual de Oralidad para jueces y juezas durante las etapas previas al debate*, CONAMAJ, San José, 2006, QUIROS CAMACHO, Jenny, *Manual de Oralidad*, IJSA, San José, 2008..

45 QUIROS CAMACHO, Jenny, *Manual del Proceso Penal*, IJSA, San José, 2008.

46 BAYTELMAN, Andrés, DUCE, Mauricio, *Litigación penal, juicio oral y prueba*, FCE, México, 2005.

47 Ver: SCHÜNEMANN, Bernd, “¿Crisis del procedimiento penal? (¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo? En: Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio, Tecnos, Madrid, 2002, p. 288

48 <http://www.poder-judicial.go.cr/sala3/comision-asuntos-penales/2007/CAP011-07.htm>

49 SALA CONSTITUCIONAL, Voto 6044-2008.

50 <http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/oralidad/presentacion-oralidad.html>, consultada el 27 agosto de 2011, a las 8:54 a.m.

te Plena en el artículo V de la sesión N° 28-09 del 31 de agosto de 2009, y la circular de la Comisión de Oralidad No. 64-09, 15 de junio de 2009, y Adicionalmente, mediante la Ley denominada “Creación del recurso de apelación de la sentencia, otras reformas al régimen de impugnación e implementación de nuevas reglas de oralidad en el proceso penal” No. 8837 del 3 de mayo de 2010, se reformó el artículo 4 del CPP, en donde queda totalmente claro, incluso a nivel legislativo, que la finalidad principal de las nuevas reglas de oralidad, que también han sido llamadas “sistema de audiencias”, es la reducción de la duración del proceso. La citada norma indica: “Artículo 4.- Justicia pronta. Toda persona tendrá derecho a una decisión judicial definitiva en un plazo razonable. Para el logro de este objetivo, se preferirá la tramitación oral mediante audiencias, durante el proceso.” Mediante las reformas estipuladas en dicha ley se establece la posibilidad de audiencias orales para solicitar criterios de oportunidad, para plantear las excepciones enumeradas en el artículo 42 del CPP, solicitudes de recusación, establece la posibilidad de dictar sentencias orales por parte de los tribunales de apelación. La dinámica de las audiencias orales ha sido estipulada en vía administrativa, especialmente mediante la circular 64-09: “CIRCULAR 64-09, 15 de junio de 2009. La Comisión de Oralidad Penal les recuerda a los jueces y las juezas de las fases previas a debate que al abrir cada audiencia deben hacer de conocimiento de los presentes las reglas sobre la dinámica de la audiencia. Es muy importante que recalquen entre otras cosas: 1) Que las partes tienen la obligación de haber preparado su intervención en la audiencia. 2) Que no pueden leer escritos, aunque ocasionalmente pueden ayudarse de la lectura para transmitir datos complejos, nombres, números, entre otros⁵¹. 3) Que es obligación de las partes entregar al juez información de calidad para la resolución del caso y que el juez no suplirá el mal desempeño de los litigantes. 4) Que el asunto será resuelto con la información obtenida en la audiencia⁵² y que en caso de que alguno de los litigantes considere que un documento o información es importante para la solución del caso, deben hacerlo notar al juzgador dentro de los alegatos orales en la audiencia”⁵³ Esta famosa circular, que es la piedra angular del sistema de audiencias, o de las llamadas nuevas reglas de oralidad. La regla 3, en cuanto indica que “el asunto será resuelto con la información obtenida en la audiencia”, ha sido aprovechada por algunos jueces formalistas para cercenar los derechos de las partes. Ante una querrela de decenas de páginas, o una solicitud de excarcelación, por ejemplo, cargada de documentos probatorios, han indicado que las gestiones se declaran sin lugar pues los documentos no fueron *oralizados*, o las peticiones están escritas pero no fueron *oralizadas* en la audiencia. Oralizar es casi como exorcizar un acto procesal de su maléfico sustrato de papel, interpretación que consagra el principio de la inexistencia de los actos procesales escritos⁵⁴, en abierta

51 http://www.poderjudicial.go.cr/salatercera/oralidad/consultasoralidad.html#Leer_escritos_en_las_audiencias

52 QUIROS, Jenny, *Manual del Proceso Penal...*, p. 238

53 <http://www.poder-judicial.go.cr/sala3/Circulares/Circular%20064-09.pdf>

54 Sobre inexistencia y nulidad: BELING, Ernst, *Derecho Procesal Penal*, Ed. Labor S.A., Barcelona, 1943, pp. 154, CHIOVENDA, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, E.J.U, México, 2002, p. 419, LEONE, Giovanni, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, EJEA, Buenos Aires, 1963, Tomo 1,

oposición al Código Procesal Penal. Para este tipo de jueces neo-formalistas los movimientos de la boca del litigante producen un efecto casi mágico-religioso: es como si las ondas sonoras le dieran vida a los actos procesales. Frente a estos jueces, los litigantes frotan y sacuden disimuladamente los escritos -que miran de reojo, con temor a ser reprendidos-, en un intento desesperado por resucitar esos actos procesales y sacarlos de su tumba de celulosa, para traerlos de vuelta al proceso a punta de conjuros, como quien saca un genio de una lámpara, o convierte en un Golem la materia inanimada. Y si el abogado tiene el desacierto de olvidar un dato, una fecha, o un nombre, en lugar de tomar como base el alegato escrito -que no está permitido leer-, le previenen la corrección de defectos formales, pero no los defectos formales de la querrela (que no tiene valor jurídico a pesar de no haber sido anulada), sino los defectos formales del discurso. Este espécimen de jurisprudencia tropical húmeda sólo puede recibir un nombre: *mündlichkeitsfanatismus!*⁵⁵. Hay que reconocer que este tipo de excesos provienen de interpretaciones judiciales erróneas de la regla 4 de la circular 64-09. Esa regla 4 continúa indicando: “en caso de que alguno de los litigantes considere que un documento o información es importante para la solución del caso, deben hacerlo notar al juzgador dentro de los alegatos orales en la audiencia”. Esta regla debe interpretarse en el sentido de que cualquier documento o información cuya importancia se haga notar al juez dentro de los alegatos orales puede ser utilizado para resolver el caso, sin necesidad de su lectura integral. Y que los documentos esenciales del caso, que constituyen los actos procesales básicos, como por ejemplo la denuncia, la acusación, la querrela, la acción civil, y las resoluciones judiciales, deben ser tomados en cuenta en su totalidad para resolver el caso, salvo que sean declarados nulos. Casi todas las dificultades derivadas de la circular 64-09 provienen de la implementación de reglas propias del *Common Law* en un sistema de tradición continental europea. Eso es tan difícil como sustituir un capítulo del Código Penal por un repertorio de jurisprudencia, o implementar un jurado para resolver acciones de inconstitucionalidad. Por eso creo que la circular 64-09 debe ser reformulada. deben modificarse las reglas de la audiencia, permitiendo la existencia de los actos procesales escritos básicos, como la acusación, la querrela, la acción civil y la sentencia. Los mismos pueden ser defendidos oralmente, como se hace en debate, pero sin tratar como nulos actos jurídicos que no han sido anulados. Para tranquilidad de los cultores del derecho anglosajón, debo decirles que así se hace en Nueva York⁵⁶, así que podemos hacerlo en Costa Rica sin temor alguno, sea cual sea ese temor. Por otro lado el juez debe conocer el expediente. Antes de resolver el caso en una audiencia oral debe irse a estudiarlo, aunque sea media hora, para no sacrificar

pp. 728-753, CREUS, Carlos, *Invalidez de los actos procesales penales*, Astrea, Buenos Aires, 1995, FLORIAN, Eugenio, *Elementos de Derecho Procesal Penal*, E.J.U., México, 2001, p. 60. CASTILLO GONZALEZ, Francisco, *La sentencia penal inexistente*, Ediciones Pasdiana, San José, 1986, p. 45. DALLANESE, Francisco, LLOBET, Javier, *La imperfección e inexistencia de los actos en el proceso penal*, Revista Judicial, Año XI, No. 40, marzo de 1987, p. 89, UREÑA, *Los efectos...*, p. 249 y 250, SALA TERCERA, Voto 489-2005.

55 Fanatismo por la oralidad: CAPPELLETTI, “*El testimonio...*” p. 28.

56 BAYTELMAN, Andrés, *La Fiscalía del Crimen del Bronx...*, p. 272.

la calidad por la cantidad. Estas pequeñas correcciones podrían compatibilizar dos principios que deben ir de la mano: la oralidad y la escritura. Y aún otros dos más: el de la justicia pronta, pero sobre todo, el de la justicia pronta y cumplida.

Aparte de la flagrancia, casi en ninguna jurisdicción nacional opera un tipo de proceso en donde la oralidad es la forma casi exclusiva de comunicación entre los sujetos procesales y la escritura está reducida al mínimo. ¿Es esto adecuado? ¿Estaremos ante un nuevo caso de fanatismo por la oralidad? Retomemos las pertinentes afirmaciones de CAPPELLETTI: La complejidad de mundo actual, de los conceptos jurídicos, y de los procesos modernos requiere de la escritura. Señalaba además CHIOVENDA que la oralidad es indispensable en la labor de instrucción, para acercar el juez a la prueba, bajo los principios complementarios de inmediatez y concentración, no tanto en la fase argumentativa, en donde puede resultar deficiente⁵⁷. La oralidad es deficiente en el caso de formulaciones complejas y de discursos argumentativos, donde se debe manejar y organizar una gran cantidad de información, o donde se deben discutir aspectos dogmáticos, doctrinales, exegéticos y jurisprudenciales de importante magnitud. a contrario sensu, en procesos relativamente sencillos -como la flagrancia-, la oralidad parece resultar, exceptuando el caso de la sentencia oral, conveniente⁵⁸. Esto significa que funciona bien. Pero esa conveniencia en nada le quita al proceso de flagrancia su carácter esencialmente inquisitorial. El encartado navega los pasillos judiciales con una espada de Democles sobre su cabeza, que le obliga a abreviar o conciliar a contra reloj, bajo la amenaza de ser juzgado en pocos días por un tribunal “imparcial”. Desde ese punto de vista debemos recordar las palabras de don Daniel González: la oralidad es un medio y no un fin⁵⁹. El fin del proceso es la actuación de la ley y el respeto de las garantías, así como la solución del conflicto. No la sustitución de celulosa por ondas sonoras. La oralidad entendida en su correcto contexto histórico, no debe ser otra cosa que un fino complemento de la escritura.

7. ▶ CONCLUSIONES

No sé si este apartado debería llamarse conclusiones o “closing argument”, ya que entre anglicismos tales como la teoría del caso (theory of the case), y los alegatos de apertura (opening statement), poco nos falta para que se nos obligue a hacer los debates en el idioma de los anglos y los sajones. Pero lo cierto del caso es que decir que la oralidad le viene bien al procedimiento de flagrancia, es como decir que la guillotina está bien afilada, y que los mecanismos de encerrar personas en jaulas está bien aceitados. Es algo que funciona bien dentro de una práctica poco respetuosa de las garantías procesales y los derechos fundamentales. Frente el clamor

57 CAPPELLETTI, “*El testimonio...*” p 42, y sobre la oralidad y las pruebas, p.99

58 Hago la salvedad en el sentido de que los defensores particulares que asumen una causa ya iniciada, no tienen fácil acceso a los audios y videos, lo que podría solucionarse instalando computadoras para abogados con acceso a los mismos tanto en los despachos como en las salas de juicio.

59 GONZALEZ ALVAREZ, Daniel, La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal, en: REVISTA DE CIENCIAS PENALES, AÑO 8, No. 11, San José, julio 1996

popular, y el asedio de los medios de comunicación colectiva reclamando mano dura (inexplicablemente silenciados en la administración de Laura Chinchilla), la respuesta debe ser una política de cero corrupción dentro del gobierno, la reforma fiscal que establezca solo impuestos directos en forma equitativa y elimine los indirectos, la transparencia en el ejercicio del poder, el aumento del gasto público como instrumento de coordinación social, para reactivar la economía. La lucha contra la burocracia, el ataque a la pobreza que lleva estancada años, el aumento de fuentes de empleo, la inversión en educación pública, y el destierro de las nefastas políticas económicas denominadas como el consenso de Washington, la erradicación de la Teoría de Derrame, y a justicia social. Ello puede generar las condiciones socioeconómicas que disminuyan los delitos contra la propiedad, y esas medidas son las que se deben adoptar ante el aumento de la pobreza y la inequidad que se refleja en las calles. Ese es el camino correcto, nunca el juzgamiento apresurado ni el desmejoramiento de los derechos fundamentales y ni de las garantías procesales.

J.U.S.

Vásquez de Coronado, 27 de marzo de 2014.



"Pesca", ilustración digital de Johnny Villares B. 2014

BIBLIOGRAFIA

- ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, LEVENE, Ricardo, *Derecho Procesal Penal*, Tomo II, Editorial Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires, 1945.
- ALCALA ZAMORA, Niceto, *Estudios Procesales*, Editorial Tecnos, Madrid, 1975.
- ALSINA, Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, EDIAR, Buenos Aires, 1963
- ANDREWS, John y otros, *MASSACHUSETTS DISTRICT COURT CRIMINAL DEFENSE MANUAL*, MCLE Inc., 3 Ed., Massachusetts, USA, 2008.
- ANTILLON, Walter, *Teoría del Proceso Jurisdiccional*, IJSA, San José, 2000.
- ANTILLON, Walter, *Ensayos de Derecho Procesal*, Tomo II, IJSA, San José, 2004.
- ARCE VIQUEZ, Jorge Luis, *Sobre los fines de la casación penal. De la nomofilia al progreso de la razón judicial en la democracia*, en: RIVERO, Juan M., LLOBET, Javier (compiladores) DEMOCRACIA JUSTICIA Y DIGNIDAD HUMANA, Homenaje a Walter Antillón, EJC, 2004.
- BAYTELMAN, Andrés, *La Fiscalía del Crimen del Bronx*, en: PENA Y ESTADO, Editores del Puerto SRL, Buenos Aires, 1997.
- BAYTELMAN, Andrés, DUCE, Mauricio, *Litigación penal, juicio oral y prueba*, FCE, México, 2005, pp. 431 y 432.
- BELING, Ernst, *Derecho Procesal Penal*, Editorial Labor, Madrid, 1943.
- BINDER, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993
- BINDER, Alberto, *Justicia Penal y Estado de Derecho*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993
- BINDING, Karl, *Grundriss des deutschen Strafprozessrechts*, Leipzig, 1900.
- BOVINO, Alberto, “*La persecución penal pública en el derecho anglosajón*”, en: PENA Y ESTADO, Editores del Puerto SRL, Buenos Aires, 1997.
- BUSTAMANTE, Mónica, *La oralidad en el sistema penal acusatorio colombiano*, en: ORALIDAD Y PROCESO, Sello Editorial Universidad de Medellín, Medellín 2009.
- CALAMANDREI, Piero, “*La Casación Civil*”, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, Tomo I, Vol 1 Y 2.
- CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, 3T, Librería El Foro, Buenos Aires, 1996.
- CALAMANDREI, *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, Oxford, México D.F., 2000
- CAPPELLETTI, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, EJEA, Buenos Aires, 1972
- CAPPELLETTI, “*El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad*”, Vol. I, Librería Editorial Platense, Buenos Aires, 2002
- CARRARA, *Programa de Derecho Criminal*, Volumen 2, Depalma, 1977
- CARNELUTTI, Francesco, *Acción y Proceso*, en: Serie Clásicos del derecho procesal penal, Editorial Jurídica Universitaria, México, 2002
- CASTILLO BARRANTES, Enrique, *Ensayos sobre la nueva legislación procesal penal*, (1ª ed.1976), 2ª ED. Juritexto, San José, 1992

- CHINCHILLA, Rosaura, “*De reformas y contrarreformas: El juzgamiento de los delitos cometidos en Flagrancia*”, en REVISTA JUDICIAL No. 99, marzo de 2011
- CLARIÁ OLMEDO, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, 7 Tomos, EDIAR S.A., 1963.
- COUGHLIN, Richard, *Criminal defense manual, District of New Jersey*, New Jersey, 2010.
- COUTURE, *Estudios, ensayos y lecciones de derecho procesal civil*, EJU, México, 2002.
- CUETO RUA, Julio, *El Common Law*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1957.
- DAVID, René, *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, Agilar Ediciones, Madrid, 1973
- DALL'ANESSE, Francisco, *El Juicio*, en: REFLEXIONES SOBRE EL NUEVO PROCESO PENAL, San José, Mundo Gráfico, 1996
- DESCARTES, René, *Discurso del Método*, (traducción de Manuel García Morente) Madrid, Espasa-Calpe, S.A., 13a ed. s.f.
- ESCRIBIHE, Don Joaquín, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Eugenio Maillefert y Compañía, París, 1868.
- ESPITIA GARZON, Fabio, *Código de Procedimiento Penal Italiano*, Temis, Bogotá, 1991
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, Madrid, 1997.
- GAMBOA SANCHEZ, Natalia, “*La renuncia al derecho al recurso del imputado como requisito para pactar un procedimiento abreviado*”, en: Chinchilla, Rosaura (comp.), REFLEXIONES JURÍDICAS FRENTE AL POPULISMO PENAL EN COSTA RICA, San José, IJSA, 2012, p.361-374.
- GARCIA DEL CORRAL, Idelfonso, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Jaime Molinas, Editor, Barcelona, 1889
- GARRAUD, Rene, *Précis de Droit Criminel*, 14ª Ed., Recueil Sirey S.A., Paris, 1926.
- GOLDSCHMIDT, James, *Principios Generales del Proceso*, EJEA, Buenos Aires, s.f.
- GOMEZ DE LA SERNA, Pedro, MONTALBAN, Juan, *Elementos de Derecho Civil y Penal de España*, Tomo I, Librería de Sánchez, Madrid, 1870.
- GONZALEZ ALVAREZ, Daniel, *La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal*, en: REVISTA DE CIENCIAS PENALES, AÑO 8, No. 11, San José, julio 1996.
- GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1977.
- GUERRERO PERALTA, Oscar, *El difícil encuentro entre el proceso penal anglosajón y el proceso penal continental*, ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO, Konrad Adenauer, Uruguay, 2006.
- HENDLER, Edmundo, *El Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006.
- KISCH, W, *Elementos de Derecho Procesal Civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1940.

- KÜHNE, Hans-Heiner, *Strafprozessrecht*, C. F. Müller, 6a Ed., Heidelberg, 2003.
- KÜNKEL, Wolfgang, *Historia del Derecho Romano*, Ariel, Barcelona, 1979
- KRAMER, H., SPRENGER, J., *Malleus maleficarum (El Martillo de las brujas)*, Ed. Círculo Latino, Barcelona, 2005
- LANGBEIN, John, *Tortura y plea bargaining*, en: MAIER y BOVINO, (comp.), El Procedimiento Abreviado, Editores del Puerto SRL, Buenos Aires, 2001
- LANGBEIN, John, *The origins of Adversary Criminal Trial*, OXFORD UNIVERSITY PRESS, New York, 2003
- LEIBLE, Stefan, *Proceso Civil Alemán*, Diké, Medellín, 1999.
- LEONE, Giovanni, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, EJEA, Buenos Aires, 1963, Tomo 1Y 2
- LLOBET, Javier, *Proceso Penal Comentado*, UCI, Mundo Gráfico, San José, 1998.
- LLOBET, Javier, *Código de Procedimientos Penales Anotado y Concordado*, 2ª ed. Juricentro, San José, 1991.
- LLOBET, Javier, *La Reforma Procesal Penal (Un análisis comparativo latinoamericano-alemán)*, Escuela Judicial, San José, 1993.
- LLOBET, Javier, *Proceso Penal Comentado*, EJC, 4ª Ed., San José, 2009.
- MADRIGAL, Roberto, *La oralidad durante la fase preparatoria del nuevo proceso penal*, REVISTA DE CIENCIAS PENALES Año 10 No. 15, Diciembre, 1998
- MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal Argentino*, Hamurabi, Buenos Aires, 1989, 2 Tomos.
- MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal, Fundamentos*, Editores del Puerto SRL, 2ª ed, 1996.
- MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, EJEA, Buenos Aires, 1952.
- MOMMSEN, Teodoro, *Derecho Penal Romano*, Temis, Bogotá, 1999
- MONTERO AROCA, Juan, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001.
- MORA MORA, Fernando, *Derechos Humanos, Aspectos prácticos de su defensa internacional*, Ed. UCR, San José, 1982, p. 136.
- MORA MORA, Luis Paulino, *Los principios fundamentales que informan del Código Procesal Penal de 1998*, en REFLEXIONES SOBRE EL NUEVO PROCESO PENAL, Mundo Gráfico, San José, 1996.
- NUÑEZ, Ricardo, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*, Lerner, Córdoba, 1978.
- ORESTANO, Ricardo, *Introducción al estudio del Derecho Romano*, Universidad Carlos III de Madrid, 1997.
- PEREZ PALOMINO, Juan Francisco, *Las contradicciones de la oralidad en el sistema penal colombiano*, en ORALIDAD Y PROCESO, Sello Editorial Universidad de Medellín, Medellín 2009.
- QUIROS CAMACHO, Jenny, *Oralidad en el sistema costarricense, corrección y ampliación de la acusación en el juicio oral*, REVISTA DE CIENCIAS PENALES, Año 18, No. 24, 2006
- QUIROS CAMACHO, Jenny, *Manual de Oralidad para jueces y juezas durante las etapas previas al debate*, CONAMAJ, San José, 2006.

- QUIROS CAMACHO, Jenny, *Manual de Oralidad*, IJSA, San José, 2008
- QUIROS CAMACHO, Jenny, *Manual del Proceso Penal*, IJSA, San José, 2008
- QUIROS CAMACHO, Jenny, *La Oralidad en el proceso penal costarricense*, en: Derecho Procesal Penal Costarricense, Tomo II. San José, 2008
- RITZER, George, *La McDonalización de la Sociedad. Un análisis de la racionalización en la vida cotidiana*. Ariel, Barcelona, 1996.
- RIVERO, Juan Marcos, *Episteme y Derecho. Una Exploración jurídico-penal*, Comares, Granada, 2004.
- ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto SRL, Buenos Aires, 2000.
- SATTA, Salvatore, *Derecho Procesal Civil*, Tomo III: Soliloquios y Coloquios de un jurista” EJE, Buenos Aires, 1971.
- SAVIGNY, F, *Sistema de Derecho Romano Actual*, F. Góngora y Compañía, Tomo I, Madrid, 1878.
- SCIALOJA, Vittorio, *Procedimiento Civil Romano*, EJE, Buenos Aires, 1953.
- SCHÜNEMANN, Bernd, “¿Crisis del procedimiento penal? (¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo? En: Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio, Tecnos, Madrid, 2002.
- TUNC, André, TUNC, Suzanne, *El Derecho de los Estados Unidos de América*, Imprenta Universitaria, México, 1957
- UREÑA SALAZAR, José Joaquín, *La apertura del recurso de casación penal: mitos y realidades*, REVISTA DE CIENCIAS PENALES 22, 2004.
- UREÑA SALAZAR, José Joaquín, *Actividad Procesal Defectuosa y Proceso Penal*, EJC, San José, 1ª Ed., 2004.
- UREÑA SALAZAR, José Joaquín, *Casación Penal y Derechos Humanos*, EJC, San José, 1ª Ed., 2006.
- UREÑA SALAZAR, José Joaquín, *Los efectos de la actividad procesal defectuosa: ¿Nulidad, inexistencia, invalidez o ineficacia?*, en AAVV: DERECHO PROCESAL PENAL COSTARRICENSE, Asociación de Ciencias Penales, Tomo II, San José 2008.
- UREÑA SALAZAR, José Joaquín, *De la Cour de Cassation a la Corte Interamericana: Entre los albores y el ocaso de la casación penal*, en AAVV: DERECHO PROCESAL PENAL COSTARRICENSE, Asociación de Ciencias Penales Tomo II, San José, 2008.
- VESCOVI, Enrique, *Teoría General del Proceso* Temis, Bogotá, 1984.
- VON BÜLOW, Oscar, *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, EJE, Buenos Aires, 1964.
- WACH, Adolf, *Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil Alemana*, EJE, Buenos Aires, 1958
- WACH, Adolf, *Manual de Derecho Procesal Civil*, EJE, Buenos Aires, 1977.
- WINDSCHEID, Bernhard, MUTHER, Theodor, *Polémica sobre la Actio*, EJE, Buenos Aires, 1974.

LA SENTENCIA ORAL: ¿JUSTICIA PRONTA Y CUMPLIDA?*

Licda. Ana Isabel Solís Zamora

Jueza del Tribunal Penal de Apelaciones

Resumen: El presente artículo versa sobre los cambios que se incorporaron al proceso penal luego del Código Procesal Penal de 1996, específicamente con la introducción de la oralidad, y las repercusiones que esto tuvo en el proceso y en la sentencia que emana del mismo. El artículo profundiza en las confusiones que surgieron sobre si el juez debía dictar una sentencia oral o escrita y cómo llegó la Sala Constitucional a aclarar este asunto mediante el voto 17955-2007. Además, comenta sobre las dificultades que presenta la sentencia oral dentro del marco de un proceso penal.

Palabras clave: Proceso penal, sentencia oral, oralidad, Código Procesal Penal, justicia pronta y cumplida.

Abstract: This article revolves around the changes that were incorporated into the penal process after the Criminal Procedures Code of 1996, especially in the field of orality and the way it changed the procedure and the sentence that is derived from it. The article makes an emphasis in the confusions that the judges had with whether they should write the sentences or dictate it orally and how the Constitutional Court clarified it in their vote 17955-2007. Also, the article comments the difficulties that an oral sentence may present in a criminal procedure.

Keywords: Criminal procedure, oral sentence, orality, Code of Criminal Procedures, Swift and effective justice.

* Ponencia presentada al Congreso de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica dedicado a la memoria del Dr. Luis Paulino Mora Mora; 21-23 de octubre de 2013, San José, Costa Rica.

La ley 7594, denominada Código Procesal Penal, fue publicada en el Alcance 31 de la Gaceta Número 106 del 4 de junio de 1996, y en su artículo 472 establecía que su vigencia sería a partir del 01 de enero de 1998. A partir de este momento, nuestro sistema procesal penal experimentó un giro importante en la forma como se tramitaban las causas, rescatándose la figura de la víctima, autorizándose las medidas alternas entre las partes, y consagrando la oralidad como pilar fundamental del proceso¹¹, entre otros cambios relevantes.

Con el fortalecimiento de la oralidad, en una normativa de corte marcadamente acusatorio, se instauraron principios a través de los cuales el contradictorio sería completamente oral, y así sería evacuada toda la prueba, con las excepciones previstas por el artículo 334 del Código Procesal Penal, el cual al día de hoy, ha sido ligeramente variado por la ley 8720 del 22 de abril de 2009²². De acuerdo con las estadísticas judiciales, la mora en la resolución de asuntos era muy alta, y aunque existían distintas formas de terminar el proceso, y se hacen intentos de convocar audiencias masivas de conciliación, los números de asuntos sin resolver aumentan considerablemente. Esta es una de las causas por las que se comienza a examinar la experiencia en algunos países de América del Sur, quienes han oralizado algunas diligencias con una incidencia importante en la celeridad de los procesos.

De esta forma se inicia una “modernización”³³ que se impulsa por parte del Poder Judicial, comenzando con una capacitación a nivel institucional, y se creó el curso “*Oralidad y Proceso Penal, hacia un proceso Penal por Audiencias*”, dirigido a todos los sectores en materia penal: jueces, letrados, defensores, fiscales y técnicos, impartido por un equipo que fue escogido para observar los modelos de otros países y adaptarlo al sistema costarricense. Así, se agilizan algunos procedimientos dentro del Código Procesal Penal, impulsándose las solicitudes orales de allanamientos y medidas cautelares, entre otras, e implementándose las audiencias tempranas, en las cuales las partes pueden discutir la aplicación de medidas alternas (conciliación, suspensión del proceso a prueba, abreviado, etc.).

Aunado a lo anterior, se trató de convencer a los jueces de juicio sobre el dictado de sentencias orales⁴⁴, y su beneficio para las partes, al conocer el resultado del debate al que fueron sometidos, justificando su existencia a partir de criterios de celeridad y de justicia pronta y cumplida. Otra de las razones que se daban para

1 El Código de Procedimientos Penales estaba dividido en dos etapas: La instrucción y el plenario. La primera era absolutamente escrita, y la segunda, mayormente oral, pues los testimonios tomados en la primera etapa con las formalidades de ley (juramentados) eran incorporados por lectura cuando no eran ubicados, era imposible su evacuación o había acuerdo de partes en su inclusión.

2 Ley de Protección de Víctimas y testigos y demás sujetos intervinientes. Esta incluyó excepciones a la oralidad referentes a las personas protegidas.

3 Este plan da inicio, aproximadamente, en el año 2004.

4 Se ha utilizado el término “convencer”, porque la mayoría de los jueces estaban acostumbrados al sistema escrito, donde tenían, al menos, cinco días hábiles para redactar una sentencia, y si optaban por la resolución oral, tenían que hacerla de forma inmediata a la finalización del debate, lo que era algo, más que novedoso, nunca antes visto en nuestro sistema procesal.

persuadir sobre las bondades de su uso, era la economía en papel, los registros se guardarían “para siempre” en un formato digital, los jueces ya no tendrían que gastar horas redactando la resolución, y que, al dictarla oralmente, la cercanía entre la administración de justicia y las partes, sería mayor, lográndose un mejor contacto, una justicia más próxima al ciudadano y más transparente.

Una vez que algunos jueces eran capacitados en las virtudes de la oralidad -sobre todo de la sentencia- se comenzaron a generar interrogantes de algunos de ellos que, ante criterios de mayor practicidad –como si la administración de justicia buscara sólo ser práctica- no veían la necesidad de mencionar los hechos acusados, ni hacer un resumen de la prueba, sino que remitían al folio donde estaba o al “DVD del debate”. Otros “inventaron” que no era necesario levantar un acta con la parte dispositiva, o haciendo constar –ni siquiera de forma lacónica- lo sucedido en el contradictorio. Esto generó consultas a la comisión de asuntos penales y a la subcomisión de oralidad, la cual debió emitir una serie de pronunciamientos, entre los que se ubica el: *“Se consulta si las sentencias orales deben tener hechos acusados y hechos probados. La Comisión reitera que en los procesos penales ordinarios toda sentencia debe constituir una unidad lógica inteligible por si misma. Por ello no puede omitir los hechos acusados ni probados ni remitir para ello a otras piezas registradas oralmente o por escrito. Es una mala práctica indicar solamente que se tienen por probados los hechos de la acusación. Los principios allí involucrados de cosa juzgada, derecho de defensa, control de la decisión mediante el recurso, correlación entre acusación y sentencia, seguridad jurídica, entre otros, no permiten una solución diversa.”*⁵⁵

Este tipo de ideas provenían de una minoría de los jueces de juicio, quienes entendieron que la oralidad era desformalización, y que ésta era sinónimo de eliminación de requisitos legales.

Hasta antes de febrero de 2009, no sólo la forma en la que se hacían las sentencias orales generaba discusiones. El Código Procesal Penal de 1998 no había previsto el dictado de sentencias orales, sino que ellas debían ser escritas, según lo dispuesto por el legislador.

Véase que el artículo 364 de este cuerpo legal establece –aún al día de hoy- que la sentencia debe ser “redactada y firmada”. De acuerdo con la definición que da la Real Academia Española, cuando algo se redacta, es que se pone “*por escrito algo sucedido, acordado o pensado con anterioridad*”⁶⁶. A partir de esto, toda la política dirigida a emitir sentencias orales no parece tener un sustento legal, pues se implementa pero no se hace una reforma legislativa que autorice por ley la emisión de este tipo de resoluciones. Con ello, a primera vista, podría decirse que se violenta el principio de legalidad, y es por ello que el Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial formula una consulta de constitucionalidad ante la Sala encargada de este tipo de asuntos.

5 Esta y otras consultas, pueden ser halladas en la página web de la Sala Tercera en la siguiente dirección electrónica http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/index.php/oralidad/consultas#-Grabaci%C3%B3n_de_los_Jueces_integrantes_del

6 <http://lema.rae.es/drae/?val=redactar>

Como resultado de lo anterior, nuestro Tribunal Constitucional, en la resolución número 3117, de las 15:03 horas del 25 de febrero de 2009, indica, entre otras cosas, que la oralidad potencia el respeto a principios básicos como la inmediatez, la concentración, la defensa, audiencia, contradictorio, publicidad, identidad física del juzgador, garantizándose la transparencia y la confiabilidad de las resoluciones. En cuanto a la fundamentación de la sentencia, indica: *“Es cierto que la fundamentación de una sentencia puede resultar más complicada que la de una resolución dictada dentro de la tramitación de una investigación previa, pero el hecho de que en una y otra se utilice la oralidad y no la escritura para dejar asentado lo estimado por el juzgador como razón de su decisión, no es por si sola inconstitucional. La opción de una u otra posibilidad está directamente relacionada con la capacidad del juez para razonar de manera oral o escrita, pues lo que interesa es que la fundamentación sea suficiente, completa, clara y precisa (artículo 142 del Código Procesal Penal) y la deficiencia en ello, tanto de manera escrita como oral, conlleva un vicio insalvable del pronunciamiento (artículo 369 ejúsdem). En la sentencia 2007- 17955 de las catorce horas treinta y cinco minutos del doce de diciembre del dos mil siete, la Sala se refiere al papel que cumplen las nuevas tecnologías utilizadas en el Poder Judicial y cómo la grabación en DVD permite que los jueces fundamenten en forma oral sus resoluciones, lo cual posibilita que concentren su atención en los elementos probatorios recibidos y no en tomar apuntes de lo acontecido, bastando con el levantamiento de un acta lacónica. Asimismo, esta tecnología permite que lo resuelto pueda ser controlado eficazmente, tanto por las partes del proceso, como por las instancias revisoras de las decisiones jurisdiccionales...”*

Más adelante se establece, en la misma resolución, que *“V...esas reglas no pueden ser interpretadas de una forma rígida y literal, sino que deben serlo en armonía con los fines esenciales que el proceso persigue y obviamente, dentro del marco axiológico que conforma el debido proceso penal, utilizando para ello, los distintos métodos de interpretación (teleológica, histórica, evolutiva, sistemática actual, etc.). Dentro de los principios esenciales del proceso penal, cobra especial relevancia el de justicia pronta y cumplida, que se infiere de los artículos 39 y 41 de la Constitución Política. La lentitud de los procesos judiciales, el ritualismo, los formalismos vacíos y la falta de transparencia, han producido un gran daño a la confianza de la comunidad en la Administración de Justicia y a las partes que intervienen en el proceso penal. Las normas deben interpretarse de forma tal que se traduzcan en una mayor celeridad y eficiencia en la tramitación de las causas, claro está, se reitera, sin el menoscabo de derechos y garantías fundamentales. La eficiencia es la característica que denota aptitud para alcanzar adecuadamente, esto es, en menor tiempo y con mejor calidad, un fin. Si bien es cierto, conforme señala el Tribunal Consultante, el Código Procesal Penal se refiere a la redacción y firma de la sentencia escrita, ello es así porque en la época en que se redactó y aprobó el Código, el sistema penal costarricense no contaba con las herramientas tecnológicas necesarias, para realizar la videofilmación de las audiencias. Actualmente, algunos tribunales que utilizan de forma correcta el recurso tecnológico,*

han reducido sensiblemente el tiempo de respuesta generando resoluciones fundamentadas que no afectan derecho fundamental alguno.”

Esta resolución también se ocupó del acceso de las partes a la sentencia, señalando: *“La administración de justicia no puede estar de espaldas al desarrollo tecnológico, sino que debe valerse de él para mejorar el servicio que presta a los ciudadanos. En todo caso, si una persona solicita y justifica que la sentencia le debe ser notificada por escrito, en razón del principio de autonomía del ser humano, así deberá procederse. Ya esta Sala se refirió a este tema, entre otras, en las sentencias 2006-14593 de las quince horas quince minutos del veintinueve de setiembre del dos mil seis y 2006-12723 de las diecinueve horas quince minutos del treinta de agosto del dos mil seis, en las que se reconoce el derecho que le asiste a una persona con discapacidad visual, para recibir por un medio que le sea entendible, un pronunciamiento jurisdiccional, principio que debe aplicarse también en relación con el tema planteado, de manera que aunque el fallo le sea entregado por escrito a la parte, si a ésta le resulta indispensable recibirla en otro formato, por ejemplo en el sistema de lectura braille, así debe entregársele. La sentencia 2006-14593, es el producto de un recurso de amparo que interpuso una persona contra la propia Sala Constitucional, por considerar que se violan sus derechos, pues a pesar de ser un discapacitado visual, las sentencias no se le notifican por un medio audible, y por ello, debe acudir a terceras personas para que le lean las resoluciones, lo cual, vulnera su derecho a la intimidad. La Sala señaló en el voto de mayoría, que la Contraloría de Servicios del Poder Judicial, presta el servicio, sin que se viole la intimidad del recurrente, porque el personal destacado para cumplir ese servicio, tiene el deber de discreción. No obstante, se recomienda al Poder Judicial, que se implemente un sistema reglado de notificaciones a personas discapacitadas...cuando por privación cultural o limitaciones socioeconómicas, el imputado no puede revisarla en una computadora, el Estado está en la obligación de garantizarle el acceso ya sea proveyéndole un lugar en el despacho para que la revise con su defensor cuantas veces lo necesite, o bien mediante transcripción, en un plazo razonable. Particularmente en el caso de los privados de libertad, el Ministerio de Justicia deberá suplir la forma en que ellos puedan acceder al contenido de lo resuelto en las causas que se tramitan en su contra.”*

Finalmente, debe resaltarse que la misma Sala Constitucional en esta resolución, identificó un problema que se mantiene vigente al día de hoy: *“En todo caso, el juzgador –tribunal plural o unipersonal-, debe evaluar las características de los hechos juzgados, así como su alcance jurídico, para determinar si la motivación intelectual de la decisión en cuanto a los hechos y el derecho a aplicar, puede dictarse oralmente o si por el contrario, se requiere que la fundamentación de la sentencia se haga por escrito, pues en algunos casos, por ejemplo, las causas complejas o los procesos de larga duración, es posible que la motivación oral de la decisión, no asegure una fundamentación constitucionalmente aceptable”.*

Con base en lo anterior, la Sala Constitucional concluye que no existe vulneración al principio de legalidad, ni al de acceso a la justicia, de manera que, se asume que la sentencia oral, de acuerdo con una interpretación sistemática e histórica de

la norma, puede ser utilizada, en casos donde la complejidad permita garantizar la debida fundamentación. A partir de esto, se sigue con la utilización de la oralidad para el dictado de las sentencias, pero, los inconvenientes sobre las distintas interpretaciones de los jueces continúa, pues aunque la jurisprudencia constitucional es vinculante, no todos los jueces buscan conocerla, y, ante la ignorancia, surgen muchos que siguen pensando que esta forma de dictar sentencia ayuda con el eficientismo.

Por esto, en la sesión número 28-09, del 31 de agosto de 2009, artículo V, se aprobó el “*Protocolo de Actuaciones para el Desempeño de los Tribunales de Juicio en Materia Penal*”. En él se indica que deben preferirse las resoluciones orales a las escritas, de todo lo cual debe almacenarse un respaldo, luego de ser revisado para verificar que se grabó correctamente. Tal vez el artículo más importante de este reglamento, sea el tercero, que garantiza el acceso a lo resuelto, indicando: “*En aquellos casos en que alguna de las partes alegue no tener acceso a la tecnología de grabación o respaldos informáticos por carencia de recursos, desconocimiento, privación de libertad o discapacidad, el director de la audiencia ponderará el asunto y podrá ordenar, bajo supervisión suya, que un auxiliar de su oficina transcriba fielmente la resolución para poder entregarle una reproducción escrita, o podrá ordenar que la parte tenga acceso a la grabación en el despacho, o bien asegurará el medio idóneo de acceso a la información requerida por personas con capacidades especiales. En todos estos supuestos la Administración garantizará la tutela del derecho que tienen las partes a la información de lo resuelto.*”. De acuerdo con esta disposición, en principio, ningún tribunal de la República, debe negarle a una persona que lo solicite, la sentencia transcrita o, al menos, brindarle un espacio para que pueda escucharla en el mismo despacho. Sin embargo, la pregunta es si estas gestiones deben ser hechas dentro del plazo para impugnar, si es que ése es su deseo, y con el fin de tomar la determinación para incoar un recurso. No pareciera lógico que a un imputado que se encuentre privado de libertad o no, o a una víctima, se les negara la posibilidad de escuchar nuevamente la sentencia, pues sólo entregarle un respaldo digital, no satisface los fines de la sentencia. Si bien las grabaciones que se entregan llevan el programa con el cual pueden ser escuchadas, muchas veces va a depender del acceso a la tecnología que tengan las partes para que esto se concrete. En todo caso, dependerá de la situación particular y su examen, para poder definir cada una de las situaciones que se presenten.

