



Escuela Judicial
Lic. Édgar Cervantes Villalta



Colecciones Derecho y Justicia 2009



Escuela Judicial

Director: Marvin Carvajal Pérez

Subdirector: Mateo Ivankovich Fonseca

Especialista del Programa de especialización penal: Ligia Cerdas Solano

Especialista del Programa de especialización penal: Max Escalante Quirós

Administrador: José Vicente Martínez Oporto

Gestor de capacitación: Mario Francisco Piedra Díaz

Jefa Área de servicios técnicos: Magdalena Aguilar Álvarez

Revisión filológica y corrección: Irene Rojas Rodríguez

Diseño de portada: Sheyla Quesada Valverde

Consejo editorial Ad hoc: Marvin Carvajal Pérez, Mateo Ivankovich Fonseca,
Ligia Cerdas Solano, Max Escalante Quirós.

El contenido de los artículos publicados es responsabilidad de sus autores (as) y no necesariamente reflejan la opinión del Director o de la Escuela Judicial.

Hecho el depósito de ley. Derechos reservados. ISSN: 1659-4053

Advertencia:

De conformidad con la Ley de Derechos de autor y derechos conexos, se prohíbe reproducir, transmitir, grabar, filmar total o parcialmente el contenido de esta publicación mediante cualquier sistema de reproducción. La violación a esta ley por parte de persona física o jurídica, será sancionada penalmente. Esta revista ha sido producida sin fines de lucro, de manera que está prohibida su venta.

PODER JUDICIAL DE COSTA RICA

ESCUELA JUDICIAL

Lic. Édgar Cervantes Villalta

Teléfono: 2295-4541

Fax: 2295: 4542

Apdo: 285-3007

Dirección electrónica: www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial

Costa Rica, Heredia, San Joaquín de Flores

2009

Presentación

El ordenamiento jurídico, que los poderes judiciales tienen el deber de garantizar, está sujeto a constantes cambios. El derecho es una realidad viviente y cambiante que requiere de una constante observación y análisis por parte de la Justicia, con la finalidad de garantizar la más eficaz defensa del ordenamiento, el real logro de la justicia ante los conflictos que son puestos bajo su conocimiento.

La Escuela Judicial, órgano concebido para ofrecer formación y capacitación de alta calidad a quienes llevan a cabo la función jurisdiccional, debe propiciar la reflexión permanente sobre los asuntos de interés para la Judicatura. Debe constituirse en el foro natural para el estudio y el análisis de los grandes desafíos que imponen la complejidad y la evolutividad del ordenamiento jurídico y de la sociedad que está llamada a regular.

Con los Cuadernos de Derecho y Justicia, la Escuela Judicial pretende generar debates del más alto nivel acerca de temas especialmente relevantes para el ejercicio de la función jurisdiccional. Cada uno de estos volúmenes trata de aspectos propios de una determinada especialidad, con el objeto de traer a su población meta, las reflexiones y propuestas de destacadas y destacados especialistas del Poder Judicial, de la Academia y del Foro nacional, así como de personas invitadas internacionales que aportan una visión particular de problemas comunes, en atención a sus respectivas disciplinas y sistemas nacionales.

Este segundo número de Cuadernos de Derecho y Justicia aborda temas de derecho penal, derecho penal internacional y derecho procesal penal. Trata aspectos de derecho sustantivo relativos al papel del derecho penal en los comienzos del siglo XXI, frente a la complejidad de la realidad delictiva existente, así como de la necesidad de preservar la esencia de la intervención estatal en la esfera privada, con plena garantía de los derechos fundamentales de las personas, desde una perspectiva crítica (Pritwitz y Chirino). Aborda temas de una principal relevancia internacional, como el análisis del principio *Nulla poena sine lege* (Ambos); y nos invita a reflexionar sobre el aporte para la época de la ilustración de la figura histórica de Jean Paul Marat (Llobet)

Analiza cuestiones novedosas en la teoría del delito, en torno a la evolución del concepto de bienes jurídicos (Rodríguez), así como temas de derecho penal especial, relativos a nuevos tipos penales o nuevas formas de enfrentar formas tradicionales de criminalidad (Escalante, Gómez y García).

En el ámbito procesal, describe y escruta algunas reformas legales recientes que han venido a modificar fuertemente el ordenamiento jurídico penal en un corto período de tiempo, en mate-

rias tales como: la protección de víctimas y testigos (Villalobos y Salazar), el procedimiento para casos de flagrancia (Chinchilla), así como la figura del agente encubierto en casos de terrorismo (González), el uso de la oralidad en la emisión de sentencias (Arroyo) y la nueva legislación sobre notificaciones (Serrano).

Esta obra cuenta con el aporte invaluable de profesionales de la Judicatura, del Ministerio Público, de la Defensa Pública, del sector privado nacional, como el caso del Doctor Javier Llobet Rodríguez, profesor de la Universidad de Costa Rica y con la contribución de los profesores Cornelius Pritwitz de la Universidad Frankfurt am Main de Alemania y del profesor Kai Ambos de la Universidad Georg August, Göttingen, también de la república alemana.

Estamos seguros de que este segundo volumen será de gran utilidad para todas aquellas personas que ocupan cargos en el sector de la justicia en el área penal, que se relacionan en su quehacer profesional con el sistema de justicia penal, o que, simplemente, están interesadas en el debate de los grandes problemas que afronta el Estado cuando interviene para prevenir la transgresión o restablecer el pleno goce de los bienes jurídicos de la ciudadanía.

Finalmente, esta obra marca el comienzo de una nueva forma de producir obras jurídicas por parte de la Escuela Judicial, en la cual se apostará por el acceso irrestricto a sus publicaciones por medio de la Internet por sobre la impresión de grandes cantidades de volúmenes. Entendemos que así podremos dar una mayor difusión a los excelentes estudios que la conforman, cumpliendo de manera más adecuada el objetivo para el que fueron escritos y contribuyendo a la democratización del conocimiento.

San Joaquín de Flores, octubre de 2009.

Índice de contenidos

I PARTE: Derecho Penal Sustantivo

Tendencias actuales del derecho penal y de la política criminal. El derecho penal entre “derecho penal de riesgo” y “derecho penal del enemigo”9 Cornelius Prittwitz	
Nulla poena sine lege en derecho penal internacional.....21 Kai Ambos	
Jean Paúl Marat y la ilustración penal41 Javier Llobet Rodríguez	
El derecho penal “moderno” y la política criminal en Costa Rica hoy.....71 Alfredo Chirino Sánchez	
El delito de tráfico de influencias.....93 Max Antonio Escalante Quirós	
Aportes valorativos en torno al delito de “conducción temeraria”: ¿salvación o trampa?.....115 Lilliana García Vargas	

II PARTE: Derecho Procesal Penal

De reformas y contrarreformas. El juzgamiento de los delitos cometidos en flagrancia137 Rosaura Chinchilla Calderón	
Protección de testigos y debido proceso159 Ronald Salazar Murillo	
La criminalidad organizada y el agente encubierto en la legislación penal costarricense.....181 José Arnoldo González Castro	

La acción civil resarcitoria en el proceso penal. Problemas de aplicación.....	211
Rafael Ángel Sanabria Rojas	
Algunas anotaciones a la Ley de Notificaciones Judiciales desde la perspectiva del derecho penal.....	229
William Serrano Baby	
Prisión preventiva y otras medidas cautelares, a la luz de la incorporación del artículo 239 bis del Código Procesal Penal.....	247
Nuria Villalobos Solano	

I PARTE
Derecho Penal
Sustantivo

Tendencias actuales del derecho penal y de la política criminal. El derecho penal entre “derecho penal de riesgo” y “derecho penal del enemigo”

Cornelius Prittwitz*

I

Quiero agradecer a la Escuela Judicial de Costa Rica así como al Poder Judicial de este país por haberme invitado a participar en este congreso, y también a Gustavo Chan por presentar una introducción tan amable. Estoy orgulloso de que Gustavo Chan sea mi discípulo y que se encuentre aquí en Fráncfort en mi cátedra y en la fase final de su tesis doctoral.

Es un verdadero placer y honor participar en este congreso y lamento no poder estar en este momento en Costa Rica. Pero podemos aprovechar las posibilidades de la tecnología. También me complace participar –aunque virtualmente– en este congreso junto con mi colega Alfredo Chirino, a quien lamentablemente todavía no conozco personalmente, y es como Gustavo Chan, un penalista de Costa Rica y de Fráncfort. Además, trabajó aquí con mi colega y amigo Winfried Hassemer. Estoy muy complacido de continuar con Gustavo Chan esta buena tradición de cooperación académica entre los penalistas de Costa Rica y de Fráncfort.

Esta cooperación no es accidental. Aunque hay algunas distinciones en nuestros sistemas penales, también existe una gran cantidad de problemas, tanto de fondo como de la actualidad y que compartimos y nos motivan realizar una cooperación útil y valiosa. Es el caso, por ejemplo, en el tema de Gustavo Chan, el Derecho penal de menores, pero también es el caso de otros temas importantes como el derecho penal utilizado para salvar el medio ambiente, con el fin de luchar contra el terrorismo o la criminalidad organizada.

Actualmente en Costa Rica existe un proyecto de legislación penal en este contexto de la lucha contra el crimen organizado. No conozco los detalles de este proyecto, pero el debate en Costa Rica y en Alemania como en otros estados siempre incluye algunas líneas muy similares, y quisiera comentarlas muy brevemente. Nadie afirma que el crimen organizado no es una amenaza a la sociedad liberal y para el Estado de derecho. Pero, sí se puede discutir cuál de los dos aspectos es el riesgo más grande para la liberalidad y el Estado de derecho: ¿el crimen organizado o la lucha contra este fenómeno? Porque, en primer lugar, nadie verdaderamente sabe

* Catedrático de derecho penal, proceso penal, criminología y filosofía del derecho en la Universidad Johann Wolfgang Goethe Frankfurt am Main.

si la lucha con el derecho penal será exitosa. Por otro lado, sabemos muy bien, que los cambios del derecho penal necesarios para preparar tal lucha son dañosos para el derecho penal y sus principios, también para las garantías de la ciudadanía y para el Estado de derecho. Se debe tener cuidado entonces con estos cambios al parecer indispensables, ya que muchas veces son puro simbolismo en cuanto a las ventajas, pero muy reales en cuanto a las desventajas.

Votar a favor o en contra de tales proyectos es solo un aspecto, y lo importante es comprender las tendencias fundamentales del derecho penal y de la política criminal que forman el fundamento de tal voto. Y este es el tema de fondo de mi intervención de hoy día. A continuación, presentaré los resultados de mis trabajos y los resumiré en cinco tesis:

Las tendencias más importantes y la situación del derecho penal y de la política criminal se pueden describir en dos nociones bien conocidas hoy día: estoy hablando del derecho penal de riesgo y del Derecho penal del enemigo.

Es notable e importante entender que con estas dos nociones no estamos hablando de dos tendencias independientes una de otra. El "derecho penal del enemigo" no es nada más que el modismo actual, así como el derecho penal de riesgos no fue el modismo de los años noventa del siglo pasado. A mi juicio, la noción del derecho penal del riesgo describe un cambio importante, estructural e irreversible, tal vez hasta una revolución del derecho penal en el pensamiento y en las acciones del derecho penal. También es un cambio que en el fondo es adecuado y necesario, pero es un cambio con oportunidades y con riesgos. En caso contrario, el derecho penal del enemigo es una consecuencia fatal del derecho penal del riesgo y merece ser rechazado con toda la claridad posible.

La realidad de estas nociones y de estos conceptos del derecho penal se denomina "expansión" del derecho penal, y esto significa sin duda una expansión del poder del Estado acompañado con una pérdida de garantías y libertad de la ciudadanía.

Hay dos tendencias que no tienen nada que ver con el derecho penal, pero que agravan el problema: estoy hablando de una tendencia de internacionalización y globalización del derecho penal por un lado y de la importancia cada día más grande de los medios de comunicación de masas por otro lado. La globalización en sí no es dañosa, pero es una tendencia que intensifica la dirección actual del derecho penal. Lo mismo se puede afirmar sobre los medios de comunicación de masas. Hay ventajas considerables (imagínense lo que sucede en Irán o en China y en otros países, inconcebible sin los medios de comunicación de masas), pero con su interés en el crimen y las víctimas producen una presión casi irresistible para la política criminal.

Con todo esto es cada día más difícil distinguir entre el derecho penal y la guerra o la guerra civil, y el derecho penal del enemigo no se esfuerza en ocultarlo.

Estas cinco tesis no son buenas noticias para muchas personas, por ejemplo para quienes se dan cuenta de que no se pueden solucionar muchos problemas sociales con el derecho penal, también para quienes saben que la mala utilización del derecho penal quiere indicar que la utilización frecuente y dura del derecho penal a veces no solo no resuelve, sino al contrario intensifica los problemas.

Además, esta mala utilización del derecho penal produce daños y riesgos al derecho penal que es (o debe ser) última ratio, a un derecho penal que pretende ser ejemplo de soluciones civilizadas de problemas y conflictos. Y, finalmente, esta mala utilización está pagada por las víctimas del derecho penal menos legítimo. Este precio, en teoría y en la realidad de algunos países, está pagado por toda la ciudadanía. En muchos países, son las personas pobres, las “ya excluidas”, quienes pagan la cuenta de estas tendencias. Mis cinco tesis son provocantes y producen protestas de diversos sectores. En el tiempo que me queda, intentaré justificar e ilustrar mis tesis.

Al inicio (II) voy a debatir por qué tantas personas participantes del debate resisten mis tesis. Esta introducción, a la vez, es una breve caracterización de mi comprensión del derecho penal y de su ciencia. Después (III y IV) trataré las dos nociones centrales: la noción del derecho penal de riesgo y del derecho penal del enemigo, ya que son necesarios, porque no es en absoluto claro qué significan estas nociones, mejor dicho: cómo se utilizan. Al final (V) presentaré un resumen y una perspectiva que ojalá no sean solamente pesimistas.

II

Iniciamos con algunas reflexiones sobre por qué existen tantos criterios, y de diversos lados que no comparten mi descripción del derecho penal y sus tendencias actuales.

El derecho penal es un ámbito donde muchas personas se sienten expertas: claro que los políticos y las políticas lo piensan, pero también la llamada “gente del pueblo” se siente bien preparada para debatir problemas del derecho penal. Pero como objeto de los debates, este derecho penal tiene más que una cara. Los y las penalistas tradicionales del derecho penal así como lo hemos tratado (y hablando de los penalistas alemanes, como lo hemos exportado con gran éxito) no han tenido mucho interés en estas caras bastante distintas. En ocasiones, hemos tratado los problemas de la legitimidad del derecho penal en un nivel bastante filosófico y abstracto.

Sin tomar en cuenta la realidad del derecho penal, numerosos penalistas lo han legitimado con la teoría de los y las delincuentes que han causado un mal a otras personas, por lo que con toda la legitimidad han sido castigados, porque quiere indicar que son destinatarios de un mal.

Hoy día la mayoría de los penalistas no están de acuerdo con el antiguo principio *punitur quiam peccatum est*. Postulan que el derecho penal y las penas son legítimos siempre y cuando el derecho penal y las penas previenen futuros crímenes. Ustedes conocen los nombres sonoros de estas llamadas teorías relativas del derecho penal: teorías de prevención general y especial con variantes negativas y positivas.

Lo que muchas personas no se dan cuenta es que también estos penalistas no ponen mucha atención en la realidad del derecho penal. Repito, quienes afirman que el derecho penal es legítimo porque produce resultados útiles no quieren saber si en realidad estos resultados son producidos. Presuponen más de lo saben que con el derecho penal hay menos criminalidad, y que la ciudadanía verdaderamente está protegida por el derecho penal.

En esta situación, donde todas las personas están convencidas de que el derecho penal sirve (a un fin o al otro), surgió un derecho penal sin gran debate público ni siquiera de los y las penalistas, el cual en verdad puede servir a muchos fines y que, a mi juicio, sirve a muchos fines, algunos más legítimos que otros. Y acompañándolo nosotros y nosotras los penalistas, en primer lugar tratamos la dogmática del derecho penal, las reglas de la justa imputación objetiva y subjetiva, aspectos técnicos, por supuesto, importantes, pero que requieren un buen fundamento y un consenso fundado sobre las tareas legítimas y realistas del derecho penal. Y es aquí donde veo las “caras distintas” del derecho penal.

Las tres caras más importantes son las siguientes:

- Para quienes pagan atención a la realidad del derecho penal (quiere decir para pocos y pocas penalistas) y que pagan atención a la realidad tanto actual como la realidad pasada del derecho penal, para este grupo el derecho penal en primer lugar es un instrumento de las personas poderosas para asegurar su poder, y a veces les parece un instrumento de represión en el sentido de supresión, por ejemplo, de la oposición. Una parte de este grupo piensa que así es todavía hoy día. Son las personas críticas radicales del derecho penal, como en el caso de una criminología crítica.
- Otros comparten esta perspectiva crítica del derecho penal en el pasado, pero quieren preparar el derecho penal que antes fue utilizado por las personas poderosas, para una nueva, “buena” y políticamente legítima lucha en contra de las personas poderosas del mundo político y económico. En Alemania, por ejemplo mi colega y amigo Bernd Schünemann, cuando hablan sobre el derecho penal, trabajan con esta perspectiva del derecho penal, y nunca se sabe si hablan de una utopía o de una realidad.
- Hay un tercer grupo, y es mi convicción que muchos y muchas penalistas, tanto en la universidad y en la vida práctica, son parte de este grupo que piensa que estos dos primeros grupos están

muy preocupados con las nociones de poder y ausencia de poder. Creen y quieren creer que los temas del derecho penal de hoy día son y deben ser los derechos de la ciudadanía, los cuales son la libertad y la seguridad.