En este mismo reglamento, en el artículo 8, se establece que “*Los tribunales de juicio dictarán las sentencias orales en audiencia, salvo que la complejidad o las características del caso concreto, tales como la multiplicidad de los hechos, el elevado número de imputados o de víctimas, o cuando se trate de causas relacionadas con delincuencia organizada, resulte necesario dictarla por escrito.*”. Esto implica que, bajo ninguna circunstancia puede pensarse que una sentencia deba ser oral, si el juez verifica la presencia de estas situaciones. El problema es que algunos jueces tampoco conocen este reglamento, y siguieron dictando todas las sentencias de forma oral, sin importar su complejidad, asumiendo,

posiblemente, que –por razones de eficientismo- con ello se libraban de una redacción extensa.

En cuanto al acta de debate, se dispone su contenido mínimo, y, de manera explícita, se obliga a consignar los hechos probados, lo que no se hacía con anterioridad, y constituía una dificultad para las autoridades penitenciarias a la hora de completar la atención al privado de libertad, y atender las gestiones administrativas que les correspondían. Pese a esto, aún al día de hoy, los jueces siguen consultando si resulta necesaria la confección de estas actas, y para muestra, se tiene la circular número 161-2013, emitida por la Corte Suprema de Justicia, donde se pone en conocimiento un informe de la Comisión de Asuntos Penales que se emite ante una propuesta de un juez para eliminar el acta de debate, tomando en cuenta que todo está grabado. A través de esta comunicación, se dispone que esta acta no puede ser eliminada, tomando en cuenta los artículos 138, 370 y 371 del Código Procesal Penal, así como las distintas solicitudes de Adaptación Social para que dicha constancia quede por escrito, y se adjunte a la sentencia oral.

Pese a estos esfuerzos, aún se anulan sentencias porque las grabaciones no existen, no hay respaldos, el equipo no funcionaba, alguna parte de la sentencia es imposible de ser escuchadas o reproducidas, o porque las deliberaciones fueron grabadas.

En la actualidad, se emitió la Circular número 164-2013, titulada “*Reglas para el dictado de sentencias orales en la jurisdicción penal de adultos y penal juvenil*”, a través de la cual se establecieron las pautas que debían examinarse para considerar un asunto complejo, y que en este tipo de casos no se dicte sentencia oral, a saber:

- a) Multiplicidad de intervinientes en el debate (múltiples imputados, defensores, fiscales, testigos y otros).
- b) Multiplicidad de acciones (penales y civiles).
- c) Asuntos declarados de tramitación compleja según las disposiciones correspondientes del Código Procesal Penal.
- d) Asuntos de abundante prueba (testimonial, documental y pericial).
- e) Asuntos en que prima facie se prevea que el dictado de la sentencia oral consumirá más de dos horas de exposición.

En el caso de la materia penal juvenil, se establece que deben ser escritas las sentencia cuando se trate de:

1. *Condenatorias sean por juicio ordinario o abreviado, independientemente de su complejidad.*
2. *Suspensiones del Proceso a Prueba.*
3. *Medidas cautelares de asuntos complejos.*
4. *Resoluciones de Tribunal de apelación (interlocutorio y sentencia).*
5. *Resoluciones de la Sala Tercera.*

Finalmente, debe agregarse que con la Ley 8720 denominada Ley de Protec-

ción a Víctimas, Testigos y demás sujetos intervinientes, a partir del 22 de abril de 2009⁷⁷, se adicionó al Código Procesal Penal el Procedimiento Especial de Flagrancia, en el cual se previó que la sentencia sólo podría dictarse de forma oral, según el artículo 429 de este cuerpo legal, lo que obliga a los jueces de flagrancia a dictarla oralmente sin excepción.

BENEFICIOS Y DIFICULTADES QUE TIENE UNA SENTENCIA ORAL

La sentencia oral no puede ser desechada del todo como una herramienta, pues su utilidad práctica en casos excepcionalmente sencillos, está comprobada. Ha colaborado para que los circulantes bajen en algunos Tribunales, donde los jueces manejaban sus agendas guardando espacio para la redacción de sentencias y, al no tener que sentarse a redactar una resolución escrita, el tiempo que se utilizaba en las agendas para ello, pueden ser utilizados para aumentar la cantidad de debates que se realizan. También se puede hablar de jueces, cuya retórica es excelente o muy buena, y que, desde el punto de vista de los requisitos formales de la sentencia, cuidan celosamente su cumplimiento. Además, esta comunicación oral de la sentencia, ha permitido que el efecto de prevención positiva sea mayor, en el tanto, no es lo mismo leer una sentencia, a que el juez deba explicarla con palabras accesibles a las partes y a quienes concurren a la audiencia con interés de conocer el resultado del caso. La distancia entre el ciudadano y el juez se ha estrechado más, y la transparencia de la justicia se ha reafirmado, pues quien acude al debate y al relato de la sentencia corrobora que no es un tercero quien hace la sentencia, sino que el funcionario público designado para ello cumple con su deber de resolver el caso propuesto ante él.

Sin embargo, pueden enlistarse una serie de dificultades que presenta la sentencia oral, que no pueden ser resueltos con reglamentos o disposiciones. El primero de ellos, se refiere al conocimiento técnico jurídico del juez. Tal vez una de las cosas que más se lograba superar con la sentencia escrita, es que el juzgador, en la redacción, podía consultar textos, jurisprudencia, o algunas otras fuentes, para determinar cuál era la correcta aplicación del derecho y cómo debía expresarlo evitando errores en la aplicación del derecho. No obstante, en la sentencia oral, esto no es posible, y si se suma a ello que la resolución oral debe dictarse inmediatamente después de la deliberación –tanto en flagrancia, como en los procedimientos ordinarios- entonces no existe posibilidad de que este juez con conocimientos insuficientes pueda consultar otras fuentes. Aunado a ello, en la mayoría de los casos donde se constituye un tribunal colegiado, difícilmente se va a encontrar que un co-juez interrumpa a quien relata para corregirlo o completar su razonamiento.

77 Fue publicada en la Gaceta 77 el 22 de abril de 2009.

Otro de los inconvenientes que se muestran con el dictado de sentencia oral, es la conservación de los archivos. La Sala Constitucional, en diferentes resoluciones⁸⁸ ha señalado la importancia de que se verifique la existencia de un registro de grabación digital en condiciones de ser reproducido. Cuando se trata de sentencias, esto es indispensable, ya que sin registro digital, no hay sentencia, y, en consecuencia, el debate debe hacerse nuevamente. Esto ha sucedido en incontables oportunidades, a pesar de que las distintas circulares y lineamientos de la subcomisión de oralidad han repetido la obligación que tiene el juez y quien le asiste, de verificar que la sentencia se está grabando. Además, cuando la copia en el disco que se adjunta al expediente y en el que se guarda en el despacho, debe verificar que quedó bien grabada y que puede ser reproducida. Aunque se han hecho esfuerzos importantes, todavía se encuentran dificultades serias con los respaldos de sentencias, los cuales a veces no se aportan al expediente –se encuentran discos en blanco- o los que se adjuntan no pueden escucharse. Problemas con el audio, porque no se revisa que los micrófonos estén en buenas condiciones, o que estén encendidos, también abona a las dificultades insalvables que provocan la nulidad de la sentencia oral.

Debe agregarse que, en algunas circunstancias, el principio de concentración no está garantizado plenamente, ya que entre la recepción de la prueba y el dictado de la sentencia oral, cuando se trata de asuntos que han tenido continuaciones, y, además, el juez ha debido concurrir a otras audiencias, la memoria del juzgador puede verse comprometida. Por ello, se verá en las grabaciones a los jueces tomando nota, en sus computadoras personales o a mano, con el fin de resguardar los recuerdos que se han recopilado en la evacuación de los elementos de prueba, pero, sin duda alguna, quien decida dictar una sentencia oral o deba hacerlo por imperio de ley, tiene la obligación de resguardar este principio de la mejor manera posible. Según la experiencia propia en el examen de resoluciones orales en apelación -como jueza de apelación de sentencia- o en casación -como letrada de la Sala Tercera-, he podido constatar que no es adecuado el paso de días entre la recepción de la prueba y el momento en el que se dicta sentencia, pues el juez olvida mencionar algún testigo, o se ha olvidado algún detalle importante de lo dicho por los deponentes en sentencia. Algunos jueces siguen remitiendo al contenido de la prueba que está en el DVD del debate, cuando la sentencia debe bastarse por sí sola, sin que las partes, o quien quiera consultar el “documento” deban tener la obligación de grabar todas las audiencias del debate, y escucharlas para verificar el contenido de una parte de la sentencia, de acuerdo con el artículo 143 del Código Procesal Penal.

Respecto a las partes, la situación no es tan simple como se cree. En el caso de los privados de libertad, les resulta difícil guardar su sentencia, pues por razones de seguridad, los Centros de Atención Institucional no les permiten tener consigo

8 Entre ellas, pueden mencionarse las resoluciones de Sala Constitucional número 17262, de las 16:55 horas, del 27 de noviembre de 2007; 17955, de las 14:35 horas del 12 de diciembre de 2007; y 15841, de las 15:33 horas del 23 de octubre de 2008.

un disco con la grabación de su sentencia. Por supuesto, esto no sólo tiene incidencia en cuando a los recursos de apelación y casación que tengan la posibilidad real de plantear en ejercicio de su defensa material, sino que, además, respecto a la instauración de procedimientos de revisión. Es por ello que, la función de la Defensa Pública es vital para lograr una conexión entre el privado de libertad y su sentencia. La víctima no está lejos de esta situación, pues no es sencillo el reproducir el programa en el que se graban las sentencias, pese a que se adjunta en el mismo disco, y cuando el usuario lo recibe, nadie les enseña cómo pueden accederlo y escuchar la resolución. El girar instrucciones de cómo poder observar la sentencia debería ser una práctica común de todos los encargados de entregar la grabación, para garantizar el acceso a la resolución, o, al menos, utilizarse boletas con instrucciones simples a los usuarios, de manera que puedan lograr escuchar su sentencia.

Retomando los requisitos de la sentencia que debe ser considerada compleja, y que, por consiguiente, no puede dictarse oralmente, lo cual surgió ante la necesidad de ponerle fin a algunos ejemplos de oralidad llevado al extremo, donde ciertos jueces han mantenido a las partes por horas interminables escuchando una sentencia, cabe preguntarse cuál es la consecuencia ante el incumplimiento de esta disposición. Bueno, definitivamente, podría hablarse de consecuencias en el ámbito disciplinario, pero, ¿será ineficaz la sentencia que se dicte en un asunto complejo donde esté presente algunas de las circunstancias que contiene la circular 164-2013?. En mi criterio, el reglamento es de aplicación obligatoria, pues es parte de las potestades de dirección que tiene Corte Plena, pero en cuanto a la ineficacia de la sentencia por haber sido dictada fuera de los parámetros ordenados, deberá encontrarse un agravio en el caso concreto para que pueda anularse la resolución.

En la fase impugnativa, las dificultades se acrecientan. Esto ha generado un retraso importante en los tiempos de resolución. Entonces, puede que el proceso se resuelva pronto, o que la sentencia se dicte oralmente, pero en fase de apelación, el examen de ésta es bastante complicado. La resolución del Tribunal de apelación debe estar debidamente fundamentada, pero poder transcribir o tomar nota casi textual de alguna parte de esa sentencia oral al contestar algún reclamo del impugnante, le toma al juez –por lo menos- diez veces más del tiempo que dura la grabación. En algunos casos, el audio es de tan mala calidad, que se dificulta mucho poder oír la resolución, o entenderla. Ha habido casos donde los jueces, ante el nerviosismo de estar frente a personas hablando, utilizan “muletillas” o tartamudean, haciendo más complicada la comprensión.

Aunado a ello, lo que antes podía verificarse con la simple lectura, ahora es mucho más lento, pues escuchar la sentencia, con los problemas que se presentan: audio, argumentación desordenada, debilidades en fundamentación, jueces que alteran el orden de lo resuelto, etc., intervienen en la posibilidad que tiene el Tribunal de alzada de poder revisar la sentencia, y aumenta los tiempos de resolución. Así, lo que antes podía redactarse y resolverse en pocos días por parte de la Cámara de Apelación de Sentencia Penal, con la resolución oral ya no se logra, pues mientras los tres jueces escuchan las grabaciones y toman la decisión, se lleva más tiempo del que se usaba.

Finalmente, todo esto es importante de tomar en cuenta con seriedad, pues interviene con la calidad de las resoluciones, y, por ende, con la justicia pronta y cumplida protegido en el artículo 41 de la Constitución Política. Por ello, debería replantearse si es lo más adecuado mantener la resolución oral, en materia del juzgamiento de adultos -pues en Penal Juvenil fue prohibida por la circular 164-2013-, o regresar a la sentencia escrita, para asegurar el resguardo del documento, el acceso a éste, y la mejor respuesta cuando debe ser revisada integralmente por el Tribunal de alzada -apelación o casación-.



"Manicure", ilustración digital de Johnny Villares B. 2014

LA DEROGACION TÁCITA DEL ARTÍCULO 871 DEL CODIGO CIVIL SEGÚN LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL PREDOMINANTE

Prof. Lic. Carlos Manuel Estrada Navas¹

Profesor de la Facultad de Derecho.
Universidad de Costa Rica.

1 (*) ExMagistrado Suplente de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (2007-2011)
Profesor de la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, desde 1984
Miembro de la Cátedra de Derecho Privado de dicha Facultad desde 1985
Correo eléc.: cestrada@abogados.or.cr



"Toro", ilustración digital de Johnny Villares B. 2014

Resumen: Algunas Salas de Casación de Costa Rica han entendido que el artículo 871 del Código Civil (1886) fue tácitamente derogado por el Código Penal (1970). Así lo publican algunos de los códigos de uso frecuente que se publican en nuestro país. Tal interpretación es discutible a la luz de los parámetros que se exponen y de los criterios de otras instancias judiciales y administrativas.

Palabras clave: derogatoria tácita, prescripción, norma especial, norma excepcional, norma posterior

Abstract: Some Sections of the Costa Rican Supreme Court of Justice had ruled that the legislation on Criminal Law (1970) abrogated indirectly the legal text of the Civil Law (1886) that sets the term for statute of limitations. That interpretation could be revised in scope of other legal criteria.

Keywords: Abrogation, statute of limitations, types of legal texts.

INTRODUCCION

Un tema que se hace en ocasiones complicado para los operadores jurídicos (profesores de Derecho, estudiantes, jueces, abogados litigantes, asesores legales en general) es tener la certeza y seguridad de que determinado texto normativo se encuentra, o no, vigente.

En el caso del artículo 871 del Código Civil, una rápida revisión de dos de las versiones comercialmente disponibles en nuestro medio así como de la versión digital pública “en línea”, nos generan una gran duda acerca de si está o no vigente. En efecto, si consultamos El Código civil 2012 (de PUBLICACIONES JURIDICAS) nos ofrece el texto del artículo (que resulta ser el mismo surgido de nuestro Parlamento en el año 1886) así: “*Artículo 871.- Las acciones civiles procedentes de delito o cuasi-delito se prescriben junto con el delito o cuasi-delito de que proceden*”. Pero, si consultamos en cambio el Código Civil, actualizado, concordado y con jurisprudencia (también de 2012; obra preparada por el Profesor don Olman Arguedas), encontramos la advertencia al pie del referido artículo 871 de que “***se tiene por derogado por el artículo 96 del Código Penal***” y se indica que así se dispuso por la Sala Tercera en el voto 2002-00861 y por la Sala Primera en el voto 2003-00482, ambas Salas de Casación, en lo Penal y en lo Civil respectivamente, de nuestra Corte Suprema de Justicia. En la versión digital del Código civil 2013 (SINALEVI), no se dice que el artículo 871 esté derogado, pero la jurisprudencia relacionada que cita incluye, además de otros pronunciamientos judiciales, las sentencias referidas de las Salas Tercera y Primera (en adelante, permítasenos usar la expresión, las “sentencias derogantes”).

DEROGACION TACITA DE LEYES

Podemos acercarnos a la cuestión planteada constatando, en primer término, que la Constitución Política establece como atribución exclusiva de la Asamblea Legislativa, entre otras, la derogación de leyes.

Así el inciso 1 del artículo 121 de la Constitución Política, establece que:

“*Artículo 121.- Además de las otras atribuciones que le confiere esta Constitución, **corresponde exclusivamente a la Asamblea Legislativa: Dictar las leyes, reformarlas, derogarlas y darles interpretación auténtica** ...” (los destacados, en negrita, son para resaltar partes de las citas de ésta y otras citas que se hacen a lo largo de la presente investigación)*

Ni las fuentes revisadas hacen sospechar, ni las bases de datos referentes a la legislación nacional consignan tampoco, que el artículo 871 del Código Civil haya sido expresamente derogado por alguna ley emanada de la Asamblea Legislativa.

Ahora bien, la misma Constitución Política establece la regla de que una ley posterior sí puede derogar una ley previa pues el artículo 129 de la magna norma, en lo que interesa, dispone:

*“Las leyes son obligatorias y surten efectos ... Nadie puede alegar ignorancia de la ley, ... **La ley no queda abrogada ni derogada, sino por otra posterior**; contra su observancia no podrá alegarse desuso, costumbre ni práctica en contrario. Por vía de referendium el pueblo podrá abrogarla o derogarla, de conformidad con el artículo 105 de esta Constitución”*

De la redacción de las disposiciones constitucionales transcritas, se aprecia que no se restringe la posibilidad de que la ley posterior derogue de modo expreso o tácito la ley previa, lo cual además parece ser una exigencia lógica de cualquier sistema coherente, para evitar contradicciones o inconsistencias (**Principio lógico de no contradicción**). Queda entonces abierta la posibilidad de que una ley posterior derogue a una ley previa, y tal derogatoria puede ser expresa o tácita. Debe entenderse, desde luego, que la posteridad de la ley derogatoria respecto de la ley derogada es *condición necesaria mas no suficiente* y sería, en este sentido, una buena práctica legislativa que la ley posterior expresamente hiciese referencia a las leyes que modifique, afecte, o derogue y una no tan sana práctica legislativa sería, en cambio, la remisión genérica, utilizada con frecuencia por el Legislador, mediante la frase de cajón de que *“asimismo se derogan las demás leyes que se opongan a la nueva ley”*. La otra *condición necesaria*, en nuestro criterio, para que opere la derogación tácita, es que la nueva norma haga incompatible, formal y sustancialmente respecto del nuevo estado normativo creado por la posterior, la vigencia de la norma antigua. Tal sería el caso, por ejemplo, de los países donde hubo esclavitud y su abolición se dio mediante ley ordinaria (si hubiera sido por norma constitucional, la derogatoria no habría sido tácita sino que derivaría simplemente de la potencia y jerarquía características de todo sistema normativo donde la norma de inferior rango no puede contradecir a la superior) pues evidentemente, aunque la ley abolicionista hubiera omitido decirlo, su entrada en vigencia ha de implicar necesariamente la derogación de las leyes ordinarias que regulaban temas anejos a la esclavitud (matrimonio de esclavos, manumisión, filiación, y similares).

Pensamos, por nuestra parte, que si la norma antigua admite alguna interpretación razonable que le permita mantener su vigencia, aun a la luz del nuevo estado normativo creado por la norma posterior, entonces debería preferirse el considerar que sigue vigente de acuerdo a esa diversa interpretación. De otro modo dicho, por razones de Seguridad Jurídica, estimamos preferible considerar que la derogación tácita por ley posterior debe verse restrictivamente máxime que el Legislador no pronunció expresamente la decisión de derogarla. La primera opción heurística, ante el silencio del Legislador, en línea de principio sería que no quiso derogar la norma antigua al promulgar la nueva.

No decir, expresamente, que la ley nueva deroga determinada norma anterior, es desde luego un caso de omisión del Legislador, es un silencio que puede ser intencional o no. La interpretación de este silencio, puede ser difícil similar al polémico tema de las lagunas legislativas:

“... en la cuestión de las mal llamadas lagunas (puesto que su noción geográfica no se corresponde con la de vacío) del derecho o, mejor dicho, de la ley, es decir, con el silencio del legislador frente a determinada situación, o como prefiere Couture, ante el caso no previsto. En este punto, procede, a mi entender, diferenciar dos supuestos distintos, ante los cuales el intérprete, o más exactamente, el integrador de la norma debe conducirse de modo diverso: el de exclusión deseada (que no puede ser suplida por aquél) y el de omisión involuntaria (que debe serlo).” (ALCALA-ZAMORA, Estudios, p.23)

CODIGOS PUBLICADOS A LO LARGO DE LOS AÑOS

Un aspecto que llama la atención a lo largo de una revisión de los principales códigos disponibles para consulta, parte del acervo de la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, otros de nuestra colección privada, y algunos de los textos comercialmente disponibles en el mercado, a que tuvimos acceso, es que el artículo 871 del Código Civil desde el momento de su publicación original en 1886 y vigencia inicial en 1888, es de los artículos que más ha motivado a los juristas, editores e interesados a señalarle comentarios y notas.

Así, destacamos que la edición del Código Civil preparada por Víctor Guardia y Alejandro Alvarado, que vio la luz en 1910, daba como concordancia del artículo 871 la sentencia de casación de 3 horas 11 p.m. de 6 diciembre 1907 (que no se relaciona con nuestro tema específico).

Muy curiosa es la nota del Código Civil editado por la Imprenta Atenea en 1949 (anecdóticamente aun más curioso, si se quiere, pues el ejemplar que pudimos consultar en la Biblioteca de nuestra Facultad, perteneció y lleva las anotaciones del ilustre jurista nacional don Antonio Picado Guerrero), que conviene transcribir: “(22) Art.218 C.P.Respecto a responsabilidad de los funcionarios judiciales, se extingue al año (Art.658 C.P.P.) La extinción de la acción penal no extingue la civil, ni la suspensión de pena o la concesión de una gracia afectan esa reparación: Arts. 96, 138 y 157 C.P. y art.52 inciso 4º C. de P.; art.27 C.P.P.” El comentario es notable, pues la concordancia del derecho penal es muy similar a la que, bajo la legislación punitiva hoy vigente, originó la tesis judicial acerca de la derogatoria tácita del artículo 871 que veremos.

Muchas ediciones del Código Civil que han circulado en nuestro país, con notas, concordancias o comentarios respecto de otros artículos, mantienen un absoluto silencio cuando dan el texto del artículo 871 (el lector de esos códigos, no

tendrá pues el menor indicio acerca de la posibilidad de una derogatoria tácita del mismo). Reseñamos que es el caso de los siguientes códigos civiles: el de 1962 publicado en Madrid, a cargo de Hector Beeche y Fabio Fournier (consultado también en la Biblioteca de nuestra Facultad, ejemplar que perteneció a otro ilustre jurista nacional, don Carlos José Gutiérrez), el de 1972 preparado por Carlos Salazar Gamboa, la edición de 1974 preparada por la Asociación de Estudiantes de Derecho, los de 1977 y reediciones, preparados por Atilio Vincenzi (con los que nos correspondió estudiar en nuestros años de estudio como alumnos), el de 1991 preparado por don Gerardo Trejos, y el de 1998 de la Editorial de Investigaciones Jurídicas.

En un orden cronológico, debe señalarse que para el año 1999 comienza a circular en nuestro foro nacional una versión no del Código Civil sino del Código Penal (la preparada por Ulises Zúñiga) donde se expresa la idea de que el artículo 96 del Código Penal derogó el artículo 871 del Código Civil. Dice así:

*“Artículo 96: El otorgamiento de la amnistía, el indulto, la rehabilitación, el perdón judicial, la condena de ejecución condicional y la libertad condicional no afectan la responsabilidad civil ni el comiso. La extinción de la acción penal y de la pena no producen efectos con respecto a la obligación de reparar el daño causado, ni impedirá el decomiso de los instrumentos del delito. ‘Concordancias: Sobre reparación civil y comiso, ver arts.103 y 109 C.P. Sobre Prescripción de la Acción Civil, ver art.871 C.C., **que –a nuestro juicio- fue derogado implícitamente por el párrafo segundo del presente artículo (norma especial posterior).**”*
(ZUÑIGA, Código Penal, 1999)

Hasta donde hemos logrado hallar, esta fue la primera vez que semejante criterio aparece publicado, curiosamente no en una edición del Código Civil, que sería el afectado, sino más bien del Código Penal (que se postula, según el comentarista de cita, haber sido la norma supuestamente derogante). La redacción aquí transcrita se reproduce, sin cambios, en la versión 2004 del Código Penal del mismo compilador Zúñiga, siendo interesante que ni la edición de 1999 cita el voto de la Sala Constitucional de 1993 (que adelante veremos y que dice que el 871 no es inconstitucional) ni la edición (o reedición) 2004 cita tampoco las sentencias de 2002 de la Sala Tercera y de 2003 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (las sentencias “derogantes”), que ya habían sido dictadas para ese entonces.

En el año 2000 circula una edición del Código Civil preparada por Gerardo Parajeles Vindas, la cual indica como nota de referencia al artículo 871 del Código Civil el voto 5029-93 de la Sala Constitucional (ya mencionado), lo cual no da pie suficiente para entender que el artículo de comentario esté vigente sino simplemente que no es inconstitucional.

De los autores Evelyn Salas Murillo y Jaime Barrantes, aparece en el año 2003 una impresionante y muy documentada obra, el Código Civil de Costa Rica y Ju-

jurisprudencia, donde se citan y se ofrecen reseñas de pronunciamientos judiciales, artículo por artículo. En la edición 2003, se refieren para el artículo 871 del Código Civil, los votos de Sala Primera de la Corte 18 de 14:45 de 21 de febrero de 1996, 002 de 6 enero 1993, 17 de 15 horas del 15 de abril de 1994, así como la resolución 302 del Tribunal Superior Segundo Civil, Sección Segunda, de 9 horas 5 minutos de 27 de julio de 2001. Vale decir, todas estas decisiones judiciales asumen que el artículo 871 se encuentra vigente, y lo aplican o interpretan según las particularidades concretas del caso *sub examine*. La edición, corregida y aumentada, de esta misma obra, en el año 2012 ya contiene la referencia expresa al voto 482-F-03 que en el año 2003 dicta la Sala Primera variando su jurisprudencia en el sentido de tener por derogado el artículo 871, así como a otros votos de esa misma Sala (728-F-2005, 422-F-2007) y algunos de la Sala Tercera (2007-1148, 2009-00138).

Indiquemos, para terminar esta breve revisión de los códigos disponibles para consulta o estudio en nuestro medio, que la edición 2012 a cargo de don Olman Arguedas del Código Civil actualizado, concordado y con jurisprudencia, cita, como ya se dijo, tanto el ya mencionado voto 5029-93 de la Sala Constitucional (que dispuso que el artículo 871 no es inconstitucional) como las sentencias derogantes, o sea el voto 2002-00861 de la Sala Tercera, que fue el primero, y el de la Sala Primera, voto 2003-00482, ambos coincidentes en la tesis de la derogación tácita del 871.

LAS SENTENCIAS DEROGATORIAS

Como queda dicho, la primera sentencia de casación que conocemos donde el Juzgador expresamente toma partido por la tesis de que la entrada en vigencia del actual Código Penal significó la derogatoria tácita del artículo 871 del Código Civil, fue la que dictó la Sala Tercera, es decir, la sala de casación de lo penal, de nuestra Corte Suprema de Justicia (voto 2002-00861). Poco tiempo después, la Sala Primera, es decir la sala de casación de lo civil, apoyó (en el voto 2003-00482) e hizo suya la tesis de la Sala Tercera. Ambos pronunciamientos manifiestan que constituyen un cambio de posición jurisprudencial, dado que los antecedentes que había (muy abundantes en materia civil, según reseñó el estudio de Evelyn Salas Murillo y Jaime Barrantes en la edición 2003 de su Código Civil de Costa Rica y Jurisprudencia) eran favorables a tener por vigente el artículo 871 del Código Civil.

También eran antecedentes que se decantaban por la tesis de que el artículo 871 estaba vigente, las que se transcriben en el Libro de Jurisprudencia 1950-1975 recopilado por el jurista nacional Víctor Pérez; así, por ejemplo:

“... la prescripción que hubiera podido ser alegada aquí es la contemplada en el artículo 871 del C.C., que rige las acciones civiles procedentes de delito o cuasidelito, como es el caso de autos, las cuales prescriben

junto con el delito o cuasidelito de que procedan". N° 16 de 15:30 horas del 27 de enero de 1971, semestre I. Sin publicar. " (PEREZ VARGAS, Víctor, y otros, Jurisprudencia, p.193)

Y en igual sentido,

"... la jurisprudencia repetida de esta Sala no ha encontrado óbice, en el sobreseimiento o absolucón del procesado en la vía penal o en la extinción de la acción criminal por prescripción, para que, fundándose en una causa distinta de la responsabilidad penal, como lo es un delito o cuasidelito civil, (que es el fundamento de la presente demanda que se basa en el artículo 1045 del Código Civil), pueda establecerse en la vía correspondiente reclamos para la reparación civil, sin que pueda en tal caso la prescripción de la acción penal, aparejar la de la acción civil. (Ver entre otras, sentencias de Casación de 9:15 horas de 17 de abril de 1941, página 287 de la colección; de 14 horas de 23 de enero de 1946, página 100 y de 10:30 horas de 27 de agosto de 1946, página 675)". N° 91 de 16 horas del 12 de agosto de 1959, semestre II, tomo I, página 510. " " (PEREZ VARGAS, Víctor, y otros, Jurisprudencia, p.193)

El voto de la Sala Primera del año 2003, es decir, la sentencia derogatoria, al ser posterior a la sentencia de la Sala Tercera, esencialmente expone que dado lo considerado en prolijo análisis por la Sala de lo penal en su voto del 2002, y encontrándolo más razonable que los antecedentes de la misma Sala Primera, se toma la decisión expresa de dar un viraje a la jurisprudencia que se venía siguiendo, para en su lugar tener por derogado el artículo 871 del Código Civil.

La sentencia derogante dictada por la Sala Tercera en el año 2002, contiene un razonable y serio análisis de la situación que lleva a los Juzgadores a tener por derogado el artículo 871 del Código Civil, básicamente, al considerar que la variación del sistema punitivo introducida por el actual Código Penal aunada a los cortos plazos (además reducibles a la mitad por lo general) de prescripción de la acción penal pueden colocar en franco desamparo a la víctima en punto a la debida reparación civil por lo que se concluye que es mejor entender derogado dicho artículo y tener el decenal como plazo único de prescripción civil de la indemnización debida con ocasión de delitos.

La sentencia de la Sala Tercera es muy extensa y prolija en análisis y argumentos (de hecho, en criterio del autor de la presente investigación, y a pesar de que no compartimos sus conclusiones, pensamos que es una de las mejores piezas jurídicas que esa oficina judicial ha producido en lo que va del presente siglo), por lo que nos limitamos a transcribir algunos de los pasajes principales y más relevantes para nuestra investigación, así:

El resumen general de la posición jurisprudencial y su consecuencia directa en cuanto al plazo de la prescripción civil, la Sala Tercera lo enunció así:

“A través del citado artículo 871 el legislador decidió establecer una excepción a las reglas ordinarias del plazo (decenal) para que los derechos prescriban negativamente, según lo dispone el artículo 868 del mismo texto: **“Todo derecho y su correspondiente acción se prescriben por diez años. Esta regla admite las excepciones que prescriben los artículos siguientes y las demás establecidas expresamente por la ley, cuando determinados casos exigen para la prescripción más o menos tiempo”**. Sin embargo, luego de un mejor análisis del tema, concluye la Sala que se impone variar aquí el criterio que se ha mantenido; esta vez sin recurrir a cuestiones de constitucionalidad, sino aplicando los principios que rigen la abrogación de las leyes (tema propio de los tribunales ordinarios y no de la Sala Constitucional) y ello permite establecer que la primera norma de cita (871) fue tácitamente derogada a través del Código Penal de 1970. Esto significa, en esencia, que el término por el que prescribe el derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de una conducta tipificada como punible (delito o contravención) es de **DIEZ AÑOS** y puede suspenderse o interrumpirse cuando concurren los supuestos que establecen el Código Civil, el Procesal Civil u otras leyes especiales aplicables.”

Para llegar a semejante posición, la sentencia justifica la necesidad jurisdiccional de establecer expresamente si el artículo 871 del Código Civil está vigente o no, a cuyo efecto se dice:

-
“IV SOBRE LA PRESCRIPCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL HECHO PUNIBLE. DEROGATORIA TÁCITA DEL ARTÍCULO 871 DEL CÓDIGO CIVIL.-

Posición anterior de la Sala.-

El artículo 871 del Código Civil dispone : **“Las acciones civiles procedentes de delito o cuasidelito, se prescriben junto con el delito o cuasidelito de que proceden”**. La Sala, en anteriores oportunidades, ha considerado que dicha norma resulta inconstitucional en la medida en que coarta el acceso a la Justicia de la víctima que sufrió un daño resarcible a raíz de un hecho penalmente ilícito y crea notorias situaciones de desigualdad respecto de otras personas que, no obstante reclamar –por ejemplo- meros incumplimientos contractuales o ilícitos civiles que no comprometieron su integridad física o bienes jurídicos de esa o distinta jerarquía, más trascendentes que el simple dato económico; gozan de un término mucho más extenso y susceptible de prorrogarse con mayor amplitud que aquel asignado a la acción penal de un sinnúmero de delitos (v. gr.: las lesiones graves prescriben en seis años y el término se reduce a la mitad en los supuestos que contempla la ley; frente a los diez años que como plazo ordinario de prescripción de las obligaciones determina el artículo 868 del Código Civil y que se interrumpe, entre otras razones, por cualquier gestión judicial o extrajudicial dirigida a lograr que se satisfaga la deuda). Consideraciones

de tal naturaleza –junto a varias más que no interesa repetir aquí– movieron a este tribunal a plantear consultas a la Sala Constitucional acerca de si el artículo 871 vulnera derechos fundamentales, obteniendo –por votos de mayoría– una respuesta negativa (ver resumen de los distintos fallos en la sentencia dictada por los señores magistrados suplentes de la Sala Tercera, No. 112-2002 de 11,55 horas de 13 de febrero de 2002), aunque en su último pronunciamiento –y atendiendo a los argumentos que se invocaban en la consulta, relativos a la existencia del artículo 96 del Código Penal– hizo saber la Sala Constitucional que primero debía dilucidarse si el artículo 871 se halla o no vigente”

Asimismo, en los Considerandos V y VI de la sentencia derogatoria, la Sala hace un muy interesante recuento de las soluciones históricas, doctrinales y de nuestro derecho positivo, en tema de la relación entre acción civil y penal, que no resistimos la tentación de transcribir, así:

“V Fundamento histórico político del artículo 871 del Código Civil y diversa naturaleza del sistema que lo inspiró .- En general, los ordenamientos jurídicos de raigambre occidental siempre han destacado el deber de reparar el daño producto de un hecho punible como uno de los efectos jurídicos que este acarrea; sin embargo, existen dos distintas concepciones sobre el modo en que el autor del delito –o contravención–, o bien el civilmente responsable, podrán ser obligados a resarcir. La primera, recogida a partir de antiguas instituciones por la etapa clásica del liberalismo democrático (teoría **clásica**) establece claras diferencias entre la pena (como efecto “natural” del delito, de carácter público y a cargo del Estado) y la reparación civil, de interés exclusivamente privado, cuyo único titular –y con facultad para reclamarla– es el ofendido o damnificado. En resumen, este sistema postula que **no podrá** declararse de oficio la responsabilidad civil del penalmente condenado, ni a pedido de otro que no sea el legítimo titular del derecho (ofendido o damnificado, o su representante), por ser a aquel a quien –en forma exclusiva y por no hallarse comprometido en forma directa el interés estatal– incumbe decidir si planteará o no su reclamo. La segunda posición deriva del positivismo jurídico (teoría **positivista**) y considera que la responsabilidad civil por el delito no es de mero carácter privado. Existe un interés general de la sociedad de que el delincuente no solo cumpla una pena, sino también que repare los daños causados con su conducta. El Estado, por ende, debe velar por el cumplimiento de esos fines, obligando al responsable a resarcir, aun cuando no medie solicitud alguna del ofendido o damnificado, y en tal supuesto actúa en beneficio directo de este, pero en interés mediato de la sociedad entera; interés que, por definición, trasciende el plano individual. En este modelo, el juez penal está obligado a decretar la responsabilidad civil del imputado en la misma sentencia que lo declara autor de un delito y lo hará **de oficio** , es decir, aunque el titular del derecho al resarcimiento no se lo pida, o aun cuando nunca haya sido parte en el proceso. **VI.- Vigencia de los sistemas en el derecho nacional .-** El derecho costarricense no escapó a los ámbitos de influencia de los dos sistemas contrapuestos que se han reseñado en el Considerando anterior y, de hecho, durante varias décadas imperó el modelo positivista (salvo el Código de Procedimientos Penales de 1910, antes de su reforma en

1937). Así, el Código Penal de 1880 –vigente en 1886 cuando se promulgó el Código Civil que aún nos rige– disponía en su artículo 25: **“Toda sentencia condenatoria en materia criminal, lleva envuelta la obligación de pagar los daños y perjuicios que el delito ocasione por parte de los autores, cómplices, encubridores y demás personas legalmente responsables. También contendrán las sentencias condenatoria de costas procesales y personales, siempre que el juicio se haya seguido por acusación de parte que no sea el Ministerio Público. En las causas tramitadas de oficio o por acusación fiscal, solo contendrán esta última condenatoria, cuando a juicio de la autoridad, deba reagravarse la pena con ella”**. Previsiones similares se reiteraron en textos legales posteriores: **“Toda sentencia condenatoria en materia criminal lleva envuelta la obligación para los autores y cómplices de pagar los daños y perjuicios que el delito ocasione, determinará ser a cargo de los mismos las costas personales y procesales, siempre que el juicio se haya seguido por acusación de parte privada y declarará el comiso..” (Código Penal de 1924, art. 131)** ; **“Toda sentencia condenatoria en materia criminal produce las siguientes consecuencias: 1...; 2- La obligación de los responsables del hecho punible de pagar las costas procesales y cuando hubiere habido acusador particular, también las personales; 3- El comiso. 4- La obligación de restituir, reparar el daño e indemnizar los perjuicios provenientes del hecho punible..” (Código Penal de 1941, art. 120)** . Se obtiene de lo transcrito que todos los códigos que sucesivamente estuvieron en vigor (con la salvedad apuntada de un breve lapso del Código de 1910) recogieron la teoría positivista, ordenando la declaratoria oficiosa de la responsabilidad civil derivada del hecho punible, disponiendo (lógicamente, además) que las costas personales solo se le reconocerían al ofendido o damnificado si había intervenido como parte en el proceso promoviendo la acusación particular. Este sistema positivista constituye la fuente inspiradora del artículo 871 del Código Civil y solo bajo su perspectiva la norma resultaba coherente con el resto del ordenamiento. En efecto, si toda sentencia penal debía **imperativamente** pronunciarse sobre la responsabilidad civil del justiciable, sin posibilidad (ni necesidad) de acudir a otra vía (más que a una eventual ejecución), lo lógico y acorde con las exigencias del sistema era que ambas acciones (penal y civil) prescribieran en forma conjunta, como lo señala el referido artículo 871. De otro modo, se presentarían incongruencias tales como que el juez pudiese declarar al acusado autor del delito, pero no imponerle la responsabilidad civil (por hallarse prescrita) y ello significaría derribar todo el modelo y desconocer su fundamento básico de que igual interés social revestía la pena como la reparación del daño. Esta última viene a constituir, dentro de la lógica interna y la ideología que soportan el sistema, una especie de pena “adicional” –por así decirlo– a la de prisión y tan importante como ella (al extremo de que puede sustituirla en algunos casos de delitos leves). Puesto que ambas ameritan idéntico trato, las dos correrán la misma suerte –en lo que a prescripción se refiere–, y las vicisitudes que afecten a la acción penal (suspensiones, interrupciones) lo harán también respecto de la civil. Cosa distinta ocurre en el sistema clásico en el que, por depender de la voluntad del ofendido el decreto jurisdiccional de la responsabilidad civil y la escogencia de la vía

en la que reclamará la tutela de su derecho, deviene innecesario –y además, inconveniente– que se sujete a ambas acciones a idénticas reglas de prescripción, desde que se admite la posibilidad de entablar una demanda ante los tribunales civiles sin que los hechos se discutan en sede penal y, en tales circunstancias, no tendrán cabida discusiones en torno a la acción punitiva, ni a las reglas por las que prescribe, se suspende o interrumpe.”

La tesis central de la nueva posición jurisprudencial tomada en la sentencia derogatoria de comentario, se centra en que la situación expuesta respecto de la coherencia del 871 del Código Civil con el sistema punitivo, habría quedado herida de muerte, en criterio de la Sala Tercera, a la luz de la legislación penal del año 1970 y sus derivados. Este punto la sentencia lo analiza del siguiente modo:

“La situación en el actual Código punitivo .- Ahora bien, al promulgarse el Código Penal vigente (en 1970), el legislador pretendió –según parece– asumir una posición intermedia o ecléctica que, en último término, resquebrajó la unidad de ambos sistemas (positivista y clásico). Así, el artículo 103 –reiterando a sus predecesores– dispuso: **“Todo hecho punible tiene como consecuencia la reparación civil, que será determinada en sentencia condenatoria; ésta ordenará: 1) La restitución de las cosas o en su defecto el pago del respectivo valor; 2) La reparación de todo daño; y la indemnización de los perjuicios causados tanto al ofendido como a terceros; y 3) El comiso”**. Sin embargo, frente a dicho precepto (cuestionable por varias razones, entre ellas porque incluso la sentencia absolutoria puede pronunciarse sobre la responsabilidad civil) se encuentra el artículo 109 del mismo código, que señala: **“Las obligaciones correspondientes a la reparación civil se extinguen por los medios y en la forma determinada en el Código Civil y las reglas para fijar los daños y perjuicios, lo mismo que la determinación de la reparación civil subsidiaria o solidaria, serán establecidas en el Código de Procedimientos Civiles”**. Esta última norma (que, en realidad, tenía antecedentes en los Códigos Penales de 1924 y 1941) fracturó la lógica interna del modelo positivista, pues al remitirse a las disposiciones del Código Civil para determinar el modo en que se extinguirá el derecho al resarcimiento (entiéndanse, entre otras, las causas que suspenden o interrumpen la prescripción), desligó a la acción civil de las vicisitudes que en esta materia afectan a la penal y abrió con ello la posibilidad de que ambas fenezcan separadamente (v.gr.: todas las gestiones encaminadas al cobro de la deuda interrumpen la civil, mas no la penal que posee causales específicas con esa eficacia, las que, a su vez, no inciden en la primera). Se hizo cargo de especificarlo así el legislador cuando introdujo otra norma, esta vez sí novedosa –que no existía en las normativas anteriores–, y que se recoge en el artículo 96, párrafo segundo: **“La extinción de la acción penal y de la pena no producirá efectos con respecto a la obligación de reparar el daño causado, ni impedirá el decomiso de los instrumentos del delito”**. Aunque, en principio, podría parecer que tal previsión es armoniosa con lo dispuesto en el artículo 871 del Código Civil (asumiendo que este solo se refiere al plazo excepcional por el que prescribe el derecho y no a las formas de suspenderlo o interrumpirlo), lo cierto es que un mayor análisis evidencia que ambas disposiciones son absolutamen-

te contradictorias, no solo desde la perspectiva literal (“la acción civil y el derecho a ser resarcido del daño prescribe junto con el delito de que procede”, versus: “la prescripción del delito –acción penal- no tiene ningún efecto sobre la del derecho a ser resarcido”), sino de la que concierne a los fundamentos históricos, políticos y jurídicos de los sistemas que se han estudiado. Los artículos 96 y 109 del Código Penal rompen, así, con el esquema positivista (fuente del 871 del Código Civil) y abren, de igual modo, la posibilidad de que el reclamo sobre las consecuencias civiles del delito pueda ejercitarse en vías distintas (lo cual no era necesario en aquel sistema y con la salvedad de que el juez civil se limitará a establecer la existencia del daño y su imputación al agente por el título que corresponda, no la tipicidad penal del hecho generador). La norma que, por último y en forma indiscutible, puso fin a cualquier resabio positivista en este tema (al menos en materia de delitos), es el artículo 399 del Código de Procedimientos Penales de 1973: **“La sentencia condenatoria fijará las penas y medidas de seguridad que correspondan y resolverá sobre el pago de las costas. Dispondrá también, cuando la acción civil hubiera sido ejercida, la restitución del objeto material del delito, la indemnización de daños y perjuicios causados y la forma en que deberán ser atendidas las respectivas obligaciones. Sin embargo, la restitución del objeto material del delito podrá ordenarse aunque la acción no hubiera sido intentada”**. Este precepto (equivalente al artículo 368 del Código Procesal Penal que rige en la actualidad), modificó al contenido en el 103 del Código punitivo, señalando que la sentencia de condena penal solo podrá pronunciarse sobre la responsabilidad civil cuando así haya sido demandado por el titular del derecho (a través de la acción resarcitoria) y nunca de oficio o por solicitud de otros órganos (como el Ministerio Público) en los que el ejercicio de la acción no fue delegada por el derechohabiente”.

Finalmente, en la muy bien estructurada argumentación de la sentencia derogatoria de comentario, se concluye que el supuesto conflicto de normas detectado por la Sala hace imposible seguir afirmando que el artículo 871 del Código Civil esté vigente, y por ende, se lo tiene por tácitamente derogado en virtud de la legislación penal de 1970 y sus derivados. La Sala Tercera expone este aspecto así:

“El conflicto de normas .- Conviene ahora regresar al tema de si los artículos 96 del Código Penal y 871 del Código Civil son o no armoniosos. El punto requiere particular atención, pues de la respuesta que se obtenga dependerá decidir, no solo el extremo relativo a cuáles son los actos que interrumpen o suspenden la prescripción de la responsabilidad civil derivada del hecho punible (que podría suponerse fuera de toda duda, entendiendo que el artículo 109 del Código Penal señala que serán los que establece la ley civil, de manera que en términos generales, lo que acontezca con la acción penal –v. gr.: disminución del plazo a la mitad- en nada afecta a la civil), sino además el del **plazo** asignado para que prescriba el derecho al resarcimiento (o “acción civil”): si será el que corresponde a la acción penal del delito concreto que se investiga u otro. La Sala estima que, a la luz de lo que se ha venido exponiendo, necesariamente debe concluirse que las normas en estudio son contradictorias. En efecto, lo previera o no el legislador de 1970 (tomando en cuenta que en esa época se

discutía también el proyecto de lo que sería el Código de Procedimientos Penales de 1973), lo cierto es que al negar toda eficacia a la prescripción de la acción penal (u otras formas por las que se extingue) sobre el derecho del ofendido o damnificado a obtener resarcimiento (y, en consecuencia, sobre el deber de satisfacerlo a cargo del civilmente responsable), introdujo una norma de carácter general que solo puede interpretarse en el sentido de que **en ningún supuesto la extinción (entre otras causas, por prescripción) de la acción penal incidirá en la responsabilidad civil**; es decir, no se trata de un simple problema de que dicha responsabilidad pueda sobrepasar el término por el que prescribe la acción penal (a base de interrupciones o suspensiones más amplias y frecuentes de las que taxativamente pueden afectar a esta última); sino que ambos temas fueron completamente desligados y son incapaces, por ende, de sufrir mutua incidencia. En abono de lo dicho, conviene recordar que el artículo 871 –dentro del esquema positivista que representaba– partía de un vínculo indisoluble, automático e imperativo entre la prescripción de la acción penal y la correspondiente a la civil: eran idénticas, corrían la misma suerte, se decretaban en una sola sentencia y, en realidad, no había motivo lógico alguno para que no fuera así, desde que las responsabilidades que una y otra significan eran consideradas, a fin de cuentas, sanciones producto de un interés social que solo divergían en cuanto a su naturaleza, pero ambas al fin consecuencias “naturales” (y punitivas) del delito. El legislador de 1970 establece una ruptura absoluta con ese principio esencial recogido en el artículo 871 y niega (artículo 96 del Código Penal) que la prescripción de la acción penal surta efectos (cualquier efecto) sobre la responsabilidad civil derivada del hecho punible; es decir: precisamente lo contrario de lo preceptuado por el 871, que –por rigor de la lógica interna del sistema positivista seguido– igualaba ambas prescripciones o, para ser más precisos, disponía una sola para lo que se veía como dos consecuencias necesarias del delito, o dos modos de castigo que siempre habrían de concurrir si se verificaba un daño patrimonialmente cuantificable. Puesto que la extinción de la acción penal no surte **ningún tipo de efectos** sobre el derecho a ser resarcido (el legislador de 1970 se ocupó de exponerlo así, con suma claridad), parece insostenible el criterio de que sí los tiene a fin de determinar el término de la prescripción de la acción civil (es decir: que será el que corresponde a la acción penal de cada delito concreto, aunque se interrumpe y suspende por las causas que enumeran las leyes civiles). Esto no se aviene ni con la letra, ni con el “espíritu” de ninguna de las dos normas en conflicto, que parten de concepciones jurídico políticas contrapuestas. Para ilustrar lo incorrecto de una postura semejante, puede recurrirse al ejemplo de quien, ofendido por un hecho punible, lo denuncia pero no plantea acción resarcitoria en reclamo de la responsabilidad civil. En sede penal se declara prescrita la posibilidad de castigar la conducta y la víctima (que hasta la fecha no había realizado ningún acto interruptor, ni mediaron circunstancias que suspendiesen la prescripción de su derecho a ser reparado del daño) decide acudir a los tribunales civiles. Actuando con estricto rigor técnico jurídico –y según el criterio que se examina–, la responsabilidad que se pide declarar se hallaría prescrita, por haber transcurrido el término que deriva del artículo 871 (el mismo fijado para la acción penal del delito

que corresponda). Sin embargo, esto significa, precisamente, negar la vigencia del artículo 96 del Código Penal, en cuanto dispone que la extinción de la acción penal **no producirá efectos con respecto a la obligación de reparar el daño causado**. En otras palabras: **aunque transcurra el plazo por el que prescribe la acción penal, este hecho no significa –no conlleva, implica, produce o genera– que el derecho al resarcimiento de daños y perjuicios esté prescrito**. Esta Sala concluye, entonces, que las dos previsiones legales que se examinan se encuentran en conflicto, por ser evidentemente contradictorias, disponiendo efectos opuestos sobre un mismo punto. Si bien los tribunales civiles –que también se han visto enfrentados a los conflictos que genera el artículo 871– sostienen, en resumen, que el plazo de prescripción de la responsabilidad civil por hecho punible depende de la vía que se escoja para reclamarla (ver en tal sentido las sentencias No. 227 de 15,05 horas de 18 de julio de 1990, No. 17 de 15,00 horas de 15 de abril de 1994; No. 92 de 15,25 horas de 9 de setiembre de 1994 y No. 754-F-2000, de 10,40 horas de 6 de octubre de 2000 ; todas de la Sala Primera de la Corte), este tribunal, respetuosamente, se aparta de tal criterio, pues considera que el plazo para que prescriba un derecho (obligación) no depende de tal escogencia. La prescripción, naturalmente, afecta a un derecho de fondo que es parte de un vínculo obligacional (en el caso que nos ocupa: el derecho de crédito surgido a raíz del daño producto de una conducta punible) y no solo a la posibilidad de ejercitar o materializar la acción ante un tribunal determinado –es más, esta puede ejercerse siempre, aunque con posterioridad se establezca la falta de derecho, o que se encuentra prescrito si se opuso la respectiva defensa-. Una vez que el vínculo obligacional prescribe, parece lógico suponer que esa condición ha de revestir ante todos los tribunales de la República, así como que el plazo es uno solo y no dos librados a la voluntad selectiva de una de las partes. Concluye la Sala, entonces, que el legislador de 1970 optó por eliminar toda excepción a las reglas ordinarias que sobre el extremo de extinguir las obligaciones existiese y reasumir las normas comunes (téngase en cuenta que los artículos aún vigentes del Código Penal de 1941 no se refieren a este tema concreto, sino a modos de establecer la responsabilidad); de manera que la accesoriadad de la acción resarcitoria (respecto de la penal) se restringe a cuestiones de forma ritual y, en particular, de oportunidad para su ejercicio y conocimiento, mas nunca al fondo de las obligaciones que se discuten. Por otra parte, es indudable que la principal excepción a las reglas ordinarias que, en materia de extinguir la responsabilidad civil por hecho delictivo, puede hallarse en nuestro ordenamiento, es la establecida en el artículo 871 que se comenta y aquí, de nuevo, admitir su vigencia contraría lo que el legislador ordenó por vía del artículo 96 del Código Penal. Vale acotar que este último cuerpo de normas no se ocupó de expresar ningún plazo específico para que prescriban las obligaciones que conforman la responsabilidad civil (uno que eventualmente –no en todos los casos- pueda trascender o superar al de la acción penal, según lo indica el artículo 96 y de allí que, incluso en el evento de que no se contase con las previsiones del 109, la única opción resultante es el plazo ordinario (decenal) que fija el artículo 868 del Código Civil”.

Evidentemente, la sentencia que se comenta hace gala de una elocuencia poco

frecuente en el foro nacional al punto que convenció, primeramente a la Sala Primera, que un año después del voto del 2002 asumió la misma posición jurisprudencial, y en general a los demás juzgadores de instancias ordinarias que han seguido y reiterado la tesis de que el artículo 871 del Código Civil fue tácitamente derogado.

OTROS PRONUNCIAMIENTOS JUDICIALES RELEVANTES

La Sala Constitucional de nuestra Corte Suprema de Justicia ha conocido acerca del artículo 871 del Código Civil al menos dos cuestionamientos relevantes: uno, en cuanto a si dicho artículo está vigente, y dos, acerca de si es o no inconstitucional.

En efecto, estos temas fueron objeto de pronunciamiento de parte de la Sala Constitucional, en varias oportunidades en las que el órgano consultante fue la Sala Tercera. Conviene tener presente en esta discusión lo que la Sala Constitucional expresó en esos casos.

En el voto 5029-93 de 14:36 horas de 13 de octubre de 1993 **la Sala Constitucional dijo que el artículo 871 del Código Civil no es inconstitucional** y entre otros razonamientos, expresó:

“Nótese que el término de la prescripción es un asunto de discrecionalidad legislativa, de modo que así como en nuestro sistema jurídico los delitos prescriben en un máximo de quince años y un mínimo de dos, dependiendo del extremo mayor de la pena prevista para el delito de que se trate y siempre que sean delitos de acción pública, bien podría el legislador adoptar otras reglas para la prescripción de la acción penal. Lo mismo puede decirse en relación con la prescripción decenal de la acción civil. Pero cualquiera que sea el término de la prescripción que establezca la ley, en el caso de las conductas delictivas lo lógico es que las acciones civiles de ellas derivadas, por ser meramente privadas y, por ende, secundarias en relación con el interés público principal inmerso en la acción penal, corran la misma suerte que ésta en lo que a la prescripción se refiera. Lo contrario implicaría que el hecho penal pueda ser invocado y probado judicialmente en sede civil, con miras al resarcimiento de los daños y perjuicios, aún cuando la pena no pueda ser impuesta por encontrarse prescrita la acción penal, lo que resulta ilógico. Por lo expuesto, a juicio de esta Sala, la norma contenida en el artículo 871 del Código Civil, lejos de ser contrario al principio de igualdad consagrado en el artículo 33 constitucional, más bien es expresión de él, ya que la solución que allí se contempla en cuanto a la prescripción de la acción civil procedente de delitos dolosos o culposos, no sólo representa una respuesta lógica sino que es, precisamente, dar

un tratamiento distinto a situaciones que son, por su naturaleza -desde el punto de vista jurídico-, diversas.”

Años después, la misma Sala Constitucional conoció el asunto mediante el voto 2001-09386 de las 14:48 horas del 19 de setiembre de 2001, y rechazó la nueva consulta de constitucionalidad que había planteado de nuevo la Sala Tercera, indicando que al Tribunal Constitucional no le compete decir si una norma está vigente, sino declarar la inconstitucionalidad de las normas vigentes. Y se “autoriza/sugiere” a la Sala consultante pronunciarse expresamente acerca de la vigencia o no del artículo 871 del Código Civil, en los siguientes términos:

“el despacho consultante solicita a esta Sala que se pronuncie respecto de la constitucionalidad del artículo 871 del Código Civil. Señala que no obstante existir un pronunciamiento anterior de la Sala, en que con voto de mayoría se pronunció acerca de la constitucionalidad de esa disposición (sentencia número 5029-93, de las catorce horas treinta y seis minutos del trece de octubre de mil novecientos noventa y tres), existen nuevos motivos para plantear la cuestión por razones de interés público, como lo es la promulgación del nuevo Código Procesal Penal, que reduce el plazo máximo de la acción penal de quince a diez años, con la posibilidad de que sea reducido a la mitad -artículo 33 del Código Procesal Penal-, alejándose en mucho del establecido en el Código Civil para la reparación civil. Esta circunstancia evidencia el plazo diferenciado con que cuentan quienes se han visto afectados por la comisión de un ilícito penal en relación con aquellos afectados por una conducta no delictiva, para lograr el reclamo de la indemnización a que tienen derecho, ya que cuando la acción lesiva no trascienda el ámbito del derecho civil, el plazo del damnificado para reclamar los daños y perjuicios ante los tribunales de justicia se rige por la regla genérica establecida en el artículo 868 del Código Civil, por el cual, todo derecho y su correspondiente acción prescriben a los diez años, salvo excepciones (como la de la norma consultada); mientras que cuando la conducta es mucho más grave, al extremo de constituir un delito, el plazo de la prescripción se reduce a diez años, y la acción civil prescribe junto con la acción penal, de manera que, puede prescribir en plazos de dos a cinco años, si se ha iniciado el proceso; lo que considera lleva a una situación de desigualdad de carácter arbitrario, en violación del principio de igualdad contenido en el artículo 33 constitucional. Alega que la forma en que se resuelve el problema es arbitraria, desproporcionada y no justificada, en equidistancia de situaciones con las nuevas disposiciones sobre la prescripción de la acción penal; y no toma en consideración que los que acuden a la vía penal a denunciar un hecho ilícito cometido en su perjuicio, en su mayoría lo hacen para

buscar la reparación del daño sufrido, y no el castigo del autor, no atiende al derecho de la víctima a encontrar reparación...

*La consulta es inevaluable en razón del objeto, toda vez que escapa al control constitucional la determinación de la vigencia de las normas a aplicar en los procesos judiciales sobre los que se consulta. En este sentido, la Sala Consultante no tiene claro si la norma sobre la que versa la consulta está vigente o no, lo cual trae como consecuencia que la misma autoridad consultante tenga duda sobre la aplicación del artículo 871 del Código Civil en el caso concreto. Como lo ha indicado con anterioridad esta Sala, y se indicó en el Considerando tras anterior, para que la consulta judicial sea procedente, uno de los requisitos esenciales para su admisión es que la autoridad judicial consultante tenga duda (cierta) sobre la **constitucionalidad de la norma que en forma irrefutable deba aplicar a un caso sometido a su conocimiento**, requisito que no se cumple en esta ocasión. Por ello, hasta tanto la Sala Tercera no defina lo relativo a la vigencia del artículo 871 del Código Civil, no resulta procedente manifestarse respecto de su constitucionalidad.”*

También la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, que conoce asuntos laborales y de familia, ha emitido varias sentencias donde se cita como vigente el artículo 871, bien que no haya sido su vigencia el meollo de lo que se litigaba en los asuntos *sub lite*. Como ejemplo, citemos los votos 788-2005 y 853-2007 donde se argumenta un caso de posible prescripción de derechos laborales y se cita como fundamento, *ad iteribus dictum*, el artículo 871 del Código Civil (que tácitamente, al citarlo, la Sala Segunda considera, por ende, vigente):

*“De ahí que, conforme ese numeral y del 601 del Código de Trabajo, para resolver el punto se puede acudir al contenido del artículo 868 del Código Civil. Esta norma prevé el término de la prescripción ordinaria, así: “Todo derecho y su correspondiente acción se prescriben por diez años. Esta regla admite las excepciones que prescriben los artículos siguientes y las demás establecidas expresamente por la ley, cuando determinados casos exigen para la prescripción más o menos tiempo”. Lo anterior por cuanto, tratándose de derechos reconocidos en un acto administrativo, no se pueden aplicar prescripciones cortas como la del artículo 607 del Código de Trabajo. Esa misma solución se previó en el numeral 873 del Código Civil que expresa: “Las acciones a que se refieren **los artículos 869, 870 y 871**, si después de ser exigible la obligación se otorgare documento o recayere sentencia judicial, no se prescribirán en los términos antes expresados, sino, en el término común que se comenzará a contar desde el vencimiento del documento o desde el día de la sentencia ejecutoria”. Las normas a las cuales hace alusión se referían a algunos derechos laborales e incluso a las pensiones y se aplicaron an-*

tes de la promulgación del Código de Trabajo. De lo que se trataba era de no aplicar plazos de prescripción cortos, cuando el derecho ha sido reconocido por una sentencia judicial o respecto del cual se ha otorgado un documento”

ALTERNATIVAS A LA TESIS DE LA DEROGACION TACITA

Si acudimos a una lectura e interpretación de nuestro Ordenamiento Jurídico que responda a las exigencias analítica y sistemática, podemos decir, con el ilustre jurista don Angelo Falzea, que:

*“La necesidad de que la norma específica –incompleta y por ende necesitada de complemento- sea insuprimible dentro del sistema, es puesta ahora en claro por virtud de una triple consideración, siendo la última de dichas consideraciones especialmente importante para la teoría del efecto. En virtud de un canon formal generalísimo que tolera muy pocas excepciones, **el jurista no está autorizado para suprimir un texto legal, para rechazarlo como forma privada de contenido sobre la base de puras razones sistemáticas.** Salvo el caso límite del absoluto sin sentido lógico y práctico, el texto legal resiste y, como forma específica, impone su contenido específico; es decir, su valor parcial frente al sistema, el cual no puede dejar de tomarlo en cuenta”* (FALZEA pp.109-110; y *vid* también en pp. 111-112 *op.cit* , sobre la exigencia sintética o sistemática y la exigencia analítica o exegética).

En el tema que nos ocupa, y en la línea de pensamiento del Profesor de Messina, se constata que artículos como el 871 del Código Civil no tienen una existencia autónoma de modo aislado, antes bien, poseen una ubicación y un sentido claramente identificable en el conjunto de la regulación que de la prescripción se hace en dicho cuerpo normativo. Su supresión hipotética, afecta el entero sistema normativo al dejar incompleto el esquema de regulación del respectivo instituto jurídico.

En efecto, el artículo 868 establece la regla general de que el plazo de la prescripción en materia civil es decenal, pero dicho artículo dispone también que hay excepciones en los siguientes artículos que vienen a ser el 869, el 870 y el 871 de comentario: así habrá plazos de tres años, de un año y el plazo variable según cada delito que regula el artículo 871.

Una tesis que explicaría el sentido que quiso dar el Legislador al ligar la prescripción civil a la penal, podría ser que lo que se está diciendo es que como excepción al plazo decenal civil de prescripción (regla general) cuando se trate de responsabilidad civil proveniente de delito, el plazo de prescripción variará dependiendo de cada delito pues, efectivamente, el Legislador en lo penal no dispuso un plazo único de prescripción de delitos sino que cada delito tiene un plazo de prescripción penal dependiente del máximo de la pena. Se asegura así una gradación de plazos, desde cortos o muy cortos para delitos menos graves, hasta plazos mayores para delitos más graves, e incluso puede pensarse en la imprescriptibili-

dad, caso de delitos de lesa humanidad. De rebote, al fijarse el plazo de lo penal conforme esta escala de grados, se fija una escala también para los diversos plazos de prescripción de los derechos indemnizatorios civiles derivados de la comisión de delitos.

Si el correcto sentido del artículo 871 es el que proponemos, tendría mucha lógica que el Legislador haya ligado el plazo de la prescripción al plazo de la prescripción penal, pues así con pocas palabras en un solo artículo en el Código Civil se habría contemplado la totalidad de la pluralidad de plazos distintos de prescripción penal que derivan de los numerosos y distintos tipos penales que tipifica el Código Penal. De hecho, la elección hecha por el Legislador resultaría muy sabia, pues pese a que desde 1888, que entró en vigencia el Código Civil, haya habido varios Códigos Penales distintos, con un variopinto surtido de plazos de prescripción penales de los diferentes delitos, en todo momento el artículo 871 del Código Civil se ha mantenido igual sin necesidad de modificarlo, lo cual puede considerarse como un gran ahorro intelectual y de esfuerzo legislativo. De otro modo dicho, si lo que se quería era graduar los plazos de prescripción en función de la mayor o menor gravedad del delito del que derive la responsabilidad civil, el legislador tenía la alternativa, al regular la materia civil de prescripción, entre la opción de utilizar una remisión genérica al código penal (como, bien o mal redactado, pensamos, hace el artículo 871), con su pluralidad de plazos de prescripción según la variedad de tipos penales previstos, o, la otra opción que era haber incluido en el código civil un listado de delitos y su correspondiente plazo de prescripción civil del respectivo resarcimiento (lo cual parece, evidentemente, poco o nada práctico).

Se nos hace difícil de aceptar la tesis de que una norma general (no especial) posterior como es el Código Penal, pueda haber tenido la virtud (no expresamente querida o al menos, no expresamente dicha por el Legislador) de derogar tácitamente una norma excepcional como, en el contexto del análisis expuesto, resulta ser el artículo 871 del Código Civil. Quizás el problema es que las sentencias derogatorias dan por sentado que el régimen de la prescripción en lo civil y en lo penal es común, y que los Juzgadores quieren evitar que la extinción del *ius puniendi* (extinción vista como castigo al Estado ineficiente que no logre sancionar en un tiempo razonable) lleve a la extinción del derecho al resarcimiento (y al consecuente desamparo de la víctima), cuando en realidad al haber tanta diferencia en los respectivos regímenes penal y civil de prescripción (declarabilidad de oficio, *numerus clausus* de causales de interrupción, plazos cortos que además se reducen a la mitad, todo ello en materia penal, características de suyo extrañas al régimen civil de la prescripción) nada impide que el plazo, originalmente corto o largo según la regla (¿vigente?) del 871, se reproduzca vía interrupción, por ejemplo, del plazo que esté corriendo, lo cual además parece muy justo: pensamos, si el actor civil gestionó en tiempo y forma su reclamo, por qué la extinción de la acción penal por prescripción, atribuible a la inercia del Estado, va a perjudicarlo? Cabe recordar, con el jurista nacional Víctor Pérez, los rasgos preeminentes de la pres-

cripción en derecho civil, que la distinguen de la caducidad (a la cual se tiende a parecer más bien, en lo penal, la prescripción) a saber:

“5.Diferencias entre prescripción y caducidad... podemos presentar en forma esquemática tales diferencias: a-En cuanto a la no-actividad: 1.Prescripción: se trata de una inactividad genérica. 2.Caducidad: se trata de una inactividad respecto de un específico comportamiento. B-En cuanto al término: 1.Prescripción: el término es susceptible de reproducirse indefinidamente mediante la interrupción y puede ampliarse mediante la suspensión. 2.Caducidad: el término es rígido ... d.En cuanto a la función: 1.Prescripción: existe la exigencia de que no queden sin ejercicio los derechos por razones de certeza. 2.Caducidad: Existe la diversa exigencia de que ciertos derechos sean ejercitados específicamente en un término breve; existe, pues un interés al pronto ejercicio. e.En cuanto a operatividad: 1.Por regla general la prescripción se declara a solicitud de parte. 2.La caducidad es declarable de oficio. (PEREZ, Víctor, Derecho Privado, p.290)

CONCLUSIONES

Las Salas Primera y Tercera de la Corte Suprema de Justicia han venido interpretando desde los años 2002 y 2003, que el artículo 871 del Código Civil fue tácitamente derogado por el Código Penal. Este cambio de criterio jurisprudencial se basó en un serio y razonable análisis histórico y teleológico que busca conciliar el corto plazo que el Estado tiene para sancionar a los delincuentes con el debido resarcimiento civil de las víctimas, por lo cual se estimó que un único plazo general decenal es adecuado para todo reclamo civil con ocasión de la comisión de algún delito.

Esta tesis no ha sido expresamente compartida ni por la Sala Constitucional ni por la Sala Segunda de la misma Corte y, en general, la Doctrina que se cita permite, de forma igualmente razonablemente, según creemos, sustentar la idea de que el artículo 871 no está derogado.

BIBLIOGRAFIA

- ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO**, Niceto Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972), Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO, México, 1974, tomo I
- FALZEA**, Angelo Eficacia jurídica, traducción y prefacio de Walter Antillón Montealegre, EDITORIAL INVESTIGACIONES JURIDICAS, San José, Costa Rica, 2001.
- PEREZ VARGAS**, Víctor Derecho privado, LITOGRAFIA E IMPRENTA LIL, SA, San José, Costa Rica, 4ta ed., 2013.
- PEREZ VARGAS, Víctor, y otros**, Jurisprudencia Civil de la Sala de Casación 1950 – 1975, Editorial UNIVERSIDAD DE COSTA RICA, San José, Costa Rica, 1977

EDICIONES CONSULTADAS DEL CODIGO CIVIL

Versiones electrónicas o digitales:

2013 CODIGO CIVIL. SISTEMA NACIONAL DE LA LEGISLACION VIGENTE (SINALEVI) en www.pgr.go.cr (último acceso, 9 setiembre 2013)

Versiones impresas en papel:

- 2012 CODIGO CIVIL (actualizado, concordado y con jurisprudencia)** Olman Arguedas Salazar, JURICENTRO, San José, Costa Rica, 3ª edición mayo 2012
- 2012 CODIGO CIVIL DE COSTA RICA y JURISPRUDENCIA. Síntesis de jurisprudencia.** Evelyn Salas Murillo y Jaime Eduardo Barrantes Gamboa. EDITORIAL JURIDICA CONTINENTAL, San José, Costa Rica, 2012
- 2012 CODIGO CIVIL**. PUBLICACIONES JURIDICAS, San José, Costa Rica, 2012.
- 2003 CODIGO CIVIL DE COSTA RICA y JURISPRUDENCIA. Síntesis de jurisprudencia.** Evelyn Salas Murillo y Jaime Eduardo Barrantes Gamboa. BIBLIOTECA JURIDICA DIKE, San José, Costa Rica, 2003
- 2000 CODIGO CIVIL**. Gerardo Parajeles Vindas. EDITORIAL INVESTIGACIONES JURIDICAS S.A., San José, Costa Rica, 2000.
- 1999 CODIGO CIVIL**. EDITORIAL INVESTIGACIONES JURIDICAS S.A., San José, Costa Rica, 1999.
- 1998 CODIGO CIVIL**. EDITORIAL INVESTIGACIONES JURIDICAS S.A., San José, Costa Rica, 1998.
- 1991 CODIGO CIVIL Concordado y anotado**. Gerardo Trejos, JURICENTRO, San José, Costa Rica, 1991.
- 1977 CODIGO CIVIL** Atilio Vincenzi, LIBRERÍA, IMPRENTA Y LITOGRAFIA LEHMANN S.A., San José, Costa Rica, 1977.
- 1974 CODIGO CIVIL**, Asociación de Estudiantes de Derecho, UNIVERSIDAD

DE COSTA RICA, Montes de Oca, Costa Rica, 1974.

1972 CODIGO CIVIL DE COSTA RICA con todas las reformas. Carlos Salazar Gamboa, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, UNIVERSIDAD DE COSTA RICA, Montes de Oca, Costa Rica, 1972.

1962 CODIGO CIVIL DE COSTA RICA. Héctor Beeche Luján y Fabio Fournier Jiménez, INSTITUTO DE CULTURA HISPANICA, Madrid, España, 1962.

1949 CODIGO CIVIL DE COSTA RICA. IMPRENTA ATENEA, San José, Costa Rica, 1949.

1910 CODIGO CIVIL DE 1988. Víctor Guardia Q. y Alejandro Alvarado Q. , TIPOGRAFIA NACIONAL, San Joé, Costa Rica, 1910

OTRAS NORMAS LEGALES:

CONSTITUCION POLITICA, INVESTIGACIONES JURIDICAS S.A., San José. Costa Rica, 2013.

CODIGO PENAL, Ulises Zúñiga Morales, INVESTIGACIONES JURIDICAS S.A., San José, Costa Rica, 1999.

CODIGO PENAL, Ulises Zúñiga Morales, INVESTIGACIONES JURIDICAS S.A., San José, Costa Rica, 2004.



"Cahuita", ilustración digital de Johnny Villares B.

EL SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL EN LA JURISPRUDENCIA PENAL COSTARRICENSE^{1*}

*Msc. Frank Harbottle Quirós^{2**}*

Letrado de la Sala Tercera
de la Corte Suprema de Justicia.

1 * El contenido de este artículo no necesariamente representa el criterio oficial de la institución en la que el autor labora.

2 ** Bachiller y Licenciado en Derecho con graduación de honor de la Universidad de Costa Rica. Máster en Criminología de la Universidad Estatal a Distancia. Defensor Público en propiedad. Desde mayo de 2010 labora como Letrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Cuenta con diversas publicaciones dentro del campo del Derecho penal sustantivo y procesal.



"Rice and beans" - Cahuita, ilustración digital de Johnny Villares B.

Resumen: En el presente artículo, se expone, en primer término, de manera general, la regulación de la “prórroga extraordinaria” contenida en el Código de Procedimientos Penales de 1973. En segundo lugar, se dan a conocer las posturas que se asumieron en las Comisiones Legislativas en cuanto a la figura del “sobreseimiento provisional”, ello, al discutirse el Proyecto de Ley “Código Procesal Penal”, tramitado bajo el expediente legislativo N° 12.526. En la sección tercera, se analiza ampliamente el instituto del “sobreseimiento provisional” a partir de lo dispuesto por el Código Procesal Penal vigente. Posteriormente, se presenta el desarrollo jurisprudencial que se le ha dado en nuestro país a este tipo de resolución, concretamente, en dos aspectos: el primero, en lo que respecta a la formulación de la solicitud de reapertura como mecanismo para evitar el decreto de un sobreseimiento definitivo; el segundo, la necesidad de recabar e incorporar los nuevos elementos probatorios al expediente durante el año de dictado el sobreseimiento provisional a fin de requerir la apertura a juicio. Por último, se externa nuestro punto de vista sobre el tópico tratado: el sobreseimiento provisional debe ser eliminado de la normativa procesal costarricense.

Palabras clave: Proceso penal, prórroga extraordinaria, sobreseimiento provisional, auto de apertura a juicio.

Abstract: In first term, this paper exposed, in general, the regulation of “extraordinary extension” contained in the Code of Criminal Procedure of 1973. Secondly, we present the bids made at the legislative committees as to the position of “provisional dismissal”, this, to discuss Bill “Criminal Procedure Code”, which was processed under the legislative record No. 12,526. In the third section, we analyze the institute “provisional dismissal” from the provisions of the Criminal Procedure Code in force. Subsequently, the jurisprudential development that has been given in our country to such resolution is presented, namely, in two respects: first, in relation to the formulation of the request for reopening as a mechanism to avoid the decree of a dismissal; second, the need to seek and incorporate the new evidence to the file, during the year of dictation of provisional dismissal, in order to require the opening of the trial. Finally, our view on the topic addressed is external: the provisional dismissal should be eliminated from the Costa Rican procedural rules.

Keywords: Criminal proceedings, extraordinary extension, provisional dismissal, resolution for trial.

1. ▶ LA “PRÓRROGA EXTRAORDINARIA” EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES

El Código de Procedimientos Penales (C.P.P.S.) costarricense de 1973 reguló la llamada “prórroga extraordinaria”, figura que, según veremos, presenta similitudes con el “sobreseimiento provisional” contemplado en el actual Código Procesal Penal (C.P.P.).

De acuerdo con Julio Maier, si terminada la investigación sumaria no se arriba al grado de certeza necesario para solicitar el sobreseimiento ni tampoco al de probabilidad suficiente para fundar una acusación y requerir la citación a juicio, sólo cabe el recurso de pedir al Juez de instrucción una prórroga extraordinaria¹.

Se ha dicho que la prórroga extraordinaria atiende, por un lado, al interés social, al dejar abierto el proceso y la instrucción por un tiempo predeterminado, durante el cual puede suceder que se obtengan nuevas pruebas o que surja la posibilidad de reanudar la investigación; por otra parte, consulta el interés individual, fijando un límite temporal, vencido el cual –aún cuando el estado de incertidumbre se mantenga– el proceso deberá ser cerrado definitiva e irrevocablemente².

El C.P.P.S. de 1973 al referirse en el artículo 325 a la prórroga extraordinaria anotaba que “*Si vencido el término prescrito por el artículo 199, incluida la prórroga allí prevista, no correspondiere sobreeser ni las pruebas fueren suficientes para disponer la elevación a juicio, el juez ordenará por auto fundado, aún de oficio, la prórroga extraordinaria de la instrucción por un término que fijará, en seis meses si la pena del delito perseguido fuera de un año o menos; y de un año si la pena fuera mayor*”. El numeral 326 adicionaba que si el imputado se encontraba detenido, debía ordenarse su inmediata libertad. Una vez cumplida la prórroga extraordinaria sin haberse modificado la situación que la determinó, conforme el ordinal 327, lo procedente era el dictado de una sentencia de sobreseimiento obligatorio.

En nuestro medio, se ha afirmado que la prórroga extraordinaria se caracteriza por colocar ante dos realidades procesales que no se dilucidan de la normativa. En primer lugar, procede el dictado de la prórroga extraordinaria cuando con anterioridad había prevalecido el juicio de duda, existiendo un auto de falta de mérito, por lo que se debe entender que la prueba recabada después de esa resolución no despejó las incógnitas en el ánimo del Instructor. En segundo lugar, procede cuando habiéndose ordenado en su oportunidad procesal el dictado de un auto de procesamiento sustentado, en ese momento en un juicio de probabilidad, al final del término de la instrucción, la prueba resulta insuficiente para sustentar la elevación a juicio³.

1 Maier, Julio. La investigación penal preparatoria del Ministerio Público: instrucción sumaria o citación directa. Lerner, Buenos Aires, 1975, p. 90.

2 Cafferata Nores, José. **Temas de Derecho Procesal Penal**. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 210.

3 Chaves Solera, Carlos; Hidalgo Murillo, José Daniel. **Temas de Derecho Procesal Penal**. Editec, San José, 1992, p. 193.

El C.P.P. –cuya entrada en vigencia se dio en enero de 1998– prescindió de la “prórroga extraordinaria” y regresó al “sobreseimiento provisional”, ello, sin seguir los lineamientos del Código Procesal de 1910⁴.

Al respecto, el Dr. Javier Llobet señala que el Código Procesal Penal eliminó el auto de prórroga extraordinaria del código anterior (Art. 325), el cual, con el transcurso del tiempo podía dar lugar al sobreseimiento obligatorio (Art. 327). En la práctica, la mayoría de los asuntos terminaban con el dictado de la prórroga extraordinaria y posteriormente con el sobreseimiento obligatorio. El cambio legislativo se basa en que es absurdo mantener abierta una investigación con respecto a la cual no es de esperar que se vaya a obtener prueba alguna, manteniendo, sin embargo, el estado de inseguridad y angustia del imputado. Por ello es que se establece que aun existiendo duda procede el sobreseimiento definitivo cuando no exista la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba que hagan que se elimine la situación de duda, dando lugar a una de probabilidad sobre la culpabilidad del imputado, de modo que sea procedente requerir la apertura a juicio. Si son de esperar nuevos elementos de prueba, lo procedente sería el sobreseimiento provisional (Art. 314 C.P.P.)⁵.

El Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica en su exposición de motivos indicaba:

“Con el nombre de clausura provisional se mantiene, con modificaciones, el llamado sobreseimiento provisional (archivo) de los códigos españoles y su equivalente en otras legislaciones, la prórroga extraordinaria de la instrucción. Quienes han abogado por la suspensión de esta decisión, dejan un conjunto de casos sin ningún tipo de resolución. En efecto, cuando se exige la certeza de la inocencia para sobreseer (absolver anticipadamente) y la probabilidad de condena para acusar, queda entre ambas una gran franja de casos que no permiten arribar al fundamento de una u otra decisión. La realidad indica que los procedimientos terminan en estos casos con un archivo de hecho, sin decisión alguna. La prórroga extraordinaria, en cambio, impone un plazo para acopiar más elementos de prueba, vencido el cual es obligatorio el sobreseimiento material, como absolución anticipada...”⁶.

Con el sobreseimiento provisional el proceso entra en un estado latente, similar a la situación que se presentaba con la prórroga extraordinaria de la instrucción

4 González Álvarez, Daniel. **Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. El procedimiento intermedio.** Colegio de Abogados, San José, 1996, p. 624.