Estas caras muy distintas del derecho penal a mi juicio son el fundamento de muchas controversias. Pero también son responsables por muchos mal entendidos en nuestros debates nacionales e internacionales. ¿Por qué será así?

Quienes desean utilizar el derecho penal para asegurar el poder y también quienes pretenden utilizarlo para limitar el poder, estarán a favor de una expansión del derecho penal, además de un derecho penal duro y lo considerarán legítimo. Se trata de una coalición extraña. Entre estos dos grupos, solamente de vez en cuando surgen dudas, cuando se puede ver que, por razones de efectividad, más derecho penal significa menos efectos.

Existe otra coalición extraña: quienes hoy día –con razón y sin razón– critican el derecho penal como instrumento de las personas poderosas, y quienes –de nuevo con razón y sin razón– temen que el nuevo derecho penal se dirige en contra de ellos, las personas poderosas: estos dos grupos bastante heterogéneos favorecerán menos el derecho penal y más garantías.

Estas personas enfrentan la situación más difícil: no niegan la relación entre el derecho penal y el poder; pero no piensan que es el tema central del derecho penal de hoy día. Además están convencidas de que el tema central actualmente es la protección de los derechos y de la seguridad de la ciudadanía. Y ¿por qué esta posición es difícil? Porque para quien la protección de la ciudadanía en la realidad del derecho penal es lo más importante, las dudas sobre legitimidad y efectividad del derecho penal son diferentes.

Las personas que valoran los derechos de la ciudadanía esperan protección por parte del derecho penal; pero dándose cuenta de los resultados de la criminología empírica sobre prevención general y, especial, no suprimirán fácilmente sus dudas sobre el potencial del derecho penal. Por otro lado, con lo que sabemos sobre los daños que produce el derecho penal, se preocuparán sobre la protección de la ciudadanía antes del derecho penal que siempre pone en riesgo garantías y libertad, aunque sea utilizado para la protección de la ciudadanía.

Mi propia perspectiva del derecho penal y de sus tendencias no se basa en la idea de un derecho penal que es un instrumento de las personas poderosas, ni se basa en la idea de un derecho penal que es un instrumento contra las personas poderosas. Mi tesis es que el derecho penal, después de haberse cambiado en un “derecho penal del riesgo”, está en peligro de cambiarse en un “derecho penal del enemigo”, y esta tesis se basa en la idea de un derecho penal preocupado con razón con los derechos de la ciudadanía.

Continuamos entonces con breves reconstrucciones del “derecho penal del riesgo” y del “derecho penal del enemigo”.

III

¿Qué es el “derecho penal del riesgo”? La noción no es muy clara y muchas personas en el debate la utilizan de distintos sentidos, por lo que no sirve para un buen debate. Esperé ser claro con mi libro sobre “Derecho penal y riesgo” (1992); pero parece que, en este sentido, no fui muy exitoso, como lo demuestra la crítica de algunos colegas.

Lo que sí admito es que una variedad de modelos del derecho penal puede ser nombrada “derecho penal del riesgo”; por ejemplo, si se trata de derecho penal del riesgo, algunos penalistas (como en Alemania, Wolfgang Frisch) ponen la producción de riesgos y el aumento de riesgos en el centro de un nuevo sistema dogmático de la imputación. Y tampoco puedo encontrar un buen argumento para no llamar “derecho penal del riesgo” un derecho penal que –dispuesto a pagar este objetivo ambicioso con cambios radicales del sistema– un derecho penal que quiere asegurar la sobrevivencia de nuestro planeta, el cual está amenazado por el llamado progreso tecnológico, así como, por ejemplo, Günter Stratenwerth lo ha formulado.

Sin embargo, a mi juicio, estas dos ideas –una dogmática de riesgos, por un lado, y la alarma contra riesgos desastrosos– son partes integrantes del fenómeno “derecho penal del riesgo”, pero no ilustran lo específico del llamado “derecho penal del riesgo”.

Este elemento específico del “derecho penal del riesgo”, que integra tanto el modelo de una dogmática de riesgos como la política criminal de luchar contra los riesgos, es el descubrimiento sociológico del riesgo, así como Niklas Luhmann y otros lo han formulado. Este descubrimiento sociológico indica que la idea, la lógica y el modelo del riesgo han entrado en el pensamiento de nuestras sociedades modernas.

Así, lógicamente para todas las personas que piensan que el derecho penal no es nada más que una parte integral, aunque específica del “control social” (como Winfried Hassemer lo ha demostrado de manera impresionante), no se van a sorprender de mi definición del “derecho penal del riesgo”. En paralelo con el desarrollo social, también la política criminal, la teoría de las penas y todo “el derecho penal” son caracterizados por la llamada “sociedad de riesgo” de Ulrich Beck.

¿Qué es la realidad de este derecho penal del riesgo?

Este derecho penal ya no tiene la ambición de ser fragmentario; ha mutado en un derecho penal expansivo, lejos de ser última ratio. Quiero aclarar que esto no es una consecuencia lógica

del modelo del “derecho penal del riesgo”; pero es una consecuencia que se puede probar empíricamente. Hablando de la “expansión”, se trata de una acogida de nuevos candidatos en el ámbito de los bienes jurídicos, tales como: el medio ambiente, la salud pública, el mercado de capital o la promoción de la posición de mercado; el adelantamiento de las barreras entre el comportamiento impune y el punible, por regla general apostrofado de modo algo precipitado como adelantamiento de la barrera de “protección” penal y, finalmente, en tercer lugar, la reducción de las exigencias para la reprochabilidad, lo que se expresa en el cambio de paradigma que va de la hostilidad para el bien jurídico a la peligrosidad para el mismo.

Situándonos aún en un plano descriptivo, otro elemento característico de este derecho penal del riesgo es que el comportamiento que va ser tipificado no se considera previamente como socialmente inadecuado, al contrario se criminaliza para que sea considerado como socialmente desvalorado. Esta descripción afecta al derecho penal medioambiental in toto y puede apreciarse también en el derecho penal económico, y conduce en ámbitos distintos a los conocidos y criticados con razón, a una revitalización de la creencia en la “fuerza conformadora de costumbres del derecho penal”.

La motivación ética de esta nueva criminalización rara vez tiene que ver con comportamientos violentos (normal y correctamente ya penalizados), pues se trata de comportamientos, cuyas consecuencias trascienden a la criminalidad clásica violenta y que solo cuando se analizan superficialmente resultan inofensivos. Estas conductas no contravienen generalmente la ética más inmediata que impregna la moral social y que resulta altamente relevante en el modo de comportarse, sino que, por el contrario, contravienen con frecuencia una “moral lejana” mucho menos relevante en la conformación de conductas. Estas conductas generalmente son designadas como criminalidad de bagatela, en cuanto que su peligrosidad surge únicamente por el denominado efecto de acumulación o, dicho de otro modo, la falta de peligrosidad en el momento del comportamiento se desmiente únicamente a través de la consideración de perspectivas temporales más amplias.

Ante la duda, se afectan antes los comportamientos conformes con el sistema que los comportamientos desviados, lo cual muestra en los nuevos criminalizadores un punto de partida crítico hacia la sociedad y hacia el poder, lo que políticamente despierta mis simpatías. Las personas destinatarias idóneas de las nuevas normas penales son con frecuencia solo aquellas que disponen ya de determinadas posiciones de poder.

La acentuación de estas características del derecho penal del riesgo manifiesta que, al menos en mi opinión, este sirve a los fines legítimos, necesarios y justos. Pero muestra también de forma clara que existe una serie de exigencias que desbordan el proyecto del derecho penal del riesgo, si lo que se pretende es utilizar la criminalización, según manda la tradición, de forma instrumental

con el fin de evitar comportamientos peligrosos. Y es que un programa penal, que tiene la razón de su parte, pero que no descansa en categorías morales y normas sociales asentadas (inhibición a matar, tabú de la violencia, la ética más cercana), que además debe imponerse frente a las posiciones de poder establecidas y que lleva ad absurdum el concepto –por todos bien visto– del comportamiento desviado, tropieza pronto con los límites de su poder de definición y, en cualquier caso, de su potencial de dirección.

Todo ello anuncia la funcionalización del derecho penal no solo en pro de los fines de minimización del riesgo, sino también (y de modo mucho más prometedor) en aras de la seguridad subjetiva. Lo anterior, traducido a la terminología penal, significa que, junto a la legitimación proveniente en primera línea de la prometida prevención de riesgos mediante la dirección del comportamiento arriesgado, está en juego a largo plazo y, no precisamente de forma casual, la preservación simbólica de la insegura sociedad de riesgo.

¿Cuáles resultados o posibles resultados, puede ofrecer un derecho penal, cuyo perfil tal como se ha descrito ha cambiado bajo el peso de estos nuevos cometidos? Mi diagnóstico y pronóstico son los siguientes: estas tareas lo sobrepasan. La respuesta a los problemas de la sociedad moderna, los cuales se desarrollan a todas luces de forma vertiginosa y que aquí se han ejemplificado y singularizado mediante la ecología o la economía, queda sin resolver cuando se traspasa generosamente al derecho penal. Incluso puede tener ocasionalmente efectos colaterales y contraproducidos en la intervención del derecho penal, pues dado que no se pueden detener las causas estructurales –o más acertadamente sistémicas– que conducen al fracaso del derecho penal como solución, las pretendidas mejoras que se efectúan socavan paulatinamente su perfil constitucional.

Con esta caracterización del derecho penal que lógicamente es derecho penal del riesgo, pero aceptando las tareas de solucionar los problemas de la sociedad de riesgos, se ha superado, así que uno tiene que concluir que el derecho penal en algunas encrucijadas no ha elegido el buen camino, por lo cual lo dejo y me dedico al derecho penal del enemigo.

IV

La noción “derecho penal del enemigo” caracteriza un derecho penal con el que el Estado no confronta a su ciudadanía sino a sus enemigos y enemigas. ¿Como se puede reconocer? Primero, en sus normas. El derecho penal del enemigo castiga a sus enemigos y enemigas más duro y más rápido. En el ámbito del derecho penal (material), entonces la esfera libre (hablamos de la libertad de comportarse libremente, pero también del libre pensamiento de la ciudadanía) es más limitada. Al mismo tiempo, también la ciudadanía cuando es “enemiga” carece de derechos procesales.

Esta descripción podría recordarles a algunos de ustedes mi descripción de la “cara real” del derecho penal del riesgo. Pero no he confundido las páginas de mi intervención. Más bien, esta afinidad entre la descripción de Jakobs del “derecho penal del enemigo” con mi descripción del desarrollo equivocado del “derecho penal del riesgo” no es una coincidencia. Los dos se parecen. Y así, como yo critiqué este “derecho penal del riesgo” equivocado, así lo criticó Jakobs, cuando en 1985 –evidamente con motivo de provocación– lo llamó “derecho penal del enemigo”.

En 1985, la crítica produjo ovaciones de los colegas; en la práctica la crítica no tenía gran efectos. En 1999, cuando la crítica de Jakobs cambió en un modelo, sus colegas no querían creerlo. ¿Qué pasó? Para justificar este cambio radical, Jakobs sugiere que las personas (deplorable e inexplicablemente Jakobs aún los llama “no-personas”), quienes se comportan como enemigas merecen ser tratadas como enemigas. Y según Jakobs, la multitud de enemigos y enemigas –desde afuera del país y desde adentro– no deja al estado otra alternativa que reaccionar con un “derecho (penal) del enemigo”.

Considero que lo que Jakobs quiere lograr con la separación entre “derecho penal del enemigo” y “derecho penal del ciudadano,” no es solamente la salvación del estado liberal, sino también la salvación del “derecho penal (garantista) del ciudadano”. Pero este intento está condenado a fracasar. El conjunto del derecho penal ya está infectado con elementos del “derecho penal del enemigo” y la reconstrucción de una parte del derecho penal como derecho garantista es inconcebible.

Los argumentos críticos normativos son aún más importantes y estoy convencido de que la noción de “no-persona” (independientemente de sus posibles raíces filosóficas) después de los años nazis, ya no se puede utilizar. Tratar algunos y algunas delincuentes como enemigos es normativamente inaceptable. Y el argumento de Jakobs de que no hay que tratar enemigos como personas, porque no pueden reaccionar como personas, es un pesimismo cultural sin algún fundamento empírico.

El daño colateral que Jakobs produjo con sus consideraciones y con la noción bastante placativa del “derecho penal del enemigo” ya es incalculable. Regímenes autoritarios darán una bienvenida muy cordial a esta legitimación filosófica y sonora de su derecho penal (y procesal penal) autoritario. Pero aún en el debate en Alemania, Jakobs es corresponsable de la violación del tabú de haber destruido sin necesidad la frontera no debatida entre derecho penal y guerra. No me parece coincidencia que desde hace pocos años, tenemos en Alemania un debate sobre la legitimidad de la tortura en algunos casos.

V

Para concluir “las tres caras” del derecho penal, el derecho penal como “instrumento del poder y de las personas poderosas”, sin duda es derecho penal del enemigo en su forma pura y radical. Este derecho penal de las personas poderosas no necesita el desvío de un derecho penal del riesgo, este derecho penal ya existía antes de la carrera de la noción del riesgo.

Es un poco más difícil con el derecho penal en contra de las personas poderosas: la visión de que el derecho –incluido el derecho penal– es un derecho para todas las personas, por ende, también para las personas poderosas, es parte integrante de la misma idea del Estado de derecho. Pero a veces, considero que algunas de las personas partidarias de este modelo simplemente quieren más igualdad en la aplicación del derecho penal, y algunas personas quieren redireccionar el derecho penal: también quieren un derecho penal del enemigo, pero con otros enemigos y enemigas.

Considero que lo más alarmante es otro aspecto: mi análisis de que el derecho penal que quiere proteger los bienes y los derechos de los ciudadanos y las ciudadanas (un derecho penal que con buena razón tiene una buena conciencia), después de haber cambiado en un derecho penal del riesgo y aplicado en la sociedad de riesgos, acompañado y multiplicado por los medios de comunicación de masas, está cambiando en un derecho penal del enemigo. La crítica del derecho penal del enemigo, al aparecer, es una crítica de la noción y no, como debería ser, una crítica del modelo.

Si es de esta manera y, mientras el derecho penal del riesgo tenga “la cara fea” de un derecho penal del enemigo, la idea del derecho (y es la misma idea de justicia) pierde influencia, y los derechos y las garantías de la ciudadanía están amenazados. Asimismo, se debe repetir que hay dudas muy serias de que este derecho penal del enemigo pueda lograr lo que sus partidarios y partidarias benevolentes quieren lograr.

¿Cuál es entonces la perspectiva? ¿Hay que ser pesimista? ¡No lo creo! Sucede como con el clima. Lo importante no son las tormentas de hoy o de mañana, sino la evolución a largo plazo y sostenible, la cual en el contexto del cambio del clima puede producir pesimismo. Sin embargo, en cuanto al derecho penal garantista a largo plazo, produce optimismo. No negando el análisis crítico, creo que sí se puede indicar que la historia de los últimos doscientos años, en cuanto al Estado de derecho, es una historia de éxito y, a pesar de los atavismos como el nazismo alemán, el Estado de derecho, en distintas partes del mundo, es más o menos avanzado.

Pero aunque la idea del derecho penal garantista ya tiene una historia de doscientos años, no hay que olvidar que este modelo no fue una realidad en ningún Estado. Y observando y analizando la realidad del derecho penal, sí se puede ver el progreso considerable, siempre y cuando existan situaciones democráticas y cuando las desigualdades económicas no sean demasiado grandes.

Nulla poena sine lege en derecho penal internacional

Kai Ambos*

1. Antecedentes históricos del principio

Johann Paul Anselm Feuerbach, el gran penalista alemán, en su Tratado de Derecho penal de 1801 formuló la regla según la cual nadie debe ser castigado por una conducta que no sea delictiva en el momento de su comisión, empleando para ello la expresión latina: “nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali”¹. Sin embargo, Feuerbach no pensaba tanto en la pena efectiva como en la punibilidad de cierta conducta que, en esencia, está determinada por el *actus reus* (Tatbestand*), desarrollado cien años más tarde por el académico alemán Ernst Beling². Para Feuerbach, la *lex poena indeterminata* no entraba en contradicción con el principio *nullum crimen*³. De hecho, distinguía entre un sentido amplio y un sentido estricto de *lex poenalis*:

Strafgesetz (lex poenalis) im weiteren Sinn, heisst jedes Gesetz, das sich auf Verbrechen und deren Bestrafung bezieht. Im engeren Sinn ist es ein Gesetz, welches eine Strafdrohung gegen gesetzwidrige Handlung zu seinem Inhalt hat und besteht in der kategorischen Erglärung der Notwendigkeit eines sinnlichen Uebels auf den Fall einer bestimmten Rechtsverletzung⁴.