5 Llobet Rodríguez, Javier. **PROCESO PENAL COMENTADO (Código Procesal Penal Comentado).** Editorial Jurídica Continental, San José, 2012, p.495.

6 Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. **Código procesal penal modelo para iberoamérica: historia, antecedentes, exposición de motivos y texto del proyecto.** En “Códigos Procesal Civil y Procesal Penal, Modelos para Iberoamérica”, Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid, 1990, p. 231.

en la anterior legislación⁷. Este instituto se dictaba cuando una vez finalizado el período ordinario de instrucción y agotados los elementos de juicio no era posible alejar la sospecha que daba pie a la iniciación de la persecución penal ni tampoco concluir en la probabilidad que requería la acusación.

A criterio de Vargas Rojas, una de las novedades del Código Procesal Penal lo constituye el sobreseimiento provisional, instituto con el que se buscó superar las enormes dificultades que presentó la prórroga extraordinaria, prevista en el código anterior, dándose una enorme polémica en cuanto a si el sobreseimiento obligatorio se dictaba por haber transcurrido un año de haberse dictado la prórroga sin que se hubiera revocado o si la sola evacuación de prueba durante el año, aunque no se hubiere revocado la prórroga, autorizaba a continuar con el proceso⁸.

Estando vigente el Código de Procedimientos Penales, la Sala Constitucional resolvió un recurso de hábeas corpus en el que se alegaba que la autoridad recurrida dictó un auto de procesamiento y prisión preventiva vencido el término de un año a partir del auto de prórroga extraordinaria de la instrucción que se había emitido, excediéndose la etapa de instrucción notablemente en sus plazos razonables (más de cuatro años). Se dijo que dentro de los dos meses de instrucción o dentro de sus prórrogas ordinarias las pruebas se deben evacuar y solicitar, sin exceder de seis meses contados a partir de la fecha de recibida la declaración indagatoria, siendo que, de existir duda fundada del juzgador en cuanto a la comisión del hecho, su tipicidad o la imputabilidad del procesado, resulta procedente el dictado de la prórroga extraordinaria exclusivamente para allegar a la causa nuevas pruebas que modifiquen aquella duda, de modo que, si dentro de ese plazo estas no se recibieren o fueren inconducentes para modificar la situación de duda que la motivó, el juez sólo tendrá competencia para dictar el sobreseimiento obligatorio⁹.

En el asunto recién mencionado, el máximo órgano constitucional, al considerar procedente el reclamo formulado, ordenó directamente al juez penal dictar el sobreseimiento obligatorio. Al respecto estableció:

“...transcurrió el plazo, no se recibió prueba adicional que variara la situación jurídico-procesal de la prórroga, no obstante lo cual el juzgador, contra legem, dicta un auto de procesamiento con prisión preventiva, es notorio que el señor juez no hace referencia alguna al por qué del cambio operado respecto de la prórroga, con lo cual se da una violación al debido proceso, con quebranto de lo dispuesto por el artículo 39 de

7 Rojas Salas, Manuel. **El sobreseimiento provisional y sus efectos**. Revista de la Escuela Judicial, N° 3, diciembre de 2004, p.82.

Resabios inquisitivos en el Código Procesal Penal Costarricense. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, N° 22, setiembre de 2004, p. 135.

8 Vargas Rojas, Omar. **La extinción de la acción penal**. En: Derecho procesal penal costarricense. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 2007, pp. 484 y 492.

9 **Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia**. Sentencia 0609-90, de las dieciséis horas con treinta minutos, del treinta de mayo de mil novecientos noventa.

la Constitución Política. Las garantías procesales existen y deben cumplirse. Lo contrario significaría dejar a las partes, pero especialmente al imputado, a merced de criterios implícitos, o meramente subjetivos, que no se traslucen en una resolución que debe ser fundada...” () “... La complejidad de una determinada causa no es excusa para justificar la inseguridad, o indecisión de los juzgadores al resolver en los términos que el Código establece. Si en este caso ya desde el veintinueve de enero de mil novecientos ochenta y ocho el señor juez había consignado que los términos estaban completamente vencidos y que necesariamente había de definirse la situación jurídica de los imputados, no encontramos justificado que el término adicional de un año sea insuficiente para recibir pruebas que despejaran la duda sobre la participación del aquí recurrente, si, como se deja supra señalado, quedó prueba pendiente de recibir, que pudo haber tenido la virtud de modificar la situación de duda de la prórroga. Esa circunstancia es atribuible a los operadores oficiales del sistema judicial penal y no al imputado...”¹⁰.

Sin duda, este es el caso que a nivel nacional ejemplariza de mejor manera la figura de la prórroga extraordinaria durante el tiempo en que rigió el C.P.P.S.

De seguido, se da paso al estudio del Proyecto de Código Procesal Penal a partir de las actas de discusión en la Asamblea Legislativa.

2. ▶ EL PROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL

Previo a promulgarse el C.P.P. actual, se llevaron a cabo varios talleres en los que intervinieron distintos actores, con la finalidad de analizar el Proyecto de Ley “Código Procesal Penal”, tramitado bajo el expediente legislativo N° 12.526.

Al debatirse sobre el instituto del sobreseimiento provisional (regulado inicialmente en ese proyecto en el artículo 355) en las Comisiones Legislativas intervinieron funcionarias y funcionarios del Poder Judicial que externaron sus criterios.

De seguido se exponen las principales posiciones asumidas.

En el año 1996, el licenciado Rodolfo Solórzano afirmó “...*El sobreseimiento provisional recoge un principio fundamental del derecho penal que es el de seguridad jurídica y abolirlo sería atropellar ese pilar fundamental del sistema...*”¹¹.

En esa misma fecha, el abogado Francisco Dall’Anese refirió “...*es importantísimo que al dictar un sobreseimiento provisional se diga cuál es la prueba que falta por recabar, porque es lo que justifica la existencia de ese sobreseimiento provisional.*”

10 **Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.** Sentencia 0609-90, de las dieciséis horas con treinta minutos, del treinta de mayo de mil novecientos noventa.

11 **Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Acta de Comisiones Legislativas: Talleres de Análisis del Proyecto de Ley “Código Procesal Penal”, Expediente N° 12.526,** 9 de febrero de 1996, folio 652.

*Si no se puede indicar, si el juez no está en capacidad de indicar cuál es la prueba que espera recabar, tiene que dictar el sobreseimiento definitivo...*¹².

Al abordar este tema el licenciado Manuel Zambrana manifestó:

*“... Ya discutimos antes, mantener la idea de cambiar el nombre pero es la misma prórroga extraordinaria que existe. Veo que por un lado tenemos una prescripción para los delitos y, por otro lado, el sobreseimiento provisional y ahí es donde no le encuentro la lógica, el sentido de una prórroga extraordinaria en un código que lo que está permitiendo es un cajón sastre, como dije anteriormente y mantener permanentemente asuntos ahí durante un año para que mueran. Para mi la prórroga extraordinaria ha sido el instituto más nefasto que ha habido dentro del sistema procesal para lograr la impunidad de los delitos y esa fue mi experiencia viendo cosas de este tipo y cuando a uno la gente le reclama en la calle, porque públicamente se sabe que el delito se cometió. Yo votaría aunque sea solo, porque ese artículo del sobreseimiento provisional desaparezca*¹³.

En su intervención, el licenciado José Alberto Alpízar expuso:

“...El artículo 355 debe quedar así, porque las preocupaciones que se esbozan olvidan un aspecto que es importante. Olvidan que la etapa preparatoria ya no va a estar en manos de los jueces de instrucción y, aunque eso sea obvio, se pasa por alto ello y que la etapa preparatoria no va a tener un término establecido. No se trata, como se dijo antes, de que al agente fiscal se le vence el término y entonces tuvo que recurrir inmediatamente a un sobreseimiento provisional. No tiene establecida la etapa preparatoria en término. La única forma de que lo tuviera establecido es cuando el juez penal estima razonablemente que se ha excedido; o sea, que el término razonable se ha excedido, pero el juez tendría que valorar por qué se ha excedido y le señalaría un término prudencial para que él evacue esa prueba. No se va a ver al agente fiscal en cuestiones apremiantes en que la única salida sería el recurso que ahora se tiene: en donde se vence el término y entonces se pide prórroga extraordinaria. No, se supone que evacua toda la prueba y que cuando señala la prueba que le falta o los elementos de prueba específicos que espera incorporar, lo hace no para archivar una causa para establecer

12 Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Acta de Comisiones Legislativas: Talleres de Análisis del Proyecto de Ley “Código Procesal Penal”, Expediente N° 12.526, 9 de febrero de 1996, folio 653.

13 Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Acta de Comisiones Legislativas: Talleres de Análisis del Proyecto de Ley “Código Procesal Penal”, Expediente N° 12.526, 9 de febrero de 1996, folio 651.

que hay una eventualidad, como se dijo antes, razonable de incorporar unos elementos de prueba...”¹⁴.

Finalmente, al participar la licenciada Ana María Sanz dijo:

“...Entiendo la intención de innovar en cuanto a la reforma de este Código de Procedimientos Penales, no sólo la ideología sino también la estructura misma de la aplicación de este Código. Sin embargo, creo que el problema que estamos discutiendo todos es terminológico, porque no podría entender cómo hay un sobreseimiento a medias. O tengo la certeza o no tengo la certeza de que se cometió el ilícito, pero no puedo tener la certeza a medias de que fue cometido, o a medias de que en realidad sí intervino. Si no hay pruebas o hay alguna otra prueba que no ha podido ser recabada, yo estaría de acuerdo con que se siga evacuando esa prueba, que se conozca si es indispensable para el procedimiento. Tampoco podemos decir que esa parte se llama sobreseimiento provisional porque como lo tenemos entendido pone fin al proceso. Mantengo la posición y los insto a que pensemos en que estamos discutiendo sobre un problema terminológico en el que no se trata tanto de si voy a evacuar o no voy a evacuar la prueba, si acepto o no acepto un sobreseimiento provisional, sino que lógicamente no puede haber un sobreseimiento a medias que vendría a ser un sobreseimiento provisional, una certeza a medias. Eso no puede existir en la mente de un juzgador. Tiene que ser una certeza absoluta y total. Si se trata de un sobreseimiento tengo que tener certeza absoluta y total. Si queremos aplicar aquí otra cosa, si queremos evacuar alguna otra prueba que no fue incluida dentro de otra parte del proceso, entonces tiene otro nombre, técnica y jurídicamente. Si no queremos aplicar lo que dice el Código vigente, creo que incurrimos en un error grave en el que, por la intención de querer innovar, estamos dejando de lado y entorpeciendo toda la relación de los articulados. Propongo esa moción para ampliarlo o tomar la decisión de cambiarle el nombre de sobreseimiento provisional o adaptar una figura que corresponda a un sobreseimiento”¹⁵.

Finalizada la discusión, quince personas votaron a favor de mantener el artículo comentado y solamente una votó para que desapareciera¹⁶.

14 Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Acta de Comisiones Legislativas: Talleres de Análisis del Proyecto de Ley “Código Procesal Penal”, Expediente N° 12.526, 9 de febrero de 1996, folio 654.

15 Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Acta de Comisiones Legislativas: Talleres de Análisis del Proyecto de Ley “Código Procesal Penal”, Expediente N° 12.526, 9 de febrero de 1996, folio 656.

16 Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Acta de Comisiones Legislativas: Talleres de Análisis del Proyecto de Ley “Código Procesal Penal”, Expediente N° 12.526, 9 de febrero de

3. ▶ EL “SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL” EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL VIGENTE

Se ha dicho que el sobreseimiento provisional es una figura un tanto similar a la prórroga extraordinaria del anterior Código de Procedimientos Penales¹⁷.

En las líneas que siguen, nos adentraremos a exponer ampliamente sobre este instituto que tiene plena vigencia en el proceso penal costarricense.

3.1 Regulación en la normativa actual

No podemos iniciar el estudio del sobreseimiento provisional sin antes hacer mención –aunque sea de forma breve– al sobreseimiento definitivo.

El artículo 311 del C.P.P. dispone que el sobreseimiento definitivo resulta procedente, entre otras razones, cuando “...e) *A pesar de la falta de certeza, no exista razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba y no hay bases para requerir fundadamente la apertura a juicio*”, ocasionando la clausura o cierre irrevocable de la prosecución penal respecto al hecho por el cual se inició dicho proceso contra la persona denunciada.

Con respecto al sobreseimiento provisional el panorama es distinto. Esta resolución se encuentra regulada en el ordinal 314 del C.P.P., el cual dispone: “*Si no corresponde el sobreseimiento definitivo y los elementos de prueba resultan insuficientes para realizar el juicio, se ordenará el sobreseimiento provisional, por auto fundado que mencione concretamente los elementos de prueba específicos que se espera incorporar. Se harán cesar las medidas cautelares impuestas al imputado. Si nuevos elementos de prueba permiten la continuación del procedimiento, el tribunal, a pedido de cualquiera de las partes, admitirá la prosecución de la investigación. Si dentro del año de dictado el sobreseimiento provisional no se solicita la reapertura, se declarará, de oficio, la extinción de la acción penal*”, numeral que debe integrarse con el artículo 30 del C.P.P., que entre las causas de extinción de la acción penal contempla: “...m) *Cuando no se haya reabierto la investigación, dentro del plazo de un año, luego de dictado el sobreseimiento provisional*”.

De acuerdo con el ordinal 299 del C.P.P. “*cuando el Ministerio Público o el querellante estimen que los elementos de prueba son insuficientes para fundar la acusación, podrán requerir la desestimación o el sobreseimiento definitivo o provisional*”. Cuando se formule la acusación o la querrela, aún cuando existan también otras solicitudes o requerimientos “...*el tribunal del procedimiento intermedio notificará a las partes y pondrá a su disposición las actuaciones y las evidencias reunidas durante la investigación, para que puedan examinarlas en el plazo común de cinco días*” (Art. 316 C.P.P.). Las partes deberán ser convocadas a la audiencia preliminar pudiendo dentro del plazo previsto “...*Solicitar el sobreseimiento definitivo o provisional...*”

1996, folio 657.

17 Sanabria Rojas, Rafael Ángel. Resabios inquisitivos en el Código Procesal Penal Costarricense. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, N° 22, setiembre de 2004, p. 135.

(Art. 317 inciso c) del C.P.P.). Finalizada la audiencia, el Tribunal debe resolver analizando “...la procedencia de la acusación o la querrela, con el fin de determinar si hay base para el juicio o, en su caso, si corresponde total o parcialmente desestimar la causa o sobreseer al imputado...” (Art. 319 del C.P.P.).

3.2 Concepto

El proceso penal puede finalizar de diversas formas. La normal, es producto de sentencia dictada por un Tribunal de juicio, sea absolviendo o condenando al justiciable. Asimismo, podría concluir en la etapa de investigación o intermedia, a través de mecanismos anticipados como el criterio de oportunidad, el procedimiento abreviado, la conciliación, la suspensión del proceso a prueba, entre otros.

La doctrina suele hablar de dos formas de terminar el proceso. La más relevante y natural es la sentencia, la cual pone fin a la instancia, resolviendo sobre el asunto materia de la controversia. Sin embargo, también es posible que el proceso culmine con otra resolución judicial: el sobreseimiento¹⁸. Este último, según se adelantó, puede ser definitivo o provisional.

El sobreseimiento provisional ha sido definido como “...una especie de resolución intermedia entre la acusación y el sobreseimiento definitivo y, de alguna forma, debilita la situación de la investigación, pero no desliga al acusado totalmente de los hechos que le han sido atribuidos por la fiscalía a lo largo de esta...”¹⁹.

El sobreseimiento provisional es una resolución judicial que corresponde en aquellos casos de estados de perplejidad, es decir, donde hay tanto elementos probatorios que afirman y niegan la posibilidad de la comisión del delito y existe expectativa de hacer llegar nuevos elementos de convicción ante ese estado de duda²⁰.

El sobreseimiento provisional no produce, al menos de forma inmediata, la terminación del proceso penal, sino que posibilita la reapertura de la causa cuando nuevos datos permitan continuar el proceso²¹. Ante el dictado del sobreseimiento provisional se presenta una duda²².

18 García Ramírez, Sergio. **Proceso penal y derechos humanos**. Porrúa, México, 1993, p. 223.

19 Rojas Salas, Manuel. **El sobreseimiento provisional y sus efectos**. Revista de la Escuela Judicial, N° 3, diciembre de 2004, p.81.

20 **Antiguo Tribunal de Casación Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela**. Sentencia 2009-00474, de las once horas, del veintisiete de noviembre de dos mil nueve.

21 Romero Prendas, María. **El sobreseimiento**. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 87.

22 En relación con la sentencia suelen emplearse los términos certeza positiva y negativa. El sobreseimiento parece partir, en principio, de la certeza negativa y admitir, incluso, la probabilidad negativa o la duda una vez agotada la investigación. En este sentido: Maier, Julio. **Proceso penal y derechos humanos**. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 496). Se ha dicho que entre la certeza positiva y negativa, aparte de la duda también pueden surgir dos estados intelectuales igualmente importantes y con trascendencia procesal: la probabilidad y la improbabilidad. La primera se presenta cuando coexisten elementos positivos y negativos, pero los primeros son superiores en fuerza a los negativos. Cuando estos últimos son superiores a los positivos, se dice que hay improbabilidad o probabilidad negativa. En: Cafferata, José. **La prueba en el proceso penal**. Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1986, p. 7. La probabilidad, si bien permite llevar la causa hasta juicio inclusive, no es suficiente para condenar. La improbabilidad, por el contrario, no solo impide

3.3 Fundamento y naturaleza jurídica

El sobreseimiento provisional, al igual que el definitivo basado en el inciso e) del C.P.P. se basa en un juicio de duda sobre la responsabilidad penal del imputado. No se tiene la certeza de la falta de responsabilidad penal suya, pero no se puede afirmar un juicio de probabilidad de dicha responsabilidad. Se trata de un juicio de duda, intermedio entre la certeza positiva de la falta de responsabilidad y la probabilidad de dicha responsabilidad. La diferencia entre el sobreseimiento provisional y el sobreseimiento definitivo basado en la duda, de acuerdo al inciso c) del art. 311 del C.P.P., es que en el sobreseimiento provisional se espera que se vaya a obtener nuevos elementos de prueba, los que se deben enumerar. El sobreseimiento provisional reemplazó a la prórroga extraordinaria de la instrucción, que se contemplaba en el C.P.P. de 1973. Sin embargo el C.P.P. no solamente exigió para el sobreseimiento provisional la existencia de una duda sobre la responsabilidad del imputado, sino además la posibilidad de que se lleguen a incorporar elementos de prueba que hagan variar ese juicio de duda y que pueden llevar a que sea cambiado por un juicio de probabilidad²³.

Dos son los presupuestos que deben predicarse de los elementos probatorios que dan lugar a la reapertura de la causa: la novedad y la suficiencia. Es necesario que aquellos elementos a incorporarse en el futuro sean descritos “en forma concreta” y, además, se justifique porqué permitirían posteriormente enjuiciar al justiciable. Con la reapertura se cumple la principal función del sobreseimiento provisional: salvar el estado de duda originado en los supuestos de insuficiencia probatoria.

En el sobreseimiento provisional, el juez debe declarar por qué considera que el asunto no corresponde enviarlo a juicio, así como porqué no dispuso el sobreseimiento definitivo del acusado. Puede pensarse que tal motivación es imprescindible puesto que, por regla general, en la audiencia preliminar, los sujetos procesales, específicamente el Ministerio Público y la Defensa, procuran que el asunto se ventile en juicio para verificar la hipótesis acusatoria, el primero; y el segundo, que su defendido sea beneficiado con un sobreseimiento definitivo. El juez indicará los elementos de prueba que, a su juicio, han de ser agregados a la investigación, con detalle de la incidencia que puedan tener; en otras palabras, el sobreseimiento provisional debe limitarse a los casos en que exista alguna posibilidad real y concreta de que la investigación pueda continuar²⁴.

Tal y como lo expone el destacado jurista, Dr. Daniel González, evacuada la

llevar la causa a juicio sino que, dependiendo de su grado, puede resultar insuficiente para requerir la instrucción de la causa. Véase: Houed Vega, Mario y Sánchez Romero Cecilia. *Proceso penal y derechos fundamentales. Elementos de prueba y su valoración*. Editorial Lil, San José, 1997, pp. 84-85.

23 Llobet Rodríguez, Javier. *PROCESO PENAL COMENTADO (Código Procesal Penal Comentado)*. Editorial Jurídica Continental, San José, 2012, p.496.

24 Rojas Salas, Manuel. *El sobreseimiento provisional y sus efectos*. Revista de la Escuela Judicial, N° 3, diciembre de 2004, p.82.

prueba, si en criterio del tribunal se mantiene la situación de duda y no existe más prueba que recibir, debe dictarse el sobreseimiento definitivo²⁵.

Se ha dicho, de forma cuestionable, que dada la naturaleza jurídica del sobreseimiento provisional, no se violenta el principio de imparcialidad cuando un juez dicta un auto de apertura a juicio si con anterioridad emitió un sobreseimiento provisional por cuanto no se puede calificar como una decisión de fondo o definitiva, ni tampoco implicar un adelanto de criterio, máxime, si en ese estadio procesal se limita a acoger la solicitud del fiscal sin expresar ningún pronunciamiento de fondo en cuanto a la procedencia de la apertura a juicio²⁶.

3.4 Sujetos

El auto de sobreseimiento provisional lo dicta el juez o la jueza competente a solicitud de parte.

La Sala Constitucional ha sido enfática en que la solicitud de sobreseimiento provisional debe ser resuelta por el órgano jurisdiccional dentro de un plazo razonable. En este sentido se ha afirmado:

“...resulta innegable la grave incidencia que para la situación jurídica del tutelado implica la dilación en que ha incurrido el Juzgado recurrido al no resolver lo que corresponda en relación con la solicitud de sobreseimiento planteada por el Ministerio Público desde el 11 de julio del 2005, dilación que resulta injustificada a la luz de lo argumentado por la jueza recurrida en su informe. En este particular, obsérvese que dicha autoridad adujo como motivos para no haber resuelto la solicitud de sobreseimiento provisional que la causa es voluminosa, que existe un recurso de apelación interpuesto por el tutelado pendiente de resolución y que el mes pasado le correspondió atender la etapa intermedia, lo que implica la realización de audiencias preliminares y el dictado de resoluciones y atención de demás asuntos de carácter urgente. Estima esta Sala que dichas razones no justifican la dilación en que se ha incurrido el Juzgado recurrido al no haber resuelto la indicada solicitud, sobre todo, frente a la importancia que para la situación jurídica del tutelado en dicho estadio del proceso, implica el pronunciamiento que se echa de menos. A este respecto, obsérvese que el recurso de apelación cuya falta de resolución adujo la jueza recurrida como parte de la justificación que pretendió dar para no haber resuelto la solicitud de sobreseimiento provisional en cuestión, se presentó, de manera subsidiaria, desde el 16 de mayo del 2005, razón por la cual no se entiende como ha podido interferir con la resolución

25 González Álvarez, Daniel. **Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. El procedimiento intermedio.** Colegio de Abogados, San José, 1996, p. 626.

26 **Antiguo Tribunal de Casación Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela.** Sentencia 2008-00092, de las nueve horas cincuenta minutos, del siete de marzo de dos mil ocho.

de la indicada solicitud que fue presentada por el Ministerio Público, prácticamente, 2 meses después de esa fecha...”²⁷.

El sobreseimiento provisional puede mantenerse por un año, y durante ese plazo las partes²⁸, en especial el Ministerio Público y el querellante, deberán mantener una actitud vigilante sobre aquella prueba señalada en el sobreseimiento provisional como la que podía ser evacuada, quienes pueden solicitar la reanudación de la investigación en ese tiempo. La responsabilidad por la reanudación de la investigación corresponde al fiscal, no al Tribunal que decretó el sobreseimiento provisional, pues el fiscal es el encargado del ejercicio de la acción penal, coadyudado por el querellante²⁹.

Las partes son las encargadas de realizar las gestiones tendentes a la obtención de las probanzas. Ello le está vedado a la autoridad jurisdiccional.

La realización de las diligencias probatorias por parte del juez implicaría una intromisión indebida en las labores investigativas³⁰.

El plazo no puede ser tomado como una prolongación indebida de la investigación penal preparatoria, sino que, se trata de un caso de excepción, en donde la actividad investigativa tiene que limitarse a las pruebas que se señalan en el sobreseimiento provisional. Si esos nuevos elementos hicieran referencia a otros, no sería posible recabarlos, ya que ello sería transgredir la orden del juez en cuanto a las probanzas que deben y pueden ser recabadas. Estimar lo contrario conllevaría una seria vulneración al debido proceso, pues implicaría permitir al Ministerio Público que haga acopio de probanzas que debió recabar con anterioridad al dictado del sobreseimiento provisional³¹.

Recién entrado en vigencia el C.P.P., la Fiscalía General de Costa Rica emitió la circular 1-98, en la que, al puntualizar sobre el sobreseimiento provisional, anotó:

“...Los artículos 297, 299, 314 y 315 del Nuevo Código Procesal Penal, establecen en términos generales la regulación específica de éste instituto dentro del proceso penal. Acerca del sobreseimiento provisional es necesario hacer una reseña sobre algunos aspectos medulares de su aplicación como son, su naturaleza jurídica, el procedimiento para su solicitud y aprobación, sus efectos y el control que el Ministerio Público deberá

27 **Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.** Sentencia 2005-13937, de las ocho horas y cuarenta y cinco minutos, del catorce de octubre de dos mil cinco.

28 En nuestro medio se ha admitido la posibilidad de dictar sobreseimientos provisionales ante solicitudes de la defensa para recabar elementos probatorios. Véase **Antiguo Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José.** Sentencia 2006-00290, de las nueve horas treinta minutos, del treinta de marzo de dos mil seis y **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Sentencia 2012-01750, de las quince horas y nueve minutos, del cuatro de diciembre de dos mil doce.

29 González Álvarez, Daniel. **Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. El procedimiento intermedio.** Colegio de Abogados, San José, 1996, p. 626.

30 Rojas Salas, Manuel. **El sobreseimiento provisional y sus efectos.** Revista de la Escuela Judicial, N° 3, diciembre de 2004, p.84.

31 Rojas Salas, Manuel. **El sobreseimiento provisional y sus efectos.** Revista de la Escuela Judicial, N° 3, diciembre de 2004, p.85.

*llevar a cabo sobre este mecanismo. En relación a la naturaleza jurídica del sobreseimiento provisional debe recordarse que en ningún caso debe asimilarse ésta (sic) figura a la de la Prórroga Extraordinaria, vigente en el Código de Procedimientos Penales recién derogado. Es decir, en este caso no ha concluido la investigación ya que falta una determinada prueba que permita dilucidar el estado de duda alegado. La solicitud del sobreseimiento provisional debe, además de contener la identidad del imputado, hacer la enunciación de los hechos, la fundamentación fáctica y jurídica, y concretamente los elementos de prueba específicos que se espera incorporar. Confeccionada la solicitud, se debe agregar al Legajo de Investigación y remitirse al Juez de la Fase intermedia. En el caso que el Juez apruebe la solicitud, el fiscal debe realizar todas las diligencias necesarias para recabar la prueba faltante. En virtud de la redacción del artículo 314, la continuación de la persecución de la investigación, **sólo es posible a solicitud de parte, y no de oficio por parte del Tribunal.** Es decir, si el Ministerio Público no solicita la reapertura de la causa, **el Tribunal declarará de oficio la extinción de la acción penal, con independencia que se haya o no recabado la prueba.** Contra la resolución del Tribunal (sobreseimiento definitivo) procede el Recurso de Apelación. En virtud de las implicaciones jurídicas, el Fiscal que solicite un sobreseimiento provisional, deberá llevar un control estricto que le permita realizar el seguimiento del mismo, evitando así la extinción de la causa por inercia, con las consecuentes responsabilidades”³². (El destacado es del original).*

3.5 Efectos

El sobreseimiento provisional es un auto fundado y no una sentencia (Art. 314 del C.P.P.). No produce ningún efecto sobre la prescripción de la acción penal. Al no ser definitivo, carece de fuerza de cosa juzgada material. Tiene un carácter temporal: el proceso no concluye, sino que simplemente se paraliza a la espera de que aparezcan datos que permitan su continuación.

El principal efecto es la paralización del curso del proceso, al carecerse de base suficiente para proceder a la apertura del juicio oral. La consecuencia legal es el cierre de la persecución penal hasta tanto los nuevos elementos de convicción permitan la continuación del procedimiento.

Según lo ha anotado la Sala Constitucional, el cómputo del plazo para la extinción de la acción penal debe iniciarse a partir del dictado del sobreseimiento y no de la mera solicitud. Ello se ha explicado en los siguientes términos:

“...el imputado, más que dirigirse contra el contenido del artículo 314 párrafo tercero del Código Procesal Penal, lo que alega es un problema

32 Fiscalía General de la República de Costa Rica. Circular N° 1-98, del 01 de setiembre de 1998, pp.14-15.

de inercia o de inactividad de las autoridades jurisdiccionales que tramitan el proceso penal que se sigue en su contra, considerando que “el no dictado de la resolución respectiva constituye una flagrante violación de los derechos fundamentales del imputado”. Ello en virtud de que, conforme señala, pese a que el Ministerio Público solicitó el dictado de un sobreseimiento provisional desde el once de julio de este año, el Juzgado Penal del Primer Circuito Judicial de San José aún no se ha pronunciado y por ello, aún no ha empezado a correr el plazo de un año para que opere la extinción de la acción penal, según lo establece la norma cuestionada. Lo único que el accionante refiere en relación con la norma, es que si se eliminara la palabra “dictado”, las reglas de interpretación jurídica a favor del imputado obligarían a entender que el año se contará a partir de su solicitud, por lo que el auto respectivo tendría efectos declarativos y no constitutivos. Al respecto, debe decirse que no corresponde a este Tribunal el diseño de los diversos procesos y procedimientos, tanto administrativos como jurisdiccionales, así como tampoco el establecer los plazos ni su forma de cómputo, siendo tal tarea exclusiva del legislador. En el supuesto de la norma que se analiza el legislador estableció que el cómputo del plazo para la extinción de la acción penal debe iniciarse a partir del dictado del sobreseimiento y no de la mera solicitud. Ello es así en virtud de que sólo puede hablarse de la existencia de una resolución de sobreseimiento, a partir de su dictado por parte de la autoridad competente...”³³.

El decreto de un sobreseimiento provisional no tiene como efecto tácito el dejar sin ningún valor la acusación del Ministerio Público. Al ser emitido por aspectos probatorios, no implica una tácita nulidad de dicha pieza³⁴.

Ante un sobreseimiento provisional, el ejercicio de la acción civil resarcitoria se suspende hasta que la persecución penal continúe (dado su carácter accesorio), por lo que necesariamente el actor civil tiene la obligación de mantenerse atento al proceso y a sus vicisitudes³⁵.

La solicitud de reapertura del juicio debe presentarse ante la autoridad jurisdiccional en forma efectiva y real, sin que pueda tomarse en cuenta la fecha que

33 **Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.** Sentencia 2005-16125, de las dieciocho horas con veintiséis minutos, del veintitrés de noviembre de dos mil cinco.

34 **Antiguo Tribunal de Casación Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela.** 2008-00385, de las catorce horas veinticinco minutos, del veinte de agosto de dos mil ocho.

35 **Antiguo Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José.** 2009-00485, de las diez horas diez minutos, del once de mayo de dos mil nueve. De conformidad con el artículo 40 del C.P.P. “...En el procedimiento penal, la acción civil resarcitoria sólo podrá ser ejercida mientras esté pendiente la persecución penal. Sobreseído provisionalmente el imputado o suspendido el procedimiento, conforme a las previsiones de la ley, el ejercicio de la acción civil se suspenderá hasta que la persecución penal continúe y quedará a salvo el derecho de interponer la demanda ante los tribunales competentes”.

contenga el libelo de acusación, para retrotraer a ese momento la solicitud de reapertura, pues es hasta que tal petición se presente a estrados jurisdiccionales y sea recibida por la autoridad pertinente que va a surtir plenos efectos³⁶.

Si no ha vencido el año de dictado el sobreseimiento provisional, debe partirse de que la Fiscalía aún cuenta con plazo de ley para resolver lo que corresponda, siendo improcedente plantear un recurso de amparo ante dicho panorama³⁷.

Para tener por revocado el sobreseimiento provisional no es necesario que se tenga que dictar sacramentalmente una resolución que así se titule o lo diga expresamente, pues de cumplirse con los requisitos después de acordado, lo procedente es solicitar y eventualmente decretar dicha apertura a juicio³⁸.

Del todo no es pacífico el tema en cuanto a la obligatoriedad o no de celebrar una nueva audiencia preliminar habiéndose dictado en la primera un sobreseimiento provisional.

La Sala Tercera, mediante voto de mayoría, declaró con lugar un recurso de casación interpuesto por el apoderado especial judicial de la parte querellante y actora civil contra la sentencia de sobreseimiento definitivo emitida por el Tribunal de Juicio al aplicar erróneamente los numerales 30, 175, 178 y 314 del Código Procesal Penal³⁹.

En el caso recién citado, en un primer momento, el Juez Penal determinó que lo procedente era el dictado de un sobreseimiento provisional a favor de los encartados, resolviendo que en el plazo de un año (sea del 3 de marzo del 2005 al 3 de marzo del 2006) debía recabarse la prueba pericial gestionada por el representante de la querrela y acción civil. En fecha 14 de febrero del 2006, el Juzgado Penal recibió escrito del apoderado del querellante, en el que solicitaba continuar con el procedimiento y dictar auto de apertura a juicio, admitir la acción civil resarcitoria y la prueba detallada en la querrela así como los dictámenes criminalísticos recabados durante el sobreseimiento provisional, ante lo cual el Juez Penal dictó el auto de apertura a juicio, admitiendo la acción civil resarcitoria y la prueba ofrecida por las partes⁴⁰.

Al resolverse este asunto, la mayoría de la Sala de Casación Penal razonó:

“...no es posible sostener que debía realizarse nueva audiencia preliminar, pues en la celebrada por el Juez Penal de Puriscal, el 3 de marzo del 2005, se puso en conocimiento a la defensa e imputados, la querrela, la

36 **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Sentencia 2004-00150, de las diez horas, del veintisiete de febrero de dos mil cuatro.

37 **Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.** Sentencia 2006-13076, de las quince horas y catorce minutos, del cinco de setiembre de dos mil seis.

38 **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Sentencia 2009-00725, de las ocho horas y cincuenta y cuatro minutos, del veintinueve de mayo de dos mil nueve.

39 **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto de mayoría, sentencia 2009-01351, de las dieciséis horas y treinta y seis minutos, del catorce de octubre de dos mil nueve.

40 **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto de mayoría, sentencia 2009-01351, de las dieciséis horas y treinta y seis minutos, del catorce de octubre de dos mil nueve.

acción civil resarcitoria y los elementos de prueba en los que se sustentaba cada pieza, quedando pendiente únicamente, la prueba que se ordenó recabar durante el plazo del sobreseimiento provisional; tampoco es válida la afirmación que el auto de apertura a juicio dictado por el Juez Penal de Puriscal tomara por sorpresa a los encartados. Al no existir agravio alguno para los imputados, no procedía declarar con lugar la actividad procesal defectuosa interpuesta por la defensa ni declararse extinta la acción penal como lo hizo el a quo...⁴¹.

Uno de los Magistrados –pese a compartir en términos generales el voto de mayoría–, mediante una nota afirmó que discrepaba del voto mayoritario, únicamente en cuanto a que se dijo que no era obligatorio, luego de dictado un auto de sobreseimiento provisional, convocar de nuevo a audiencia preliminar, a efecto de determinar si la solicitud de apertura a juicio, planteada oportunamente en la acusación del Ministerio Público o la querrela de la víctima, resultan atendibles o no. Desde su perspectiva, la audiencia preliminar es necesaria para que las partes tengan oportunidad de discutir si la nueva prueba aportada tiene la virtud de descartar el estado de duda que generó el sobreseimiento provisional. Sin embargo, en el caso examinado, a pesar de que el Juzgado Penal no realizó la audiencia, y dictó el auto de apertura a juicio, contraviniendo lo anterior, dicho auto de apertura fue debidamente notificado a las partes, sin que se presentara objeción alguna contra la irregularidad apuntada, lo cual, desde su criterio, implica que los sujetos interesados consintieron el vicio, siendo que, en todo caso, no se aprecia que ese defecto haya generado algún perjuicio concreto⁴².

En esta misma sentencia, uno de los Magistrados salvó el voto y optó por declarar sin lugar el recurso de casación, al considerar que se dio una actuación anómala desde el punto de vista procesal, consistente en dictar auto de apertura a juicio sin celebrarse audiencia preliminar. Válidamente se dijo:

“...La anomalía es grosera, constituye sin duda actividad defectuosa y lesiona tanto las garantías generales y comunes a las partes, de participación, inmediación, contradictorio, como específicamente lesiona la situación jurídica del imputado en cuanto a propuesta de medidas alternas, proceso abreviado y demás facultades que la ley procesal previó que fueran objeto de análisis, presencial, oral y contradictorio, en la audiencia preliminar. Ahora bien, contra la apertura a juicio la defensa planteó, en debate, la actividad procesal defectuosa que, por lo que indico, era evidentemente procedente...⁴³.

41 **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto de mayoría, sentencia 2009-01351, de las dieciséis horas y treinta y seis minutos, del catorce de octubre de dos mil nueve.

42 **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Nota de un Magistrado, sentencia 2009-01351, de las dieciséis horas y treinta y seis minutos, del catorce de octubre de dos mil nueve.

43 **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Voto de minoría, sentencia 2009-01351, de las dieciséis horas y treinta y seis minutos, del catorce de octubre de dos mil nueve.

3.6 Recursos

Conforme el artículo 312 del C.P.P., la resolución que acuerda el sobreseimiento definitivo debe dictarse con formalidades de sentencia; mientras que, respecto del sobreseimiento provisional, el Código menciona que sólo se trata de un auto fundado (artículo 314 *ibidem*)⁴⁴.

El auto que decreta el sobreseimiento provisional no es apelable (artículos 315, 437, 452 y 458 del C.P.P.). Solamente lo es el definitivo en la etapa preparatoria e intermedia (numeral 315 del C.P.P.) y en la fase de juicio (ordinal 458 del C.P.P.).

Previo a la entrada en vigencia de la Ley N° 8837 (09 de diciembre de 2011), denominada “Creación del Recurso de Apelación de la Sentencia, otras reformas al Régimen de Impugnación e Implementación de Nuevas Reglas de Oralidad en el Proceso Penal”, se presentaron impugnaciones ante la Sala Tercera y los antiguos Tribunales de Casación directamente contra el auto de sobreseimiento provisional. Desde ya se adelanta que todos se declararon inadmisibles.

La resolución que ordena el sobreseimiento provisional carece de recurso de apelación. Sobre este extremo se ha dicho:

“...el numeral 314 ibidem no contempla el dictado del sobreseimiento provisional como una resolución apelable, recurso que sí concede en forma expresa contra el sobreseimiento definitivo dictado en las etapas preparatoria e intermedia – artículo 315 del mismo cuerpo legal –, sin que se pueda afirmar tampoco que tal medida cause gravamen irreparable al abrir el plazo para el acopio de nuevas pruebas y la posibilidad de revertir el sobreseimiento dictado, continuando la acción. En consecuencia, en la causa en estudio, el plazo de un año al que aluden las normas precitadas debe contabilizarse a partir de la fecha de la resolución que ordenó el sobreseimiento provisional y no a partir de la firmeza de la resolución que resolviera el recurso de apelación formulado, en el tanto, respecto al sobreseimiento provisional ordenado, carecía de tal remedio procesal...”⁴⁵.

El sobreseimiento provisional es un auto y no una sentencia, sino una decisión transitoria que requiere del transcurso de un plazo para arribar a otra decisión, tal y como se expresa en el artículo 314 del Código Procesal Penal. No tiene recurso de apelación, según se desprende del artículo 315 del citado código y, dado que su dictado está previsto solo en la etapa preparatoria e intermedia, nunca podría tener recurso de casación; no tratándose de un sobreseimiento definitivo, dictado por el Tribunal de Juicio⁴⁶.

44 González Álvarez, Daniel. **Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. El procedimiento intermedio.** Colegio de Abogados, San José, 1996, p. 627.

45 **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Sentencia 2004-00150, de las diez horas, del veintisiete de febrero de dos mil cuatro.

46 **Antiguo Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José.** Sentencia 2006-00432, de las ocho horas cuarenta minutos, del doce de mayo de dos mil seis.

La resolución que acuerda el sobreseimiento provisional no es impugnabile en sede de casación, pues no es una sentencia ni una resolución que ponga fin al proceso, como si lo es el sobreseimiento definitivo⁴⁷. La ley procesal reserva el instituto de la casación para la sentencia y el sobreseimiento definitivo, que ponga fin al proceso. La resolución que dicta un sobreseimiento provisional no tiene recurso de casación, faltando consecuentemente la impugnabilidad objetiva que resguarda la ley procesal penal⁴⁸.

Ya encontrándose vigente la Ley N° 8837, la Sala de Casación Penal declaró inadmisibile un procedimiento de revisión por ser manifiestamente infundado, señalando que la resolución que ordena el sobreseimiento provisional no tiene carácter de sentencia, pues no se encuentra dentro de la definición del artículo 141 del Código Procesal Penal, al no poner fin al proceso⁴⁹.

De acuerdo con el ordinal 458 del C.P.P. vigente, son apelables todas las sentencias y los sobreseimientos dictados en la fase de juicio. A su vez, el artículo 467 del C.P.P. de ese mismo texto legal dispone que el recurso de casación procede contra las resoluciones dictadas por los tribunales de apelación de sentencia, que confirmen total o parcialmente, o bien resuelvan en definitiva, la sentencia dictada por el tribunal de juicio⁵⁰.

A modo de síntesis debe decirse que, por tratarse de un auto, contra el sobreseimiento provisional no cabe recurso alguno.

El apartado que sigue, reviste especial interés en razón de su utilidad para la praxis judicial. Se estudia el sobreseimiento provisional desde una perspectiva jurisprudencial.

4. ▶ EL SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL EN LA JURISPRUDENCIA COSTARRICENSE

A continuación se exponen los criterios que han sostenido la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, los antiguos Tribunales de Casación Penal y los actuales Tribunales de Apelación, concretamente, en cuanto a dos aspectos del sobresei-

47 **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Sentencias 2000-00272, de las ocho horas con treinta minutos, del diecisiete de marzo del dos mil y 2004-00150, de las diez horas del veintisiete de febrero de dos mil cuatro.

48 **Antiguo Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José.** Sentencias 2000-00251, del treinta y uno de marzo de dos mil y 2004-00995, de las diez horas treinta y siete minutos, del veintitrés de setiembre de dos mil cuatro.

49 **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Sentencia 2012-02002, de las nueve horas con cincuenta minutos, del veintiuno de diciembre del dos mil doce.

50 La Sala Tercera ha declarado inadmisibles recursos de casación en los que se ha impugnado una resolución para la que no se prevé ese remedio procesal, por tratarse de un pronunciamiento judicial que, a su vez, conoció de una apelación interpuesta contra un sobreseimiento definitivo dictado en la fase intermedia (no en juicio). Véase: Sentencia 2013-00861, de las ocho horas y cincuenta y cinco minutos, del doce de julio del dos mil trece.

miento provisional: la formulación de la solicitud de reapertura como mecanismo para evitar el decreto de un sobreseimiento definitivo y la necesidad de recabar e incorporar los nuevos elementos probatorios al expediente durante el año de dictado el sobreseimiento provisional a fin de requerir la apertura a juicio.

4.1 La solicitud de reapertura antes del año de dictado el sobreseimiento provisional

En la práctica judicial se han presentado diversos casos en los que se ha discutido sobre la validez de la solicitud de reapertura presentada por el Ministerio Público habiéndose dictado un sobreseimiento provisional.

En un asunto del año 2001, en sede de casación, se decretó la nulidad de un sobreseimiento definitivo y su confirmación y se ordenó el reenvío al Tribunal de origen, para resolver la petición de sobreseimiento provisional gestionado por el Ministerio Público. Puntualmente se indicó:

“...si bien por resolución del Juzgado Penal del Primer Circuito Judicial de Limón, de las siete horas del veinticuatro de marzo del dos mil visible al folio 108, se le fijó un plazo de 3 meses para que el Ministerio Público finalizara la investigación, la fiscalía dentro del mencionado plazo solicita el dictado de un sobreseimiento provisional fundando el mismo, en que faltaba el resultado de una auditoría de la sección de delitos financieros, así como un informe policial (ver folios 116 a 118) de modo tal, que dicha representación cumplió al gestionar en tiempo ante el juez de la etapa intermedia, el dictado de la resolución mencionada, lo que en modo alguno riñe con lo estipulado en los artículos 171 y 172 del Código Procesal Penal, los cuales hablan tanto de la fijación del plazo como de la presentación de la requisitoria, término que no es contradictorio con la petición de sobreseimiento provisional...” () “...la petición aludida, no contraría la normativa procesal aplicada, siendo ilegítimas las razones que tuvieron los juzgadores, cuando dictaron tanto el sobreseimiento definitivo visible a los folios 137 a 141 como la confirmación del mismo visible a folio 164, basadas más que todo en criterios de forma, cuando en realidad no existe perjuicio al principio de justicia pronta y cumplida, si se dicta debidamente fundada una resolución de sobreseimiento provisional, la cual cuenta con plazos de extinción de la acción penal, sino se cumple con el motivo de su dictado...”⁵¹.

En otro asunto, la Sala de Casación Penal concluyó que el ente fiscal incurrió en negligencia al no formular la solicitud correspondiente dentro del año por el que se dispuso el sobreseimiento provisional, a pesar de que desde varios meses atrás contaba con elementos de prueba que en su criterio le permitirían elevar el asunto a juicio.

51 **Antiguo Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José.** Sentencias 2001-00938, de las diez horas treinta y ocho minutos, del dieciséis de noviembre de dos mil uno.

Exactamente se dijo:

“...Ha de entenderse que el plazo dicho funciona como cualquier otro en lo relativo a las partes y por ello, no es la fecha que estas inserten en sus escritos la que permitirá controlar el cumplimiento del término, sino la de su recibo por el órgano jurisdiccional llamado a resolver. Atender las pretensiones de la recurrente, en el sentido de que se entienda que ella confeccionó la solicitud (a través de la acusación) dentro del plazo, sería tanto como admitir un recurso presentado fuera de término solo porque las partes afirman haberlo confeccionado antes de su vencimiento. Lo que las normas precitadas exigen no es una mera intención, ni actuaciones generales de las partes –en tanto no es a estas, incluido el Ministerio Público, a quienes corresponde autorizar que el proceso continúe y avance a otras fases-, sino una específica voluntad manifestada en forma de solicitud ante el Tribunal competente y siempre, por supuesto, dentro del plazo previsto en la ley, sin que posea a estos efectos relevancia alguna la fecha que inserten en sus escritos. En esta tesitura y atendiendo a que en el referido plazo no se formuló ninguna petición de proseguir las investigaciones, se imponía decretar el sobreseimiento definitivo y no existe, por ende, reparo alguno que hacer a lo resuelto por el a quo. Así las cosas, se declara sin lugar el recurso...”⁵².

En otra causa, el Juzgado Penal dictó sobreseimiento provisional el 6 de octubre de 1998, estimando que era necesario allegar *“...un dictamen psicológico forense que dictamine sobre el grado de credibilidad de la ofendida C.R. en relación a los hechos que denuncia, y así determinar si los hechos que narra son resultado de su invención o, por el contrario, son hechos que efectivamente acontecieron de esa forma...”*, siendo que en fecha 6 de octubre de 1999 se formuló la acusación, la cual fue recibida en el Juzgado Penal el 13 de octubre de 1999, comprobándose que el 22 de octubre de ese mismo año, se convocó a la audiencia preliminar, auto con el que se revocó el sobreseimiento provisional pese a que la prueba pericial que restaba y que determinó el sobreseimiento provisional no se había evacuado para ese momento. Al respecto se anotó:

“...la solicitud de apertura debe interponerse ante el Tribunal correspondiente y no basta –como pretende interpretar el recurrente– que quien represente al Ministerio Público, incluya una determinada fecha a su escrito conteniendo la acusación, para que se retrotraiga a ese momento la

52 **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Sentencia 2001-00939, de las nueve horas cuarenta minutos, del veintiocho de setiembre de dos mil uno.

*solicitud de apertura. Resulta obvio y lógico aceptar, que mientras ante la autoridad jurisdiccional correspondiente no se presente la solicitud, esta no existe para todos los efectos, como apropiadamente interpretó el Tribunal de mérito...*⁵³.

En similares términos se pronunció el antiguo Tribunal de Casación del Segundo Circuito Judicial al afirmar:

*“...En este caso se dictó un sobreseimiento provisional, cuyo año vencía el 8 de febrero del 2002, siendo que a esa fecha el recurrente no había ofrecido prueba alguna. Si bien el escrito de la parte querellante donde se aporta y ofrece prueba es de fecha 8 de febrero del 2002, el mismo fue presentado a estrados judiciales hasta el 20 de febrero del 2002, una vez vencido el término indicado del año. Por ello, su presentación fue extemporánea y el juez penal no se encontraba facultado para valorar el mismo, como se aprecia en la sentencia de sobreseimiento definitivo, como tampoco lo estaba el tribunal de juicio al resolver el recurso de apelación...”*⁵⁴.

El voto 2004-150 de la Sala Tercera da cuenta de un proceso en el que se evidenció “la inercia y negligencia del órgano acusador” al dejar vencer el plazo fijado normativamente y no evacuar una sola de las probanzas que motivaron al Juez del procedimiento intermedio a decretar inicialmente el sobreseimiento provisional⁵⁵.

El antiguo Tribunal de Casación de Goicoechea, en un caso concreto, declaró extinguida la acción penal y dictó una sentencia de sobreseimiento definitivo a favor del imputado por el delito de Infracción a la Ley de Armas que se le venía atribuyendo, al determinar que el Ministerio Público no solicitó la reapertura dentro del plazo de un año. Concretamente expresó:

“...la sentencia de sobreseimiento provisional se dicta el día catorce de mayo de dos mil dos y la acusación y solicitud de reanudación de procedimientos se produce con fecha veintitrés de mayo de dos mil tres, es decir, un año y nueve días después. Esta situación evidencia, claramente, que el Ministerio Público no solicitó la reapertura de la investigación

53 **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Sentencia 2002-00022, de las nueve horas cincuenta y cinco minutos, del dieciocho de enero de dos mil dos.

54 **Antiguo Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José.** Sentencia 2003-00335, de las diez horas veinte minutos, del veinticuatro de abril de dos mil tres.

55 **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Sentencia 2004-00150, de las diez horas, del veintisiete de febrero de dos mil cuatro.

dentro del año de dictado el sobreseimiento provisional. El plazo anual que prevé la norma recién citada, es perentorio, de tal forma que ante el vencimiento de dicho plazo, lo que procede es decretar la extinción de la acción penal dictando el correspondiente sobreseimiento...⁵⁶.

De acuerdo con este mismo órgano jurisdiccional, la acusación debe entenderse como una solicitud de reapertura del proceso, la cual procura la prosecución del juicio. Con mayor amplitud se aseveró:

“...En este caso el Juzgado Penal de Pérez Zeledón decretó un sobreseimiento provisional el diez de agosto del dos mil uno, por un año. Durante ese lapso se recibió un peritaje (folios 31 a 36), formulando el Ministerio Público de nuevo la acusación, el veintitrés de mayo del dos mil dos (folios 38 a 54 vuelto). Es claro que esa acusación implicó una solicitud de reapertura del proceso. Si bien es cierto el artículo 314 no exige más que una simple gestión en tal sentido, el formular una acusación demuestra el interés del Ministerio Público en continuar hacia las siguientes fases del proceso, y por supuesto la realización de la audiencia preliminar para examinar si la nueva prueba aportada, unida a la ya conocida, tienen la virtud de establecer la probabilidad necesaria para justificar la apertura a juicio. Para esta Cámara presentar una acusación, antes de que venciera el plazo del año del sobreseimiento provisional, implica cumplir con lo estipulado por el artículo 314 para evitar la extinción de la acción penal, máxime cuando el expediente se remite al Juzgado Penal para su conocimiento dentro del plazo acordado...⁵⁷.

Esta discusión también se ha dado ante la Sala de Casación Penal.

En el año 2011, al resolverse un caso en el que la solicitud de reapertura se presentó un día después del año previsto, se dijo:

“...el año de plazo del sobreseimiento provisional dictado vencía el 21 de setiembre del 2008 y la solicitud de reapertura fue planteada ante el órgano fiscal el 22 de setiembre del 2008, sea un día después, lo cual impone declarar la extinción de la acción penal...⁵⁸.

En otro proceso, la Sala Tercera más bien determinó que resultaba improcedente el sobreseimiento definitivo que había dictado el Juzgado Penal por extinción de la acción penal, en razón de que la Fiscalía, de previo al cumplimiento del

56 **Antiguo Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José.** Sentencias 2004-00284, de las dieciséis horas diez minutos, del veinticinco de marzo de dos mil cuatro.

57 **Antiguo Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José.** Sentencia 2004-00720, de las diez horas cuarenta y cinco minutos, del veintidós de julio de dos mil cuatro.

58 **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Sentencia 2011-00186, de las ocho horas y cuarenta y ocho minutos, del cuatro de marzo de dos mil once.

año de emitido el sobreseimiento provisional, solicitó la continuación del proceso y remitió en tiempo al Juzgado las causas con las respectivas solicitudes para su trámite correspondiente⁵⁹.

Recientemente, en sede de apelación se ha afirmado que, cuando los artículos 30 inciso m) y 314 del Código Procesal Penal establecen que si dentro del año de dictado el sobreseimiento provisional no se solicita la reapertura se declarará la extinción de la acción penal, debe tomarse en cuenta la fecha de notificación de la decisión y no la del momento en que el Juzgado decide en tal sentido⁶⁰.

Corresponde analizar ahora las sentencias en las que se discute sobre la necesidad de recabar e incorporar los nuevos elementos probatorios al expediente durante el año de dictado el sobreseimiento provisional a fin de requerir la apertura a juicio.

4.2 Necesidad de recabar e incorporar los nuevos elementos probatorios al expediente durante el año de dictado el sobreseimiento provisional

En las próximas líneas se presentan tres casos en los que se examinó si resultaba procedente o no dictar un sobreseimiento definitivo a raíz del dictado de un sobreseimiento provisional que había gestionado la defensa de la persona imputada.

En el año 2006, el antiguo Tribunal de Casación de Goicoechea dictó un sobreseimiento definitivo, en un asunto en el que el Tribunal de Juicio condenó al imputado por el delito de abusos sexuales contra persona menor de edad (se acogió a un procedimiento abreviado), al determinar que en el caso concreto se había cumplido un año de emitido el sobreseimiento provisional sin incorporarse la prueba que se había ordenado recabar y que había sido solicitada por la defensa, a saber, una pericia psicológica y un estudio de trabajo social, gestión ante la que el Fiscal se manifestó de acuerdo. En la sentencia descrita textualmente se dijo:

“...No puede el Juez Penal convocar a nuevas audiencias preliminares si no existe nueva evidencia, o prueba diferente de la valorada en la audiencia en donde acordó el Sobreseimiento provisional, ni tampoco le está autorizado extender plazos más allá de ese año para que se siga la investigación. En este caso las partes estuvieron de acuerdo en que faltaba prueba que recoger, por lo que se dispuso el Sobreseimiento pro-

59 **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Sentencia 2012-01151, de las once horas y diecinueve minutos, del diez de agosto de dos mil doce.

60 **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José.** Sentencia 2013-00071, de las catorce horas cuarenta y cinco minutos, del dieciséis de enero de dos mil trece.

visional por un año, el cual venció el 24 de octubre de 2004, de tal forma que al no haberse recabado nuevas pruebas lo propio era disponer el sobreseimiento definitivo...⁶¹.

En otra causa, el antiguo Tribunal de Casación de San Ramón asumió el criterio de que no había operado la extinción de la acción penal al haberse decretado impropriamente el sobreseimiento provisional, en razón de que antes del transcurso del año la fiscalía planteó la acusación respectiva, siendo irrelevante que se recabara solo una parte de los elementos probatorios que ordenó la Jueza Penal (prueba testimonial) debido a que fue la defensa la que los propuso, estimando que la razón que medió para dictar ese pronunciamiento no fue un supuesto “*estado de duda*”, sino más bien el completar la investigación, para lo cual consideró necesario hacer llegar la prueba testimonial de descargo que propuso la defensa, sin existir inercia del órgano acusador en la evacuación de la prueba. Al explicarse la dinámica que se presentó en la tramitación de este proceso se apuntó:

“...de manera sutil y sesgada el abogado recurrente deja de lado que en este caso el dictado del sobreseimiento provisional se sustentó en un evidente error, pues lejos de surgir con motivo de ese estado probatorio de “duda” que menciona el recurrente, en realidad estuvo motivado en que se completara la investigación, trayendo al proceso la prueba de descargo que propuso la defensa. Es claro que para el momento en que se dictó dicha resolución, el Ministerio Público ya contaba con la prueba de cargo suficiente que, al menos en ese estadio procesal, le permitía sustentar el juicio de probabilidad requerido para solicitar la apertura a juicio, a tal punto que -incluso- ya había confeccionado la respectiva acusación (cfr. folios 293 a 304 del principal). Es claro, entonces, que si en ese momento la defensa manifestó que tenía interés en que se recabara prueba testimonial de descargo, lo que correspondía era completar la investigación o, incluso, reservar para el juicio la recepción de esos testigos, pero no el dictado de un sobreseimiento provisional. Así las cosas, resulta notorio cómo el abogado defensor estructura todo su alegato dejando de lado la evidente concurrencia de ese error en el dictado del sobreseimiento provisional que invoca, pues si nos atuviéramos y limitáramos a su argumentación habría que concluir que desde el mismo día en que se dispuso tal resolución resultaba absolutamente inviable la revocatoria de dicho sobreseimiento, ello por la sencilla razón de que toda la prueba que se pretendía recibir durante el plazo de un año, era de descargo y fue ofrecida a favor de los intereses del encartado a fin de rebatir la acusación fiscal. Esta situación pone más de manifiesto lo impropio que resultaba ese sobreseimiento provisional, tal y como lo

61 **Antiguo Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José.** Sentencia 2006-00290, de las nueve horas treinta minutos, del treinta de marzo de dos mil seis.

razonó acertadamente el Tribunal de Juicio en los actos preliminares del debate, y luego de interpuesta la incidencia respectiva...⁶².

De especial interés resulta el voto 2012-1750 de la Sala de Casación Penal⁶³, en el que dicha Cámara acogió los motivos planteados por la defensa, anuló en su totalidad la sentencia impugnada y declaró extinguida la acción penal, disponiendo el sobreseimiento definitivo a favor del endilgado por los delitos de robo agravado y abuso sexual en contra de persona mayor de edad por los que el Tribunal de Juicio le impuso ocho años de prisión⁶⁴. Lo resuelto se ilustra de una mejor manera en los siguientes extractos del fallo:

“...el sobreseimiento provisional procede cuando existe duda de la responsabilidad penal del imputado en virtud de la carencia de prueba, siendo viable emitirlo si faltan pruebas por recoger que eventualmente pueden llegar a variar el estado de duda del juzgador. Desde esta perspectiva, es posible decretar un sobreseimiento provisional en la audiencia preliminar a solicitud de la defensa del imputado, indistintamente de que el Ministerio Público haya formulado una acusación, tal y como ocurrió en el caso concreto, pues lo realmente relevante es que el Juez estime que la prueba existente es insuficiente para dictar un auto de apertura a juicio, pero a la vez considera que razonablemente pueden incorporarse nuevos elementos de prueba, por lo que para ese momento no procede el dictado de un sobreseimiento definitivo. Por su parte, se tiene que el auto de sobreseimiento provisional, necesariamente debe indicar cuál es la prueba que debe recabarse en el plazo máximo de un año...” () “...En caso de que no se solicite la reapertura del procedimiento antes del vencimiento del año o, habiéndose solicitado esta durante el año del decreto provisional pero sin haberse agregado a los autos la prueba ordenada por el Juez, debe procederse a dictar una sentencia de sobreseimiento definitivo. En tal sentido, el Dr. Llobet Rodríguez ha señalado: “...Lo que importa para la revocatoria del sobreseimiento provisional no es solamente que se haya recibido prueba durante el plazo de un año, que haga que pueda afirmarse un juicio de probabilidad sobre la culpabilidad del imputado, sino se necesita además que se presente la solicitud de reapertura dentro del plazo indicado ante el juez...” (LLOBET RODRÍGUEZ, JAVIER. Proceso Penal Comentado. Editorial Jurídica Continental, San José, 2009, pp. 470-471)...” () “...sólo es dable pedir y ordenar la reapertura de la causa –la cual debe hacerse antes del

62 **Antiguo Tribunal de Casación Penal del Tercer Circuito Judicial de Alajuela.** Sentencia 2009-00384, de las once horas cuarenta y cinco minutos, del nueve de octubre de dos mil nueve.

63 Para el momento en que el imputado fue condenado por el Tribunal de Juicio no se encontraba vigente la Ley N° 8837, por lo que no existía el recurso de apelación de sentencia.

64 **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Sentencia 2012-01750, de las quince horas y nueve minutos, del cuatro de diciembre de dos mil doce.

cumplimiento del año–, cuando las nuevas pruebas o elementos de juicio ordenados en el sobreseimiento provisional se han recabado y aportado al expediente durante ese año (no basta con que se haya solicitado o gestionado traer la prueba) y, unidos a los existentes, puedan variar el estado o situación anterior, siendo un contrasentido que el acusador solicite la reapertura del proceso y se convoque a una nueva audiencia preliminar si no se han recabado los elementos de prueba ordenados por el juzgador...” () “...es evidente que en la especie la reapertura del procedimiento se solicitó antes del vencimiento del año (21 de agosto de 2008), sin embargo, en ese plazo no se aportaron al expediente los nuevos elementos de prueba que se ordenaron en el sobreseimiento provisional...” () “...La negligencia de los representantes del Ministerio Público evidenciada al no solicitar la prueba en su debido tiempo y no estar pendientes de su recabación, así como las decisiones desacertadas que adoptaron en este caso los juzgadores, a criterio de esta Cámara carecen de justificación. El plazo del sobreseimiento provisional es perentorio y si durante ese plazo no se trae la prueba ordenada en dicha resolución, lo que procede es declarar la extinción de la acción penal. Por las razones apuntadas, al haberse cumplido el plazo del sobreseimiento provisional sin que nuevas pruebas justificaran dictar la apertura a juicio, debe tenerse por extinguida la acción penal y disponer el sobreseimiento definitivo en la presente causa...”⁶⁵.

Más recientemente, en un proceso penal juvenil⁶⁶, el Tribunal de Apelación⁶⁷, de oficio, por constatar la existencia de un defecto absoluto, declaró la ineficacia de la resolución del 5 de julio de 2013 del Juzgado Penal Juvenil de Buenos Aires, decretó la extinción de la acción penal y dictó el sobreseimiento definitivo, por no haberse recabado las pruebas que en su oportunidad se habían indicado al emitirse el sobreseimiento provisional el 27 de junio de 2011 y haber transcurrido el plazo de un año, sin que se hubiera dictado ninguna resolución que ordenara la reapertura del proceso, omitiéndose –por resultar innecesario– pronunciamiento sobre el recurso de apelación del Ministerio Público; voto que fue confirmado por la Sala de Casación Penal⁶⁸.

⁶⁵ **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.** Sentencia 2012-01750, de las quince horas y nueve minutos, del cuatro de diciembre de dos mil doce.

⁶⁶ La Ley N° 7576, Ley de Justicia Penal Juvenil regula el sobreseimiento provisional en los numerales 74 inciso c) y 76, cuyo contenido no difiere del Código Procesal Penal.

⁶⁷ **Tribunal de Apelación de Sentencia Penal Juvenil, Sección Primera, del Segundo Circuito Judicial de San José.** Sentencia oral 2013-1736, de las once y treinta horas, del ocho de agosto de dos mil trece.

⁶⁸ El recurso de casación presentado por el Ministerio Público se declaró inadmisibile, al considerarse que la impugnación no cumplió con el requisito de admisibilidad del párrafo segundo del artículo 468 del Código Procesal Penal, tratándose más bien de una nulidad de las contempladas en el artículo 178 de ese mismo cuerpo de leyes, que no compromete la iniciativa ni participación del Ministerio Público en el juicio, sino que se refiere a la vías para combatir un acto procesal; aunado a

5. ▶ REFLEXIONES FINALES

El sobreseimiento provisional contemplado en el actual C.P.P., si bien no es idéntico a la prórroga extraordinaria regulada en el C.P.P.S. de 1973, podría afirmarse, en términos generales, que son bastante similares. Es factible pensar que se está ante un instituto jurídico que ha cambiado su nomenclatura, pero conserva sus rasgos inquisitivos en un sistema procesal marcadamente acusatorio como el costarricense.

La discusión surgida del análisis del proyecto de Código Procesal Penal en lo que respecta al sobreseimiento provisional evidenció que este tipo de resolución ha sido asociada con términos como “cajón de sastre” o “sobreseimiento a medias”, quedando manifiesto lo inconveniente que resulta esta figura. Pese a ello, según las actas, más de un 90% de quienes intervinieron votaron a favor de su inclusión en el C.P.P. vigente.

La circular 1-98 emitida por la Fiscalía General de Costa Rica resaltó la importancia de que en los casos en que el Fiscal solicite un sobreseimiento provisional, lleve un control estricto que le permita realizar el seguimiento del mismo, con el objetivo de evitar la extinción de la causa por inercia. Desde esa fecha, no se han emitido otras circulares o directrices de la Fiscalía General en los que se establezcan lineamientos sobre el instituto que se ha venido estudiando en esta obra.

El examen de casos en la jurisprudencia nacional ha venido a demostrar que no son pocos los asuntos en los que la representación fiscal ha omitido solicitar a tiempo la prueba ordenada en el sobreseimiento provisional, no ha estado pendiente de su recabación o dentro del año dispuesto no ha requerido la reapertura de la causa, lo que se ha traducido en el dictado de sobreseimientos definitivos conforme corresponde a derecho.

Pese a que se estima errada la decisión del legislador de incluir el sobreseimiento provisional dentro de nuestro sistema procesal, al no poderse desaplicar esta figura por estar contemplada en el C.P.P., debe advertirse que se comparte el voto de minoría asumido en la sentencia 2009-01351 de la Sala de Casación Penal en el que se consideró improcedente emitir un auto de apertura a juicio sin celebrar la audiencia preliminar. Para decretar la apertura a juicio, habiéndose dictado un sobreseimiento provisional en la audiencia preliminar, necesariamente debe convocarse a las partes a una nueva audiencia en la etapa intermedia, pues se le debe garantizar a las partes la posibilidad de optar por alguna medida alternativa, dependiendo de las circunstancias, incluso un procedimiento especial como el abreviado.

De especial interés resulta el voto 2012-1750 de la Sala de Casación Penal, en el que dicha Cámara acogió los motivos planteados por la defensa, anuló en su totalidad la sentencia impugnada y declaró extinguida la acción penal, disponien-

que el recurso no contenía una exposición del agravio procesal que la parte pretendía demostrar. Al respecto: **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia**. Sentencia 2013-01462, de las nueve horas y treinta y un minutos, del once de octubre de dos mil trece.

do el sobreseimiento definitivo a favor del endilgado. La reapertura de la causa es legítima cuando las nuevas pruebas o elementos de juicio ordenados en el sobreseimiento provisional se han recabado y aportado al expediente durante el año de dictado el sobreseimiento provisional (no basta con que se haya solicitado o gestionado traer la prueba) y, unidos a los existentes, puedan variar el estado o situación anterior. Esta es una interpretación consistente de una hermenéutica armónica y sistemática del ordenamiento jurídico. Si bien, para el momento de la interposición del recurso de casación en dicha causa no se encontraba vigente la Ley N° 8837, lo cierto es que esta decisión refleja una correcta y sólida motivación, lo que permite vaticinar que si los Tribunales de Juicio o de Apelación resuelven de forma distinta a lo que ha dicho la Sala, de llegar la causa a su conocimiento, afortunadamente se va a mantener este criterio.

Desde hace más de dos décadas Alberto Binder dejó patente la idea de que en muchos sistemas procesales se ha abusado del sobreseimiento provisional, lo que implica, dejar la investigación en una especie de “limbo”, en razón de que la persona imputada no llega a saber con precisión cuál es su verdadera situación procesal o real. Desde su perspectiva, resulta conveniente que el sobreseimiento provisional quede limitado a aquellos casos en los que existe alguna posibilidad real y concreta de que la investigación sea reanudada o aparezca algún nuevo elemento de prueba. Caso contrario, debe resolverse de modo definitivo al existir un derecho también básico que indica que las personas sometidas a proceso tienen que tener certeza sobre su situación y se debe arribar a una solución definitiva en un plazo razonable⁶⁹.

Nuestra posición es más extremista: el sobreseimiento provisional debe desenterrarse de nuestro ordenamiento jurídico. En ello se coincide con Rojas Salas y Sanabria Rojas.

El sobreseimiento provisional es un instituto que permanece como un resabio del sistema anterior, siendo conveniente pensar en su eliminación de un ordenamiento que ha dado un giro hacia la oralidad, con una tendencia marcadamente acusatoria. En última instancia deja al acusado sujeto a la etapa investigativa, por el plazo de un año, por decisión de un órgano jurisdiccional, que impone su criterio respecto del orden de la investigación al Ministerio Público⁷⁰.

Si el Ministerio Público y el querellante no aportan suficientes elementos de prueba para admitir la acusación, lo propio sería el sobreseimiento definitivo, cerrando el proceso con carácter de cosa juzgada. Si al Ministerio Público todavía le falta prueba para sustentar la acusación, ello implica la vigencia del plazo razonable para investigar y si existe demora injustificada, se cuenta con la prórroga establecida por el artículo 171 del Código Procesal Penal. Resulta inconcebible que un fiscal solicite “...un sobreseimiento provisional por falta de prueba para poder pronunciarse sobre el fondo de lo denunciado y, por supuesto, tampoco es acorde con el principio de juez natural y la imparcialidad un pronun-

69 Binder, Alberto. **Introducción al derecho procesal penal**. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, p.220.

70 Rojas Salas, Manuel. **El sobreseimiento provisional y sus efectos**. Revista de la Escuela Judicial, N° 3, diciembre de 2004, p.85.

*ciamiento del juez advirtiéndole al fiscal la prueba que le esta para permitirle el paso del proceso al juicio...*⁷¹.

El artículo 171 del C.P.P. regula la duración del procedimiento preparatorio. Se dice que el Ministerio Público debe concluir la investigación preparatoria en un plazo razonable. Cuando el imputado estime que el plazo se ha prolongado indebidamente, debe requerirle al tribunal del procedimiento preparatorio que le fije término para que finalice la investigación. Para ello, el Tribunal debe solicitarle al fiscal un informe, siendo que, de estimar que ha habido una prolongación indebida según la complejidad y dificultad de la investigación, deberá fijar un plazo para que concluya, el cual no puede exceder de seis meses. Cuando el Ministerio Público no haya concluido la investigación preparatoria en la fecha fijada por el tribunal, este último debe poner el hecho en conocimiento del Fiscal General, para que formule la respectiva requisitoria en el plazo de diez días. Transcurrido este plazo sin que se presente esa requisitoria, el tribunal deberá declarar extinguida la acción penal, salvo que el procedimiento pueda continuar por haberse formulado querrela (Art. 172 C.P.P.) El incumplimiento de los plazos máximos de la investigación preparatoria es una causa de extinción de la acción penal (Art. 30 inciso l) C.P.P.).

El plazo máximo de duración de la investigación preliminar es perentorio. La prescripción de la acción penal es la sanción más efectiva frente a la injustificada prolongación del proceso. Se trata de un eficaz correctivo frente a la endémica retardación de justicia. Además de este control, en el artículo 174 del C.P.P. se prevé un procedimiento específico que permite a los interesados plantear su queja por el incumplimiento del principio de celeridad. El fiscal debe planificar cuidadosamente su investigación, porque ya no cuenta, como ha ocurrido tradicionalmente, con un plazo ilimitado para enjuiciar a una persona⁷².

El fiscal no tiene un plazo fijo para practicar la investigación preparatoria, sino que, ello dependerá de la naturaleza del caso y de su grado de complejidad. El plazo razonable estará siempre en proporción a las circunstancias de cada investigación, examinándolo desde un punto de vista objetivo. Para que se declare extinguida la acción, en primer término, debe existir un exceso de parte del fiscal al tomarse más tiempo del debido en la investigación; en segundo lugar, debe existir una queja concreta de parte del imputado en la cual ponga en evidencia dicho exceso; en tercer lugar, el juez del procedimiento preparatorio debe examinar la situación y pronunciarse en favor de la solicitud del imputado, fijándole un plazo al fiscal para que concluya sus indagaciones; en cuarto lugar, el fiscal nuevamente debe excederse en la investigación, irrespetando el plazo ya fijado por el juez; en quinto lugar, el juez de nuevo debe intervenir para poner en conocimiento del Jefe del Ministerio Público que el fiscal irrespetó el plazo fijado para concluir la investiga-

71 Sanabria Rojas, Rafael Ángel. **Resabios inquisitivos en el Código Procesal Penal Costarricense**. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, N° 22, setiembre de 2004, pp. 135-136.

72 Cruz Castro, Fernando. **Reflexiones sobre el nuevo proceso penal**. El Ministerio Público en el Nuevo Código Procesal Penal Costarricense. Colegio de Abogados, San José, 1996, pp. 267-268.

ción; y por último, en sexto lugar, el Fiscal General debe desatender el asunto y no presentar el requerimiento en el plazo de diez días, produciéndose así la extinción de la acción penal. Con ese mecanismo se garantiza que la investigación no se prolongue en forma indebida más allá de lo razonable según la naturaleza del asunto, pues la consecuencia del incumplimiento de los plazos es fatal. Quedan a salvo las responsabilidades (penal y disciplinaria) sobre los funcionarios del Ministerio Público, cuando se tomaron más tiempo del debido para finalizar las indagaciones. La norma no lo señala, pero lo cierto es que el juez debe tomar en consideración los recursos disponibles del fiscal para practicar y finalizar la investigación, ya que ello incide en el tiempo⁷³.

En diversas oportunidades la Sala Constitucional se ha pronunciado en relación con el plazo razonable⁷⁴ dentro del proceso penal. Se ha dicho al respecto:

“...Pese a que no se establezca un plazo específico máximo de duración del proceso, lo cierto es que una de las ideas u objetivos que inspiró la reforma procesal penal costarricense, fue la de lograr una mayor eficiencia del sistema penal y mayor celeridad del proceso. El artículo 4 de ese Código establece como un principio básico que toda persona tiene derecho a una decisión judicial definitiva en un plazo razonable...” () *“...También se introduce el control de la duración del proceso e incluso la posibilidad de los interesados de plantear queja por retardo de justicia. El artículo 171 del Código señala que el Ministerio Público deberá concluir la investigación preparatoria en un plazo razonable. Cuando el imputado estime que el plazo se ha prolongado indebidamente, le solicitará al tribunal del procedimiento preparatorio que le fije término para que finalice la investigación. El tribunal le solicitará un informe al fiscal y, si estima que ha habido una prolongación indebida según la complejidad y dificultad de la investigación, le fijará un plazo para que concluya, el cual no podrá exceder de seis meses. El artículo 172 por su parte, refiere que cuando el Ministerio Público no haya concluido la investigación preparatoria en la fecha fijada por el tribunal, este último pondrá el hecho en conocimiento del Fiscal General, para que formule la requisitoria en el plazo de diez días...”* () *“...De manera que aunque ya no se esté ante un plazo determinado, como se consideraba en relación con el anterior Código (plazo de dieciocho meses) lo cierto es que subsiste incólume el derecho fundamental del imputado de ser juzgado en un plazo razonable, mismo que habrá de ser valorado en cada caso concreto, dependiendo de las circunstancias particulares...”*⁷⁵.

73 González Álvarez, Daniel. **Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. El procedimiento preparatorio.** Colegio de Abogados, San José. 1996, pp. 576-577.

74 Sobre la obligación para el Estado de juzgar a la persona imputada en un plazo razonable véase el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el numeral 7.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

75 **Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.** Sentencias 2010-16341, de las dieciséis

Desde hace varios años, la Cámara Constitucional ha estimado que la razonabilidad del plazo para concluir la investigación preparatoria es materia de estricta legalidad dentro del proceso penal, por lo que no procede dilucidarse en la Jurisdicción Constitucional, sino en la vía ordinaria⁷⁶. Lo anterior, en razón de que sólo casuísticamente se puede determinar si se está o no en presencia de un plazo razonable, dadas las vicisitudes que pueden acaecer en el curso de una investigación penal.

Como se adelantó, si al Ministerio Público aún le falta prueba para sustentar la acusación, ello implica la vigencia del plazo razonable para investigar y si existe demora injustificada, se cuenta con la prórroga establecida por el artículo 171 del Código Procesal Penal.

Si bien, podría argumentarse a favor de la existencia del sobreseimiento provisional, que este es un mecanismo útil para lograr recabar prueba durante el año de su dictado, verbigracia, en asuntos que ameritan una investigación más exhaustiva, debe tomarse en cuenta que en los casos de tramitación compleja el plazo acordado por el Tribunal para concluir la etapa preparatoria no puede ser superior a un año, es decir, este se aumenta en seis meses (Art. 378 inciso b) C.P.P.). En los asuntos declarados como delincuencia organizada, conforme al artículo 2 de la Ley 8754, la duración de la investigación preparatoria se duplica. De esta forma, la eliminación del sobreseimiento provisional de nuestra normativa –tal y como aquí se propone– en modo alguno iría en detrimento de las investigaciones judiciales, pues en este tipo de procesos los plazos de investigación son mayores que en la generalidad de las causas.

El Ministerio Público debe tener un papel activo para agotar la investigación con la mayor seriedad posible. Una vez finalizada, deberá requerir la apertura a

horas y cinco minutos, del veintinueve de setiembre de dos mil diez y 2006-01029, de las catorce horas y treinta y cuatro minutos, del primero de febrero de dos mil seis.

76 Entre otras, **Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia**. Sentencias 2000-11321, de las nueve horas y treinta y dos minutos, del veinte de diciembre de dos mil; 2000-01116, de las dieciocho horas y cuarenta y dos minutos, del primero de febrero de dos mil; 2001-01202, de las diez horas y cincuenta y cuatro minutos, del nueve de febrero de dos mil uno; 2004-06589, de las once horas con siete minutos, del quince de junio del dos mil cuatro; 2004-08479, de las quince horas y dieciséis minutos, del cuatro de agosto de dos mil cuatro; 2010-16341, de las dieciséis horas y cinco minutos, del veintinueve de setiembre de dos mil diez y el voto de mayoría de la resolución 2010-12839, de las nueve horas y cuarenta y siete minutos, del treinta de julio de dos mil diez. En el voto minoritario de esta última sentencia se anotó que en los casos en los cuales la autoridad jurisdiccional ha incurrido en una dilación excesiva y no justificada en responder alguna gestión o asunto sometido a su conocimiento, como en este caso, donde el amparado manifiesta que la autoridad recurrida desde el año dos mil uno, no ha resuelto lo requerido en dicha causa; podría conducir a una violación del derecho a una justicia pronta y cumplida en los términos del artículo 41 de la Constitución, ya que los reclamos y recursos puestos a conocimiento de la Administración de Justicia deben ser resueltos en plazo razonablemente cortos. No es procedente establecer que el único procedimiento que deben seguir los administrados en los casos en los que estimen exista dilación en la administración de justicia instaurado en el artículo 174 del Código Procesal Penal, por cuanto vía Constitucional es también idónea para conocer de los atrasos judiciales a fin de comprobar si el órgano jurisdiccional no ha empleado la requerida diligencia para acatar el mandamiento del referido numeral constitucional.

juicio (presentando la pieza acusatoria) en caso de que considere que existen suficientes elementos para ello o, caso contrario, solicitar el sobreseimiento definitivo. Pese a que en el Derecho no todo es blanco o negro, pareciera que el sobreseimiento provisional es un “gris” que genera inseguridad jurídica y que no es acorde con un sistema marcadamente acusatorio como el que se predica rige en Costa Rica, violentándose, con ello, principios como el de imparcialidad del órgano jurisdiccional.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y Revistas

- Binder, Alberto. **Introducción al derecho procesal penal**. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.
- Cafferata Nores, José. **Temas de Derecho Procesal Penal**. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988.
- Cafferata, José. **La prueba en el proceso penal**. Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1986.
- Chaves Solera, Carlos; Hidalgo Murillo, José Daniel. **Temas de Derecho Procesal Penal**. Editec, San José, 1992.
- Cruz Castro, Fernando. **Reflexiones sobre el nuevo proceso penal**. El Ministerio Público en el Nuevo Código Procesal Penal Costarricense. Colegio de Abogados, San José, 1996, pp. 251-281.
- García Ramírez, Sergio. **Proceso penal y derechos humanos**. Porrúa, México, 1993.
- González Álvarez, Daniel. **Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. El procedimiento preparatorio**. Colegio de Abogados, San José, 1996, pp. 574-614.
- González Álvarez, Daniel. **Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. El procedimiento intermedio**. Colegio de Abogados, San José, 1996, pp. 615 a 647.
- Houed Vega, Mario y Sánchez Romero Cecilia. **Proceso penal y derechos fundamentales. Elementos de prueba y su valoración**. Editorial Lil, San José, 1997.
- Llobet Rodríguez, Javier. **PROCESO PENAL COMENTADO (Código Procesal Penal Comentado)**. Editorial Jurídica Continental, San José, 2012.
- Maier, Julio. **Proceso penal y derechos humanos**. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996.
- Maier, Julio. **La investigación penal preparatoria del Ministerio Público: instrucción sumaria o citación directa**. Lerner, Buenos Aires, 1975.
- Rojas Salas, Manuel. **El sobreseimiento provisional y sus efectos**. Revista de la Escuela Judicial, N° 3, diciembre de 2004, pp. 81-86.
- Romero Prendas, María. **El sobreseimiento**. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- Sanabria Rojas, Rafael Ángel. **Resabios inquisitivos en el Código Procesal Penal Costarricense**. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, N° 22, setiembre de 2004, pp. 125-138.
- Vargas Rojas, Omar. **La extinción de la acción penal**. En: Derecho procesal penal costarricense. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 2007.