Parece que Feuerbach solo aplicaba la regla *nulla poena* a la ley penal en sentido estricto, como si, por su parte, la ley penal en sentido amplio no necesitara penas precisas. Como consecuencia

* Kai Ambos, Profesor de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional, Universidad Georg August, Göttingen, Alemania. Título original: “Nulla poena sine lege in International Criminal Law”, en Haveman/Olusanya, *Sentencing and Sanctioning in Supranational Criminal Law*, Amberes-Oxford, 2006, pp. 17-35. Trad. española a cargo de Albert Estrada i Cuadras (Universitat Pompeu Fabra). Agradezco al Dr. Shahryar Ebrahim-Nesbat, (antiguo) investigador en el Departamento de Derecho Penal Internacional y extranjero del Instituto de Derecho Penal y Justicia de la Universidad de Göttingen (Alemania), por su ayuda en la investigación realizada para la elaboración de este artículo.

1 Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, 1.ª ed., Giessen, 1801, § 24 (p. 20).

* Tipo (n. del t.).

2 Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, § 14, (p. 113).

3 Feuerbach, *Lehrbuch*, § 84, p. 65, § 113 (p. 94).

4 Feuerbach, *Lehrbuch*, § 81 (p. 63) [La traducción española del texto alemán reproducido supra reza así: “la ley penal (*lex poenalis*) en sentido amplio es aquella ley que se refiere al delito y a su punición. En sentido estricto es una ley cuyo contenido es una conminación penal frente a una acción ilícita y se basa en la justificación categórica de la necesidad de un mal con sentido en caso de una determinada vulneración del Derecho” (n. del t.)].

de ello, el juez era libre para fijar la pena en el caso de las llamadas absolut unbestimmte Strafen (penas absolutamente indeterminadas)⁵ y solo estaba vinculado por algunos principios generales⁶. Por regla general, el juez podía imponer cualquier pena en estos casos, incluso la pena de muerte⁷. Estas penas indeterminadas no violaban el principio nulla poena siempre y cuando la infracción penal previera la imposición de algún castigo. Por otro lado, en el caso de las penas previstas por la ley (las llamadas absolut bestimmte Strafen – penas absolutamente determinadas) el juez tenía que imponer la pena de acuerdo con dicha ley. De forma similar, la posición dominante en la doctrina (alemana) de la primera mitad del siglo XIX no advertía ningún conflicto entre el principio nulla poena y las penas absolutamente indeterminadas⁸.

Aunque Feuerbach fue quien dio nombre al principio nullum crimen, nulla poena, la regla como tal no fue de ningún modo obra suya. De acuerdo con la perspectiva tradicional del derecho inglés, esta regla puede encontrarse ya en la Magna Carta (1215), cuyo art. 39 prohíbe cualquier restricción de la libertad de un hombre a menos que esté basada en un juicio justo o en la ley de la tierra: nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae⁹. La lex terrae –la ley de la tierra– es lo que hoy conocemos como el common law. Edward Coke lo tradujo más tarde en su famoso “Institutes” (1628) por “due process of law”¹⁰. Así, el principio nullum crimen se convirtió en un aspecto del concepto más amplio del debido proceso legal, que va mucho más allá de la mera protección contra la retroactividad de las leyes penales¹¹. De hecho, ya en 1798 se reconoció que la prohibición de leyes ex post facto del art. I.9.3 de la Constitución de los EE.UU. (1783), que en su exclusiva literalidad restringe el poder legislativo¹², se refería a las leyes penales¹³, extendiéndose después al sistema judicial a través de la incorporación de la regla ex post facto a la cláusula del debido proceso¹⁴. Por último, aunque no menos importante, merece

5 Feuerbach, Lehrbuch, § 113 (p. 94) y § 86 (p. 66).

6 Para una descripción detallada de estos principios Feuerbach, Lehrbuch, § 114 y ss. (especialmente importante es la peligrosidad del acto).

7 Feuerbach, Lehrbuch, § 86 (p. 66), con nota al pie.

8 Bauer, Lehrbuch des Strafrechts, 2.ª ed., Göttingen, 1833, § 23; Dabelow, “Wie dachten die Alten über das Strafrecht des Staates?”, Neues Archiv des Criminalrechts, 3, (1819), p. 617, p. 626; Tittmann, Handbuch der Strafrechtswissenschaft, 2.ª ed., vol. 1, Halle, 1822, pp. 17-18; Roßhirt, Lehrbuch des Criminalrechts, Heidelberg, 1821, § 93, pp. 175-176.

9 Wagner, Magna Carta Libertatum von 1215, Berna, 1951, p. 22.

10 Coke, Institutes of the Laws of England, parte II, 4.ª ed., 1671, cap. 29, “Per legem terrae”, pp. 51-55; Schreiber, Gesetz und Richter, Fráncfort d. M., 1976, pp. 52 y ss.

11 Schmitt, Das internationalrechtliche Verbrechen des Angriffskrieges und der Grundsatz „Nullum crimen, nulla poena sine lege”, informe legal de 1945 editado por H. Quaritsch, Berlín, 1994, p. 20; Hall, General Principles of Criminal Law, 2.ª ed., Indianápolis, 1960, pp. 30-31.

12 “No bill of attainder or ex post facto law shall be passed” [“No se aprobarán decretos de proscripción ni leyes ex post facto” (n. del t.)].

13 Calder v. Bull, 3 U.S. 386.

14 Cfr. Atrill, “Nulla poena sine lege in comparative perspective: Retrospectivity under the ECHR and US Constitution”, Public Law, 110 (2005), con referencia (nota 11) al caso Rogers v. Tennessee 532 U.S. 451 (2001).

la pena recordar que el famoso filósofo inglés John Locke desempeñó un significativo papel en la diseminación del principio *nullum crimen*. Así, en su conocido “*Treatises of Government*” escribió:

El poder absoluto y arbitrario ni el gobernar sin leyes fijas y permanentes pueden conciliarse con los fines de la sociedad y el gobierno (...). No puede suponerse que se propusieran, si tuvieran el poder de hacerlo, otorgar a uno cualquiera o a más de uno un poder absoluto y arbitrario sobre sus personas (...). Y, por tanto, cualquiera sea la forma bajo la cual se halle la república, el poder dirigente debiera gobernar mediante leyes declaradas y aceptadas y no por medio de repentinos dictados e indeterminadas resoluciones. (...) Porque siendo todo el poder que el gobierno tiene para el bien de la sociedad, así como no debiera ser arbitrario y empleado a capricho, de igual modo debiera ser ejercido mediante leyes establecidas y promulgadas, a fin de que el pueblo pudiera conocer su deber y a la vez sentirse resguardado y seguro dentro de los límites de la ley, y, asimismo, para que los gobernantes se mantuvieran dentro de sus facultades, y no se sintieran tentados por el poder que tienen en sus manos a emplearlo para propósitos y medidas tales, que no desearían que fueran conocidos ni reconocerían de buen grado¹⁵.

En el continente (europeo), el *ius commune* mostró originariamente poco interés en una determinación precisa de la pena. La famosa *Constitutio Criminalis Carolina* de Carlos V (1532) contenía una regla general para penas imprecisas y, mientras el art. 126 de la *Bambergische Halsgerichtordnung* (1507) limitaba la discreción del juez o “*Schöppen*”¹⁶ obligándole a recurrir a consultores legales en caso de penas imprecisas, el art. 105 CCC dejaba la determinación de la pena a la total discreción del juez¹⁷. Por esta razón, Benedict Carpzov llamó a esta pena “*poena arbitraria*” o “*poena extraordinaria*”¹⁸. Por su parte, el académico italiano Cesare Beccaria, en su clásico “*Dei delitti e delle pene*” (1764) defendió que la certeza, la previsibilidad y la seguridad jurídica estuvieran garantizadas por la estricta letra de la ley frente a la interpretación arbitraria e

15 Locke, *Two Treatises of Government*, Cambridge, 1988, “*Tratado Segundo*”, § 137, pp. 377-378 (énfasis en el original) [Traducción española del texto reproducido supra a cargo de Mario H. Calichio en Locke, J., *Segundo Tratado de Gobierno*, Buenos Aires 1959, pp. 109-110 (n. del t.)].

16 Los “*Schöppen*” eran expertos legales y normalmente ocupaban una “*Schöppenstuhl*” en la Facultad de Derecho, emitiendo opiniones legales para preparar el veredicto final, ver Buchda, en Erler et al. (eds.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte* (HRG), vol. I, Berlín, 1971, col. 83-86, voz “*Aktenversendung*” y Battenberg, en *ibidem*, vol. 4, 1990, col. 1474-1478, voz “*Schöppenstuhl*”. Sobre esta tradición del “*envío del expediente*” (*Aktenversendung*) y los diferentes órganos consultados ver Oestmann, en: *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, 2004, pp. 127 y ss.

17 Roßhirt, *Lehrbuch*, pp. 176-177.

18 Feuerbach, *Lehrbuch*, § 159, p. 122.

ilimitada de los jueces¹⁹. La Revolución Francesa recogió estas ideas en la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (1789), cuyo art. 7 prohíbe cualquier restricción de la libertad excepto "dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites". Más explícitamente, el art. 8 se refiere a la prohibición de retroactividad: "(...) et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée"²⁰. Mientras el Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten (Derecho general de la tierra para los Estados Prusianos, 1794) aún dejaba a los jueces discreción en la determinación de la pena sometiéndoles solo a un límite máximo²¹, la Constitución prusiana (1850) adoptó, en su art. 8, la misma posición que la Declaración francesa: "Strafen können nur in Gemäßheit des Gesetzes angedroht und vollstrecht werden"²². De forma semejante, el art. 4 del Código Penal francés (1810) y el § 2 del Código Penal prusiano (1851) requerían un castigo que debía estar determinado por la ley con anterioridad a la comisión del delito²³. Por último, aunque no menos importante, merece la pena mencionar que el gran jurista alemán Rudolf von Jhering enfatizó que el principio de legalidad se fundamenta en el sentido formal de la letra de la ley²⁴.

Este breve recorrido histórico permite alcanzar algunas conclusiones que pueden contribuir a la correcta comprensión del principio nulla poena en el derecho penal internacional de hoy. En primer lugar, es llamativo que las fuentes históricas no distinguieran entre nullum crimen y nulla poena. De hecho, la fórmula introducida por Feuerbach, que, a primera vista, parece poner al mismo nivel crimen y poena, influyó fuertemente las sucesivas concepciones. La misma expresión puede encontrarse todavía en el discurso actual de la mayoría de los juristas del civil

19 Véase el primer párrafo en el cap. III ("Conseguenze"): "La prima conseguenza di questi principii è che le sole leggi possono decretar le pene su i delitti, e quest'autorità non può risiedere che presso il legislatore, che rappresenta tutta la società unita per un contratto sociale; nessun magistrato (che è parte di società) può con giustizia infligger pene contro ad un altro membro della società medesima. Ma una pena accresciuta al di là dal limite fissato dalle leggi è la pena giusta piú un'altra pena; dunque non può un magistrato, sotto qualunque pretesto di zelo o di ben pubblico, accrescere la pena stabilita ad un delinquente cittadino". Véase también cap. IV ("Interpretazione delle leggi"). Se puede acceder al original italiano en <http://digilander.libero.it/bepi/delitti/>. Hay traducciones en varios idiomas, ver, p.ej., para una versión en castellano, Beccaria, De los delitos y las penas, 3.ª ed., Bogotá, 2003, pp. 12-13 y ss.

20 Art. 7 y art. 8 de la Constitución francesa del 3 de septiembre de 1791 en Debbasch/Pontier, Les Constitutions de La France, 3.ª ed., París, 1996, p. 10.

21 Parte II, Título 20, §§ 45 y ss., reimpresso en Buschmann, Textbuch zur Strafrechtsgeschichte, München, 1998, p. 277 y ss. Cfr., para un relato histórico, Koch, "Bestimmtheitserfordernisse", HRG 2.ª ed. (próxima publicación), vol. 1, voz "Bestimmtheitserfordernisse".

22 "Las penas solo pueden imponerse y ejecutarse de acuerdo con la Ley".

23 Para más detalles véase Heffter, "Bemerkungen über Anwendung und Auslegung des neuen Strafgesetzbuchs", Goldammer's Archiv, 1 (1853), pp. 26-27.

24 Von Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Segunda Parte, Sección Primera, 3.ª ed., Leipzig, 1874, p. 49; Id., El espíritu del derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo, (trad. española E.P. Satorres), tomo II, 1891, p. 56; Id., L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement (trad. francesa O. de Meulenaere), tomo II, 1877, p. 48 y ss.

law (con la excepción de los franceses)²⁵ así como en la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales y la doctrina penal internacional (ver infra 3). Sin embargo, mientras Feuerbach y los actuales penalistas distinguen de manera sustancialmente correcta entre crimen y poena –el primero referido a la punibilidad de una determinada conducta; el segundo a su (concreto) castigo²⁶– no parece ser este el caso en la jurisprudencia ni tampoco en la literatura penales internacionales en general²⁷. Como consecuencia, a menudo se ignora la necesaria diferenciación entre las concretas repercusiones de estos principios.

Una segunda conclusión a extraer es que la regla original se refería casi exclusivamente a la prohibición de leyes penales retroactivas, retrospectivas o en terminología estadounidense leyes penales ex post facto. Más allá del elemento *lex praevia*, que es una parte explícita de la fórmula de Feuerbach, es difícil encontrar los demás elementos que hoy se atribuyen usualmente al principio, esto es, los requisitos de *lex certa* (certeza de los elementos de la infracción penal), *lex stricta* (prohibición de analogía in malam partem) y *lex scripta* (ley escrita)²⁸. De hecho, en la Declaración francesa de 1789 solo pueden encontrarse referencias a la regla *lex scripta* cuando habla de las formas de la ley “qu’élle a préscrites” (art. 7) y de la “loi établi et promulguée” (art. 8). No obstante, el problema de este requisito es que no está reconocido en las jurisdicciones del common law²⁹, especialmente en aquellas donde este aún rige en buena medida, es decir, en los ordenamientos jurídicos que forman parte del Reino Unido y, en particular, aquellos (p.ej. en África) basados en el

25 Véase Mir Puig, *Derecho Penal: Parte General*, 6.ª ed., Barcelona, 2002, p. 110 y ss.; Padovani, *Diritto penale*, 7.ª ed., Milán, 2004, p. 15 y ss. Críticamente Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, vol. I, 3.ª ed., Múnich, 1997, § 5, n.º marg. 22, nota al pie 27: “Heute formuliert man meist: *nullum crimen, nulla poena sine lege*, indem man zwischen strafbaren Verhalten (crimen) und Strafe (poena) unterscheidet. Feuerbach faßte in dem Wort poena beides zusammen, wie dies auch jetzt noch nicht selten geschieht” [“hoy en día la formulación más frecuente es *nullum crimen, nulla poena sine lege*, diferenciando entre conducta punible (crimen) y pena (poena). Feuerbach incluía ambos en el término ‘poena’, como todavía sucede hoy en ocasiones” (n. del t.)]. Diferenciando entre “crimen” y “poena” Stefani/Levasseur/Bouloc, *Droit pénal général*, 18.ª ed., París, 2003, n.º marg. 132 y ss.

26 Uno de los pocos autores en Derecho penal internacional que ha escrito en este sentido es Dana, *Nulla poena sine lege: Is the ICC in compliance?*, tesis de LLM, Leiden, 2002, p. 9. Véase también Haveman, “The principle of legality”, en Haveman/Kavran/Nicholls (eds.), *Supranational criminal law: a system sui generis*, Amberes, 2003, p. 64.

27 Véase, como ejemplo reciente, Martini, “Il principio nulla poena sine lege e la determinazione delle pene nel sistema della Corte Penale Internazionale”, en Cassese/Chiavario/de Francesco (eds.), *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, Turín, 2005, p. 215 y ss. Este autor pretende referirse al principio nulla poena (ver el título de su contribución) y empieza citando el art. 23 del Estatuto de la CPI, pero en realidad se refiere al principio *nullum crimen, nulla poena tal* y como fue formulado por Feuerbach y desarrollado durante la Ilustración (ibidem, pp. 216-220) antes de llegar, al menos parcialmente, a las cuestiones relacionadas con la determinación de la pena.

28 Para una visión general, cfr. Haveman, en *Supranational criminal law*, p. 40 y ss.; Dana, “Reflections on the ICC Sentencing Provisions and the Rights of the Accused in light of the Nulla Poena Principle”, en Klip et al. (eds.), *Liber Amicorum et Amicarum voor Prof. mr. E. Prakken*, Deventer, 2004, p. 351 y ss., ambos con amplias referencias.