Normativa nacional e internacional

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Código Procesal Penal, Ley N° 7594 del 28 de marzo de 1996.

Código de Procedimientos Penales, Ley N° 5377 del 19 de octubre de 1973.

Ley de Justicia Penal Juvenil, N° 7576 del 8 de marzo de 1996.

Ley N° 8837, “Creación del Recurso de Apelación de la Sentencia, otras reformas al Régimen de Impugnación e Implementación de Nuevas Reglas de Oralidad en el Proceso Penal”, del 3 de mayo de 2010.

Código procesal penal modelo para iberoamérica: historia, antecedentes, exposición de motivos y texto del proyecto. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. En “Códigos Procesal Civil y Procesal Penal, Modelos para Iberoamérica”, Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid, 1990.

Circular N° 1-98, del 01 de setiembre de 1998, de la Fiscalía General de la República de Costa Rica.

Actas de la Asamblea Legislativa de de la República de Costa Rica

Actas de Comisiones Legislativas: Talleres de Análisis del Proyecto de Ley “Código Procesal Penal”, Expediente N° 12.526, 9 de febrero de 1996, folios 651-657.

Jurisprudencia nacional

» Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia

2010-16341, de las dieciséis horas y cinco minutos, del veintinueve de setiembre de dos mil diez

2010-12839, de las nueve horas y cuarenta y siete minutos, del treinta de julio de dos mil diez.

2006-13076, de las quince horas y catorce minutos, del cinco de setiembre de dos mil seis.

2006-01029, de las catorce horas y treinta y cuatro minutos, del primero de febrero de dos mil seis.

2005-16125, de las dieciocho horas con veintiséis minutos, del veintitrés de noviembre de dos mil cinco.

2005-13937, de las ocho horas y cuarenta y cinco minutos, del catorce de octubre de dos mil cinco.

2004-08479, de las quince horas y dieciséis minutos, del cuatro de agosto de dos mil cuatro.

2004-06589, de las once horas con siete minutos, del quince de junio del dos mil cuatro.

2001-01202, de las diez horas y cincuenta y cuatro minutos, del nueve de febrero de dos mil uno.

2000-11321, de las nueve horas y treinta y dos minutos, del veinte de diciembre de dos mil.

2000-01116, de las dieciocho horas y cuarenta y dos minutos, del primero de febrero de dos mil.

0609-90, de las dieciséis horas con treinta minutos, del treinta de mayo de mil novecientos noventa.

» **Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia**

- 2013-01462, de las nueve horas y treinta y un minutos, del once de octubre de dos mil trece.
- 2013-00861, de las ocho horas y cincuenta y cinco minutos, del doce de julio del dos mil trece.
- 2012-02002, de las nueve horas con cincuenta minutos, del veintiuno de diciembre del dos mil doce.
- 2012-01750, de las quince horas y nueve minutos, del cuatro de diciembre de dos mil doce.
- 2012-01151, de las once horas y diecinueve minutos, del diez de agosto de dos mil doce.
- 2011-00186, de las ocho horas y cuarenta y ocho minutos, del cuatro de marzo de dos mil once.
- 2009-01351, de las dieciséis horas y treinta y seis minutos, del catorce de octubre de dos mil nueve.
- 2009-00725, de las ocho horas y cincuenta y cuatro minutos, del veintinueve de mayo de dos mil nueve.
- 2004-00150, de las diez horas, del veintisiete de febrero de dos mil cuatro.
- 2002-00022, de las nueve horas cincuenta y cinco minutos, del dieciocho de enero de dos mil dos.
- 2001-00939, de las nueve horas cuarenta minutos, del veintiocho de setiembre de dos mil uno.
- 2000-00272, de las ocho horas con treinta minutos, del diecisiete de marzo del dos mil.

Tribunales de Apelación de Sentencia Penal

» ***Segundo Circuito Judicial de San José***

- 2013-1736, de las once y treinta horas, del ocho de agosto de dos mil trece.
- 2013-00071, de las catorce horas cuarenta y cinco minutos, del dieciséis de enero de dos mil trece.

Antiguos Tribunales de Casación Penal

» ***Segundo Circuito Judicial de San José***

- 2001-00938, de las diez horas treinta y ocho minutos, del dieciséis de noviembre de dos mil uno.
- 2009-00485, de las diez horas diez minutos, del once de mayo de dos mil nueve.
- 2006-00432, de las ocho horas cuarenta minutos, del doce de mayo de dos mil seis.
- 2000-00251, del treinta y uno de marzo de dos mil
- 2004-00995, de las diez horas treinta y siete minutos, del veintitrés de setiembre de dos mil cuatro.
- 2003-00335, de las diez horas veinte minutos, del veinticuatro de abril de dos mil tres.

2004-00284, de las dieciséis horas diez minutos, del veinticinco de marzo de dos mil cuatro.

2004-00720, de las diez horas cuarenta y cinco minutos, del veintidós de julio de dos mil cuatro.

2006-00290, de las nueve horas treinta minutos, del treinta de marzo de dos mil seis.

» ***Tercer Circuito Judicial de Alajuela***

2009-00474, de las once horas, del veintisiete de noviembre de dos mil nueve.

2009-00384, de las once horas cuarenta y cinco minutos, del nueve de octubre de dos mil nueve.

2008-00385, de las catorce horas veinticinco minutos, del veinte de agosto de dos mil ocho.

2008-00092, de las nueve horas cincuenta minutos, del siete de marzo de dos mil ocho.



“Electores en Centroamérica”, ilustración digital de Johnny Villares B. 2013

**“LA TUTELA INTERNACIONAL
DE LOS DERECHOS DE LOS MENORES
COSTARRICENSES, LA VIOLENCIA
DOMÉSTICA Y UNIÓN
DEL NÚCLEO FAMILIAR”**

**Análisis del voto N° 2009-246 del Tribunal de
Casación Penal de San Ramón de Alajuela**

Prof. Alfonso Chacón Mata

Profesor universitario

Abogado especialista en Laboral y Derechos Humanos

**UN RECONOCIMIENTO SINCERO
PARA AQUELLOS JUECES QUE SE ATREVEN
A ROMPER ESQUEMAS INTERPRETATIVOS Y
JUDICIALES A FAVOR DE LA PERSONA HUMANA
EN SU MÁS AMPLIA DIMENSIÓN...**

Sumario: 1. Introducción. 2. Antecedentes: Alegatos de las partes. 3. Alcances de la sentencia. Derecho de fondo aplicado. 4. Consideraciones finales. 5. Bibliografía utilizada.

Resumen: El presente artículo analiza el alcance del Voto N° 2009-246 de Tribunal de Casación Penal de San Ramón de Alajuela, respecto a temas como la interdisciplinabilidad del Derecho Penal en relación con otras materias, como lo son los Derechos Humanos, el Derecho de Familia y el Derecho Constitucional; y la forma que éstos se complementan. También, presenta el problema de la competencia en razón de la materia frente a la eficiencia de la administración de justicia y cómo la Sala Constitucional reaccionó frente a esto. Finalmente, comenta la importancia del papel del juez en la creación del derecho mediante la jurisprudencia.

Palabras clave: Derecho penal, Derechos humanos, Derecho de las mujeres, Derechos de los niños, Derecho de familia, Juez, Jurisprudencia.

Abstract: This article analyzes the importance of the Vote N° 2009-246 of the Cassation Court of San Ramón in Alajuela, in the subjects of the interdisciplinarity of Criminal Law with other law branches, like Human Rights, Family Law and Constitutional Law, and the way they complement each other in cases like this. It also presents the problem of the judge's competence by subject versus the efficiency in the administration of justice and how did the Constitutional Court reacted before this problem. Finally, it comments the importance of the judge's roll in creating law by precedents and case law.

Keywords: Criminal Law. Human Rights. Women's Human Rights. Children's Human Rights. Family Law. Judge. Precedents.

I INTRODUCCIÓN

La sentencia que se pretende analizar en esta oportunidad, tiene su origen en un Recurso de Casación interpuesto ante el Tribunal casacionista penal de San Ramón de Alajuela, ejerciendo su competencia funcional y material en sede penal. El Voto es el 2009-00246, dictado a las diecisiete horas del veintiséis de junio de dos mil nueve, por dicha cámara judicial y tuvo como partes involucradas en la litis, a la Procuraduría General y al Fiscal general de la República, así como la Defensora de los Habitantes y el Defensor Adjunto de esa dependencia, y a la Presidente Ejecutiva del Instituto Nacional de las Mujeres, así como el abogado defensor de la afectada.

La causa es promovida por el Gobierno de los Estados Unidos de América, ante un procedimiento de extradición formulado contra una ciudadana de ese país, quien es madre de una hija norteamericana/costarricense –con la que se vino a nuestro país-, y de una hija costarricense, procreada en suelo nacional. En sentencia de primera instancia N°130-P-2009, el Tribunal de Juicio de Puntarenas mediante resolución de las trece horas del veinte de abril de 2009, declaró con lugar la extradición solicitada por el gobierno norteamericano, para que sea sometida a juicio por los hechos que se le están imputando y por los delitos de sustracción internacional de menor. En esa oportunidad, el fallo presenta desde la óptica de los casacionistas, una serie de incongruencias jurídicas, las cuáles constituyen los motivos de agravios que se invocan en alzada ante el Tribunal de Casación.

Hemos querido resaltar los pormenores y alcances de este veredicto, en función de la importancia que reviste interdisciplinariamente, para la ciencia jurídica en general. En esta oportunidad, nos encontramos ante un cuadro fáctico sobre el que debe fallar un tribunal casacionista, que no se conforma con dirimir en torno a los alcances penales propios de su especialidad, sino que va más allá. Esta sentencia reviste singular importancia, debido a la complementariedad entre distintas ramas jurídicas, que se entrelazan en este episodio, y nos referimos propiamente al derecho constitucional; derecho internacional de los derechos humanos; derecho que regula aspectos de género y en contra de la violencia sexual y psicológica; derechos de menores y de familia. El veredicto tiene como riqueza agregada, el uso racional y concatenado de los principios fundamentales que rigen materias jurídicas, que lejos de ser disímiles y contradictorias entre sí, presentan un abanico de razones para justificar la motivación de lo fallado. Estos principios específicos utilizados tienen su dinámica interpretativa propia, y aún así, la sentencia los logra conjuntar operativamente, resaltando como desde la óptica de las materias escudriñadas, ha sido improcedente la actuación de los poderes públicos en sentido amplio (p.e. autoridades migratorias, juzgados etc.).

En el pasado algunos jueces han acudido a la jurisdicción constitucional para

cuestionar que se les ordene resolver sobre materias que no son de su competencia, como lo fue el caso de un juzgador que estimó que el Consejo Superior del Poder Judicial vulneró una serie de garantías constitucionales que le asisten a los administrados, al ordenarle a través de acuerdo adoptado, a que juzgadores como a él que se desenvolvían como juez penal, tuvieran que resolver cuestiones atinentes a la materia de familia. Para el Tribunal Constitucional, la misma Corte Suprema de Justicia ha actuado dentro de las competencias y potestades que les ha encargado el ordenamiento jurídico, en este sentido, se debe tener en cuenta que la Administración de Justicia debe brindarse, por tratarse de un servicio público, en forma eficaz y eficiente, procurando los más altos estándares de calidad y además intentado reducir los tiempos de respuesta en su efectiva prestación, esto último por ser un mandato constitucional. Lo anterior por cuanto el artículo 41 de la Constitución Política así lo ordena, pero también existen una serie de normas en el ordenamiento que obligan al órgano recurrido actuar en procura de una adecuada prestación del servicio de Administración de Justicia¹.

Igualmente, por tratarse la Administración de Justicia de un servicio público encargado a un Poder Judicial independiente, se rige también por los parámetros de eficiencia y eficacia contenidos en la Ley General de la Administración Pública y en este sentido, señala en el artículo 113 que el servidor público deberá desempeñar sus funciones de modo que satisfagan primordialmente el interés público, el cual será considerado como la expresión de los intereses individuales coincidentes de los administrados. Concluye la instancia constitucional que al dictarse el acuerdo cuestionado, “...no se ha hecho más que darle a la Constitución Política el valor que como norma tiene dentro del ordenamiento jurídico, dándole al numeral 41 de ese texto un contenido real, concreto y efectivo a través de políticas públicas tendientes a alcanzar el fin ahí plasmado, igualmente su actuación se sustenta en una serie de normas que intentan garantizar a los usuarios de la Administración de Justicia un servicio de adecuada calidad. En el mismo sentido, no aprecia la Sala

1 En este sentido, la Ley Orgánica del Poder Judicial, número 7333, señala: “Artículo 2.- El Poder Judicial sólo está sometido a la Constitución Política y la ley. Las resoluciones que dicte, en los asuntos de su competencia, no le imponen más responsabilidades que las expresamente señaladas por los preceptos legislativos. No obstante, la autoridad superior de la Corte prevalecerá sobre su desempeño, para garantizar que la administración de justicia sea pronta y cumplida.” (El destacado es nuestro).

Amplía posteriormente el artículo 67 de esa misma Ley: “Artículo 67.- El Consejo Superior del Poder Judicial es un órgano subordinado de la Corte Suprema de Justicia y le corresponde ejercer la administración y disciplina de ese Poder, de conformidad con la Constitución Política y de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley, con el propósito de asegurar la independencia, eficiencia, corrección y decoro de los tribunales y de garantizar los beneficios de la carrera judicial.” (El destacado es nuestro).

Finalmente el inciso 22 del artículo 81 de la Ley de comentario dispone la potestad de la cual goza el Consejo Superior del Poder Judicial para ordenar la distribución del trabajo en los despachos judiciales, al efecto prescribe: “Artículo 81.- Corresponde al Consejo Superior del Poder Judicial: [...] 22. Regular la distribución de los asuntos judiciales entre los Despachos de igual competencia territorial, para obtener la equiparación del trabajo.” (Se agrega el destacado).

que al recurrente se le haya vulnerado derecho fundamental alguno con la medida adoptada por el Consejo Superior del Poder Judicial, por el contrario, la disposición tomada por ese órgano va en procura de hacer respetar y valer una serie de garantías y derechos de los administrados. Por todas las razones acotadas y explicadas se impone la desestimatoria del amparo como al efecto se ordena”².

Finalmente, la creación del derecho en su vertiente jurisprudencial pasa sin duda alguna, por lo que se ha denominado como “La cabeza del juez”, en el sentido que el texto legal cobra vida en el momento que aparece el intérprete autorizado; siendo en este caso el juez por antonomasia. Dicho todavía de una manera más drástica: el texto tiene que pasar por la <<cabeza>> y por la <<boca>>, siendo que antes de pasar por lo segundo, debe sin duda alguna pasar por la mente e inteligencia del juzgador, quien en última instancia es un ser de <<carne y hueso>>³. Estamos ante la función creadora del Derecho, que le es propia de los operadores de justicia, quienes otorgan calificativo jurídico a consensos sobre valores que no pueden estar legislados, y aquellos que lo están; una coherente y avezada interpretación.

En el caso que nos ocupa, vamos a compartir una sentencia que encierra un enorme significado para la construcción del Derecho, en el sentido que se reivindican a personas y derechos concretos, frente a las posibilidades de aplicar la ley positiva en un sentido normativo, es decir, mecánicamente y sin interpretaciones valorativas ante nuevos paradigmas. Procedemos sin más preámbulo a relatar los pormenores del veredicto escogido para su respectivo análisis.

II ANTECEDENTES: ALEGATOS DE LAS PARTES

Contra el pronunciamiento del Tribunal de Juicio de Puntarenas, interpusieron recurso de apelación el defensor particular de la extraditable, la fiscal a.i fiscal de la Oficina de Asesoría Técnica y Relaciones Internacionales, el Fiscal General de la República y la Defensoría de los Habitantes representada Lisbeth Quesada Tristán Defensora de los Habitantes de la República.

Antes de empezar a analizar el fondo de la sentencia en cuestión, se hace necesario indicar que en la audiencia oral rendida ante el Tribunal de Casación Penal, la señora N. manifestó que durante cuatro años sufrió violencia doméstica por su compañero, él la golpeaba, la agredía verbalmente. Aduce que la policía no podría protegerla en el Estado de California porque la ley solo da un día de prisión por violencia domestica. Niega haber secuestrado a su hija, y más bien aduce que se separaron debido a las agresiones sufridas, así que se vino a Costa Rica porque

² SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto N° 2007-017179, a las quince horas y treinta y dos minutos del veintisiete de noviembre del dos mil siete.

³ HABA M. (Enrique Pedro) editor “Axiología Jurídica Fundamental: Bases de valoración en el discurso jurídico”, Cátedra de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, Editorial Universidad de Costa Rica, segunda edición 2007, págs 303 -304.

antes había vivido aquí. Su hija nació aquí, y siempre ha tenido la custodia física y legal de su hija, debido a que el padre de su hija le firmó un permiso para venir a Costa Rica, por lo que él sabía que vendría y que por tanto no pudo secuestrar a su hija, pues ya tenía el permiso para traerla. Señaló que su hija quiere estar con ella, al igual que el hijo que ahora tiene, ellos necesitan de su madre, al punto que un juez de Costa Rica le dio a su hija en custodia. Ha sufrido por estar en la cárcel, lo mismo que su hija. Vino a Costa Rica en busca de protección, todo ello que sus hijos son costarricenses y merecen el derecho de estar con su madre, y que solo quiere estar con su familia bajo el derecho de Costa Rica.

A manera de resumen de los alegatos esgrimidos por los recurrentes casacionistas, tenemos los siguientes: el abogado defensor estima que se adujo errónea aplicación del derecho sustantivo (Incumplimiento del principio de doble incriminación), debido a que no se resuelve ni analiza el argumento central fijado por el Ministerio Público, que la madre tenía la custodia física de la menor al salir de los Estados Unidos lo que no constituye el delito de sustracción de menor sino el delito de desobediencia a la autoridad, de forma que no procede la extradición por ausencia de un principio fundamental. Por otra parte, la resolución del juez a *quo no* contiene una valoración de cada norma del país requirente y requerido, solamente se limita a transcribir cada una de ellas, no señala porque ambas normas son equivalentes y coincidentes. La Fiscalía señala igualmente el incumplimiento del principio de doble incriminación, a la vez que establece la ausencia de valoración de los Convenios Internacionales de Derechos Humanos de las Mujeres y de la Niñez. En el caso de marras, la salida de los Estados Unidos fue para proteger la vida de la víctima y la de su hija que es costarricense y que tiene un “derecho humano a la felicidad y a la paz”; se trata de la tutela judicial un ser humano, que las mujeres tienen derechos y de la protección de una menor costarricense.

La Defensora de los Habitantes, y el licenciado Daniel Soley Gutiérrez, en su condición de Defensor Adjunto de los Habitantes, en la vista oral, señalaron una serie de agravios que involucraron aspectos de aplicación del derecho de fondo, en materia de derechos humanos y que vamos a analizar a lo largo de este trabajo, por ser los argumentos centrales o ejes de la sentencia en su conjunto.

Por su parte, el Instituto Nacional de las Mujeres, a través de su Presidenta Ejecutiva, se apersonó como coadyuvante de los tres recursos de apelación interpuestos en razón de la defensa de los Derechos de la Mujer. Establece que existe un dictamen psicológico realizado por el personal del INAMU que consta en autos y que debe valorarse, y en el que se hace ver la tortura sufrida, se trata de un dictamen profesional y técnico, en el que se analizan las declaraciones verbales en varias sesiones, con un análisis de contenidos.

Finalmente, la participación de la Procuraduría General de la República en la litis, consistió en oponerse a los agravios de las partes y que debía confirmarse la resolución impugnada. Considera que la petición de extradición planteada, cumple con todos los requisitos, reglas y principios por los que se admite este tipo de solicitudes. Estima en su alegato, que no existe un derecho para darle

una connotación distinta a los hechos contenidos en la petición de extradición y se apoya en la jurisprudencia existente sobre esta materia, para sostener que la autoridad juzgadora se debió limitar a verificar si en este caso se daban los requisitos y se respetaban los principios reconocidos por el Derecho Internacional por los que resulta admisible conceder una extradición, ya que no se trata de un asunto de naturaleza penal, sino de un instituto procesal por medio del cual se garantiza la entrega de la persona requerida o extraditable. Por último, realiza una caracterización del tipo penal del artículo 184 del Código Penal e indica que la violencia doméstica y la situación de la persona menor de edad no deben ser consideradas en el proceso de extradición, puesto que en los Estados Unidos de Norteamérica se le podría dar suficiente protección a los derechos de la extraída a no ser violentada y a vivir en paz, lo mismo que a la misma niña. Solicita el rechazo de todos y cada uno de los recursos y que se declare que la resolución del Juez *a quo* está ajustada a derecho.

III *ALCANCES DE LA SENTENCIA EN CUESTIÓN: DERECHO DE FONDO APLICADO*

Una vez realizada la ambientación preliminar, el Tribunal de Casación Penal toma como argumentos integrados, los esgrimidos por la Defensoría de los Habitantes y se sirve realizar la motivación de su sentencia, de la cuál extraemos las siguientes ideas principales:

3.1 El deber de garantía de los Derechos Humanos en su dimensión interna o internacional durante el proceso de Extradición subsiste, independientemente que la persona extraditable sea extranjera.

Para el tribunal casacionista, el juzgador se convierte en el órgano responsable de cumplir con la obligación internacional para con el Estado requirente, además tiene la misión del cumplimiento de la aplicación de los principios fundamentales de derechos humanos que garantizan la administración de justicia. Es así como el tribunal declara con lugar la casación que nos ocupa, por una serie de fundamentos que reseñaremos seguidamente en detalle.

En primer lugar, los juzgadores casacionistas estiman que el Derecho de la Constitución debe ser el pórtico sobre el que dimanen las garantías estatuidas por la misma Carta Constitucional, a favor de las personas. En este sentido, la función del Estado requerido no constituye solamente en cumplir y constatar materialmente el cumplimiento de una serie de requisitos exigidos en un proceso de extradición, sino que la actividad implica por si misma, la sujeción de los poderes públicos a la Constitución, generándose así un control jurisdiccional y constitucional en sentido amplio. En otras palabras, el intérprete del Derecho tiene la misión de convertir en disposiciones protectoras y tuteladoras de los derechos más elementales en defensa del justiciable, las normas previstas para su beneficio.

Segundo, tratándose de la aplicación de un conjunto de Derechos Humanos a una ciudadana extranjera, la Carta Magna reza que «Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos individuales y sociales que los costarricenses, con las excepciones y limitaciones que esta Constitución y las leyes establecen»⁴. El quid del asunto consiste entonces, en tratar de dimensionar hasta que punto los extranjeros en nuestro sistema jurídico son titulares de Derechos Humanos y fundamentales, conferidos a través de la Constitución Política y los instrumentos internacionales. Por otro lado, se hace necesario especificar que rango normativo y aplicativo poseen las anteriores fuentes normativas de protección de los derechos humanos, debidamente ratificados y vigentes en Costa Rica.

Adicionamos al anterior debate, que el derecho internacional de los derechos humanos, se constituye en una posibilidad que tienen los miembros de una comunidad internacional, para exigir y hacer valer los derechos elementales suscritos en su gran mayoría, a través de los tratados o convenios internacionales. Para el Dr. RODOLFO PIZA ESCALANTE, ex-Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Sala Constitucional Costarricense, esta simbiosis es vista de la siguiente manera:

“Los contenidos, tradicionalmente diversos e independientes, del Derecho Internacional y del Derecho interno, como ordenamientos, el primero hacia fuera, el segundo hacia adentro de los Estados, se han venido confundiendo, al extremo de converger, si es que no de coincidir, en las mismas materias, obligando, de este modo, a los Juristas a encontrar soluciones nuevas a las antinomias que esta concurrencia provoca inevitablemente; al punto de que hoy el ordenamiento interno no se puede desentender más de las exigencias del internacional, sólo sea para resolver el problema de qué norma aplicar, cuando hay contradicción o incompatibilidad insalvable entre una del primero con otra del segundo, ambas destinadas a regir las mismas situaciones, conductas o relaciones”⁵.

4 La Sala Constitucional a través del Voto N° 02570-97 del 13 de mayo de 1997, señaló al respecto lo siguiente: “Ciertamente, el párrafo primero del artículo 19 constitucional, establece que: «Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos individuales y sociales que los costarricenses, con las excepciones y limitaciones que esta Constitución y las leyes establecen», lo cual significa que, en lo que al conjunto de derechos fundamentales se refiere, sólo serían válidas las diferencias entre los nacionales y quienes no lo sean, si éstas tienen rango constitucional y legal, y en este último caso, siempre en la medida en que la diferenciación se ajuste plenamente a los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad que orientan la función legislativa, y por supuesto, en tanto no sea contraria a la dignidad humana. Esta Sala, en desarrollo del contenido de la norma en análisis, ha eliminado por inconstitucionales, una serie de restricciones al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros, cuyo único fundamento lo fue el criterio de la nacionalidad, el cual se ha desechado reiteradamente, como motivo validante de diferenciaciones entre unos y otros”.

5 PIZA ESCALANTE, (Rodolfo) “El Valor del Derecho y la Jurisprudencia Internacionales de Derechos Humanos en el Derecho y la Justicia Internos-El Ejemplo de Costa Rica”, en “Liber Ami-

Una buena parte de la doctrina ha sostenido que entre el derecho interno y el derecho internacional, lo que se suscita es una plenitud hermética⁶. Es decir, al ser el derecho internacional un derecho de tipo subsidiario⁷, la relación de complemento con el derecho interno debe articularse a través de razones o instancias supranacionales. En el momento que exista un conflicto entre el tratado y el ordenamiento jurídico doméstico, hay que tomar en cuenta lo expuesto por CARLOS M. AYALA CORAO:

“..la jerarquía de los diversos instrumentos internacionales en general, y en particular sobre Derechos Humanos dentro del ordenamiento jurídico estatal, es una materia a ser determinada fundamentalmente por la propia Constitución. Es por tanto la Constitución la llamada a establecer el rango normativo de un tratado, pacto o convenio internacional sobre derechos humanos, dentro del ordenamiento jurídico interno o las fuentes del Derecho estatal”⁸

Una vez que se ha desglosado lo que se entiende por el derecho internacional de los derechos humanos estatuido en los convenios, se hace imperativo establecer

corum: Homenaje a Héctor Fix Zamudio”, Unión Europea-Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Volumen I, 1999, pág. 183. En otro artículo de GERMAN BIDART CAMPOS, el autor nos dice que *“Podemos entonces, encontrar una simetría entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno, porque ambos dan por cierto que apuntan a un estado democrático, y porque el primero se endereza (...) a tener aplicación y efectividad en la jurisdicción interna de cada Estado que es parte en el sistema. En segundo lugar, la interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional viene presidida por la regla que, para l interpretación de cualquier tratado, contiene la Convención de Viena sobre derecho de los tratados en su artículo 31, 1: “un tratado deberá interpretarse de buena fe, conforme el sentido que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éste y teniendo en cuenta su objeto y fin”*, BIDAT CAMPOS, (German J.), *“La Interpretación de los Derechos Humanos en la Jurisdicción Internacional y en la Jurisdicción Interna”*, en NIETO NAVIA, (Rafael) edit. *“La Corte y El Sistema Interamericano de Derechos Humanos”*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, primera edición, 1997, pág 41.

6 Para BIDART CAMPOS, *“...como los tratados sobre derechos humanos tienen como objeto y fin propios que tales derechos se hagan efectivos en la jurisdicción interna de los Estados que son parte en dichos tratados, un sistema de derechos en un estado democrático debe interpretarse de tal modo que logre completitud y quede cerrado a través de dos fuentes en retroalimentación : la interna de cada estado, y la internacional”* en NIETO NAVIA, (Rafael), Op Cit, pág. 39.

7 PIZA ESCALANTE, (Rodolfo), en *“Liber Amicorum: Héctor Fix-Zamudio”*, Op Cit, pág 169. Cfr: Sobre el caso mexicano (*“tratados internacionales y subsidiaridad en el derecho mexicano”*) ver artículo de GARCIA MENDEZ, (Sergio), en *“Liber Amicorum: Héctor Fix-Zamudio”*, Vol I, pág 79 y ss.

8 AYALA CORAO, (Carlos M.) *“La Jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos”*, en MENDEZ, (Juan) y COX, (Francisco) editores, *“El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos”*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1998, p 140. Se ha dicho que la constitución es la máxima expresión de legalidad de un Estado-Nación y para ANDRE HAURIOU, *“El objeto del Derecho constitucional se puede definir como el encuadramiento jurídico de los fenómenos políticos”*, en HAURIOU, (André) *“Derecho Constitucional e Instituciones Políticas”*, Ediciones Ariel-Colección Demos, Barcelona, 1971, pág 17.

que ha dicho nuestra Sala Constitucional en torno a su valor y escala jerárquica. Al respecto, el Alto Tribunal desde sus orígenes⁹, ha señalado en términos generales que este ámbito del Derecho en nuestro ordenamiento jurídico, a diferencia de los otros instrumentos del Derecho Internacional, no tienen únicamente un valor superior a la Ley de acuerdo con el artículo 7° constitucional, sino que sus disposiciones, en la medida en que brinden mayor cobertura, protección o tutela de un determinado derecho, deben prevalecer sobre la misma Constitución Política, lo anterior teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 48 del texto constitucional. Por su parte, en la sentencia N°3435-92 y su aclaración, N°5759-93 esta Sala reconoció que “*los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución*”¹⁰. En este recurso de amparo la Sala reconoce el derecho del extranjero casado con mujer costarricense a naturalizarse, luego de haber interpretado el artículo 14 inciso 5) de la Constitución Política, de acuerdo con los artículos 2.1, 3 y 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 1.1, 2, 17, 24, 51, 52 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 23.1.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Asimismo, el citado tribunal constitucional menciona que las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen en este país pleno valor y que, tratándose de Derechos Humanos, sus decisiones vinculan al Estado costarricense¹¹. Todas las anteriormente expuestas consideraciones jurídicas, son aplicables a todos los convenios o pactos internacionales de derechos humanos, que tengan plena vigencia dentro de la jurisdicción costarricense. Es decir,

9 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto No 1147-90 de las 16:00 hrs del 21 de setiembre de 1990. Así, en la sentencia aludida, en que se declaró la inconstitucionalidad del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para reconocer a un abogado sentenciado su derecho a la jubilación, se dijo que las normas internacionales de derechos humanos:

“tienen, no sólo el rango superior a la ley ordinaria que les confiere el artículo 7 de la Constitución sino también un amparo constitucional directo que prácticamente los equipara a los consagrados expresamente por la propia Carta Fundamental, al tenor del artículo 48 de la misma (reformado por ley N. 7128 de 18 de agosto de 1989); entre esos derechos, concretamente, los reconocidos en los artículos 25, 28 y 30 –así corregidos los que se invocan en la acción- del Convenio sobre la Seguridad Social, N. 102 de la OIT”

10 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto No 2313-95 de las 16:18 hrs. de 9 de mayo de 1995.

11 De este modo, en la decisión N°2313-95 la Sala declaró inconstitucional el artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas, por vulnerar la libertad de pensamiento y de expresión consagrada en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, teniendo en consideración lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la colegiatura obligatoria de los periodistas en la Opinión Consultiva N°OC-5-85 de 13 de noviembre de 1985 en el sentido que: “*que la colegiación obligatoria de los periodistas, en cuanto impida el acceso de cualquier persona al uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse o para transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*”.

tendrán rango prioritario o de supremacía incluso sobre la misma Constitución, siempre y cuando dimensionen en mejor forma un derecho o garantía específica a tutelar. Tenemos entonces que a través de interpretación jurisprudencial se le estarían otorgando a tales instrumentos –siempre y cuando cumplan con los requisitos enunciados–, un carácter o valor supraconstitucional. Esta situación se hace necesaria tenerla presente, puesto que esta es la tónica que priva en el caso que se analiza en estas líneas; la aplicación de *pleno iure* de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, ante una situación que lo amerita.

3.2 El valor de los tratados internacionales de derechos humanos en la función jurisdiccional desplegada por los jueces de la República en el proceso de extradición

El veredicto en cuestión entiende que la aplicación de las garantías del derecho constitucional e internacional de los derechos humanos a la Extradición, son de observancia obligatoria por parte de los órganos encargados de impartir justicia. La sentencia invoca una consulta de constitucionalidad planteada por el mismo Tribunal de Casación de San Ramón, la cuál fue evacuada a través del voto 2008-0244 de las 10:45 horas del 30 de mayo de 2008, y en la misma se solicitó un pronunciamiento acerca de si la garantía de “*non bis in ídem*” establecida en ese numeral 42 de la Constitución Política, adquiere el carácter de un principio de aplicación general o hasta universal, en el proceso de extradición.

El Tribunal de Casación Penal invoca para justificar la anterior postura, otro precedente del Alto Tribunal Constitucional, el cuál se pronuncia frente a una laguna normativa en la que no se regula los supuestos en que la persona reclamada, estuviera siendo juzgada o hubiere sido juzgada en un tercer Estado. Los jueces deben resolver aplicando tanto los principios y normas de la Constitución Política como en los Instrumentos Internacionales¹², en aras de llenar los vacíos legales frente a garantías judiciales.

La sentencia de marras esboza desde nuestra perspectiva, dos ideas-base dignas de destacar someramente:

A) La jurisprudencia constitucional reconoce que las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos son fuente del ordenamiento jurídico tratándose del procedimiento de extradición (lo que también se ha manifestado en múltiples casos concretos distintos de la cooperación judicial internacional) que por cumplirse en el Estado de Derecho costarricense debe observar el bloque de legalidad contenido en la Constitución Política y los Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos vigentes en Costa Rica.

B) Consecuentemente el Estado no puede excusarse en la soberanía para no actuar en defensa de los Derechos Humanos, lo que ha sido reiterado en otros votos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso Mamatjulov y Abdurasulovic) y por el Comité de Derechos Humanos (en el caso Kindler, Chitat

12 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto No 2008-013432 de las catorce horas con tres minutos del tres de setiembre del dos mil ocho.

Ng y Cox sobre el derecho a la vida y a los tratos inhumanos y degradantes).

Argumentar en contrario –considera el tribunal casacionista-, puede llevar a una responsabilidad dimanante de la aplicación de las normas internacionales, y podría darse una violación indirecta de los Derechos Humanos, que es aquella que resulta facilitada por la actuación u omisión del órgano extradicional. La tutela de los derechos humanos, en el caso presente parte de un actuar consciente de las autoridades judiciales costarricenses, valorando que se estaba en presencia de dos mujeres víctimas de violencia doméstica: una de ellas mayor de edad, madre de dos hijos costarricenses, y la otra, menor de edad, que ostenta doble nacionalidad costarricense por nacimiento y norteamericana. Concluye este apartado, manifestando que

“Es por todo lo expuesto que este Tribunal ha acogido el argumento de la Defensoría de los Habitantes y considera que el Juez A quo debió valorar en forma global la situación fáctica y jurídica de acuerdo con los principios del Estado de Derecho y el Derecho de la Constitución que implicaron una errónea valoración del Derecho sustantivo ya que en nuestro régimen jurídico se le otorga un valor preponderante a los Tratados Internacionales sobre Derechos humanos, los que tienen un valor supra-constitucional. Apartándose de otros votos no vinculantes de Tribunales de Casación nacionales muy respetables desde el punto de vista jurídico, esta Cámara ha optado por valorar las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos suscritas y ratificadas por Costa Rica y que están directamente relacionadas con los puntos controvertidos en este caso. A la vez que nuestro Estado está vinculado al cumplimiento y observancia no sólo desde el ámbito formal, sino en el ámbito real y en los resultados de la aplicación de los Tratados de Derechos Humanos, los que definitivamente no han sido ratificados por el Estado requirente.

Nuestro país ha firmado y ratificado, entre otras, múltiples convenciones de Derechos Humanos las siguientes: Convención CEDAW, Convención Belem do Pará, Convención de Derechos del Niño que implican un mayor espectro en cuanto a las garantías derivadas de los Derechos Humanos, tales como el reconocimiento de los derechos de la mujer como Derechos Humanos, el derecho de la mujer de no ser violentada, la tutela de interés superior y la protección integral del Menor, el derecho a la familia y a la paz. Con los cuales el país ha adquirido un compromiso de tutela especial de los derechos de la Mujer y de la Niña, sobre todo considerando que el Estado constitucional y democrático de Derecho, no puede desentenderse de las consecuencias que puedan traer sus actuaciones, el acto de entrega de la persona extraditable puede materializar de forma indirecta la vulneración de Derechos Humanos”.

El análisis que pregona la sentencia, parte por examinar y tomar los elementos de tutela o vigencia de los derechos humanos insertos dentro del catálogo internacional, entronizándolos en el ordenamiento jurídico interno. Por esta razón se invocan los antecedentes normativos de fuentes de derecho internacional de los derechos humanos, siendo que los Comités de expertos independientes que interpretan y dictan lineamientos para todos éstos Pactos, han generado valiosa jurisprudencia al respecto. Aunque la sentencia no lo cita, basta con tan solo revisar la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos, instancia que supervisa y controla la vigencia del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), ha construido la noción de <<daño irreparable>>, al cuál están obligados de observar los Estados que van a extraditar a una persona –nacional o no-, a un tercer país¹³, que implica analizar las consecuencias que atañen a entregar a un extraditable, si su integridad física o moral u otras consecuencias gravosas, se cierren sobre esta persona. Existe en ese sentido un margen de discrecionalidad de los Estados extraditadores, en el sentido que deben de analizar las implicaciones de este acto en función de los derechos humanos propios del afectado.

En otros precedentes que conjugan la extradición y el derecho a la vida, el mismo Comité de Derechos Humanos determinó en el famoso *Caso Kindler contra Canadá*¹⁴ que no considera que la deportación de una persona de un país que haya abolido la pena de muerte a otro en el que esté condenada a muerte constituya de por sí una violación del artículo 6 del Pacto. El Comité basó su decisión en una interpretación del Pacto que hacía una lectura conjunta del párrafo 1 del artículo 6 y del párrafo 2 del mismo artículo, que no prohíbe la imposición de la pena de muerte por los delitos más graves, y consideró que, ya que el Canadá no había impuesto la pena de muerte sino que había extraditado al autor a los Estados Unidos, país que no había abolido la pena de muerte y donde podía imponérsele la pena capital, la extradición en sí no constituiría una violación por parte del Canadá a menos que hubiera un riesgo real de que se violasen en los Estados Unidos los derechos del autor en virtud del Pacto. En lo que respecta a las garantías, el Comité consideró que el texto del artículo 6 no exigía necesariamente que el Canadá rechazase la extradición o solicitase garantías, sino que debía al menos examinar una solicitud en este sentido.

13 “El Comité de Derechos Humanos, actuando en virtud del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos que se le han expuesto ponen de manifiesto violaciones por parte de Austria del párrafo 1 del artículo 14 (primera oración) en conjunto con el párrafo 3 del artículo 2 del Pacto. El Comité reitera su conclusión de que el Estado Parte ha incumplido las obligaciones contraídas en virtud del Protocolo Facultativo al extraditar al autor antes de permitir al Comité considerar si con ello sufriría un daño irreparable, según se sostenía”. Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación N° CCPR/C/77/D/1086/2002, *Caso Sholam Weiss vs Austria*, español, original:inglés, 15 de mayo de 2003, párrafo 10.1.