29 Cfr. Schmitt, *Das internationalrechtliche*, pp. 20-21; Haveman, en *Supranational criminal law*, pp. 41-42. Para un análisis distinto ver Fornasari, “Il principio di legalità”, en Fornasari/Menghini (eds.), *Percorsi europei di diritto penale*, Padua, 2005, p. 1, p. 10 y ss.

common law inglés³⁰. Para el jurista tradicional del common law, la exigencia de una ley escrita podría aparecer como excesivamente formalista³¹, especialmente en lo que respecta a los delitos mala in se. El fundamento de la distinción mala in se/mala prohibita es convincente siempre y cuando uno no se pierda en las sutilezas de la cualificación de delitos concretos: dado que el carácter criminal de un acto mala in se es reconocible por todo el mundo, en todo momento y de acuerdo con el puro sentido común, resulta innecesaria su explícita codificación como infracción penal; por el contrario, un acto malum prohibitum debe ser prohibido por la ley para ser considerado aceptado como criminal en la medida en que no reúne (per se) tal condición³².

Ante estas distintas comprensiones entre las jurisdicciones del civil law y las del common law, no es sorprendente que el derecho comparado ofrezca una imagen heterogénea. Algunos sistemas jurídicos, como, por ejemplo, Francia, Bélgica y Suiza, distinguen entre nulla poena y nullum crimen y aplican también la lex certa al castigo³³. Algunas constituciones contienen el principio de legalidad, por ejemplo, el art. 103.2 de la Ley Fundamental alemana³⁴, mientras otras solo prevén la prohibición de retroactividad, como, por ejemplo, el art. I.9.3 de la Constitución de los EE.UU. (antes mencionado)³⁵. El principio también está constitucionalmente reconocido en el derecho árabe-islámico, fuertemente influenciado por la tradición del derecho continental³⁶. En un nivel regional supranacional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, buscando un término medio entre las jurisdicciones continentales y las del common law que forman parte del sistema europeo de derechos humanos, limita el principio nullum crimen, nulla poena establecido en el art. 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos a la “accesibilidad” y “previsibilidad” de la

30 Con una visión más crítica, v. recientemente, Ashworth, “Human rights, criminal law and the principles of legal certainty”, en Arnold et al. (eds.), *Festschrift für Albin Eser*, Múnich, 2005, p. 55.

31 Cfr. Schabas, “Perverse Effects of the Nulla poena principle: National practice and the ad hoc tribunals”, *European Journal of International Law*, 11 (2000), p. 538, quien habla de “obsession textuelle” (en el contexto de los crímenes internacionales).

32 Muy claro a este respecto ya Schmitt, *Das internationalrechtliche Verbrechen*, pp. 21-22.

33 Stefani/Levasseur/Boulloc, *Droit pénal général*, n.º marg. 132; Bremer, *Nationale Strafverfolgung internationaler Verbrechen*, Fráncfort d.M., 1999, con referencias a Suiza (p. 257 y ss.) y Bélgica (p. 322 y ss.).

34 Principio de legalidad: art. 14 de la Constitución de Bélgica de 1994; § 6.a de la Constitución de Finlandia de 1919; art. 7.1 de la Constitución de Grecia de 1975; art. 14 de la Constitución de Luxemburgo de 1868/1996; cfr. Dreier/Schulze/Fielitz, *Grundgesetz Kommentar*, 2000, art. 103.2, n.º marg. 8.

35 Prohibición de retroactividad: art. 15.5 de la Constitución irlandesa de 1972; art. 25.2 de la Constitución italiana de 1947; art. 16 de la Constitución holandesa de 1983; Capítulo 2 § 10.1 de la Constitución sueca de 1975; art. 25.1 de la Constitución española de 1978. Una combinación de ambos principios en § 96 cláusula 1 y § 97 de la Constitución noruega de 1967, art. 29.1.3 de la Constitución portuguesa de 1976, art. 33.1-3 de la Constitución turca; véase Dreier et al., *Grundgesetz Kommentar*, art. 103.2, n.º marg. 8.

36 Ver, por ejemplo, el art. 66.2 y 3 de la Constitución egipcia de 1971/1980 en Baumann/Ebert, *Die Verfassungen der Mitgliedsländer der Liga der arabischen Staaten*, Berlín, 1995, p. 64. Para otras veinte constituciones más, cfr. *ibidem*.

ley penal³⁷, permitiendo explícitamente el “progresivo desarrollo del Derecho penal a través de la creación judicial de Derecho”, que es derecho no escrito³⁸. Éste es un enfoque subjetivo, es decir, que construye el *nullum crimen* desde la perspectiva de las expectativas del ciudadano sujeto al derecho penal, y no objetivamente, desde la perspectiva de la competencia exclusiva que ostenta el legislador para codificar normas penales³⁹. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sigue este enfoque, refiriéndose explícitamente a la jurisprudencia del TEDH y abogando por “la clarificación gradual de las reglas de responsabilidad criminal”⁴⁰.

En resumen, puede afirmarse que el principio *nullum crimen, nulla poena* contiene, como componentes básicos, los principios de *lex praevia* y *lex certa*⁴¹. En cuanto al principio *lex stricta*, la situación resulta menos clara. Puede considerarse como el equivalente al principio de construcción o interpretación estricta⁴², tal y como ha sido desarrollado en derecho inglés⁴³, de acuerdo con el cual los jueces deben interpretar la ley penal de manera restrictiva, favoreciendo al reo en caso de duda. Sin embargo, si el requisito de *lex stricta* se entiende únicamente en el sentido de prohibición de analogía *in malam partem* resulta difícil su aplicación a las jurisdicciones del *common law*, en las que el recurso a la analogía no está prohibido, sino que debe entenderse como parte del proceso de descubrimiento propio de la creación judicial del Derecho⁴⁴, en la medida en que este todavía se acepte (como en los sistemas legales del Reino Unido).

37 Achour v. France (n.º de asunto 67335/01), Sentencia de 10 de noviembre de 2004, § 33: “Cuando habla de ‘ley’ el art. 7 alude al mismo concepto al que se refiere la Convención en los demás lugares en que utiliza este término, un concepto que incluye tanto a la ley como a la jurisprudencia e implica requisitos cualitativos, entre los que se incluyen los de accesibilidad y previsibilidad (ver, entre otras autoridades, *Cantoni v. France*, Sentencia de 15 de noviembre de 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V, p. 1627, § 29; *Coëme and Others*, citado supra, § 145; y *E.K. v. Turkey*, n.º 28496/95, § 51, 7 February 2002)”. Véase, también, *Schabas*, nota 31, p. 538; *Haveman*, en *Supranational criminal law*, p. 50; *Ferdinandusse*, *Direct Application of International Criminal Law in national Courts*, tesis doctoral, Universidad de Amsterdam, 2005, pp. 269-270 (se ha publicado una edición comercial de esta tesis por T.M.C. Asser Press, Amsterdam, 2006).

38 *S. W. v. the United Kingdom* y *C. R. v. the United Kingdom*, Sentencias de 22 de noviembre de 1995, series A, n.º 335-B y 335-C, § 36, respectivamente. Ver también *Ambos*, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 86 (2003), p. 31, p. 38 y ss. *Ashworth*, *Human rights*, p. 55 y ss.

39 Sobre esta división objetivo-subjetiva véase, en la doctrina tradicional, *Maiwald*, “Bestimmtheitsgebot, tatbestandliche Typisierung und die Technik der Regelbeispiele”, en *Lackner, K. et al. (eds.), Festschrift für Wilhelm Gallas*, Berlín, 1973, p. 141; *Ehret*, *Franz von Liszt und das Gesetzmäßigkeitsprinzip*, Fráncfort d. M., 1996, pp. 16-17, ambos con más referencias.

40 *Dansk Rørindustri v. Commission*, Sentencia de 28 de junio de 2005, C-189/02 P, §§ 215-217.

41 Véase también *Ashworth*, *Principles of Criminal Law*, 4.ª ed., Oxford, 2003, p. 70: “regido por leyes fijas, conocibles y ciertas”; también *Simester/Sullivan*, *Criminal law: Theory and Doctrine*, Oxford, 2004, p. 37. En EE.UU. la regla de *lex certa* consiste en la doctrina de la “*Void-for-Vagueness Doctrine*” del Tribunal Supremo [“doctrina de la nulidad por vaguedad” (n. del t.)], véase *LaFave*, *Criminal Law*, 4.ª ed. (Student edition), St. Paul – Minnesota, 2003, p. 103: “Una indebida vaguedad en la ley supondrá que ésta sea declarada inconstitucional, tanto por la incertidumbre de sus destinatarios sobre cuál es la conducta prohibida como acerca de cuál es el castigo que se impondrá” (*US v. Evans*, 333 U.S. 483, 68 S.Ct. 634, 92, L. Ed 823 [1948]); ver también *Haveman*, en *Supranational Criminal law*, p. 43.

42 En este sentido (amplio) *Dana*, en *Liber Amicorum*, pp. 352-353.

43 *Hall*, *General Principles*, p. 38 y ss.; *Ashworth*, *Principles*, pp. 80-82.

44 Ver *Haveman*, en *Supranational Criminal law*, pp. 47-48, con más referencias.

2. Nulla poena como principio fundamental, aunque impreciso, del derecho internacional

Empezando por los instrumentos generales de derechos humanos, resulta claro que el principio nulla poena está reconocido en todos ellos de manera más o menos explícita. El art. 11.2.^a de la DUDH, el art. 15.1.2.^a PIDCP y el art. 7.1.2.^a CEDH excluyen la posibilidad de una “pena más severa (...) que aquella aplicable en el momento en que se cometió la infracción penal o criminal”. Ello significa que el castigo impuesto no debe superar el máximo de pena disponible en el momento en que se cometió el hecho⁴⁵.

El artículo 15.1.3.^a PIDCP complementa la prohibición de una pena (más grave) retroactiva con el derecho del delincuente a beneficiarse de una pena más benigna si así se prevé por ley después de cometerse la infracción. En resumen, estas disposiciones contienen la regla *lex praevia* en relación con el castigo aplicable en el momento de comisión, complementada por la regla de la *lex mitior*⁴⁶. Sin embargo, no se hace mención alguna a la *lex certa*, esto es, a la certeza, la naturaleza o la gravedad de las penas. En particular, la mera referencia a la “pena más grave” no puede interpretarse como un requisito de penas precisas⁴⁷. La falta de una exigencia de penas precisas se ve confirmada por el § 2 del art. 15 PIDCP y por el art. 7 CEDH, pues ninguna de estas disposiciones se refiere en ningún caso a una pena⁴⁸. Únicamente en relación con la pena de muerte puede extraerse una conclusión más precisa en la medida en que, aunque no está absolutamente prohibida, solo puede ser aplicada “a los más graves crímenes y de conformidad con la ley en vigor en el momento de comisión” (art. 6.2 PIDCP, 2.1 CEDH), es decir, debe estar expresamente prescrita por la ley⁴⁹.

Dada esta escasez de información en relación con el contenido del principio en los instrumentos de derechos humanos, no es sorprendente que el elemento *lex certa* del principio nulla poena

45 Coëme v. Belgium, n.º de asunto 32492/96, 32547/96, 32548/96, de 22 de junio de 2000, § 145.

46 La regla de *lex mitior* no fue aceptada por los EE.UU., pues “en el Derecho de los EE.UU. (...) se aplica la pena en vigor en el momento de comisión de la infracción penal” (Reserva al art. 15.1 PIDCP, ver www.unhchr.ch/html/menu3/b/a_ccpr.htm).

47 Por tanto, la postura adoptada por Niehoff, *Die von internationalen Strafgerichtshöfen anwendbaren Normen des Völkerstrafrechts*, Fráncfort d.M., 1999, pp. 10-11, de que estas previsiones implican una “konkrete Strafandrohung” [“concreta amenaza de pena” (n. del t.)] no puede considerarse correcta.

48 El art. 15.2 PIDCP establece: “nada en este precepto debe impedir el enjuiciamiento y castigo de toda persona que hubiera cometido algún acto u omisión que, en el momento de su comisión, fuera criminal de acuerdo con los principios generales del Derecho reconocidos por la comunidad de naciones”. El art. 7.2 CEDH dice: “este artículo no debe impedir el enjuiciamiento y castigo de toda persona que hubiera cometido algún acto u omisión que, en el momento de su comisión, fuera criminal de acuerdo con los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas”. Véase, también, Niehoff, *Die von internationalen Strafgerichtshöfen*, p. 11.

49 Con más detalle véase Dana, *Nulla poena sine lege*, pp. 24 y 27.

sea prácticamente ignorado por el derecho penal internacional. Las convenciones de derecho penal internacional, ya sea en el terreno del Derecho internacional humanitario, ya en el de otras áreas con crímenes específicos (p.ej. terrorismo, tráfico de drogas, apartheid, tortura) no contienen penas específicas ni determinan las penas a imponer por estas infracciones penales⁵⁰. La principal justificación a esta evidente ausencia de estándares en la determinación de la pena consiste en que estos tratados responden al modelo de aplicación indirecta y, por lo tanto, dejan el castigo y su persecución en manos de los Estados parte; estos últimos están obligados a proporcionar un castigo por los crímenes de los tratados incorporados en su derecho interno⁵¹.

Obviamente, esta justificación no funciona con el modelo de aplicación directa. En la medida que la comunidad internacional, o solo un número determinado de Estados, constituyen tribunales penales internacionales, sin duda ayudaría a la legitimidad de estos tribunales el hecho de que las infracciones penales bajo su jurisdicción tuvieran atribuida una pena concreta o, al menos, su jurisprudencia fuera consistente al respecto. Ello tendría como efecto, en todo caso, que la concreta condena fuera más predecible que con la mera previsión de una pena máxima, como sucede tanto en los TPIY y TPIR⁵² como en la CPI⁵³. La razón de la ausencia de penas concretas en estos casos son las grandes divergencias prácticas en la forma de imponer las penas entre los diferentes sistemas de justicia penal nacionales⁵⁴, así como las discrepancias entre los Estados sobre las concretas penas que deberían preverse. Incluso la CDI, supuestamente un grupo de expertos en derecho internacional, no fue capaz de especificar penas precisas en los varios Proyectos de Código de Crímenes contra la Seguridad y la Humanidad y en su Proyecto de Estatuto para la CPI, aunque reconoció la necesidad de la existencia de penas precisas⁵⁵.

De forma similar, durante el proceso de negociación del Estatuto de la CPI en el Comité Ad Hoc y en el Comité de Preparación, así como en la Conferencia del Tratado en Roma varias delegaciones abogaron por una mayor precisión en la previsión de las penas con base en el

50 Ver Bassiouni/Manikas, *The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Irvington-on-Hudson (NY), 1996, p. 269: "ninguno de los 315 instrumentos de Derecho penal internacional" prevé penas específicas.

51 Haveman, en *Supranational Criminal law*, p. 54.

52 Cfr. los arts. 24/23 de los respectivos estatutos y la regla 101.A de las Reglas de Procedimiento y Prueba: "prisión por un plazo determinado o por el resto de su vida" Véase para un análisis reciente de la jurisprudencia del TPIY, Olusanya, *Sentencing war crimes and crimes against humanity under the ICTY*, Groningen, 2005, pp. 55 y ss., 139 y ss., criticando el "sistema a la carta" (p. 8, citando a Ashworth, *Sentencing and Criminal Justice*, 2.ª ed., 1995, p. 331), y el "sistema de lotería" (p. 139) en la determinación de la pena. Véase también Dana, "Revisiting the Blaskic sentence: some reflections on the sentencing jurisprudence of the ICTY", *International Criminal Law Review*, (4) 2004, p. 321, que toma como ejemplo la condena de la Sala de Primera Instancia en el caso Blaskic.

53 Ver el art. 77.1 del Estatuto de la CPI: "pena de prisión (...) de hasta 30 años"; "privación perpetua de libertad".

54 Véase, para un estudio comparado de condenas por crímenes graves, el informe preparado por el Instituto Max Planck en Derecho Penal Extranjero e Internacional por encargo del TPIY: Sieber (ed.), *The punishment of serious crimes*, vol. 2, Friburgo i.Br., 2004.

55 Ver Schabas, en Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden, 1999, art. 23, n.º marg. 2, p. 463.

principio nulla poena⁵⁶. Sin embargo, no se llegó a ningún acuerdo⁵⁷. Lo único que se consiguió fue una remisión indirecta a la legislación y práctica nacionales en materia de determinación de la pena a través de la disposición de Derecho aplicable (art. 21) que en el subapartado 1.c se refiere como una tercera fuente para la CPI a los “principios generales del derecho derivados (...) de los ordenamientos nacionales”. Sin embargo, una remisión aún más precisa, como la contenida en los Estatutos del TPIY y TPIR (arts. 24 y 23.1), fue finalmente eliminada por falta de consenso⁵⁸. En efecto, en el derecho del TPIY y del TPIR, la llamada disposición de derecho nacional fue inspirada por razones de nulla poena⁵⁹, pero, en realidad, la jurisprudencia de los Tribunales la dejó sin uso al considerar que la regla no era ni preceptiva ni vinculante⁶⁰. En cuanto a la formulación del principio nulla poena en sí mismo, el Estatuto de la CPI contiene en el art. 23 una breve disposición que, leída conjuntamente con el art. 77, permite la privación de libertad durante un máximo de treinta años o de por vida, además de una multa y el comiso⁶¹. Una propuesta procedente de México para una previsión más detallada de las penas no fue aceptada⁶².

De lo dicho hasta ahora puede concluirse con seguridad que mientras parece existir una opinio iuris emergente favorable a una observación más estricta del principio nulla poena, esta opinión no se ve acompañada por la práctica estatal⁶³. Esta última más bien indica que los

56 Informe del Comité Ad Hoc para el establecimiento de la CPI, UN Doc. A/50/22, § 187; véase también el informe del Comité de Preparación para el establecimiento de la CPI, vol. I, UN Doc. A/51/22 § 308.

57 Ver Fife, en Triffterer, *Commentary*, art. 77, p. 989 y ss.; así como Fife, en Lee, *International Criminal Court*, Ardsley (NY), 2001, p. 558 y ss.; también Schabas, nota 31, p. 537.

58 Ver Schabas, nota 311, p. 537, citando al presidente del grupo de trabajo sobre penas.

59 Schabas, nota 31, p. 525.

60 *Prosecutor v. Delalic et al.*, asunto n.º IT-96-21-T, sentencia de 16 de noviembre de 1998, §§ 1194, 1210 y ss.; *Prosecutor v. Krstic*, asunto n.º IT-98-33, sentencia de 2 de agosto de 2001, § 679, *Prosecutor v. Kunarac*, asunto n.º IT-96-23, sentencia de apelación de 12 de junio de 2002, § 349; *Prosecutor v. Jokic*, asunto n.º IT-01-42/1-A, sentencia de apelación de 30 de agosto de 2005, §§ 37-38 con más referencias en la nota al pie 98. Para una discusión crítica y detallada especialmente sobre el límite de veinte años en la condena del Código Penal de la SFRY y sobre cómo fue superado por el TPIY, véase Schabas, nota 31, p. 528 y ss.; Haveman, en *Supranational Criminal law*, p. 68 y ss.; sobre una violación del principio nulla poena a través de la Regla 101, Bassiouni/Manikas, *The Law*, pp. 701-702.

61 Cfr. por un análisis más detallado, Dana, en *Liber Amicorum*, p. 353 y ss.; Martini, en *Problemi*, pp. 233 y ss. y 241 y ss. Para un análisis de la disposición de nullum crimen en el proyecto de Estatuto de la CPI cfr. Catenacci, en Lattanzi (ed.), *The International Criminal Court*, Nápoles, 1998, p. 159 y ss.

62 “No puede imponerse una pena a un condenado, dentro de la jurisdicción del Tribunal, a menos que esta pena esté expresamente prevista por la Ley y sea aplicable al crimen en cuestión” (UN Doc. A/CONF.183/C.1/WGP/L.4).

63 Así ya Triffterer, *Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Völkerstrafrechts seit Nürnberg*, Friburgo d.B., 1966, p. 131, concluyendo que el principio nulla poena en derecho penal internacional no requiere una “nach Art und Höhe bestimmte Strafdrohung” [“amenaza penal determinada en cuanto a su clase y gravedad” (n. del t.)]. Ver más recientemente Mettraux, *International crimes and the Ad Hoc Tribunals*, Oxford, 2005, p. 357: “una existencia cuasi etérea”; y Ferdinandusse, *Direct Application*, p. 258: “el principio de legalidad (...) no precluye la persecución de los crímenes nucleares en el caso de ausencia de penas específicas (...) ningún tribunal ha considerado inaceptable el castigo por un crimen nuclear en base al principio nulla poena (...)”.

estados no se sienten obligados por razón del principio *nulla poena* a imponer penas precisas para las infracciones penales que entran dentro del ámbito de jurisdicción de los tribunales penales internacionales.

Esta interpretación se ve confirmada por los instrumentos internacionales de derechos humanos que, como se ha dicho antes, solo contienen el atributo *lex praevia* del principio *nulla poena*, complementado por la regla *lex mitior*. El art. 23 del Estatuto de la CPI no cambia la *lex lata* internacional. Solamente reafirma juntamente con el principio *nulla poena* en los arts. 22 y 24 del Estatuto que la CPI no debe aplicar penas que no estén previstas en el Estatuto, esto es, contiene los componentes *lex praevia* y adicionalmente *lex scripta* del *nulla poena*. Sin embargo, ello no resulta junto con el art. 77 del Estatuto en penas sustancialmente más precisas que las previstas por los Estatutos y Reglas del TPIY y el TPIR. Si bien podría considerarse el Estatuto de la CPI como una mejora en términos de *lex certa*, teniendo en cuenta el mecanismo de revisión preceptiva de las sentencias (art. 110) y las reglas en caso de condenas múltiples (art. 78.3)⁶⁴, dicho Estatuto no llega a ofrecer un sistema diferenciado de penas comparable a las jurisdicciones nacionales que contienen marcos penales con penas mínimas y máximas⁶⁵. Por el contrario, el Estatuto de la CPI sigue configurándose con los mismos caracteres de compromiso que ya informaron los Estatutos del TPIY y TPIR: generalidad y ambigüedad⁶⁶.

En cuanto a lo primero, las penas máximas previstas en el Estatuto de la CPI son aplicables a todos los crímenes, sin distinguir entre ellos in abstracto con base en su injusticia y gravedad. El estándar de gravedad solo aparece como un criterio para guiar la discreción judicial respecto a la distinción entre privación de libertad temporal o perpetua en la forma de una “extrema gravedad” (cfr. art. 77.1.a y b) y respecto a la determinación concreta de la pena (art. 78.1). Este estándar, no obstante, es altamente ambiguo, especialmente en su forma más “extrema”, y otorga a los jueces una amplia discreción que solo está limitada, en realidad, por la exclusión de la pena de muerte y la existencia de una pena máxima. De ahí que no haya surgido (todavía) una norma consuetudinaria en relación con el componente *lex certa* –en el sentido de penas precisas– del principio *nulla poena*. Tampoco puede inferirse una regla en este sentido del contenido del art.

64 Dana, en *Liber Amicorum*, pp. 358-359. En relación con el art. 78.3 ver también Martini, en *Problemi attuali*, pp. 247-248.

65 Para una valoración mucho más positiva, Triffterer, *Gedächtnisschrift für Theo Vogler*, Heidelberg, 2004, p. 221, quien considera que “queda sólo un pequeño paso” para ordenamientos nacionales como el austríaco, por ejemplo. También Jescheck, “The General Principles of International Criminal Law Set out in Nuremberg, as Mirrored in the ICC-Statute”, *Journal of International Criminal Justice*, 2 (2004), p. 54: “excelente ejemplo de una solución razonable, medida y suficientemente diferenciada en materia de penas”.

66 Cfr. Dana, en *Liber Amicorum*, 360 y ss. Con una visión más crítica, véase también Vidales Rodríguez, “El principio de legalidad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en Gómez Colomer/González Cussac/Cardona Llorens (eds.), *La Corte Penal Internacional*, Valencia, 2003, p. 213 y ss., quien, asimismo, no analiza el contenido del principio *nulla poena* en Derecho internacional. Críticamente véase también Martini, en *Problemi attuali*, pp. 243 y ss. y 249 (“discrezionalità eccessiva”).

38.1.c del Estatuto de la CIJ, como si de un principio general del derecho se tratara. Aunque el derecho comparado reconoce aparte de la característica de *lex praevia* el elemento *lex certa* del *nulla poena* (ver *supra* § 1 *in fine*) esto no significa automáticamente que para los crímenes internacionales sean precisas penas concretas. En primer lugar, el requisito de la *lex certa* puede ser entendido de una forma más o menos precisa. Si se reduce a los caracteres de accesibilidad y previsibilidad, como hacen el TEDH y la mayoría de las jurisdicciones del common law, se obtiene cierta flexibilidad y no son necesarios marcos penales precisos para crímenes individuales. De hecho, los sistemas jurídicos nacionales difieren remarcablemente en cuanto a la precisión de sus penas⁶⁷: la mayor parte de las jurisdicciones del civil law prevén marcos penales normalmente algo amplios (basta con observar las “partes especiales” de sus códigos penales), mientras los sistemas del common law, tradicional y especialmente Inglaterra, optan por penas máximas (infracciones estatutarias) o incluso por no prever ninguna pena (infracciones penales del common law) otorgando al juez una amplia discrecionalidad⁶⁸; una notable excepción en este sentido son los EE.UU., que progresivamente han introducido “sentencing guidelines” a nivel estatal y federal⁶⁹.

En cuanto al núcleo de los crímenes internacionales, solo algunas jurisdicciones los han incorporado enteramente a sus derechos internos, mayoritariamente a raíz de su adhesión al Estatuto de la CPI⁷⁰. Entre los ordenamientos nacionales que han incorporado estos crímenes existen considerables diferencias en cuanto a los marcos penales, si es que se han llegado a prever en lugar de establecer únicamente penas máximas, o mínimas⁷¹. En segundo lugar, aun cuando se hubieran establecido penas precisas en la mayoría de sistemas de justicia criminal, una cuestión distinta sería el que esta norma nacional se aplicara también a los crímenes internacionales. El único pronunciamiento judicial supranacional en este sentido viene del TEDH y solo requiere, como ya se ha mencionado anteriormente, “accesibilidad” y “previsibilidad” tanto para el principio *nullum crimen* como para el *nulla poena*⁷².

67 Véase para un análisis comparado, Frase, “Comparative perspectives on sentencing policy and research”, en Tonry/Frase (eds.), *Sentencing and sanctions in Western Countries*, Oxford, 2001, pp. 259, 272 y ss.

68 Ashworth, “Sentencing”, en Maguire/Morgan/Reiner (eds.), *The Oxford Handbook of Criminology*, 3.ª ed., Oxford, 2002, pp. 1076, 1086-1088; Murphy, *Blackstone’s Criminal Practice*, Oxford, 2005, p. 1913 y ss.

69 Cfr. Reitz, “The disassembly and reassembly of U.S. Sentencing Practices”, en Tonry/Frase, *Sentencing*, p. 222, 225 y ss.

70 Véase el proyecto de investigación llevado a cabo por el Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional titulado “National prosecution of international crimes” editado por Eser/Sieber/Kreicker (eds.) en varios volúmenes desde 2003: http://www.iuscrim.mpg.de/forsch/straf/projekte/nationalstrafverfolgung2_e.html; para Latinoamérica Ambos/Malarino (eds.), *Presecución Nacional de Crímenes Internacionales*, Montevideo, 2003, cfr. http://www.kas.de/proj/home/pub/13/4/year-2003/dokument_id-2700/index.ht y http://lehrstuhl.jura.unigoettingen.de/kambos/Forschung/laufende_Projekte.html

71 Ver Sieber, *The punishment*; véase también Ferdinandusse, *Direct Application*, p. 257.

72 Cfr. *supra* nota 37. El tribunal aplica esta regla tanto al *nullum crimen* como al *nulla poena*, en la medida en que se refiere a ellos en el sentido de la fórmula de Feuerbach. Por este motivo Schabas, art. 23, n.º marg. 1, en Triffterer (ed.), *Commentary*, acierta al basarse en este precedente, mientras que Dana, *Nulla poena*, nota al pie 101, se equivoca cuando afirma que el Tribunal no ha aplicado este test a la legalidad de las sanciones.

3. Enfoque minimalista v. enfoque maximalista

A la luz de lo visto hasta ahora, no es sorprendente que la jurisprudencia siga un enfoque minimalista según el cual o bien prescinde completamente en su forma más extrema de la exigencia de pena y considera la mera indicación de criminalidad como suficiente, o bien acepta en su acepción más moderada el requerimiento de pena, pero reduciéndolo a un recurso general a las penas más graves o severas⁷³. La perspectiva extrema es característica de la jurisprudencia posterior a la Segunda Guerra Mundial. En el famoso caso holandés Rauter (1949), el Tribunal Especial de Apelación descartó el argumento de la nulla poena en relación con la pena de muerte por la concurrencia de importantes intereses de justicia:

no permite que violaciones extremadamente serias de principios generalmente aceptados de Derecho internacional (el carácter criminal de las cuales fue establecido ya más allá de toda duda en el momento de su comisión) no deberían ser consideradas punibles solamente [sic!] por no haberse previsto con anterioridad la amenaza de castigo⁷⁴.

El razonamiento subyacente consiste en una ponderación de intereses que, de forma similar, es adoptado por el TEDH en su interpretación del art. 7 CEDH, esto es, del principio *nullum crimen* en general. En el caso *Coëme v. Bélgica* se estableció que, a la luz de los fines perseguidos por la Convención, el tribunal “puede tener también en cuenta la necesidad de garantizar un equilibrio entre los intereses generales y los derechos fundamentales de los individuos y las nociones actualmente predominantes en los estados democráticos”⁷⁵. Más concretamente, en los casos *S. W. v. Reino Unido* y *Streletz v. Alemania*, el Tribunal identificó como un derecho contrapuesto en detrimento del *nullum crimen* el derecho de las víctimas a que las conductas cometidas contra ellas no queden impunes⁷⁶. El mismo enfoque fue adoptado por algunos autores, entre los que destaca especialmente Cherif Bassiouni, quien sostiene que “los principios de legalidad en derecho penal internacional (...) son *sui generis*: tienen que ponderar las necesidades de justicia de la comunidad

73 Para una correcta perspectiva de los distintos enfoques cfr. Ferdinandusse, *Direct Application*, p. 252 y ss., quien en total distingue entre cuatro posiciones, dos de las cuales pertenecen al aquí denominado enfoque minimalista y otras dos al enfoque maximalista.

74 *Bijzondere Raad van Cassatie, In re Rauter*, 12 de enero de 1949, *Annual Digest 1949*, p. 543; reimpresión en *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. XV, p. 169, también citado en Schabas, nota 31, p. 530; Ferdinandusse, *Direct Application*, pp. 255-256.

75 *Coëme v. Belgium*, Sentencia de 22 de junio de 2000, § 145.

76 *S. W. vs. Reino Unido*, Sentencia de 22 de noviembre de 1995, § 44: “desde la perspectiva de los derechos fundamentales a la dignidad y a la libertad (...) resulta inaceptable que un marido que viola a su mujer sea inmune frente a la persecución penal”. Más indirectamente en el caso *Streletz v. Alemania*, Sentencia de 22 de marzo de 2001 (asuntos n.º 34044/96, 35532/97 y 44801/98), § 86: “(...) una obligación básica de garantizar el derecho a la vida implementando disposiciones de Derecho penal para disuadir de la comisión de delitos que ponen en peligro la vida, respaldadas por una estructura de fuerzas del orden dedicada a la prevención, supresión y sanción de las infracciones de tales disposiciones”.

internacional con la imparcialidad debida al acusado en un contexto de Estado de Derecho (rule of law)⁷⁷. Llegados a este punto, queda solo un pequeño paso hasta convertir el principio *nullum crimen, nulla poena* en un mero principio de derecho justo o correcto, desde el “*sine lege*” al “*sine iure*”⁷⁸. En el proceso británico *Peleus*, el juez consultor (Judge Advocate) desestimó de manera aún más terminante la alegación por la defensa de la *nulla poena* argumentando que esta solo es aplicable a crímenes de derecho interno, pero no a los crímenes que en aquel proceso se conocían⁷⁹. De forma similar, Antonio Cassese sostuvo en su voto particular en el caso *Tadic* que el principio es “todavía inaplicable” en Derecho penal internacional⁸⁰. A pesar de estas afirmaciones explícitas de rechazo al principio *nulla poena*, no debe pasarse por alto que, en realidad, en los principales procesos posteriores a la Segunda Guerra Mundial nunca se trató esta cuestión. Todos ellos siguieron el precedente sentado por el Tribunal Militar Internacional de Núremberg, refiriéndose al principio *nullum crimen, nulla poena* como un todo y caracterizándolo como un principio de justicia que básicamente requiere conocimiento de la punibilidad de los actos en cuestión: “en tales circunstancias el agresor debe conocer que está actuando incorrectamente, y no solo no es injusto castigarle, sino que sería injusto dejar que su mal quedara impune (...)”⁸¹. De esta forma, el precedente de Núremberg ignoró completamente el aspecto *nulla poena* del principio y puso el énfasis en la justicia del castigo de una determinada conducta. De hecho, este precedente preparó el terreno para una reducción del principio *nullum crimen sine lege* al principio *nullum crimen sine iure*, ya comentado más arriba.

El enfoque moderado puede encontrarse en la jurisprudencia nacional, aunque, de modo más significativo, ha sido adoptado por los tribunales *ad hoc* existentes. Así, el TPIY se apoyó, por primera vez en el caso *Erdemovic*, en “los principios generales del Derecho internacionalmente reconocidos por la comunidad de naciones según los cuales pueden imponerse las más graves sanciones por crímenes contra la humanidad”⁸². La Sala de Apelaciones confirmaría esta perspectiva en varias decisiones y ampliaría el argumento. En tal sentido, en el caso *Delalic et al.* sostuvo de manera algo terminante que las reglas (de procedimiento y prueba) preveían cadena perpetua y, por lo tanto: cualquier condena de tal magnitud no viola el principio *nulla poena sine lege*. No puede haber ninguna duda de que el acusado debía haber sido consciente del hecho

77 Bassiouni/Manikas, *The Law*, p. 268.

78 *Ibidem*. Para una buena panorámica de la discusión internacional Catenacci, ‘Legalità’ e ‘tipicità del reato’ nello statuto della Corte Penale Internazionale, Milán, 2003, p. 55 y ss.