14 Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación N° 470/1990, *Caso Kindler vs Canadá*, dictamen aprobado el 30 de julio de 1993

Posteriormente, el Comité en el *Caso Judge contra Canadá*, que se tiene igualmente como país recurrido, varió su posición. Observa que puede haber situaciones excepcionales que requieran una revisión del ámbito de aplicación de los derechos protegidos en el Pacto, como cuando una supuesta violación atañe al más fundamental de los derechos -el derecho a la vida- y en particular si ha habido adelantos y cambios de hecho y de derecho en la opinión internacional con respecto a la cuestión planteada. El Comité es consciente de que la jurisprudencia mencionada anteriormente, fue establecida hace unos diez años y que desde entonces ha habido un consenso internacional cada vez mayor a favor de la abolición de la pena de muerte y, en los Estados que han mantenido la pena de muerte, un consenso creciente para no ejecutarla.

Cabe destacar que el Comité observa que, desde el caso Kindler, el propio Estado Parte ha reconocido la necesidad de modificar su propia legislación nacional para garantizar la protección de los extraditados del Canadá condenados a muerte en el Estado receptor. El Comité considera que el Pacto debería interpretarse como un instrumento vivo y los derechos protegidos en él deberían ejercerse en el contexto y a la luz de la situación actual. Por esta razón, el Comité observa al examinar su aplicación del artículo 6, que en concordancia con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, un tratado debería interpretarse de buena fe y de conformidad con el sentido ordinario de los términos del tratado en el contexto de éstos y a la luz de su objeto y finalidad. El párrafo 1 del artículo 6, que establece que “El derecho a la vida es inherente a la persona humana...”, es un principio general: su objetivo es proteger la vida¹⁵.

El Comité de Derechos Humanos parte de un nuevo paradigma interpretativo, en el que los párrafos 2 a 6 del artículo sexto del PIDCP, tienen la doble función de prever una excepción al derecho a la vida respecto de la pena de muerte y limitar el alcance de esa excepción. Los países que han abolido la pena capital, tienen la obligación de no exponer a una persona al riesgo real de su aplicación. Así pues, no pueden devolver, por expulsión o extradición, a las personas de su jurisdicción si se puede prever razonablemente que serán condenadas a muerte, sin exigir garantías de que la condena no se ejecutará. No obstante, la extensión interpretativa de lo que implica el <<derecho a la vida>>, trasciende la posibilidad de su manifestación de privación real más concreta, como lo sería la pena de muerte; haciendo gala del *principio pro homine*, igualmente deben verse como serias limitaciones al derecho a la vida, flagelos como las amenazas de muerte, el flagelo y castigo personal, la violencia doméstica en su máxima expresión, como sería el caso de la extraditable norteamericana que nos ocupa en este artículo.

15 Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación N° CCPR/C/78/D/829/1998, *Caso Judge vs Canadá*, español, original:inglés, 20 de octubre de 2003, párrafo 10.4.

3.3 El Interés Superior del Niño como categoría concreta de tutela dentro de un determinado ordenamiento jurídico.

En la sentencia de análisis se habla en repetidas ocasiones del interés de los menores. Al respecto, el interés superior del niño viene a contravenir la doctrina irregular imperante anteriormente, en el sentido que los menores no pueden ser susceptibles de garantías y participaciones procesales, negándoles su posibilidad de “ser-sujetos”. El citado interés apuesta a revertir la tendencia descrita, y en consecuencia, los niños importan desde una perspectiva integral y holística, siendo que en el plano estrictamente jurídico, tiene a su disposición las ventajas que son inherentes a su condición precoz. Importa entonces, brindarle acceso y participación judicial, protección y defensa de sus intereses, así como prevenir cualquier tipo de vulnerabilidad en sentido amplio, que pueda afectarle personalmente.

Siguiendo con la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos, en el caso de *Sandra Frei contra Colombia* que recoge un asunto en el que se le negó el contacto con sus hijas, se analizan los alcances del consabido “interés superior del menor”, de la siguiente manera:

“8.10. En el caso que se examina fue el ex marido de la autora quien trató de impedir a ésta que mantuviese contacto regular con sus hijas, a pesar de las decisiones judiciales que concedían a la autora tal acceso. Según los documentos presentados al Comité, parece que la negativa del padre se justificó en nombre del “mejor interés” de las niñas. El Comité no puede compartir esa valoración. No se han aducido circunstancias especiales de ningún tipo que justificasen la imposición de limitaciones a los contactos de la autora con sus hijas. Por el contrario, parecería que el ex marido de la autora trató de impedir, por todos los medios a su alcance, el acceso de la autora a las niñas, o bien de indisponerlas con ella. Las graves restricciones impuestas a la Sra. Fei por su ex marido apoyan esta conclusión. Los intentos de la Sra. Fei de iniciar actuaciones penales contra su exmarido por incumplimiento de la orden del tribunal que le concedía derechos de visita quedaron frustrados por la demora y la inactividad de la Procuraduría General. En estas circunstancias, no era razonable esperar que utilizara cualquier recurso disponible con arreglo al Código de Procedimiento Civil. En opinión del Comité, salvo en circunstancias especiales, ninguna de las cuales se detecta en el caso objeto de examen, no puede considerarse que vaya en el “mejor interés” de las hijas suprimir prácticamente el acceso de uno de los progenitores a ellas. En opinión del Comité, el hecho de que desde 1992-1993 la Sra. Fei haya reducido sus intentos por reclamar su derecho a acceso no puede utilizarse como argumento en su contra. Habida cuenta de todas estas circunstancias del caso, el Comité llega a la conclusión de que ha habido violación del párrafo 4 del artículo 23. Además, el hecho de que la Procuraduría General no garantizase el derecho a un contacto permanente entre la autora y sus hijas también ha tenido por consecuencia una violación del párrafo 1 del artículo 17 del Pacto.

9. El Comité de Derechos Humanos, actuando con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos que tiene ante sí ponen de manifiesto una violación por Colombia del párrafo 1 del artículo 14 y del párrafo 4 del artículo 23 así como del párrafo 1 del artículo 17 del Pacto.

10. De conformidad con las disposiciones del apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Estado Parte tiene la obligación de dar reparación efectiva a la autora. En opinión del Comité, esto entraña garantizar el acceso regular de la autora a sus hijas, y que el Estado Parte asegure que se cumplan los términos de los fallos a favor de la autora. El Estado Parte tiene la obligación de asegurar que no se repitan en el futuro otras violaciones semejantes¹⁶.

Puede colegirse de lo transcrito, la imperiosa necesidad que reviste el contacto con los progenitores para el menor y como obstaculizar este vínculo, es violatorio al espíritu del Pacto aludido. Ahora bien, en nuestra jurisprudencia, la Sala Constitucional en la sentencia N° 11262- 2007 de las 15:00 hrs. del 24 de agosto de 2006, ya había realizado un recuento claro y oportuno en torno a los alcances del interés superior del menor, a la luz de diferentes instrumentos nacionales¹⁷ e internacionales¹⁸ de protección. Asimismo, se invoca otro antecedente del mismo tribunal, concretamente en el Voto N° 15461-2008 de, 15 de octubre de 2008, en el que se caracteriza el citado interés de la siguiente manera:

“En este sentido, como principio general reconocido y plenamente aplicable, al interés superior del niño no le es oponible norma o decisión alguna –administrativa o judicial- que le contradiga, salvo que en circunstancias determinadas se encuentre en liza la aplicabilidad de algún otro principio general del mayor nivel, en cuyo caso el operador jurídico deberá atenerse a la prueba de ponderación y al rol de cada principio en el caso particular. De tal forma, ignorar el carácter principal del interés superior del niño desatendiendo su aplicación estricta en aquellos casos que involucren a personas menores de edad, resulta contrario a los reconocimientos que sobre el particular efectúa el Derecho de la Constitución, a la vez que da margen para situarse en una posición de vulnerabilidad frente al mandato del artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

16 Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación N° CCPR/C/53/D/514/1992, *Caso Sandra Frei vs Colombia*, español, original:inglés, 26 de abril de 1995, párrafos 8.10, 9 y 10.

17 Artículo 51 de la Constitución Política, artículos 5,12,29 y 45 del Código de la Niñez y de la Adolescencia, artículo 13 de la Ley General de Salud.

18 Artículos 2,7,23 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, artículos 16 párrafo tercero, artículo 24 párrafo primero y artículo 25 párrafo segundo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 1 de la Convención Americana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

La sentencia de marras acredita las gestiones que realiza la madre a favor de la menor, y como de la prueba aportada se deduce que ambas han sufrido de violencia doméstica. Indica que sobre la situación de los menores que han sido sustraídos por sus madres y que sufren en el seno familiar violencia doméstica debe tomarse en cuenta que los intereses de los niños y de la madre están indisolublemente unidos. Además de la protección especial a los niños, entre ellos el de contar con su madre y su familia, manifiesta que "...la extradición producirá como resultado la separación de la niña de su madre, y de su hermano, a la vez que, implicará la ubicación de la niña como ha ocurrido ahora en un hogar sustituto o en última instancia el riesgo de devolución al lado paterno que según se acreditó está también inmerso en la violencia contra la persona menor". Interesante es la cita a la resolución 11576-2008 de 25 de julio de 2008 de la Sala Constitucional, en la que se sustenta una situación similar:

"que el hecho de que la amparada no haya solicitado la condición de refugiada en el país desde su ingreso, bien pudo haber sido parte del mismo temor basado en la situación de la que huía, toda vez que expondría públicamente su ubicación al supuesto agresor. Además, es de esperar que no se sintiera suficientemente resguardada por los medios legales existentes, los cuales estimaba que -incluso que en Estados Unidos- habían sido insuficientes y, en nuestro país, tampoco han resultado suficientemente efectivos en todos los casos."

Para reafirmar lo anteriormente dicho, se hace acopio a lo largo de este punto fallado, de antecedentes jurisprudenciales internacionales y lo dicho por la doctrina en la materia, evidenciando la necesidad de tutelar el interés superior del niño, ante situaciones como las que se ventilan en este caso en particular.

3.4 Los derechos de la familia en sentido amplio (niña y el niño, padres) a ser protegidos para vivir una vida sin violencia.

Un apartado relevante en el marco de la sentencia que nos ocupa, lo constituye el hecho de la dimensión dada por los juzgadores, a la necesaria tutela que debe existir hacia el núcleo familiar. Esta tutela está constituida por una amalgama de normas de aplicación inmediata, tanto en los órdenes interno como externo, y el mérito de esta resolución estriba en visualizar ambos planos, que no son del todo excluyentes o diversos entre sí. Procedemos a detallar las menciones que realiza sobre estos tópicos, la sentencia en estudio.

3.4.1 La violencia contra la mujer: derribando obstáculos y tendiendo puentes

En el año 1992, el CEDAW estableció que "los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de

violencia e indemnizar a las víctimas”¹⁹. Un año después, la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de la Asamblea General de las Naciones Unidas instó a los Estados a “[p]roceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y, conforme a la legislación nacional, castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares”²⁰ y lo mismo hizo la Plataforma de Acción de la Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing²¹. En el 2006 la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) señaló que “[t]omando como base la práctica y la *opinio juris* [...] se puede concluir que hay una norma del derecho internacional consuetudinario que obliga a los Estados a prevenir y responder con la debida diligencia a los actos de violencia contra la mujer”²².

Siguiendo con la anterior Relatoría Especial, vamos a encontrarnos que la misma ha proporcionado directrices sobre qué medidas deben tomar los Estados para cumplir con sus obligaciones internacionales de debida diligencia en cuanto a prevención, a saber: ratificación de los instrumentos internacionales de derechos humanos; garantías constitucionales sobre la igualdad de la mujer; existencia de leyes nacionales y sanciones administrativas que proporcionen reparación adecuada a las mujeres víctimas de la violencia; políticas o planes de acción que se ocupen de la cuestión de la violencia contra la mujer; sensibilización del sistema de justicia penal y la policía en cuanto a cuestiones de género, accesibilidad y disponibilidad de servicios de apoyo; existencia de medidas para aumentar la sensibilización y modificar las políticas discriminatorias en la esfera de la educación y en los medios de información, y reunión de datos y elaboración de estadísticas sobre la violencia contra la mujer²³. De igual manera, un Informe del Secretario General de la ONU, nos enuncia lo siguiente:

Es una buena práctica hacer que el entorno físico sea seguro para las mujeres, y se han utilizado comunitarias auditorías de seguridad para detectar los lugares peligrosos, examinar los temores de las mujeres y

19 Organización de las Naciones Unidas, CEDAW, Recomendación general 19: La Violencia contra la Mujer, 11° período de sesiones, 1992, U.N. Doc. HRI\GEN\1\Rev.1 at 84 (1994), párr. 9.

20 Organización de las Naciones Unidas, Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993. A/RES/48/104, 23 de febrero de 1994, artículo 4.c.

21 Organización de las Naciones Unidas, Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 4 al 15 de septiembre de 1995, Declaración y Plataforma de Acción de Beijing aprobada en la 16° sesión plenaria celebrada el 15 de septiembre de 1995. A/CONF.177/20/Rev.1, página 54, párr. 124 b.

22 Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General. Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer, Informe del Secretario General, 2006. A/61/122/Add.1. 6 de julio de 2006.

23 Organización de las Naciones Unidas, La violencia contra la mujer en la familia: Informe de la Sra. Radhika Coomaraswamy, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, presentado de conformidad con la resolución 1995/85 de la Comisión de Derechos Humanos, UN Doc. E/CN.4/1999/68, 10 de marzo de 1999, párr. 25.

solicitar a las mujeres sus recomendaciones para mejorar su seguridad. La prevención de la violencia contra la mujer debe ser un elemento explícito en la planificación urbana y rural y en el diseño de los edificios y residencias. Forma parte de la labor de prevención el mejoramiento de la seguridad del transporte público y los caminos que emplean las mujeres, por ejemplo hacia las escuelas e instituciones educacionales, los pozos, los campos y las fábricas²⁴.

En el ámbito interamericano, la *Convención Belém do Pará* define la violencia contra la mujer y en su artículo 7.b obliga a los Estados Partes a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia. En el caso *Maria Da Penha Vs. Brasil* (2000), presentado por una víctima de violencia doméstica, la Comisión Interamericana aplicó por primera vez la Convención Belém do Pará y decidió que el Estado había menoscabado su obligación de ejercer la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia doméstica, al no condenar y sancionar al victimario durante quince años pese a las reclamaciones oportunamente efectuadas²⁵. La Comisión concluyó que dado que la violación forma parte de un “patrón general de negligencia y falta de efectividad del Estado”, no sólo se violaba la obligación de procesar y condenar, sino también la de prevenir estas prácticas degradantes²⁶.

De todo lo anterior, podemos desprender que los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. Para ahondar más en relación a la faceta preventiva, en la sentencia “*Campo Algodonero*” contra México, dictada por la Corte Interamericana y que se basó prácticamente en la desaparición de tres mujeres y su posterior ubicación en un campo algodo-

24 Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer. Op Cit, párr. 352.

25 Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Caso 12.051, Informe No. 54/01, *Maria Da Penha Maia Fernandes vs. Brasil*, Informe Anual 2000, OEA/Ser.L/V.II.111 Doc.20 rev. (2000).

26 Ibid, párr. 56. En el mismo sentido se han pronunciado el CEDAW. Así, en el caso *A.T. Vs. Hungría* (2005), determinó que el Estado no había cumplido las obligaciones establecidas en la Convención para prevenir la violencia contra la víctima y protegerla. En particular, señaló que “preocupa especialmente que no se haya promulgado legislación específica que combata la violencia doméstica y el acoso sexual, y la inexistencia de órdenes judiciales de amparo o de abandono del hogar, o de albergues para la protección inmediata de las mujeres víctimas de violencia doméstica” (Cfr. CEDAW, Comunicación No. 2/2003, *Sra. A. T. Vs. Hungría*, 32º período de sesiones, 26 de enero de 2005 párr. 9.3). En similar sentido, en el caso *Yildirim Vs. Austria*, en el cual la víctima fue asesinada por su esposo, el CEDAW encontró que el Estado había faltado a su deber de debida diligencia por no haberlo detenido (Cfr. Organización de las Naciones Unidas, CEDAW, Comunicación No. 6/2005, Fatma Yildirim Vs. Austria, 39º período de sesiones, 23 de julio a 10 de agosto de 2007, párr. 12.1.4 y 12.1.5).

nero en estado de mortandad, bajo las evidentes secuelas de total estado de flagelo, producido por el abuso sexual y físico. Se le reprocha al Estado denunciado, su inactividad procesal investigativa, para esclarecer tales homicidios, por lo que se repara en torno a la finalidad de la prevención:

“La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia. Todo esto debe tomar en cuenta que en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará. La Corte pasará ahora a analizar las medidas adoptadas por el Estado hasta la fecha de los hechos del presente caso para cumplir con su deber de prevención.”²⁷

Cuando hablamos de prevención desde una perspectiva de género, desde nuestra perspectiva debemos necesariamente de hablar de la debida diligencia en casos de violencia contra la mujer. En este sentido el *Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos*, formulado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, es claro en indicar que los Estados deben de adoptar medidas integrales para repeler estas manifestaciones de violencia, contando con un adecuado y efectivo marco jurídico de protección, y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante factores de riesgo y denuncias de violencia contra la mujer²⁸.

Por otra parte, la Corte Interamericana ha establecido que el deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones

27 Cfr: Importante es la posición disidente de la Jueza Medina Quiroga, para quien el elenco de hechos configuraba una tortura y que la Corte en su mayoría decidió no avalar. Si bien es cierto que acuerpa lo resuelto en la Corte Interamericana con respecto a este caso en particular, nos dice que “Si se leen los párrafos 218, 219, 220 y 230 de este fallo, puede advertirse que las tres víctimas sufrieron graves agresiones físicas y muy probablemente violencia sexual de algún tipo antes de su muerte. La descripción del estado de los cadáveres, aunque fue hecha de manera ineficiente en los primeros momentos, muestra la magnitud del tratamiento que se les infligió, de modo que los hechos permitían ser considerados como actos de tortura” párr.8. Véase el Voto concurrente en Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 205, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, en especial los párr.8 a 12.

28 Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos”, Washington D.C. OEA/Ser.L/V/II. Doc.57, original: español, 31 de diciembre del 2009, párrafo 49, pág. 21.

para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado²⁹.

Finalmente, la misma Cámara Interamericana ha tenido la oportunidad de referirse en el *Caso del Penal Miguel Castro Castro* contra Perú, a las secuelas de índole psicológico, que producen las eventuales acciones sexuales a cometer por agresores. En ese sentido, a un grupo de reclusas de afiliación al grupo Sendero Luminoso, se les obligaba a estar desnudas, sin poder asearse, teniendo que en algunos casos, para utilizar los servicios sanitarios, debían hacerlo acompañadas de un guardia armado quien no les permitía cerrar la puerta y las apuntaba con el arma mientras hacían sus necesidades fisiológicas. La Corte Interamericana estimó en su veredicto de fondo, que esas mujeres, además de recibir un trato violatorio de su dignidad personal, "...también fueron víctimas de violencia sexual, ya que estuvieron desnudas y cubiertas con tan solo una sábana, estando rodeadas de hombres armados, quienes aparentemente eran miembros de las fuerzas de seguridad del Estado. Lo que califica este tratamiento de violencia sexual es que las mujeres fueron constantemente observadas por hombres. La Corte, siguiendo la línea de la jurisprudencia internacional y tomando en cuenta lo dispuesto en la Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, considera que la violencia sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen en una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno"³⁰.

Lo trascendental de esta construcción jurisprudencial radica desde nuestra perspectiva, en proporcionar una herramienta para sostener que la violencia sexual si bien es cierto presenta como característica más evidente las secuelas fácticas de tales acciones brutales, igualmente está comprendida por una dimensión psicológica que involucra otros factores dignos de valorar, como serían la seguridad emocional, la dignidad integral, miedo futuro, por lo que pueda sucederle a cualquier víctima de este tipo de violencia. A este tipo de connotación de la violencia, optaríamos por denominarla como *violencia sexual basada en la angustia personal*.

En el caso de las personas sometidas a violencia doméstica, no nos cabe la menor duda que existe la citada modalidad de violencia, que se refleja en la concurrencia de los citados factores, y en el caso que nos ocupa, totalmente es perceptible esta construcción jurisprudencial del fenómeno. Para los juzgadores ca-

29 Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, Fondo. Serie C No. 4, Sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 166; Corte IDH, *Caso Perozo y otros Vs. Venezuela*, Fondo. Serie C No. 4, Sentencia de 29 de julio de 1988, *supra* nota, párr. 149, y Corte IDH, *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 20, Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. *2supra* nota, párr. 63.

30 Corte IDH. *Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 160, Sentencia de 25 de noviembre de 2006., párrafos 306-308.

sacionistas, esta tendencia era perceptible en el criterio pericial rendido por la psicóloga del INAMU; en donde se denota no solamente las brutales agresiones físicas y tangibles hacia la afectada, sino las acciones que ésta debía realizar para no volver a ser agredida, generándose una consecuente angustia personal (p.e. salir de la casa con su hija en brazos, sin abrigo ni comida para no ser víctimas de agresión). El Tribunal Casacionista recrimina al *a-quo*, la ligereza con la que se valoró el entorno fáctico de la afectada, haciéndole referencia que en el proceso de extradición no es cierto que debe solamente constatarse el cumplimiento de requisitos y principios contemplados en el tratado bilateral de extradición Costa Rica-Estados Unidos. Un asunto de vital trascendencia, radica en palabras de los mismos juzgadores, que

“... en el presente caso subyace una situación de violencia doméstica y contra la mujer y en atención a los Derechos Humanos de la mujer y la niña, debe valorarse todo el entorno fáctico además del ordenamiento jurídico en forma hermenéutica. No sea que el propio Estado contribuya con su omisión a una vulneración de Derechos Humanos y por ello adquiera responsabilidad internacional ante el incumplimiento de sus compromisos internacionales de respeto de Derechos Humanos en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que evalúan la efectividad de los procesos judiciales internos para remediar violaciones a los derechos humanos. Examen que abarca los procesos en su totalidad y en los diferentes niveles para determinar si los procedimientos y la evidencia producida fueron justos. (En ese sentido, vid., OEA/Ser.L/II.Doc 68 20 de enero de 2007, números 35, 36 y 39)”

La violencia sexual basada en angustia personal, puede ser tanto por acción como por omisión, siendo que esta última posibilidad plasmada en la promoción y vigencia de los derechos humanos, es una forma concurrente de actuación contemporánea por parte de los Estados. La omisión se constituye en el vallado nulatorio a los derechos del justiciable, producido por un “no-hacer” que independientemente del nexo causal que se adopte para producir esta inactividad (p.e. falta de recursos, omisión voluntaria etc.), sus efectos son claros y contundentes en el disfrute de las obligaciones y derechos que dimanar del quehacer de los poderes públicos. Y si hablamos desde una perspectiva de género, las mujeres sin duda alguna son las que soportan sobre sus espaldas, los desequilibrios más aberrantes por su condición y si se quiere, de absoluta vulnerabilidad.

Finalmente, el asunto de la violencia doméstica como causal de reconocimiento para obtener la protección internacional del estatus de refugiada y la necesaria valoración en el procedimiento de la extradición, es analizado ampliamente. Se enfatiza en considerar el derecho al refugio como un Derecho Humano, siendo reconocido igualmente por el ordenamiento interno a la luz de diferentes instru-

mentos internacionales -Artículo 1º, sección A, párrafo 2º, de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951; la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 22 de noviembre de 1984. De especial interés resulta la referencia a lo externado por el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, quién consideró que uno de los motivos por los cuales procede la solicitud de refugio es, precisamente, cuando una mujer sufre de violencia doméstica³¹.

La sentencia en análisis sobre este anterior particular, reza literalmente lo siguiente:

“Las situaciones fácticas del caso examinado no deben verse en forma aislada, sino ligadas a la situación de violencia contra la mujer y la niña y el interés superior de los menores costarricenses por lo que deben ponderarse los intereses y procurarse el mayor respeto a los Derechos Humanos.

No repetiremos lo ya expuesto, solamente recalcar que el Juez a quo al conceder la extradición de una persona en las condiciones que hemos analizado, expone a la señora K. y a su hija a mayores daños físicos y emocionales derivados de la violencia intrafamiliar que se acreditó. Por lo que sin prejuzgar ni invadir la esfera de competencia de órganos administrativos, a los que les corresponderá decidir sobre el refugio; sí cuando estén de por medio probables vulneraciones a la integridad personal y en suma, probables ataques injustificados a los derechos humanos de la mujer y la niña así como el interés superior de la niña, entre ellos el de contar con su madre y su familia deben valorarse en la extradición esos aspectos conforme los postulados del Derecho de la Constitución”.

A manera de corolario, puede colegirse que el deber de actuar de las autoridades estatales, no se encuentra desligado de sopesar las realidades que implican un riesgo para el disfrute de los derechos humanos, en el núcleo familiar inmediato. La administración de justicia no es ajena al tamizaje de valorar adecuadamente, las posibles implicaciones sobre cada una de las personas que conforman una determinada familia en peligro.

3.4.2 La Violencia contra los Niños y Niñas: Necesidad de prevenir acciones lesivas contra su integridad en sentido amplio

El Tribunal casacionista acoge el agravio presentado por el recurso de apelación de la Defensoría de los Habitantes, en el sentido que no se valoró en la

31 Interesante es la referencia realizada en la sentencia, en el sentido de que las autoridades de Migración, confiriéndole la ley la posibilidad de decretar el estado suspensivo del acto administrativo impugnado para quienes tienen en apelación la denegación de su condición de refugio (art. 112 de la Ley de Migración y Extranjería), como era el caso de la extraditable; aún así estaban realizando la extradición.

sentencia de primera instancia, los Derechos Humanos de la Niña costarricense T.Z.G.K, omitiéndose situaciones tan evidentes como que la menor fue trasladada a Costa Rica, país en el que nació y del cual es ciudadana. Se aduce por la recurrente, que se invisibiliza el resultado que se obtendrá con la extradición efectiva de la extraditable: la entrega de la niña a un padre que no ha sido considerado idóneo por parte de los tribunales costarricenses, además el menor de edad A.P.K., que se encuentra ubicada con su madre en el centro de reclusión “El Buen Pastor”, quedará en desamparo una vez firme la extradición.

Se afectará directamente los derechos humanos de la niña costarricense, atentando contra su integridad física y emocional, su dignidad, su derecho a una vida sin violencia, su derecho a la familia y la ubica en una situación de especial vulnerabilidad, en flagrante violación de los derechos de los niños y de la Convención de los Derechos del Niño. Manifiesta que el Estado costarricense al acoger la Convención de los Derechos del Niño que es un instrumento de Derechos Humanos, “...asumió el compromiso de que en los procesos donde en forma directa o indirecta se encuentren involucrados los derechos de una persona menor de edad, las autoridades encargadas de la solución del caso, sean éstas administrativas o judiciales, deben valorar en la resolución correspondiente lo relativo a los niños y a su interés superior”.

La trascendencia de este enfoque, consiste en las obligaciones protectivas de hacer, que asumió el Estado costarricense como suscriptor del citado instrumento, situación que es bastante acorde con el mismo texto, y que en consecuencia, le inhiben de practicar cualquier regresión en este sentido. El compromiso asumido debe materializarse por parte de los Estados Partes, y en consecuencia esta decisión autónoma de los Estados suscriptores, debe reflejarse sin contemplaciones y de manera efectiva, a lo interno de los sistemas jurídicos y sus respectivas garantías protectivas.

3.4.3 La protección de la familia y los derechos de los menores

Con respecto a la protección de la familia, la resolución que nos ocupa enuncia una serie de instrumentos de protección internacional, que tutelan el deber estatal de prestar particular protección a los derechos de los niños y las niñas, en su rol como componentes de una familia³² y concluye que “De estos instrumentos internacionales de Derechos Humanos se deriva que los Estados tienen como deberes fundamentales la protección del interés del superior del niño, evitando la desmembración del núcleo familiar y promover las condiciones necesarias para

32 Se invoca el artículo 2º de la Convención Internacional de los Derechos del Niño en el que se brinda una protección a este grupo etario. Procurando que en todo momento se dispense la adecuada asistencia y respeto de los derechos a él reconocidos, dentro de los que sobresalen, entre otros: la promoción de las condiciones necesarias para la convivencia familiar, así como el derecho de los niños a permanecer junto a sus padres (artículo 7º) -particularmente junto a su madre (artículo 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o Protocolo de San Salvador); el derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (artículo 27).

que gocen de la presencia permanente de la autoridad parental, a la vez que, señalan que en algunas ocasiones la separación es necesaria y está autorizada en el interés superior del menor”.

Si se habla de “deberes”, estamos ante un sempiterno debate teórico académico referente a ubicar a los derechos humanos, como un conjunto de derechos que necesariamente están estatuidos para la vigencia de los derechos en cuestión, o por el contrario, se pueden visualizar en deberes u obligaciones concretas (para los efectos de este apartado entenderemos los dos términos por igual³³); que recaen en el mismo individuo, con conductas concretas las cuales debe de abstenerse a realizar para no hacer nugatorios el disfrute de los derechos humanos en otro(s).

Comenzamos esta discusión, con la postura de teóricos como GIL, JOVER y REYERO, quienes nos dicen que los *derechos y los deberes* son las dos caras de una misma moneda. Establecen que es cierto que, dependiendo de la época histórica en la que nos encontremos, se tiende más a resaltar unos en detrimento de los otros. Pero lo más característico del hombre como sujeto de derechos radica en que es capaz de asumir, a su vez, deberes y obligaciones hacia sí mismo y hacia los demás. En este sentido, los derechos humanos no sólo han de ser contemplados como derechos que «se me reconocen», sino también como derechos que «he de reconocer» en los demás y que, por tanto, me imponen un deber de compor-

33 Somos conscientes que lo afirmado puede generar su polémica doctrinaria. Básicamente un autor como RAWLS, no se refiere al Derecho, sino a las connotaciones y relaciones entre deberes y obligaciones. Las obligaciones devienen del deber natural de justicia, dándole entonces al deber una connotación pragmática y condicionada de la naturaleza obligacional. Veamos sus argumentaciones: “Existen varios rasgos característicos de las obligaciones que las distinguen de otras exigencias morales. Entre otras cosas, surgen como resultado de nuestros actos voluntarios: estos actos pueden consistir en compromisos expresos o tácitos, tales como los contratos y las promesas; pero pueden no serlo, como en el caso de la aceptación de beneficios. Además, el contenido de las obligaciones está siempre definido por una institución o prácticas cuyas reglas especifican lo que se debe hacer. Y, por último, las obligaciones se dan normalmente frente a individuos definidos, es decir, aquellos que cooperan mutuamente para mantener el acuerdo en cuestión. Consideremos como ejemplo ilustrativo de estas características el acto político de participar como candidato y de (en caso de tener éxito) ocupar un puesto público en un régimen constitucional. Este acto da origen a la obligación de cumplir los deberes del cargo, y estos deberes determinan el contenido de la obligación. Aquí me refiero a los deberes no como deberes morales sino como tareas y responsabilidades asignadas a ciertos puestos institucionales” (pág 114) “Por tanto, tenemos el deber natural de obedecer la constitución, o las leyes que regulan el derecho de propiedad (suponiendo que sean justas), mientras que tenemos la obligación de cumplir los deberes de un puesto que hemos logrado meritoriamente, o de seguir las reglas de las asociaciones o actividades en las que participamos. A veces es razonable valorar de un modo diferente los deberes y las obligaciones, cuando entran en conflicto precisamente porque no se producen del mismo modo”. El principio que permitiría delimitar de una manera correcta, cuando estamos ante una obligación y cuando, ante un deber, es el **principio de imparcialidad**, “Este principio nos capacitaría a hacer una discriminación mejor del deber y la obligación. Por tanto, el término “obligación” se reserva las exigencias morales que se derivan del principio de imparcialidad, mientras que las otras exigencias reciben el nombre de “deberes naturales”, (pág 315). RAWLS, (John) “Teoría de la Justicia”, sección de Obras de Filosofía, Fondo de Cultura Económica, México, traducción de María Dolores González, sexta reimpresión, 2006.

tamiento hacia mí mismo y hacia los otros. Resaltan que tiene una importancia pedagógica extraordinaria hacer ver a todos, que quienes tenemos derechos asumimos, al mismo tiempo, deberes³⁴. Por su parte, ATLAN sentencia que reconocer los derechos del sujeto implica evidentemente obligaciones al respecto por parte de otros sujetos, o de la sociedad a través de sus instituciones. Correlativamente, poner de relieve las obligaciones del sujeto plantea la cuestión del poder político, no siempre democrático, que define esas obligaciones. Concluye este autor, diciendo que *“Por ello siempre es preferible preocuparse por garantizar los derechos humanos que definir sus obligaciones”*³⁵, más no cuestiona que entre ambos no existe una interdependencia.

Una postura contraria a todo lo anteriormente expuesto, es la de MARINA, para quién la noción de “derecho” es la noción central de la ética, no solo del derecho. La noción de “deber” es posterior y se funda en ella³⁶. No existe una simultaneidad o si se quiere complementación, entre ambas posibilidades. El derecho ha sido una creación del hombre y como todos los proyectos creadores, debe atenerse a determinadas constricciones que le son inherentes. Argumenta el autor para ilustrar esta posición que, *“Es imposible construir sin comprobar la consistencia del terreno, escribir sin reglas sintácticas, lanzar aviones sin combustible, construir puentes sin conocer la resistencia de materiales. Ahí aparecen los deberes. Son el envés de los derechos. Son las torres y los cables de los que cuelga el puente y que permiten al puente su vuelo suspendido”*³⁷.

Quizás uno de los instrumentos jurídicos internacionales que entrelazan las nociones aludidas en este apartado, es la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en la Novena Conferencia Internacional Americana de Bogotá, Colombia en el año de 1948. Es así como el considerando justificativo de la conferencia enuncia que *“...la protección internacional de los derechos del hombre debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución”*, a la vez que en el propio preámbulo del tratado de marras, hace gala de la noción de deber³⁸.

34 GIL, (Fernando), JOVER, (Gonzalo) y REYERO, (David) *“La enseñanza de los derechos humanos”*, Editorial Paidós, 2001, pág 18. Cfr: Para RAWLS, los anteriores componentes tienen relación con la libertad, *“La mayoría de las veces discutiré la libertad en relación con las restricciones constitucionales y jurídicas. En estos casos la libertad consiste en una determinada estructura de instituciones, un sistema de reglas públicas que definen derechos y deberes”* Op Cit, pág 193.

35 ATLAN, (Henry) *“El cuerpo humano, sujeto de derechos humanos”* en Organización de las Naciones Unidas para la educación, Ciencia y Tecnología *“Los derechos humanos en el siglo XXI”*, Ediciones UNESCO-Icaria Editorial, Barcelona, primera edición, 1998, pág 59.

36 MARINA, (José Antonio) *“Crónicas de la ultramodernidad”*, Editorial Anagrama. Barcelona, 2000, pág 232.

37 MARINA, (José Antonio) Op Cit, pág 239.

38 *“El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad. Los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan. Es deber del hombre servir al espíritu con todas sus potencias y recursos porque el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría. Es deber del hombre ejercer, mantener y estimular por todos los medios a su alcance la cultura, porque la cultura es la máxima*

Esta proclama nos tiene que llevar a reflexionar sobre diferentes tópicos que consideramos oportuno resaltar. Se habla en primer lugar de una irrestricta observancia y cumplimiento del deber, que en el fondo supone una doble perspectiva pragmática: el deber estatal y el deber individual. Al primero se le exige poner al servicio del ciudadano todos sus recursos morales para garantizar los diferentes derechos (¿con los recursos materiales incluidos?), mientras que al segundo se le exige guardar una categoría espiritual capaz de compelerlo a no apartarse de cumplir y potenciar una existencia humana digna (¿se entiende que con el auxilio de la normativa establecida para su beneficio?).

Por otra parte, esta interrelación de derechos y deberes supone que exista una correlatividad y correspondencia funcional entre ambos, según sea la tónica a imponer (declaratoria de un derecho y asumir un deber absoluto). Esta labor implica que las normas por sí mismas, van a darle una calificación axiológica a alguna de éstas actividades, en aras de cumplir la garantía de disfrute o contraprestación a realizar, que reside en el derecho humano invocado. Es así como a manera de ejemplo, el artículo segundo de la citada Declaración Americana, dispone lo siguiente: “Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna” (SUBRAYADO NUESTRO). Hemos subrayado ambos conceptos, en el entendido que a lo largo del instrumento, se optará por uno u otro según sea el caso y asunto que se quiera indicar o destacar. La intención de los redactores del instrumento fue muy clara en esta dirección y es así, como tenemos una estricta demarcación del tratado con un primer capítulo denominado “Derechos” y un segundo, con la reseña de “Deberes”.

En el caso de la sentencia de estudio, entendemos que la acepción utilizada está más ligada a deberes asumidos por Costa Rica como Estado parte de un instrumento de raigambre internacional, que le impone una serie de obligaciones a cumplir y las cuáles precisamente, se han estado ignorando absolutamente.

Finalmente, los juzgadores casacionistas entienden que la familia como soporte afectivo y humano, ejerce un interés singularizado, en la actividad emocional y de seguridad personal que subyace en el menor. Se vuelve a enfatizar que los poderes públicos no tienen competencias de simples espectadores, sino más bien de defensores de la permanencia del niño con sus padres –cuando ello sea factible para la salud integral del primero-, y que de esta situación, son garantes los diferentes instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

3.5 Los Derechos Humanos de las Mujeres: Obligaciones previstas para su beneficio

El Estado costarricense ha ratificado instrumentos internacionales referentes al avance de los Derechos Humanos de las mujeres que obligan a su aplicación debido a que los ha ratificado, así como las mismas Convenciones contemplan normas que, incluyen, tanto el compromiso por parte del Estado respectivo de no violar

los Derechos Humanos, sino también una acción positiva para garantizar el “pleno y total ejercicio” de estos derechos, como es el caso de la Convención Americana artículos 1 y 2.

El Tribunal interamericano ha establecido que, de acuerdo con el artículo 1.1 de la Convención, los Estados están obligados a respetar y garantizar los derechos humanos reconocidos en ella. La responsabilidad internacional del Estado se funda en actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana³⁹. En cuanto al deber de respeto, la Corte Interamericana ha sostenido que la primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del citado artículo, es la de “respetar los derechos y libertades” reconocidos en la Convención. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal⁴⁰.

Sobre la obligación de garantía la Corte ha establecido que puede ser cumplida de diferentes maneras, en función del derecho específico que el Estado deba garantizar y de las particulares necesidades de protección. Esta obligación implica el deber de los Estados de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como parte de dicha obligación, el Estado está en el deber jurídico de “prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”⁴¹. Lo decisivo es dilucidar “si una determinada violación [...] ha tenido lugar con el apoyo o la tolerancia del poder público o si éste ha actuado de manera que la trasgresión se haya cumplido en defecto de toda prevención o impunemente”⁴².

La sentencia utiliza una profusa determinación de instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos, atinentes a la protección de las mujeres, pero en especial enfatiza en aquellos tratados que reconocen como principios fundamentales la igualdad, la dignidad, el derecho a una vida libre de violencia y el derecho a vivir en paz de la Mujer. Es así que la Cámara Casacionista se decan-

39 Corte IDH, *Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 167, Sentencia de 10 de julio de 2007, párr 79 y Corte IDH, *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 196, Sentencia de 3 de abril de 2009, párrs. 72 y 73.

40 La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-6/86* del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 21.

41 Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo, Op Cit, párr. 174 y Caso Anzualdo Castro Vs. Perú, Op Cit, párr. 62

42 Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Op Cit, párr. 173; Corte IDH, *Caso Godínez Cruz Vs. Honduras*. Fondo. Serie C No. 5, Sentencia de 20 de enero de 1989, párr. 182, y Corte IDH, *Caso Gangaram Panday Vs. Surinam*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 16, Sentencia de 21 de enero de 1994, párr. 62.

ta por destacar las provisiones de la **Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer**, aprobada por Ley No 7499 de 9 de junio de 1994, que en diferentes provisiones obliga al Estado costarricense a analizar la situación de violencia que sufra una mujer en un caso sometido a su conocimiento⁴³. Asimismo, se refieren a la **Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra las Mujer o Convención Belem do Pará** constituye el primer instrumento legal internacional que reconoce el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia, así como considera la violencia contra las mujeres como una violación a los Derechos Humanos, en los artículos 1 a 3, 7 y 9.