79 *Law Reports of Trials of War Criminals*, vol. XV, p. 167.

80 Voto particular del Juez Cassese en *Prosecutor v. Tadic*, asuntos n.º IT-94-1-A y N. IT-94-1-Abis, Sentencia de apelación de 26 de enero de 2000, § 4.

81 *France et al. v. Goering et al.*, 22 IMT (1946), § 203. Véase para un análisis de toda la jurisprudencia del Tribunal de Núremberg, Ambos, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*, 2.ª ed., Berlín, 2004, p. 111 y ss.

82 *Prosecutor v. Erdemovic*, asunto n.º IT-96-22-T, Sentencia de 29 de noviembre de 1996, § 40, énfasis añadido.

de que los crímenes que se le imputan son las violaciones más graves del Derecho internacional humanitario y que son punibles con las penas más severas⁸³.

La Sala de Apelaciones que conoció el caso Blaskic adoptó explícitamente esta posición⁸⁴. De hecho, dicha Sala en el asunto Delalic se basó en la doctrina de la accesibilidad y previsibilidad del TEDH⁸⁵ y de la jurisprudencia nacional e internacional que, frecuentemente, habían impuesto penas privativas de libertad, incluso perpetuas, por crímenes internacionales⁸⁶. Mientras esta última Sala guardó silencio respecto del contenido del principio nulla poena incluso pareció diluirlo en el nullum crimen⁸⁷ la Sala de Apelaciones de Kunarac tomó postura de manera explícita al respecto:

(...) el (...) principio (...) exige que una persona no sea sancionada si la ley no prescribe el castigo. No requiere, sin embargo, que la ley prescriba una pena precisa para cada infracción dependiendo de su nivel de gravedad. Con independencia de que sea un sistema del common law o del civil law, no se trata de que la legislación nacional establezca por anticipado toda posible infracción con una pena obligatoria. Bien al contrario, es un hecho que los códigos penales a menudo prescriben marcos penales en relación con un delito, es decir, fijan la pena mínima y máxima. Dentro de este marco los jueces tienen discrecionalidad para determinar los términos exactos de la condena, sujetos, obviamente, a los factores establecidos que deben observar en el ejercicio de tal discrecionalidad⁸⁸.

Desde el punto de vista de la Sala de Apelaciones, el derecho aplicable por el TPIY cumple con dicho estándar desde el momento en que, a pesar de no establecer marcos penales precisos, prevé la pena máxima de cadena perpetua en la regla 101.A de las Reglas de Procedimiento y Prueba⁸⁹. Este punto de vista lo ha defendido también el TPIR, aunque de forma menos explícita⁹⁰.

83 Prosecutor v. Delalic et al., asunto n.º IT-96-21-A, Sentencia de apelación de 20 de febrero de 2001, § 817, énfasis añadido.

84 Prosecutor v. Blaskic, asunto n.º IT-95-14-A, Sentencia de apelación de 29 de julio de 2004, § 681. Véase también el caso Prosecutor v. Brdanin, asunto n.º IT-99-36-T, Sentencia de 1º de septiembre de 2004, § 1144.

85 Véase nota al pie 37 y el texto que la acompaña.

86 Prosecutor v. Delalic et al., § 817 con notas al pie 1400 y 1401.

87 "Nullum" y no "nulle crimen", como erróneamente se cita en Delalic § 817; el mismo error se observa en el caso Prosecutor v. Kunarac et al., asunto n.º IT-96-23 y IT-96-23/1-A, Sentencia de Apelación de 12 de junio de 2002, § 373.

88 Prosecutor v. Kunarac et al., § 372 (énfasis añadido).

89 Ibídem, § 373; véase también Prosecutor v. Dragan Nikolic, asunto n.º IT-94-2-A, Sentencia de apelación de 4 de febrero de 2005, § 83.

90 Prosecutor v. Akayesu, asunto n.º ICTR-96-4-T, Sentencia de 2 de octubre de 1998, § 11: "Ruanda, como todos los estados que han incorporado los crímenes contra la humanidad o el crimen de genocidio en su Derecho interno, los ha provisto con las penas más graves disponibles en su legislación penal nacional". Véase también Prosecutor v. Semanza, asunto n.º ICTR-97-20-A, Sentencia de apelación de 20 de mayo de 2005, § 377.

Posiciones (minimalistas) similares las adoptan también aquellos autores que sostienen que, dada la aplicación de penas de muerte en procesos internacionales desde la Segunda Guerra Mundial, ningún acusado puede reclamar que le ha sido impuesta una “pena más grave” (art. 15.1 PIDCP)⁹¹. De esta forma, el hecho de que siempre se hayan impuesto penas más severas impide que un acusado pueda alegar que una pena de tales características no era accesible o previsible para él⁹². Claramente, este argumento parte de la base de que el nulla poena no requiere que se establezcan penas precisas, sino tan solo la expectativa de las penas más graves. Por tanto, en palabras de la CDI, no es necesario que el acusado “conozca por adelantado el castigo concreto en la medida en que sus acciones constituyen un crimen de extrema gravedad por el que recibirá un severo castigo”⁹³. Esta posición va de la mano de la relativización, mencionada más arriba, que transforma el principio nulla poena en un mero principio de justicia en el sentido de nulla poena sine iure⁹⁴.

Una posición maximalista define el nulla poena en relación con el nullum crimen, argumentando que el elemento nulla poena protege intereses similares a los del nullum crimen y comparte los mismos cuatro atributos: *lex praevia*, *lex certa*, *lex scripta* y *lex stricta*⁹⁵. El que los estados no llegaran a alcanzar un acuerdo para establecer penas más concretas no se debe a una falta de interés u *opinio iuris*, sino a los factores políticos subyacentes a las negociaciones⁹⁶. Un enfoque más estricto del nulla poena pone un especial énfasis en el requisito de la *lex certa*. De acuerdo con este enfoque, las penas impuestas por crímenes internacionales deben diferenciarse atendiendo al crimen concreto cometido y a la forma de participación en el mismo⁹⁷.

Por último, las penas asignadas a los crímenes internacionales deben tener el mismo grado de precisión que las penas previstas por los crímenes de derecho penal nacional. En cierta medida, el enfoque de derecho interno, discutido arriba, puede aducirse también a favor de una configuración más estricta del nulla poena⁹⁸. En efecto, la idea de este enfoque es permitir el recurso a los delitos comunes de derecho interno que estén en vigor en el momento de la comisión de los hechos, con la intención de “tomar prestada” una indicación más precisa de las penas. El hecho de que este razonamiento se haya visto distorsionado por la jurisprudencia de los Tribunales *ad hoc* no significa que el enfoque de Derecho nacional no pueda servir a los intereses de un régimen de

91 Schabas, nota 31, p. 523.

92 Schabas, nota 31 p. 538.

93 Informe de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en el trabajo de su 48.ª sesión, de 6 de mayo a 26 de julio de 1996, UN Doc. A/51/10, p. 30. En el mismo sentido Zappalà, *Human Rights in International Criminal Proceedings*, Oxford, 2003, p. 196; Ferdinandusse, *Direct Application*, pp. 260 y 269.

94 Catenacci, *‘Legalità’*, p. 55 y ss.; Schabas, nota 31, p. 539; Zappalà, *Human Rights*, p. 195.

95 Dana, en *Liber Amicorum*, p. 350 y ss.

96 Dana, *Nulla poena*, p. 72.

97 Haveman, en *Supranational criminal law*, pp. 67-68 y 72; Dana, *Nulla poena*, pp. 74-75.

98 Pero véanse también las consideraciones críticas formuladas por la Comisión Preparatoria del Informe, vol. I, 1996, § 308.

determinación de la pena de crímenes internacionales más preciso. Esto es especialmente cierto a la vista de la incorporación de los crímenes de la CPI en la legislación nacional. Cuando menos en los países de tradición continental, este proceso de “traslación” de los crímenes internacionales a la esfera nacional implica la asignación de marcos penales precisos a cada uno de los crímenes individuales⁹⁹. Como muestra un estudio sobre determinación de la pena realizado por el Instituto Max Plank¹⁰⁰, un análisis comparado de esta legislación nacional podría aportar información muy valiosa para alcanzar unos marcos penales más precisos para los crímenes internacionales.

4. Observaciones finales

1. Para valorar correctamente los contenidos del principio nulla poena es importante recordar la diferencia entre el elemento nullum crimen y el elemento nulla poena: el primero se refiere a la punibilidad de cierta conducta, el segundo a la (concreta) pena de dicha conducta¹⁰¹. El segundo presupone el primero: sin que previamente exista un crimen aplicable en el momento de la comisión de los hechos, no tiene sentido pensar en la posibilidad de una pena (¿a qué crimen habría de imponerse?)¹⁰². Desde la perspectiva del acusado es más importante conocer si su conducta es punible en todo caso que ser informado sobre la pena concreta. En el caso de que la conducta sea punible, ello necesariamente implica un determinado castigo: lo incierto es el “cómo” y no el “sí”. Además, por lo que respecta al “cómo” partiendo de la práctica internacional es aceptable concluir que un acusado debe esperar las penas “más graves”. En términos del posible efecto intimidatorio de la sanción penal, puede incluso argumentarse que ni la punibilidad ni la pena concreta son la información más importante para el autor, sino la eficiente aplicación de las penas criminales a imponer. En resumen, es difícil argumentar que los elementos nullum crimen y nulla poena sean idénticos y resulta más convincente exigir requisitos más estrictos para el nullum crimen que para el nulla poena.
2. Aunque parece claro que la lex lata internacional no prevé una regla estricta de nulla poena, en términos lege ferenda es demasiado simplista invocar la deficiente práctica internacional como un argumento en contra de una definición más precisa del principio nulla poena. Desde una perspectiva política, tal precisión incrementaría la credibilidad y legitimidad de la justicia penal internacional, especialmente de la CPI. Desde una perspectiva práctica, el enfoque de derecho nacional, recurriendo a los crímenes internacionales en la legislación interna, es la aproximación más prometedora para alcanzar unos estándares más diferenciados

99 Cfr., p.ej, el Código de Derecho penal internacional alemán (Völkerstrafgesetzbuch), disponible en varios idiomas en: http://lehrstuhl.jura.uni-goettingen.de/kambos/Forschung/abgeschlossene_Projekte.html#Voelkerstraf.

100 Cfr. Sieber, The punishment.

101 Ver supra nota 26 y el texto que la acompaña.

102 En sentido similar, Schabas, nota 311, p. 528.

de determinación de la pena. El recurso al derecho penal internacional “nacional” dejaría también atrás la discutida cuestión de la jerarquía de los crímenes internacionales: mientras puede argumentarse que las normas internacionales no prevén tal jerarquía y, por lo tanto, esta no puede determinarse con facilidad¹⁰³, la implementación nacional de la legislación ha establecido criterios diferenciadores entre distintos crímenes internacionales y distintas formas de participación. De hecho, esta diferenciación es imperativa, pues de otro modo no sería posible establecer penas precisas y diferenciadas.

3. En cuanto a las formas de participación, serían de aplicación las reglas habituales de la parte general o de la responsabilidad individual en el respectivo ordenamiento. De acuerdo con ello, debería existir una diferencia en la determinación de la pena entre los autores (autoría directa, coautoría o autoría por medio de instrumento), los inductores y los meros cooperadores y cómplices. Una distinción en este sentido puede alcanzarse con mayor facilidad si se sigue el llamado modelo de la diferenciación en la participación, que ya en el nivel de imputación distingue entre diferentes formas de intervención y asigna sobre esta base las diferentes penas a los diferentes partícipes. En otras palabras, a diferencia del modelo unitario, el modelo de la diferenciación no “aplaza” la decisión sobre la naturaleza y el grado de participación a la fase de determinación de la pena (requiriendo en el momento de imputación solo una contribución causal al hecho o resultado criminal)¹⁰⁴.
4. En cuanto a los crímenes, la primera cuestión a plantear es si puede establecerse una jerarquía entre ellos atendiendo a su naturaleza general. Así, por ejemplo, los elementos contextuales en crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra en los arts. 7 y 8 del Estatuto de la CPI indican que los crímenes contra la humanidad son, in abstracto, más graves que los crímenes de guerra, pues los primeros requieren una ejecución amplia o sistemática, mientras que los últimos solo exigen un conflicto armado, es decir, en principio sería suficiente con hechos aislados dentro del marco de un conflicto de tales características¹⁰⁵. Claramente, este enfoque de “ataques amplios y sistemáticos v. ataques aislados” no es suficiente por sí solo¹⁰⁶. El siguiente

103 Una discusión interesante en *Prosecutor v. Tadic*, voto particular de Cassesse, § 6 y ss. Cfr. para un debate al respecto y amplias referencias Ambos/Nemitz, “Comentary”, en Klip/Sluiter (eds.), *Annotated leading cases of International Criminal Tribunals*, vol. 4, “The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia 1999-2000”, Ambers et al., 2002, p. 473 y ss.

104 Sobre estos modelos en el derecho penal europeo, cfr. Ambos, “Is the development of a common substantive criminal law for Europe possible?”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 12 (2005), p. 173, p. 182 y ss.

105 A la misma conclusión llega Cassesse, § 11 y ss. (16). Véase para la discusión doctrinal y con más referencias, Olusanya, *Sentencing war crimes*, p. 11 y ss. Sobre los requisitos generales de los arts. 7 y 8 del Estatuto de la CPI, Ambos, “Selected issues regarding the «Core Crimes» in International Criminal Law”, en AIDP (ed.), *International Criminal Law: Quo vadis?*, Toulouse, 2004, *Nouvelles Etudes Pénales* 19 (2004), pp. 219, 241 y ss.

106 Cfr. el análisis crítico de la jurisprudencia del TPIY en Olusanya, *Sentencing war crimes*, p. 88 y ss.; Id., “Do crimes against humanity deserve a higher sentence than war crimes?”, *International Criminal Law Review*, 4 (2004), p. 431, p. 433 y ss.

paso consiste en comparar los actos criminales individuales o subyacentes y esta comparación puede confirmar o desacreditar la comparación general. En consecuencia, por ejemplo, un asesinato como crimen de lesa humanidad (art. 7.1.a del Estatuto de la CPI) podría, in abstracto, ser considerado más grave que un asesinato (homicidio intencionado) como crimen de guerra (artículo 8.2.a) debido a la distinta importancia de los elementos contextuales. Por otro lado, a pesar de los distintos elementos contextuales, el crimen de guerra de tortura (artículo 8.2.b) aparece como más grave, de nuevo in abstracto, que el crimen de lesa humanidad de encarcelamiento (artículo 7.2.e). Claramente, estas comparaciones in abstracto podrían llevar a diferentes soluciones in concreto, pues la concreta comisión de los crímenes podría cambiar la valoración abstracta de su grado de ilicitud. Por esta razón, como ya se ha hecho notar, mientras la tortura parece ser, de acuerdo con el artículo 8.2.b, más grave in abstracto que el encarcelamiento, de acuerdo con el artículo 7.2.e la detención de un elevado número de personas bajo condiciones inhumanas durante un prolongado período de tiempo podría dar lugar a tortura, o podría considerarse que tiene la misma gravedad o grado de reproche que esta. Por este motivo, deben desarrollarse otros criterios teniendo en cuenta, además del elemento contextual, las diferencias entre los actos individuales y las circunstancias concretas de la comisión.

Como acredita un estudio reciente realizado por Olusanya, estos criterios abstractos se ponen de manifiesto a través de los diferentes enfoques existentes en materia de determinación de la pena, entre ellos, el centrado en los intereses protegidos (“enfoque del mismo o distinto interés”)¹⁰⁷ o el del específico propósito o motivo perseguido por el autor (“enfoque del modelo de la persecución v. modelo del asesinato” [persecution-type v. murder-type approach], “enfoque del motivo discriminatorio v. motivo no discriminatorio” [discriminatory motive v. non-discriminatory motive approach]¹⁰⁸). Sin embargo, mientras ninguno de estos enfoques aporta por sí solo resultados satisfactorios¹⁰⁹, tomados conjuntamente y complementados por criterios

107 Cfr. Olusanya, *Sentencing war crimes*, p. 60 y ss., p. 97, rechazando el enfoque del mismo interés por el de interés distinto en referencia a los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra (pp. 11, 17, 52).

108 Cfr. Olusanya, *Sentencing war crimes*, pp. 104 y ss., 135, 148-149, desarrollando sobre la base de este (propio) enfoque un sistema de penas revisado para los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, que demuestra claramente que los primeros merecen mayor pena que los últimos.

109 Lo mismo también es cierto para la propia perspectiva de Olusanya, el “enfoque motivo discriminatorio v. motivo no discriminatorio”. Mientras esta perspectiva invoca un criterio muy útil enfatizando el motivo racista o discriminatorio del autor, no sirve cuando tanto el crimen contra la humanidad como el de guerra se han cometido sin dicho motivo. En este contexto, cabe recordar que la Sala de Apelaciones del TPIY y el TPIR finalmente decidió que solo el crimen contra la humanidad de persecución requiere una especial intención o motivo (persecutorio) discriminatorio, pero no los crímenes contra la humanidad en general. Cfr. *Prosecutor v. Tadic*, asunto n.º IT-94-1-A, sentencia de apelación del 15 de julio de 1999, § 305; *Prosecutor v. Akayesu*, sentencia del 2 de octubre de 1998, § 467 y ss., p. 469; *Prosecutor v. Bagilishema*, asunto n.º ICTR-95-1-T, sentencia del 7 de junio de 2001, § 81; discrepando (de nuevo) recientemente una sala del TPIR en *Prosecutor v. Muhimana*, asunto n.º ICTR-95-1B-T, sentencia y condena del 28 de abril de 2005, § 529, con más referencias en la nota al pie 485. Ver también Ambos/Wirth, “The current (continúa en la siguiente página)

adicionales, como los antes mencionados, constituyen un punto de partida mucho más útil para desarrollar un sistema más consistente de determinación de la pena de los crímenes internacionales. Claramente, todos y cada uno de los sistemas de determinación de la pena deben dejar un cierto margen de discrecionalidad para que los jueces establezcan la pena concreta. Los marcos penales se basan siempre en criterios abstractos que en la vida real se cumplen en hechos concretos. Estos casos concretos deben ser decididos dentro del marco penal previsto por las normas abstractas, ya sea por las normas, criterios o enfoques abstractos mencionados, y estos deben dejar espacio suficiente para encontrar una pena justa para todos y cada uno de los casos.

En resumen, sería necesario llevar a cabo un estudio comparativo sobre los “derechos penales internacionales” nacionales, para deducir de ellos criterios más precisos de determinación de la pena, como si se tratara de una especie de principio general del derecho.

law of crimes against humanity”, *Criminal Law Forum*, 13 (2002), p. 43 y ss.; Mettraux, *International crimes and the Ad Hoc Tribunals*, Oxford, 2005, pp. 153-154, Cassesse, A., en Cassesse/Gaeta/Jones (eds.), *The Rome Statute of the ICC: A Commentary*, vol I., Oxford, 2002, p. 369; Meseke, S., *Der Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach dem Römischen Statut des IStGH*, Berlín, 2004, pp. 170-171; en desacuerdo May, *Crimes against humanity*, Cambridge, 2005, pp. 116, 124 y ss., respecto a los “actores menos importantes” (minor players).

Jean Paúl Marat y la Ilustración Penal

Javier Llobet Rodríguez.¹

SUMARIO: 1. Resumen. 2. Introducción. 3. Biografía de Jean Paúl Marat. 4. El Plan de Legislación Criminal. 5. Principales ideas expresadas en el Plan de Legislación Criminal. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

1. Resumen

Jean Paúl Marat es uno de los principales representantes del pensamiento penal ilustrado. Su pensamiento penal fue influenciado profundamente por Cesare Beccaria, y abogó al igual que este por el principio de legalidad, la proporcionalidad entre delitos y penas, el menor rigor posible de las penas, la presunción de inocencia, la publicidad del juicio, la regulación del jurado, la prohibición de la tortura y de la pena de muerte.

Sin embargo, en una serie de aspectos, su preocupación social lo llevó más lejos que Beccaria; por ejemplo, su defensa del defensor de las personas pobres. El aspecto por el que es más conocida la concepción penal de Marat es su aceptación del contrato social y las consecuencias que extrajo de ello, puesto que llegó a indicar que aquel “desgraciado”, al que la sociedad no le garantizaba las condiciones mínimas de existencia, podía considerar roto el contrato social, de modo que el robo practicado por él no podía ser penado.

Palabras claves: ilustración, legalidad, proporcionalidad, presunción de inocencia, prohibición de la tortura, abolición de la pena de muerte, contrato social.

1 Catedrático de la Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica
(1993). En busca de las penas perdidas. Bogotá, Temis.

(1993a). Criminología. Bogotá, Temis.

(1996). Manual de Derecho Penal. Buenos Aires, Ediar.

(2005). En torno a la cuestión penal. Montevideo/Buenos Aires, Editorial B de f.

/Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro (2000). Derecho Penal. Parte General. Ediar.

(2005). Manual de Derecho Penal. Parte General. Buenos Aires, Ediar.

2. Introducción

El pensamiento ilustrado en ocasiones ha sido menospreciado, considerando que las garantías penales y procesales han tenido un mero carácter formal y no real (Llobet Rodríguez, 2005: 11-20). No obstante, la experiencia de regímenes totalitarios, como el nacionalsocialismo (Llobet Rodríguez: 2004), el fascismo y el comunismo, ha demostrado la importancia de las garantías defendidas por la Ilustración. Lo mismo debe indicarse con respecto a las dictaduras latinoamericanas y la doctrina de la Seguridad Nacional en que se inspiraron.

Todo ello ha motivado que Baratta haya propuesto “una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal” (Baratta, 1987: 623-650; Baratta, 1986: 35-134) y a que Zaffaroni abogue para que las garantías penales y procesales operen como límites máximos de la irracionalidad del sistema punitivo (Zaffaroni, 1993: 192-198).

Por su parte, Ferrajoli ha desarrollado los principios de un derecho penal garantista, basándose principalmente en la doctrina de la Ilustración (Ferrajoli: 1995). En Alemania, la doctrina de la Escuela de Fráncfort, encabezada por Winfried Hassemer, distingue entre el derecho penal clásico, propio de la tradición ilustrada y por el que aboga, y el derecho penal moderno (Hassemer, 2000; Hassemer, 2001).

Por otro lado, el pensamiento ilustrado ha tenido una gran influencia en el desarrollo de las garantías penales y procesales desarrolladas por el derecho internacional de los derechos humanos luego de la Segunda Guerra Mundial (Llobet Rodríguez, 2005: 33-34).

Dentro del pensamiento de la ilustración penal, se destaca principalmente Cesare Beccaria, quien escribió el libro “De los delitos y de las penas” en 1764 (Beccaria, 1988), y más que por la originalidad de las ideas expresadas por él, se caracterizó por la sistematización que presentó de las diversas posiciones por las que se venía abogando por la ilustración penal, lo mismo que por la fuerza con que expresó su opinión, especialmente en la crítica a la tortura y a la pena de muerte (Llobet Rodríguez: 2005).

Jean Paúl Marat es, por el contrario, un autor poco conocido actualmente por su pensamiento penal, y es recordado en particular en forma negativa por su participación política durante la Revolución Francesa, de modo que con frecuencia es asociado junto con Robespierre con la época del terror. Sobre ello es importante citar lo señalado por Manuel de Rivacoba y Rivacoba:

Se le suele ver como un demagogo, de pocas luces, inculto, ambicioso, sucio, descuidado de su persona, ignorante de la buena sociedad y las buenas maneras, miserable, resentido,

amargado, cruel, sediento de sangre, incluso un gran criminal; pero aquella 'bestia feroz que devoraba a los franceses' y que Charlotte Corday, 'el ángel del asesinato' (según sus partidarios y enemigos de la revolución), creyó matar, y que luego con errada o interesada insistencia, se ha continuado pintando, era un hombre plenamente constante y consecuente en sus ideas y su conducta, de sólida formación humanista y científica, de múltiples y muy variadas inquietudes intelectuales, que poseía una carrera liberal y conoció el éxito profesional, y con él el económico y el social, y que sacrificó una posición brillante al estudio y la acción pública, sin obtener ni buscar en ésta recompensa ni bienestar material, de personalidad integérrima y congruente, seguro de sí, sensible y fiel tanto en su vida íntima como en el fragor de las convulsiones revolucionarias, en las que se perfilaron y aquilataron los rasgos más genuinos de su figura y en las que pereció (Rivacoba y Rivacoba, 2000: 13)².

El pensamiento penal de Marat tiene una gran relevancia, ya que no se limitó simplemente a repetir lo que había sostenido Cesare Beccaria, sino que su preocupación social lo llevó a sostener posiciones novedosas desde la perspectiva del Estado social y la garantía que el mismo debe dar a todas las personas de las condiciones mínimas de subsistencia. Así puede indicarse que Jean Paúl Marat representó una concepción ilustrada que reflejó una gran preocupación por los problemas sociales, lo que lo convirtió en un pensador que debería tener una mayor consideración en Latinoamérica, debido a los graves problemas sociales que existen en nuestra región. Así manteniendo las garantías penales del Estado de derecho, por las que abogó Jean Paúl Marat en su "Plan de Legislación Criminal", se debe profundizar el principio del Estado social.

3. Biografía de Jean Paúl Marat

Jean Paúl Marat nació el 24 de mayo de 1743 en Boudry, un pequeño pueblo de Neuchâtel en Suiza. Fue el mayor de una familia de cinco hijos, la cual tenía una situación económica estrecha (Lohmann, 1963: 19). Sin embargo, Marat obtuvo conocimientos muy por encima de los normales en su clase social³. Así dominaba diversos idiomas⁴. Además llegó a tener un vasto conocimiento del estado de la naturaleza y de las humanidades.

2 El traductor al castellano del "Plan de legislación criminal" del que solamente se conocen sus iniciales A.E. L., tal vez porque no quería que lo asociaran con Marat, hizo una introducción que ha sido calificada por Manuel Rivacoba y Rivacoba como prejuiciada ideológicamente y falta de ecuanimidad que lo hace incurrir en errores y graves injusticias. Cf. Rivacoba y Rivacoba, 2000: 47-48.

3 Manuel de Rivacoba y Rivacoba indica: "A despecho de sus estrecheces o penurias, Jean-Paul recibió una cuidadosa educación en la casa paterna, en la escuela de Boudry y en el colegio de Neuchâtel; su padre no aspiró a hacer de él sino un sabio, y su madre cultivó en su corazón los más elevados y delicados sentimientos", *ibíd.*, p. 14.

4 Bougeart, según lo indica Lohmann, dice que Marat dominaba el francés, alemán, inglés, italiano, español, holandés, griego y latín. Sin embargo, señala Lohmann que eso parece exagerado, pero que partiendo de las citas hechas por Marat puede considerarse que al menos podía leer griego, latín, italiano e inglés. Cf. Lohmann, 1963: 19.

En 1759, a la edad de dieciséis años, dejó la casa de sus padres y tomó un puesto como preceptor en la casa de un comerciante en Burdeos, en donde permaneció al menos dos años (Lohmann, 1963: 20).

Entre 1762 y 1765 vivió en París, sin obtener un trabajo estable. Allí empezó a estudiar medicina (Lohmann, 1963: 20). En ese tiempo, emprendió diversos viajes, por ejemplo: a Holanda, Inglaterra y Alemania (Lohmann, 1963: 20). De 1765 a 1776, trabajó como médico en Inglaterra y obtuvo definitivamente su título de doctor en 1775 en la Universidad de Saint Andrew en Escocia (Lohmann, 1963: 25; Belfort Bax, 1900: Chapter III). No solamente se desempeñó como médico, sino también como médico veterinario, esto último en 1770 en Newcastle, en donde permaneció dos años.

Durante su estancia en Inglaterra, se adscribió a la masonería, en la cual fue admitido el 15 de julio de 1774 en el grado tercero (Rivacoba y Rivacoba, 2000: 16; Lohmann, 1963: 24; Belfort Bax, 1900: Chapter II). En 1771, publicó en inglés su primer libro: "Aventuras del joven conde Potowky" que luego sería publicado también en francés, aunque con poco éxito. Este texto es considerado de escaso valor literario, pero se estima que es importante como expresión de las ideas políticas de Marat.

Escribió su "Essai sur l'âme humaine" a finales de 1772, el cual fue ampliado en 1773, debido a su éxito, en su "Ensayo filosófico sobre el hombre" (Rivacoba y Rivacoba, 2000: 15-16).

En 1774, se publicó su libro: "Las cadenas de la esclavitud", en el cual criticó la corrupción en el sistema inglés, lo mismo que la miseria en las ciudades. Sobre este texto señala Fernando Prieto:

El libro tiene un contenido general mucho más profundo que la crítica a Inglaterra. En el momento en que la monarquía absoluta adquiere su mayor perfección en la forma que hemos llamado despotismo ilustrado, Marat, influido por Rousseau y enfrentado a la corriente de ilustrados que aplauden a los déspotas, estudia como consiguen éstos el poder absoluto y qué medios emplean para mantenerse en él. Es un tema antiguo de la literatura política. Lo específicamente nuevo de Marat es que ha cambiado la perspectiva; ahora el príncipe ya no es el héroe, sino el enemigo que hay que desenmascarar y combatir; el héroe es el pueblo, que con acentos rouseaunianos es presentado como la parte más sana de la nación. Este pueblo tiene derecho a su libertad, pero sólo la conseguirá por la insurrección violenta (Prieto, 1989: 344)⁵.

En junio de 1777, volvió Marat a París, en donde obtuvo un puesto como médico del Comte d'Artois, el hermano menor de Luis XVI. Durante el lapso en que trabajó allí, mantuvo también una

5 Véase también: Lohmann, 1963: 24; Bustos Ramírez, 1994: 99; Belfort Bax, 1900: Chapter IV.

oficina como médico, gozando de una holgada situación económica (Rivacoba y Rivacoba, 2000: 17). Esta situación cambió cuando perdió su puesto en la segunda mitad de 1783 o principios de 1784⁶, y cayó en la pobreza que lo obligó a vender poco a poco su equipo científico y su valiosa biblioteca. Entre 1775 y 1777 elaboró el “Plan de legislación criminal”, al que se hará mención con posterioridad.

En 1779 Marat refutó las concepciones de Isaac Newton sobre el fuego y el calor. Catorce años después, Jean-Baptiste Lamarck confirmó la teoría de Marat. Trabajó en electrofísica y descubrió un electrómetro y determinó la conducción de ciertos materiales⁷. Recibió en general reconocimiento y obtuvo el premio de la Academia de Rouen por su tesis sobre la electricidad médica (Fauré (Compilador), 1996: 375). No obstante, la pretensión de Marat de ingresar a la Academia de Ciencias fue rechazada.

En febrero de 1789, escribió un panfleto titulado “Ofrenda a la Patria” (Lohmann, 1963: 107; Rivacoba y Rivacoba, 2000: 24-25; Belfort Bax, 1900: Chapter V) y, en abril de ese año, el “Suplemento a la ofrenda a la Patria” (Rivacoba y Rivacoba, 2000: 25-26), la que fue censurada y marcó el inicio del enfrentamiento de Marat con las autoridades.

El 23 de agosto de 1789 publicó el “Proyecto de Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, seguido de un plan de legislación” (Marat, 1996: 275-300).

Es importante anotar que, desde el comienzo de la revolución francesa, Marat llevó a cabo una labor propagandística de carácter crítico en contra de las fuerzas del antiguo régimen y los elementos moderados de la asamblea. Al respecto, el 12 de septiembre de 1789 empezó a publicar un panfleto que inicialmente denominó “El publicista parisino”; pero cuatro días después a su primera publicación empezó a ser llamado “El Amigo del Pueblo”, nombre con el que luego sería identificado el propio Marat. Este periódico tenía entre ocho y diez páginas, y era de opinión y no de información. Era redactado en su totalidad por Marat, salvo las cartas que se enviaban al periódico. Tuvo una gran influencia en la revolución y su tirada llegó a unos 2000 ejemplares por número. El periódico era publicado en un tono combativo y agresivo, haciendo un llamado a la violencia, lo que motivó varias suspensiones. Fernando Prieto indica que el tema principal del periódico:

6 En general, se afirma que las causas por las que perdió Marat su puesto con el Comte d’ Artois son desconocidas. Lohmann indica, sin embargo, que Marat solicitó un puesto como director de una academia científica en Madrid, y cuando esto se supo en París, perdió su puesto con el Comte d’ Artois. Cf. Lohmann, 1963: 106.

7 Sobre los experimentos e investigaciones realizadas por Marat: Rivacoba y Rivacoba, 2000, óp. cit., p. 17; Lohmann, 1963, óp. cit., pp. 105-107; Belfort Bax, 1900: Chapter III.

[...] es la idea del enfrentamiento del pueblo y el gobierno. Esta idea se concreta en la defensa de la Revolución, continuamente amenazada por traidores y por el complot. Marat sospecha que los políticos que él ataca como contrarrevolucionarios (Mirabeau, Necker, Lafayette...) actúan organizadamente, están en connivencia con el rey, con los aristócratas, con los jefes militares [...], es el complot. Frente a los traidores y al complot lo primero es la denuncia y lo segundo la apelación al pueblo. Es una apelación a la actuación violenta, que lleva consigo la sangre de los enemigos y el terror. Ya lo hizo Marat en la jornada del 5 de octubre. Pero la incitación a la rebelión vuelve reiteradamente en sus páginas. Por encima de todas las legalidades, es el pueblo quien juzga la justicia de las leyes y las instituciones. (Prieto, 1989: 345)⁸.

“El Amigo del Pueblo” continuó siendo publicado hasta el 21 de septiembre de 1792, con el número 685, y cambió su nombre a partir del 25 de septiembre de ese año por el de “Diario de la República Francesa”, nombre que adoptó Marat en honor a la recién nacida República (Prieto, 1989: 346).