Para el Tribunal Casacionista, los compromisos internacionales adoptados por Costa Rica al suscribir y ratificar las referidas Convenciones Internacionales de Derechos Humanos y en virtud de la aplicación de la Constitución Política, genera un deber de los Estados es prevenir las prácticas de la violencia contra la mujer, además de evitar que cualquier agente estatal pueda con sus actuaciones vulnerar los derechos de la Mujer. Se ilustra en la sentencia, el impacto producido por el Caso *María da Penha Maia Fernandez vs. Brasil* (2001), acaecido en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en relación a la aplicación por primera vez de la Convención de Belém do Pará, estada en el sistema interamericano para prevenir y sancionar la violencia doméstica contra la mujer.

3.5.1 El derecho de acceso a la justicia como un derecho humano de las mujeres

La sentencia que nos ocupa en su conjunto, analiza las implicaciones que conlleva el compromiso del Estado costarricense de hacer respetar los Derechos Humanos, según expuso como agravio la misma Defensoría de los Habitantes. Este apartado en especial reviste total interés, debido a que se solicita aquilatar el deber compromisorio general de los poderes públicos, hacia la vigencia de los derechos

43 “Artículo 2-. Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual (...).

Artículo 4-. Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: a. el derecho a que se respete su vida; b. el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; c. el derecho a la libertad y a la seguridad personales; d. el derecho a no ser sometida a torturas; e. el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia; f. el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley; g. el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos (...).

Artículo 9-. Para la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo, los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad.”

estatuidos en beneficio de la persona. Asimismo, contextualizar el compromiso específico del acceso a la justicia, tratándose sobre todo de grupos vulnerables como sería el caso de las mujeres sometidas al flagelo de la violencia.

Al respecto, el veredicto aduce que “El Estado costarricense ha asumido un compromiso de respeto de los Derechos Humanos al ratificar diferentes Convenciones Internacionales en los que se tutela la violencia contra la mujer. También la señora K. es madre de dos costarricenses, desde los Derechos Humanos se debe tutelar la integralidad de la familia. Se debe valorar la especificidad de las mujeres y de quienes son juzgados en el marco de los Derechos Humanos, asimismo exige el respeto y garantía de todos los institutos del derecho de Acceso a la Justicia. **El agravio se acoge**”. Fundamenta su criterio en diversos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos⁴⁴, así como en las opiniones consultivas OC 9/87 y 16/99 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en las que se desarrolla ampliamente las garantías de protección judicial y acceso a la justicia en condiciones de igualdad. De especial interés, resulta la invocación de las “100 reglas de Brasilia”, desarrolladas para la aplicación de la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, en el año 2008.

El camino hacia la consecución de la justicia hacia las mujeres, es un camino empedrado y de difícil tránsito, y en el ámbito jurisdiccional ha privado en muchas ocasiones, la impunidad absoluta. Si hablamos de violaciones en razón de género, existe comúnmente en nuestros países latinoamericanos, toda una estructura amorfa e inoperante, que es incapaz de atender y valorar efectivamente, las causas sintomáticas que se gestan desde la esfera preventiva, hasta llegar a la punitiva enjuiciando y sentando responsabilidades hacia los agresores. A título de ejemplificar lo dicho, ante problemáticas tan graves como podría ser el esclarecimiento de los casos de homicidios femeninos ocurridos en Ciudad Juárez en México, el Informe de la Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer de la CIDH, denota que según cifras oficiales aportadas por el Estado, no controvertidas por las otras partes, de 379 casos de homicidios de mujeres que ocurrieron en Ciudad Juárez entre 1993 y 2005, 145 contaban en el año 2005 con sentencias condenatorias o sanciones⁴⁵, lo que representa alrededor de un 38.5%.

De capital relevancia, se torna la caracterización que realiza el Tribunal de Casación Penal de San Ramón sobre el acceso a la justicia, comprendiendo no solo el

44 “El Acceso a la Justicia es reconocido en los diversos instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos, entre ellos: Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 6, 7, 8, 9, 10 y 11), el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14 inc. 3), la Convención Americana de Derechos Humanos (artículos 8 y 25), en el artículo 41 de la Constitución Política y en la legislación infraconstitucional creando un marco normativo por el que se garantiza el acceso a la justicia sin discriminación a instancias judiciales acceso de *iure* y de *facto*”.

45 *Cfr.* CIDH, *Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez*, folio 1734; Informe de la Relatora Especial sobre la Violencia contra la mujer, Op Cit, folio 2012; *Cfr.* Fiscalía Especial para la Atención de Delitos relacionados con los Homicidios de Mujeres en Ciudad Juárez, Procuraduría del Estado de Juárez, Informe Final de los homicidios de Mujeres, setiembre 2004, folios 14617 a 14651.

aspecto procesal a los actores o partes sobre quienes recae directamente la imputación de derechos y obligaciones -como sería en este caso la persona extraditable-, sino además de quienes exigen de forma directa, un resultado procesal justo puesto que el mismo tiene implicaciones hondas en su vida cotidiana, que es el caso de los menores involucrados. Concluye atinadamente que

“La negativa a resolver y conocer en el proceso extradicional sobre la situación de estas personas vulnerables, como ocurrió en el caso de la resolución del juez a quo, en criterio de este Tribunal violenta la observancia de los Derechos Humanos por omisión y da lugar a la responsabilidad estatal por inobservancia de los compromisos internacionales. Máxime en casos como el que nos ocupa en que se alegó la violencia contra la mujer y la niña y la situación de refugio en razón de la misma violencia. En razón de lo anterior, cabe acoger el agravio, por vulneración al acceso a la justicia de la extraditable N. y de su hija menor T.Z.G.K”

La anterior posición es muy congruente con lo dicho por ESPINAL IRÍAS, para quién el juez pronuncia el Derecho en los casos sometidos a su conocimiento, por encargo del Estado, y por ello: *“El Juez deviene obligado al resolver cada caso jurídico particular, tomando en consideración las convicciones y la voluntad soberana de la comunidad jurídica en la forma en que se encuentra expresada en el Derecho positivo vigente, establecida, precisamente, por su poder soberano de ordenación jurídica”*⁴⁶. Se reafirma que el Estado de Derecho tiene sentido para el juzgador, en la medida en que es partícipe con sus resoluciones a darle un sustento sólido, y ello se produce cada vez que invoca el elenco de garantías previstas en los derechos humanos, como un marco regulatorio procesal y de fondo, que contiene disposiciones expresas para el disfrute de los seres humanos en general.

IV CONSIDERACIONES FINALES

Los jueces cuentan con la facultad de defender y potenciar el disfrute de los derechos humanos en una determinada sociedad. No es algo que deben sopesar hacer, sino más bien, un deber inherente a sus funciones jurisdiccionales: declarar el derecho vigente.

El veredicto en cuestión ha sido aleccionador para la función jurisdiccional del juez, como baluarte del Estado de Derecho y la legalidad que se espera dimane de dicha estructura institucional. El juez tiene un compromiso ético con la vigencia de las garantías y libertades de los seres humanos, no importa el poder y presencia de los intereses o partes sometidas a litigio; su deber es aportar al engrandecimiento de la justicia. En el caso concreto, la justicia se <<tiñó de derechos humanos>>.

⁴⁶ ESPINAL IRÍAS, (Rigoberto) **“Los jueces y su responsabilidad para la vigencia de un Estado de Derecho”**, pág 37 en GONZÁLEZ VOLIO (Lorena) editora **“El Juez y la Defensa de la Democracia: Un enfoque a partir de los derechos humanos”**, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Comisión de las Comunidades Europeas, San José IIDH, primera edición, 1993.

por cuanto hubo jueces valientes que hicieron respetar las provisiones de tratados internacionales en esta materia, debidamente incorporados al bloque de juricidad por parte del mismo Estado costarricense. La sentencia en análisis sintetiza su espíritu declarativo, de la siguiente manera:

“Como hemos tenido ocasión de analizar (...) en el considerando precedente, esta Cámara ha realizado una interpretación hermenéutica del ordenamiento jurídico costarricense que le otorga a los tratados internacionales de Derechos Humanos un valor supra constitucional anteponiendo el respeto a la dignidad humana y los Derechos Humanos de la mujer y de la niña a no ser discriminada ni violentada, a gozar de una familia libre de violencia, el interés superior del menor, su protección integral deben ser valorados al momento de pronunciar la resolución correspondiente y de esta obligación no se desvincula ningún órgano del Estado administrativo o judicial. En consecuencia, esta Cámara postergó el ulterior análisis del procedimiento de la extradición con todos sus principios fundamentales e institutos, frente a ese conjunto universal de derechos que son reconocidos a los seres humanos por el solo hecho de serlo.

En el caso sub júdice no es posible escindir la situación de los Derechos Humanos de mujer requerida y de la niña del proceso de la extradición ante la situación de la violencia doméstica y el necesario respeto de la dignidad humana que el ordenamiento jurídico costarricense reconoce. En ese sentido, la argumentación del cumplimiento de la doble incriminación sobre la que dirigió todos los esfuerzos de la Procuraduría General de la República en representación del gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica ha perdido interés jurídico, en razón de la aplicación de las normas, principios y valores constitucionales que inspiran el Derecho de la Constitución costarricense, además del principio de jerarquía normativa y que implican un haz de garantías en cuanto al respeto de los Derechos Humanos que, como se expuso ampliamente, impiden la entrega”.

En consecuencia, se termina declarando con lugar el recurso de apelación interpuesto por Lizbeth Quesada Tristán, en su condición de Defensora de la Habitantes de la República y en consecuencia, se revoca la sentencia No. 130-P-2009 del Tribunal de Juicio de Puntarenas, de las trece horas del veinte de abril de dos mil nueve. Se declara sin lugar la extradición de la señora N. requerida por los Estados Unidos de Norte América, ordenándose poner inmediatamente en libertad a la afectada.

Las implicaciones de este fallo saltan a la vista, es la norma de derechos humanos siendo aplicada por los jueces como estrictos celadores y controladores de la legalidad. Para el Derecho costarricense, sin duda alguna, es una gran lección a

imitar por otros jueces operadores del sistema jurídico, en el sentido que se abre la dimensión de justiciabilidad del derecho penal en sus procesos de extradición, sin importar la fuente de remisión que tutela la garantía en concreto. Estamos ante la rendición de las normas de derecho internacional y su influjo en la sede interna, las cuáles son capaces de resguardar de una manera más satisfactoria, derechos humanos que subsisten ante cualquier tratado y proceso de extradición.

BIBLIOGRAFÍA

- ATLAN, (Henry) **“El cuerpo humano, sujeto de derechos humanos”** en Organización de las Naciones Unidas para la educación, Ciencia y Tecnología **“Los derechos humanos en el siglo XXI”**, Ediciones UNESCO-Icaria Editorial, Barcelona, primera edición, 1998.
- AYALA CORAO, (Carlos M.) **“La Jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos”**, en MENDEZ, (Juan) y COX, (Francisco) editores, **“El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos”**, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1998.
- BIDAT CAMPOS, (German J.), **“La Interpretación de los Derechos Humanos en la Jurisdicción Internacional y en la Jurisdicción Interna”**, en NIETO NAVIA, (Rafael) edit. **“La Corte y El Sistema Interamericano de Derechos Humanos”**, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, primera edición, 1997.
- ESPINAL IRÍAS, (Rigoberto) **“Los jueces y su responsabilidad para la vigencia de un Estado de Derecho”**, en GONZÁLEZ VOLIO (Lorena) editora **“El Juez y la Defensa de la Democracia: Un enfoque a partir de los derechos humanos”**, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Comisión de las Comunidades Europeas, San José IIDH, primera edición, 1993.
- GIL, (Fernando), JOVER, (Gonzalo) y REYERO, (David) **“La enseñanza de los derechos humanos”**, Editorial Paidós, 2001
- HABA M. (Enrique Pedro) editor **“Axiología Jurídica Fundamental: Bases de valoración en el discurso jurídico”**, Cátedra de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, Editorial Universidad de Costa Rica, segunda edición 2007,
- HAURIOU, (André) **“Derecho Constitucional e Instituciones Políticas”**, Ediciones Ariel-Colección Demos, Barcelona, 1971
- MARINA, (José Antonio) **“Crónicas de la ultramodernidad”**, Editorial Anagrama. Barcelona, 2000.
- Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Caso 12.051, Informe No. 54/01, Maria Da Penha Maia Fernandes vs. Brasil, **Informe Anual 2000**, OEA/Ser.L/V.II.111 Doc.20 rev. (2000).
- Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, **“Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos”**, Washington D.C. OEA/Ser.L/V/II. Doc.57, original: español, 31 de diciembre del 2009.

- Organización de las Naciones Unidas, CEDAW, Recomendación general 19: La Violencia contra la Mujer, 11° período de sesiones, 1992.
- Organización de las Naciones Unidas, Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993.
- Organización de las Naciones Unidas, Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 4 al 15 de septiembre de 1995, Declaración y Plataforma de Acción de Beijing aprobada en la 16° sesión plenaria celebrada el 15 de septiembre de 1995.
- Organización de las Naciones Unidas, La violencia contra la mujer en la familia: Informe de la Sra. Radhika Coomaraswamy, Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, presentado de conformidad con la resolución 1995/85 de la Comisión de Derechos Humanos, UN Doc. E/CN.4/1999/68, 10 de marzo de 1999
- Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer. Informe del Secretario General, Sexagésimo primer período de sesiones, A/61/122/Add.1, 6 de julio de 2006
- PIZA ESCALANTE, (Rodolfo) **“El Valor del Derecho y la Jurisprudencia Internacionales de Derechos Humanos en el Derecho y la Justicia Internos-El Ejemplo de Costa Rica”**, en **“Liber Amicorum: Homenaje a Héctor Fix Zamudio”**, Unión Europea-Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Volumen I, 1999
- RAWLS, (John) **“Teoría de la Justicia”**, sección de Obras de Filosofía, Fondo de Cultura Económica, México, traducción de María Dolores González, sexta reimpresión, 2006.

b) Normativa nacional

- Constitución Política de la República de Costa Rica, 07 de noviembre de 1949 y sus reformas.
- Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley N° 77 39 del 06 de enero de 1998.
- Ley General de Salud, Ley N° 5395 del 30 de octubre de 1973.
- Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley N° 7333 del 05 de mayo de 1993.
- Convención sobre los Derechos del Niño, Ley N° 7184 del 18 de julio de 1990.

c) Normativa internacional

- Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.
- Convención Americana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos en Ciudad de Guatemala el 06 de julio de 1999.

d) **Jurisprudencia nacional, regional y universal**

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto No 1147-90 de las 16:00 hrs del 21 de setiembre de mil novecientos noventa.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto No 2313-95 de las 16:18 hrs. de 9 de mayo de mil novecientos noventa y cinco.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto N° 02570-97 de las 13:00 horas 13 de mayo de mil novecientos noventa y siete.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto N° 11262- 2007 de las 15:00 hrs. del 24 de agosto del dos mil seis.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Voto N° 2007-017179, a las quince horas y treinta y dos minutos del veintisiete de noviembre del dos mil siete.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto No 2008-013432 de las catorce horas con tres minutos del tres de setiembre del dos mil ocho.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Voto N° 15461-2008 del 15 de octubre del dos mil ocho.

Corte IDH, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986

Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Fondo. Serie C No. 4, Sentencia de 29 de julio de 1988.

Corte IDH, Caso Perozo y otros Vs. Venezuela, Fondo. Serie C No. 4, Sentencia de 29 de julio de 1988.

Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 160, Sentencia de 25 de noviembre de 2006

Corte IDH, Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 167, Sentencia de 10 de julio de 2007.

Corte IDH, Caso Kawas Fernández Vs. Honduras, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 196, Sentencia de 3 de abril de 2009.

Corte IDH, Caso Anzualdo Castro Vs. Perú, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 20, Sentencia de 22 de Septiembre de 2009.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación N° 470/1990, Caso Kindler vs Canadá, dictamen aprobado el 30 de julio de 1993.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación N° CCPR/C/53/D/514/1992, Caso Sandra Frei vs Colombia, español, original:inglés, 26 de abril de 1995.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación N° CCPR/C/77/D/1086/2002, Caso Sholam Weiss vs Austria, español, original:inglés, 15 de mayo de 2003.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Humanos, Comunicación N° CCPR/C/78/D/829/1998, Caso Judge vs Canadá, español, original:inglés, 20 de octubre de 2003.

LA CÚPULA ADMINISTRATIVA DEL PODER JUDICIAL¹

Daniel González Álvarez

Exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia
Consultor Penal

¹ Conferencia pronunciada con ocasión del 18 Aniversario de creación del Consejo Superior del Poder Judicial, San José 2012.



"Novia japonesa", ilustración digital de Johnny Villares B. 2014

Resumen: El presente trabajo pone en evidencia que la creación del Consejo Superior del Poder Judicial pretendió dejar a la Corte Plena como el órgano encargado de las funciones del gobierno judicial y al Consejo las tareas de administración, pero que tal separación no ha sido posible porque los Magistrados han continuado asumiendo las más sensibles funciones administrativas por medio de las comisiones, en detrimento de la labor jurisdiccional que ha sido delegada en los asistentes letrados, lo cual afecta tanto las funciones administrativas, al ser dirigidas por profesionales no especializados, y las tareas jurisdiccionales para las que fueron nombrados los Magistrados, lo cual justifica continuar debatiendo sobre la necesidad de separar esas funciones.

Palabras clave: Administración Judicial, gobierno judicial, Consejo Superior del Poder Judicial, Corte Plena, Corte Suprema de Justicia, Magistrados.

Abstract: This paper shows that the creation of the Higher Council of the Judiciary sought to leave the Plenary Court as the body responsible for the functions of judicial government and the Council as the responsible of administration tasks, but that such separation was not possible because the Magistrates have continued to assume the most sensitive administrative functions through committees, to the detriment of the judicial work, that has been delegated to assistants lawyers, which affects both the administrative functions, to be led by non-specialists, and jurisdictional tasks for which they were appointed the Magistrates, which justifies further discussion on the need to separate these functions.

Keywords: Judicial Administration, judicial governance, Superior Council of the Judiciary, Plenary Court, Supreme Court

La ocasión es bastante propicia para realizar una exhaustiva evaluación de lo que se pretendió hace dieciocho años, a principios de los noventa, cuando se debatió sobre la creación de un órgano superior administrativo en el seno del Poder Judicial, de lo que se logró concretar en la ley, de lo que se llegó a cumplir en la realidad, de los aspectos todavía no alcanzados y de las necesidades de transformación, renovación y cambio que hacen necesario el avance de los años y el resultado de la experiencia.

He denominado estas breves palabras como “*la cúpula administrativa del Poder Judicial*” parafraseando el trabajo del Dr. Carlos José Gutiérrez denominado “*La cúpula judicial*” y en el que expuso hace ya treinta años la absoluta preeminencia de las tareas administrativas realizadas por los Magistrados de Corte Plena (70%), en detrimento de las labores jurisdiccionales para las cuales habían sido electos (30%), luego de entrevistar a los Magistrados de entonces preguntándoles sobre el tiempo que dedicaban a las labores administrativas y de comisiones, y las que se dedicaban a las labores jurisdiccionales, recordando que en aquella época no existían los Letrados Proyectistas, en cuyo caso resultaba obligatorio dedicarse en algún momento al estudio y análisis de los recursos y el dictado de sentencias (**Publicado en Revista Judicial n. 21, setiembre de 1981**).

Pero reconocemos y advertimos que hoy hablar de la Cúpula Administrativa del Poder Judicial implica referirse a un debate de potestades y funciones entre dos órganos: **Corte Plena versus Consejo Superior del Poder Judicial**, en donde el traslado de potestades ha implicado un regreso a las facultades iniciales de Corte Plena en detrimento de las potestades del Consejo Superior, como pretendo exponer brevemente aquí, con el fin de contribuir al debate de ideas en el seno judicial, mi casa de siempre.

1. ▶ CORTE PLENA COMO ÓRGANO SUPERIOR DEL PODER JUDICIAL.

A principio de los años noventa, cuando se discutía la necesidad de crear un órgano distinto a la Corte Plena que se encargara de las tareas administrativas en el Poder Judicial, la Corte Plena se reunía hasta tres veces por semana, inclusive los días sábados cuando estaba muy saturada la agenda, y ahí se decidía toda la suerte administrativa del sistema judicial, desde la construcción de un edificio y todas las contrataciones necesarias hasta el otorgamiento de un permiso a un empleado del más alejado tribunal del país para que asistiera a una cita médica. Eran tiempos difíciles para la Corte y sus magistrados, la agenda dejaba poco espacio a las discusiones de política general, para dedicarse a una labor que si bien resultaba indispensable y necesaria, no era adecuada para ser abordada por un pleno compuesto por los más altos jueces de la República, quienes además debían cumplir con otra serie de labores muy trascendentes para el país.

Pero el problema no resultaba ser solamente un exceso de trabajo, habían otros serios problemas, dos de ellos muy graves. Resultaba ser una importante distracción para las labores jurisdiccionales de los Magistrados, quienes dedicaban mayor tiempo a las cuestiones administrativas con menoscabo de las tareas jurisdiccionales en sus respectivas Salas.

Además, la Corte y sus Magistrados no se mostraban eficaces ni eficientes para responder con prontitud y profesionalismo administrativo ante ese cúmulo de tareas. La tardanza en la toma de decisiones, la cantidad de trabajo y las dificultades para abordarlo con rigor científico, hacían de Corte Plena un órgano administrativo ineficaz e ineficiente, para no usar otros adjetivos, ante una serie de demandas administrativas que hacían necesaria su intervención. Además se trataba de un órgano integrado por profesionales que en su mayoría no habían sido instruidos en las disciplinas de la administración pública.

Con ello no solo se soslayaban las decisiones importantes de política judicial, sino además las Salas de la Corte mantenían graves retrasos en el dictado de las sentencias para resolver en definitiva los juicios.

Para entonces se tenía bien clara la superioridad de la Corte Plena como el órgano más alto de toda la jerarquía judicial, conforme lo señala todavía el artículo 156 de la Constitución Política, al disponer que *“La Corte Suprema de Justicia es el tribunal superior del Poder Judicial, y de ella dependen los tribunales, funcionarios y empleados en el ramo judicial, sin perjuicio de lo que dispone esta Constitución sobre servicio civil.”*

De esa norma una gran mayoría estimaba que no era posible sustraer las funciones administrativas de la “Corte Plena” sin reformar antes la Constitución Política.

Sin embargo algunos comenzamos a impulsar la opinión de que la norma constitucional establecía la superioridad jurisdiccional de la “Corte Suprema de Justicia” pero no necesariamente la exclusividad en las labores administrativas, como también le estaban excluidos algunos aspectos jurisdiccionales de los que se ocupaban otros Tribunales de menor rango, con temas que no podían ser impugnados hasta la respectiva Casación, sin que ello se tradujera en una violación a la “superioridad” jurídica y jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia sobre todos los Tribunales del país.

También se comenzó a lanzar la idea de distinguir entre las funciones de gobierno y de política general, de las labores de administración y de gestión administrativa.

2. ▶ DISTINGUIR FUNCIONES DE GOBIERNO Y FUNCIONES DE ADMINISTRACIÓN.

La primera propuesta que nos atrevimos a lanzar fue deliberadamente radical, con el fin de llamar la atención para buscar una solución alterna, porque la saturación resultaba insostenible, además de la poca eficiencia mostrada en atender esos asuntos con la debida rigurosidad administrativa.

Se propuso crear un órgano administrativo distinto a Corte Plena, que se encargara de toda la actividad administrativa, incluyendo el nombramiento y la disciplina de los jueces, de modo que la Corte se reuniera ordinariamente sólo una o dos veces al año, en especial para la Apertura del Año Judicial, o en forma ex-

traordinaria cuando fuere convocada por su Presidente o un grupo determinado de Magistrados para atender un asunto concreto.

La reacción adversa fue inmediata para los integrantes de un órgano que estaba habitualmente acostumbrado a reunirse hasta tres veces por semana, para resolver todas las cuestiones administrativas, con todas sus implicaciones.

Desde luego esta posición radical podía entenderse contraria a la normativa constitucional, al vaciar de contenido las competencias administrativas de la Corte Plena, sin embargo debemos reconocer que dio espacio a la discusión de una tesis alterna, no necesariamente ecléctica.

La radicalidad de la propuesta permitió abrir espacio a la necesidad de distinguir las funciones de gobierno, que se pensaba debían reservarse a la Corte Plena y no podían sustraérsele, de las funciones de administración, que se proponía dejar a un órgano distinto de carácter administrativo.

Se analizaron las experiencias de los sistemas judiciales de los países más cercanos a nuestra tradición jurídica, como la España, Alemania, Italia, y la de algunos países latinoamericanos, y siempre concluimos que lo mejor era mantener el órgano administrativo adscrito a la esfera judicial, ante la cantidad de conflictos, de poder y de otro tipo, originados entre las cúpulas judiciales y las cúpulas administrativas, cuando se trataba de órganos autónomos e independientes uno del otro.

Además en la experiencia costarricense el artículo 156 de la Constitución Política, mientras no se modificara, impedía cualquier solución de autonomía, al establecer que la Corte Plena es el órgano superior del Poder Judicial.

Pero aun considerándose que el Consejo resultaba ser un órgano encargado de las labores de administración y la Corte de las funciones de gobierno y de las decisiones de reglamentación general, las voces de inconstitucionalidad permanecieron vigentes, al no aceptarse que la Constitución permitiera sustraer de Corte Plena las decisiones administrativas.

Nuestra propuesta no la considerábamos contraria a la Constitución porque no extraíamos del artículo 157 una exclusividad de la Corte en las tareas administrativas, como lo entendían otros. El hecho de que la Constitución eleve a la Corte Plena al rango de órgano superior de todo el Poder Judicial no significaba, en nuestro criterio, que se facultara a la Corte para asumir con exclusividad todas las decisiones finales en todos los temas asignados a los distintos órganos que integran el Poder Judicial, pues ello se traduciría en un verdadero caos funcional e institucional, además de contrariarse el sistema jurídico. Existen una gran cantidad de funciones atribuidas a distintos órganos del Poder Judicial, administrativos y jurisdiccionales, que son resueltas en instancias distintas a la Corte Plena, sin que ésta pueda asumirlas, conforme a otro principio básico de la administración pública, también recogido en nuestra Constitución, que establece que “*Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad. Están obligados a cumplir los deberes que la ley les impone y no pueden arrogarse facultades no concedidas en ella...*” (Artículo 11 de la Constitución Política).

Entonces pensábamos, y así seguimos considerándolo, que ser el “*órgano supe-*

rior” del Poder Judicial no se traduce en una facultad para asumir con exclusividad final las labores de todos los órganos judiciales. Existen claros ámbitos de independencia entre distintos órganos del sistema judicial costarricense, tanto en el plano jurisdiccional como en el administrativo, sin que ello se traduzca en una afrenta a la supremacía orgánica de la Corte Plena establecida en la Constitución Política.

En el plano jurisdiccional podemos citar la independencia de los jueces, la independencia del accionar de la policía judicial, la del Ministerio Público, la de los defensores públicos, por ejemplo; y en el plano administrativo es posible reconocer funciones que la Corte no puede asumir, como algunas del Departamento Financiero Contable, procesos de licitación para adquirir y contratar bienes y servicios; labores de fiscalización de la Auditoría Judicial, funciones de disciplina de la Inspección Judicial, entre muchas otras, y no por ello concluimos que se afecta la superioridad orgánica de la Corte Plena.

No obstante concederse la distinción entre funciones de gobierno y funciones de administración, la fuerza con que la mayoría de los Magistrados defendía la tesis de la superioridad orgánica como regla de exclusividad administrativa no vislumbraba opción para crear un órgano distinto a Corte Plena, hasta que se propuso la idea de establecer el proceso de avocamiento, según el cual podría crearse un órgano distinto a la Corte Plena para que asumiera la gran mayoría de las labores administrativas, siempre que la Corte conservara la opción de avocar en cualquier momento las decisiones de ese órgano. Así se delineó el contenido del actual inciso 11 del artículo 59 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que permite que el Presidente o cinco magistrados propongan a la Corte, por simple mayoría, avocar cualquier asunto de competencia del Consejo Superior del Poder Judicial.

3. ▶ CREACIÓN DEL CONSEJO SUPERIOR DEL PODER JUDICIAL

En ese contexto surge entonces la opción de crear un órgano distinto a Corte Plena, encargado de la gestión de las funciones administrativas bajo dos ideas centrales: En primer lugar que fuere un órgano interno, adscrito al Poder Judicial; y en segundo lugar que fuese un órgano subordinado a la Corte Plena, porque éste debía seguir siendo el órgano superior administrativo en el Poder Judicial.

Faltaba por resolver todavía varias cuestiones también muy importantes, como resultaban ser entre otras la posible integración de ese órgano administrativo, la forma de nombramiento de sus integrantes, su procedencia o requisitos, y las funciones que se trasladarían de Corte a ese órgano, temas sobre los cuales también hubo mucho debate y muchas discrepancias.

Ustedes conocen el resultado, no voy a reiterar aquí lo que hoy constituye el Consejo Superior, su forma de integración y sus funciones. Únicamente cito el artículo 67 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en cuanto establece que:

"El Consejo Superior del Poder Judicial es un órgano subordinado de la Corte Suprema de Justicia y le corresponde ejercer la administración y disciplina de ese Poder, de conformidad con la Constitución

Política y de acuerdo con lo dispuesto en esta Ley, con el propósito de asegurar la independencia, eficiencia, corrección y decoro de los tribunales y de garantizar los beneficios de la carrera judicial."

La subordinación fue clara y expresa, además Corte se reservó en la propuesta de ley varias funciones administrativas, como el nombramiento de los mas altos jueces del país, su vigilancia disciplinaria, el nombramiento de una buena cantidad de los jefes de oficinas administrativas, y el nombramiento del Jefe del Ministerio Publico, de la Defensa Publica y del Organismo de Investigación Judicial, nombramientos estos tres últimos que si nos parecieron siempre apropiados para la Corte Plena.

Corte también se cuidó de consignar en la propuesta de ley la sustracción del Consejo Superior sobre la labor de las Salas y de los Magistrados, de modo que éstos no debieran estar sometidos a ningún control por órganos subordinados.

Pero la reforma a la Orgánica no fue suficiente para estimar digerido el traslado de funciones administrativas a la Corte al Consejo. Como recordarán fue necesaria una huelga de varios días de los empleados del Poder Judicial, auspiciada por ANEJUD, para que Corte desistiera de intervenir en la elección del miembro del Consejo Superior proveniente de los empleados.

El Consejo inició así una labor de dirección y gestión administrativa, al mando de una Dirección Ejecutiva que los años han permitido consolidar.

4. ▶ EL CONTROL DE LA CORTE Y SUS MAGISTRADOS SOBRE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DEL PODER JUDICIAL EN LA ACTUALIDAD

Lamentablemente debemos reconocer que esa distinción que se quiso hacer entre tareas administrativas y tareas de gobierno no pudo llegar a zanjarse en forma definitiva, porque a través de varios mecanismos los Magistrados han retomado cada vez más una labor protagónica en toda la gestión administrativa del Poder Judicial, sin que haya sido necesario siquiera aplicar la facultad de avocamiento de la Corte sobre los acuerdos del Consejo, pues esta opción se ha aplicado en poquísimos asuntos.

Varias son las razones de este engrosamiento administrativo de la Corte.

En primer lugar muchos temas o asuntos que en estricto sentido debieran ser discutidos, analizados y decididos en el seno del Consejo, se trasladan a Corte porque los Magistrados se han manifestado interesados en conocer de esos temas, o porque se quiere solicitar el criterio del órgano superior, con el fin de obtener su aprobación.

Ello ha permitido mantener excelentes relaciones entre Magistrados y Consejeros, evitándose conflictos o disidencias del Consejo respecto de la Corte.

En segundo lugar, y tal vez constituye la principal causa, los Magistrados han invadido totalmente la actividad de gestión administrativa del Poder Judicial a través de las Comisiones, donde ellos son los directores o gerentes, disponiendo y

orientado el quehacer de la gestión administrativa en todos los ámbitos del Poder Judicial y la tendencia es a aumentar estas comisiones cada vez más.

Solicité a la Secretaría de la Corte una lista de las Comisiones en las que están integrados los Magistrados y resultaron a la fecha 74 **Comisiones Permanentes** integradas por Magistrados, sin hacer referencia a aquellas transitorias, temporales o de un encargo específico muy concreto.

Se trata de 74 Comisiones que en forma permanente impactan la gestión administrativa y se ocupan de muy distintos temas, de materias muy variadas, como por ejemplo, construcciones, personal, modernización, vehículos, asuntos ambientales, violencia doméstica, presupuesto, salud ocupacional, valores morales cívicos y religiosos, jubilaciones y pensiones, género, comunicaciones y notificaciones, evaluación del desempeño, accesibilidad, nombramientos, reforma judicial, organización judicial, reorganización de despachos judiciales, resolución alterna de conflictos, rendición de cuentas, notables de la gestión ética, calidad de la justicia, informática, anticorrupción y transparencia, seguimiento de plan estratégico, buenas prácticas, oralidad, diversidad sexual, flagrancias, imagen, y muchísimas otras más dedicadas a muy diversos temas, sin mencionar todas las comisiones permanentes dedicadas a cada una de las áreas o materias jurisdiccionales que conforman la actividad judicial: civil, penal, laboral, familia, contencioso-administrativo, agrario, etc, así como un buen grupo de Comisiones Inter-institucionales, conformadas por Magistrados, otros funcionarios judiciales y funcionarios de otros ámbitos del Estado, que también inciden en el quehacer administrativo interno del Poder Judicial.

La intervención de las Comisiones en muchos casos es directa, aprueban directrices e instrucciones que son de acatamiento obligatorio para los funcionarios judiciales. En algunos casos sus decisiones son llevadas al seno de la Corte, o del Consejo, pero la regla general es que esas “recomendaciones” sean aprobadas, convirtiendo la aprobación en una mera formalidad, pues se trata del dictamen de los magistrados especializados en el tema propuesto o al menos que le han dedicado tiempo a estudiar y profundizar el asunto propuesto, sin que generalmente existan disidencias o discrepancias con la recomendación, lo que equivale a una mayor influencia administrativa.

Por otro lado, a diferencia de lo que ocurría en la época en que se realizó el estudio sobre “*La Cúpula Judicial*” del Dr. Carlos José Gutiérrez, en la actualidad los Magistrados tienen el auxilio de abogados letrados para ayudarlos a la labor jurisdiccional, consolidándose así la delegación de funciones jurisdiccionales en estos necesarios asistentes, y permitiéndoles disponer de mayor tiempo para atender cuestiones administrativas, las cuales no son delegadas por los Magistrados.

En otros términos, se ha producido en la actualidad un mayor involucramiento de los Magistrados en labores administrativas y una mayor delegación de las tareas jurisdiccionales, cuando el proceso debería ser inverso para el correcto funcionamiento de la gestión administrativa judicial por un lado, y de la tutela judicial efectiva para los ciudadanos, por el otro.

Conforme a la “*Relación de Puestos*” contenida en la Ley de Presupuesto del presente año (2011), hay 109 Abogados Letrados (Profesionales en Derecho 3B) distribuidos en las cuatro Salas de la Corte Suprema de Justicia.

Considero que hoy en día la figura del Abogado Letrado es un auxilio necesario e indispensable para el Magistrado, ante la excesiva carga de trabajo jurisdiccional en cada una de las Salas de la Corte, pues constituye la única vía para prestar un adecuado servicio de justicia, con prontitud y calidad, en beneficio de todos los ciudadanos, principalmente de los usuarios del sistema judicial.

Sin embargo también estimo que sería deseable que los Magistrados se sustraieran más del trabajo administrativo en el que están inmersos, y se involucraran más en las labores jurisdiccionales, de modo que las atiendan casi con exclusividad.

La labor de los Magistrados deben distribuirla en sus intervenciones en las distintas Comisiones de las que forman parte, con sesiones semanales algunas, la asistencia a audiencias orales en los recursos formulados, la asistencia a las sesiones de Corte, la atención de los funcionarios que demandan entrevistarse con ellos. Tómese en cuenta que la participación de los Magistrados en Corte Plena, no se satisface con asistir a las sesiones sino que implica además prepararse para participar, estudiar la documentación relacionada con cada uno de los asuntos administrativos que se le hayan turnado, lo que también demanda muchas horas de trabajo administrativo semanal.

En esa perspectiva es indispensable que deban ser auxiliados en las labores jurisdiccionales, por medio de los abogados letrados, pero también se hace necesario auxiliarlos despojándolos de las labores administrativas en las que están inmersos, por medio del fortalecimiento del Consejo Superior, al que debe trasladarse toda la gestión administrativa del Poder Judicial.

5. ▶ TODAVÍA DEBEMOS DISCUTIR SOBRE EL MODELO DE GESTIÓN ADMINISTRATIVA DEL PODER JUDICIAL

Concluyo esta breve intervención señalando la necesidad de discutir el modelo de gestión administrativa deseable para el Poder Judicial en la segunda década del Siglo XXI.

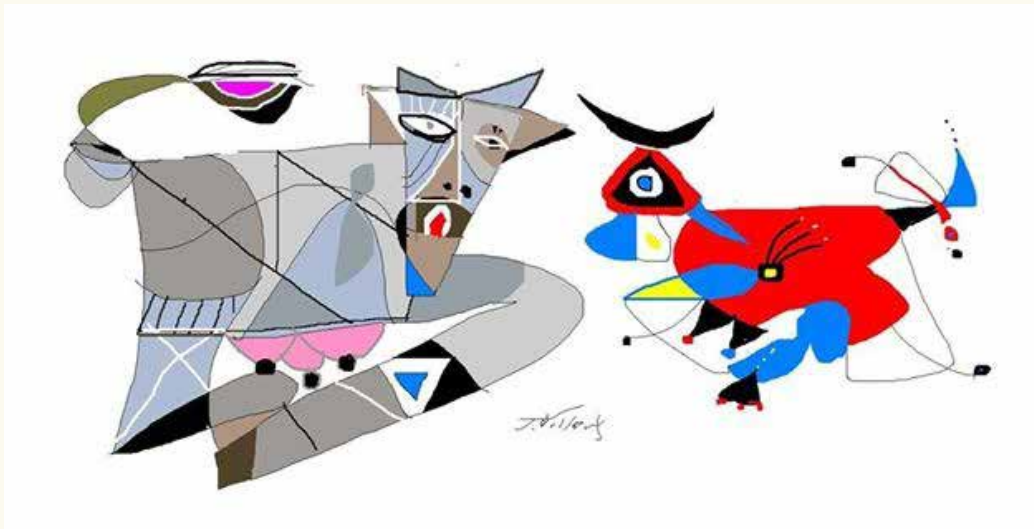
Todavía constituye tarea pendiente la necesidad de sustraer a la Corte y a sus Magistrados de la gestión administrativa del Poder Judicial, no sólo realizando una clara distribución de tareas entre la Corte y el Consejo, donde la primera asuma las labores de gobierno y el segundo las de administración, sino además estableciendo límites claros a las potestades de la Corte a través de Comisiones, con el fin de que se impida que invadan la labor de gestión administrativa del Poder Judicial.

Es necesario que las labores de gestión administrativa las realicen profesionales especializados, dedicados a tiempo completo, como también se hace necesario un involucramiento mayor de los magistrados en la función jurisdiccional.

Dieciocho años después es tiempo suficiente para evaluar el camino recorrido con la creación del Consejo Superior del Poder Judicial, analizar sus logros, sus

resultados, los aspectos positivos y desde luego la necesidad de rectificar donde haya que hacerse, pero sobre todo se hace evidente e indispensable la necesidad de fortalecerlo, de consolidarlo ya como una de las instituciones más importantes del quehacer de la labor judicial.

Sin un aparato administrativo fuerte, profesional e independiente no será posible un Poder Judicial compuesto por jueces adecuadamente preparados para brindar una tutela judicial efectiva y real, para un país que en tiempos difíciles para la seguridad de los ciudadanos no ha apostado a la militarización como los demás de la región, sino por el mantenimiento del sistema jurídico y la consolidación del estado de derecho, y esto solo será posible en la medida en que ese Poder Judicial esté preparado para hacerlo, en el plano político, en lo jurídico, en lo funcional y en lo administrativo. Debemos reconocer que tendremos que enfrentarnos a gestionar un Poder Judicial en época de crisis, es indispensable hacerlo con mucho profesionalismo y eficacia.



"Vaca Picassiana y gallo Mironiano" - ilustración digital de Johnny Villares B. 2014