Políticamente, Marat fue el máximo representante de los cordoleros durante la revolución francesa, los cuales se ubicaban a la izquierda de los jacobinos, caracterizándose por su activismo político que los impulsaba a la realización de debates, encuestas, visitas a detenidos políticos, reparto de folletos y pasquines, etc. (Prieto, 1989: 342).

Fue electo diputado en la Convención el 9 de septiembre de 1792, y contribuyó a la ejecución de Luis XVI y a la caída de los girondinos (moderados), algunos de los cuales se oponían a la ejecución del Rey (Lohmann, 1963: 112-113).

La participación activa de Marat que incitaba a la violencia durante la Revolución Francesa y su apoyo a la ejecución de nobles y clérigos refractarios han motivado que Marat sea identificado más que como un autor ilustrado, como el principal representante, junto con Robespierre, de la época del terror en la Revolución Francesa, a lo que se hizo mención antes.

Marat enfermó de la piel, por lo que no apareció más en la Convención a partir de junio de 1793, y renunció a la misma.

Murió asesinado en su casa en París, el 13 de julio de 1793. La asesina, Charlotte Corday, había nacido en 1768. Le atribuía los excesos revolucionarios, por lo que quiso tomar venganza por la

8 Algunos de los artículos de más relevancia que fueron publicados en “El Amigo del Pueblo” pueden consultarse en: Prieto, 1989: 349-368. Véase también: Paschhold, Chris/Gier (Compiladores), 1989: 157-163, en donde aparece una carta firmada por los agricultores, la cual se publicó en el mencionado periódico que muestra las discusiones que existían con respecto a la propiedad privada, llamando a Marat profeta y defensor verdadero de quienes no tenían propiedad.

ejecución del Rey y la caída de los girondinos. Fue guillotinado el 17 de julio de 1793⁹. La muerte de Marat fue considerada por muchas personas como una auténtica desgracia nacional. Así el Club de los Cordoleros colocó el corazón de Marat en una urna, y su cuerpo fue llevado al Pantheon, de donde fue sacado al año siguiente¹⁰.

4. El plan de legislación criminal

El 15 de febrero de 1777, apareció en la Gazette de Berne un anuncio con el siguiente texto:

Un amigo de la humanidad, que satisfecho de hacer el bien, quiere sustraerse al reconocimiento público ocultando su nombre, ha hecho llegar a la sociedad económica de esta ciudad un premio de cincuenta liuses [sic] en favor de la memoria que la sociedad juzgue mejor sobre el tema siguiente: Componer y redactar un plan completo y detallado de legislación criminal desde este triple punto de vista: 1º. de los crímenes y de las penas proporcionadas que se trata de aplicarles; 2º. de la naturaleza y de la fuerza de las pruebas y de las presunciones; 3º. de la manera de adquirirlas por medio del procedimiento criminal, de manera que la benignidad y la instrucción de las penas sea conciliada con la certidumbre de un castigo pronto y ejemplar y que la sociedad civil encuentre la más grande seguridad posible para la libertad y la humanidad. El premio será adjudicado a fin del año 1779 y las obras del concurso deben ser dirigidas franco a M. el doctor Tribolet, secretario principal de la Sociedad, hasta julio 1779" (Jiménez de Asúa, 1944: 31)¹¹.

Se señala que el principal impulsor del premio fue Voltaire, quien aportó parte del dinero, y que Federico II proporcionó gran parte del monto del premio (Jiménez de Asúa, 1944: 31; Prieto Sanchís, 1985: 334). Se indica, además, que Voltaire para incentivar el concurso publicó la memoria titulada: "Premio de la justicia y de la humanidad" (A. E. L., 2000: 51-52).

Entre 1775 y 1777, Marat elaboró para ese concurso "El Plan de Legislación Criminal", obra que no fue del agrado del jurado que otorgó el premio de dos alemanes, von Hans-Ernst Globig y Johann Georg Huster en 1782, cuya obra fue publicada un año después (Rivacoba y Rivacoba, 2000: 30)¹².

9 Cf. Paschhold/Gier (compiladores), 1989: 269. Marat fue asesinado mientras estaba en la tina, donde pasaba el día para aliviarse de la comezón que lo atormentaba y era donde recibía a sus visitantes. Cf. Rivacoba y Rivacoba, 2000, óp. cit., p. 28.

10 Sobre la reacción popular ante la muerte de Marat: Prieto Sanchís, 1985: 333; Paschhold/Gier, (compiladores), 1989: 269-274.

11 Véase también: Rivacoba y Rivacoba, 2000, óp. cit., pp. 29-30.

12 Rivacoba y Rivacoba, en el texto citado arriba, califica a los premiados como "dos de hecho olvidados juristas sajones". Un extracto de las partes más importantes del libro de Globig y Huster puede consultarse en: Vormbaum (compilador), 1993: 164-178.

En 1780, antes de que se adjudicara el premio, Marat imprimió su trabajo en Neuchâtel y envió toda la edición a Francia. Sin embargo, el guardasellos, que se encontraba sobre aviso con respecto a la publicación, arrancó las páginas del libro que tenían un tono revolucionario al ingresar a Francia, lo que motivó el enojo de Marat, quien ordenó destruir toda la edición¹³.

En 1783, el "Plan de Legislación Criminal" fue incluido, a petición de Marat, como publicación anónima, en la "Biblioteca" de Brissot de Warville (Prieto Sanchís, 1985: 334-335; Lohmann, 1963: 96)¹⁴. No fue sino hasta 1790 cuando se hizo una publicación con el nombre de Jean Paul Marat como autor. En castellano se llevó a cabo una traducción en 1891 que poco conocida y se publicó en España. Fue traducido al ruso en la Unión Soviética en 1951 (Herzenson, 1955: 5-28), y luego se tradujo del ruso al alemán en la República Democrática Alemana en 1955 (Marat, 1955). En Francia no se volvió a publicar, sino hasta 1974¹⁵. En el 2000, en Argentina se realizó una publicación de la traducción al castellano de 1891 (Marat, 2000).

Marat como político tuvo una gran influencia durante la Revolución Francesa, aunque en general se considera que las ideas expresadas por él en el "Plan de Legislación Criminal" tuvieron escasa repercusión en los cambios legislativos¹⁶. Se debe destacar, por otro lado, el largo período en que no se volvió a publicar en Francia dicho libro. Todo ello ha llevado a que con frecuencia el pensamiento ilustrado de Marat expresado en el "Plan de Legislación Criminal" sea poco conocido¹⁷.

Asimismo, es sorprendente que Luigi Ferrajoli en su obra "Derecho y razón", quien se basa principalmente en fuentes bibliográficas ilustradas y clásicas, no mencione del todo a Jean Paúl Marat (Ferrajoli: 1995).

13 En general, se sostiene que no quedó ningún ejemplar de la edición de 1780, debido a que todos fueron destruidos. A pesar de ello, el traductor al castellano del Plan de legislación criminal indica en su introducción que consultó un ejemplar de la edición de 1780. Cf. A.E. L., 2000: 50. Lo anterior es puesto en duda por Rivacoba y Rivacoba, 2000, óp. cit., p. 48.

14 Lohmann en la localidad citada arriba señala que Brissot, para asegurar el carácter incógnito de la publicación, señaló en su prólogo que el autor era un ciudadano de Pensilvania.

15 Sobre esta traducción: Rivacoba y Rivacoba, 1978: 244-246. El texto en francés del "Plan de Legislación Criminal" puede ser consultado en: <http://membres.lycos.fr/jpmarat/marat/plan.html>.

16 Juan Bustos indica que Marat no tuvo gran influencia en la legislación. Cf. Bustos Ramírez, 1994: 99; Bustos Ramírez, 1984: 121. De acuerdo con Francesco Carrara en la época inmediatamente posterior a la Revolución, fueron estériles las declamaciones de Brissot y Marat, de modo que cuando se quiso dar nuestros códigos a la nación redimida, se anduvo tropezando entre tinieblas y se dictaron estatutos cuyo sol se ocultó en pleno día. Carrara, 1976: 83. Sobre la historia del proceso penal francés desde la Revolución Francesa hasta el Código Napoleónico: Feldhausen, 1966.

17 Indica Herzenson que luego de la muerte de Marat, su "Plan de legislación criminal" tuvo poca difusión. Cf. Herzenson, 1955: 5-6. Señala Rivacoba y Rivacoba que el "Plan de Legislación Criminal" ha tenido poca difusión y es menos conocido de lo que, por su significación y sus méritos, hubiera sido de esperar. Rivacoba y Rivacoba, 200, óp. cit. p. 46.

En lo relativo a España y Latinoamérica, debe reconocerse lo poco conocida que ha sido la traducción al castellano de 1891¹⁸. Sin embargo, especialmente Luis Jiménez de Asúa contribuyó a la difusión del pensamiento de Jean Paúl Marat (Jiménez de Asúa, 1944: 11-38), de modo que con frecuencia los autores latinoamericanos mencionan a dicho autor y su pensamiento al tratar la ilustración penal.

5. Principales ideas expresadas en el plan de legislación criminal

Las ideas penales de Jean Paúl Marat se basaron en el pensamiento ilustrado, y se reconoció que, entre los autores que tuvieron influencia en él, se encontraban Rousseau, Mably, Beccaria y Morellet, lo mismo que Voltaire, quien fue un enemigo jurado de Marat (Jiménez de Asúa, 1979: 37).

Marat hizo una defensa del principio de legalidad y manifestó:

Es necesario que haya en el Estado leyes penales justas y sabias. Es muy importante que no haya nada oscuro, incierto, arbitrario en la idea que se formule de los delitos y de las penas, porque importa que cada cual entienda perfectamente las leyes y sepa a qué se expone violándolas; el Código criminal, pues no será nunca bastante preciso. Debe ser sencillo [...] (Marat, 2000: 76)¹⁹.

En lo relativo a los fines de la pena, Marat le da importancia en primer término a la prevención general; pero, a diferencia de Beccaria, le da relevancia también a la función de prevención especial positiva de la pena, en cuanto señala que la función de la pena es “corregir a los culpables” (Marat, 2000: 79)²⁰.

Con respecto a la proporcionalidad de las penas, sus razonamientos son principalmente de carácter utilitario, aunque no dejó de lado los humanitarios, como se refleja en la referencia de que es corazón poco noble enviar a una muerte segura a un desgraciado. Además, señaló:

18 Durante muchos años, traté de localizar de manera infructuosa un ejemplar de dicha traducción. No se encuentra ningún ejemplar de la impresión de 1891 en la Biblioteca del Instituto Max Planck de Derecho Penal de la ciudad de Friburgo en Brisgovia. A través de diversos profesores españoles, traté de localizar una copia en la biblioteca de sus respectivas universidades, pero no lograron encontrar ningún ejemplar.

19 Véase también: Marat, 1996: 290. Sobre el principio de legalidad de acuerdo con Marat: Lohmann, 1963: 40-44. Acerca del principio de legalidad, en Beccaria: Llobet Rodríguez, 2005: 161-167.

20 Prieto Sanchís señala que de acuerdo con Marat: “Las penas han de satisfacer finalidades múltiples, aunque Marat no procede a una enumeración expresa, de varios pasajes de su obra parece deducirse que deben cumplir con un fin intimidatorio y correctivo, sin olvidar tampoco la reparación y la expiación de la ofensa. De todas maneras, en el Plan de Legislación se insiste de forma preferente en la finalidad preventiva”. Prieto Sanchís, 1985: 338. En lo atinente a los fines de la pena conforme a Marat: Lohmann, 1963: 31-39. En cuanto a la falta de referencia en Beccaria de la prevención especial positiva: Llobet Rodríguez, 2005, óp. cit., p. 212.

Está en interés de la sociedad que [las penas] sean siempre proporcionadas a los delitos, porque le conviene más evitar los crímenes que la destruyen que los crímenes que la perturban./Castigar con rigor una ligera infracción de las leyes, es hacer perder la fuerza al principio de autoridad, porque si se aflige con penas rigurosas a los pequeños delincuentes, ¿qué le quedará para reprimir a los grandes criminales? Mirad esos países donde los castigos son siempre afrentosos. Para mantener los hombres en su deber se inventan nuevos suplicios, y después de todo, esos esfuerzos continuados de barbarie que tienden a aumentar ¿no son una prueba de su importancia? Castigando con rigor una pequeña falta se multiplican los crímenes, es hacer que los malhechores cometan los últimos excesos; por malo que sea lo que hagan no pueden temer mayor castigo. Casi siempre la atrocidad de los suplicios se opone a la ejecución de las leyes, porque cuando la pena es desmesurada se hacen despreciables los que denuncian a la justicia un desgraciado que no es culpable más que de un leve delito. Además, es de corazón poco noble resolverse enviar un desgraciado a una muerte segura. ¿Qué se consigue con ello? Así es que el culpable se escapa casi siempre (Marat, 2000: 77).

Se pronunció porque el rigor de las penas no es lo que previene los delitos, sino la inflexibilidad en su aplicación, considerando que la impunidad vuelve a las leyes impotentes, lo que lo lleva a criticar el perdón a los delincuentes, luego de la reparación del daño²¹ y agregó:

Aunque es libre de disponer sus propios derechos la parte ofendida, no debe serlo para perdonar ni para transigir con el culpable, porque quitando por un particular arreglo la satisfacción que hubiese obtenido de la justicia, si dejase en libertad un criminal peligroso para la sociedad, se haría responsable de todos los males que éste cometiere, que serían irreparables./Pero nada de esto es aceptable. Después de reparar el daño hecho a los individuos, el delincuente queda en paz con ellos; pero no con la sociedad, a la que debe satisfacción por el mal ejemplo que le ha dado. Así es que, una vez intentada la acción, el querellante no es dueño de desistir de ella. Si los interesados no pueden arreglarse, todavía lo puede hacer mucho menos el ministerio público, porque estando encargado de la defensa de la sociedad no debe disponer de derechos que por ningún concepto le pertenecen" (Marat, 2000: 168)²².

21 Sobre ello: Lohmann, 1963: 45. Acerca de la infalibilidad de las penas de acuerdo con Beccaria: Llobet Rodríguez, 2005, óp. cit., pp. 239-241.

22 Acerca de ello véase también: Marat, 1955: 135. En contra de ello Francisco Mario Pagano admitió la transacción entre el imputado y el Ministerio Público, previa remisión de la parte ofendida. Señaló que la transacción se justificaba por la incerteza sobre el resultado del juicio, debido a la debilidad de las pruebas que disponía el fiscal, aunque los indicios no debían ser débiles y vagos. Indicó que en la transacción se llega por el reo y por el acusador a perdonar alguna cosa. El efecto de la transacción -señaló- no es solo la suspensión de la acusación y la absolución de la instancia, sino la total extinción del delito puesto que el reo sufre en parte la pena que en la transacción acepta. Cf. Pagano, 2002: 72-74.

Sin embargo, debe reconocerse que en contra de la opinión de Marat, la tendencia actual en el derecho comparado es reconocer la relevancia de la reparación como causal de sobreseimiento de la causa (Llobet Rodríguez, 2005a: 873-886)²³.

También defendió el menor rigor posible que deben tener las penas, al indicar que “los más dulces castigos son preferibles cuando consiguen el objeto” (Marat, 2000: 78)²⁴.

Abogó por el carácter personal que deben tener las penas y señaló: “Es inicuo hacer recaer sobre inocentes la infamia que no debe pesar sino sobre el criminal: toda pena deshonrosa debe ser personal” (Marat, 2000: 82)²⁵.

Resaltó la mayor relevancia que tiene la prevención y no el castigo e indicó: “En toda sociedad bien ordenada se cuida más de prevenir los crímenes que de castigarlos, y a menudo se consigue esto imponiendo menor pena” (Marat, 2000: 77)²⁶.

Se pronunció en relación con la regulación del jurado y señaló:

Para evitar todo temor de parcialidad y tener confianza en la equidad de los tribunales, es de capital importancia, que cada uno sea juzgado por sus iguales, y que se hable poco de los hombres que son capaces de llenar dignamente las funciones del Juez. (Marat, 2000: 187)²⁷.

Reclamó que debía garantizarse el derecho de defensa:

Las leyes no se han hecho menos para proteger la inocencia, que para castigar el delito. Si permiten acumular sobre la cabeza del acusado las pruebas del delito que se le imputa, le deben dejar todos los medios posibles de defenderse” (Marat, 2000: 168).

Indicó además:

La ley no puede condenar a un acusado sino después de haberle facilitado los medios de defensa, y como no debe estar detenido en la cárcel más que el tiempo necesario para

23 La reparación como causal que da lugar al archivo, en particular con respecto a delitos que no son de gravedad, tiene un carácter ambivalente, ya que no deja de ser problemática con respecto a principios como la presunción de inocencia y el derecho de abstención de declarar. Sin embargo, desde otra perspectiva es expresión del principio de intervención mínima. Estos conflictos entre principios de un Estado de derecho motivan que no pueda considerarse la reparación como la solución ideal, puesto que esa debe ser la decriminalización. Sobre ello: Llobet Rodríguez, 1998: 187-222.

24 Acerca del principio de intervención mínima en Beccaria: Llobet Rodríguez, 2005, pp. 170-179.

25 Sobre el carácter personal de las penas en Beccaria, refiriéndose a la confiscación: *ibíd.*, pp. 263-267.

26 Acerca del principio de que debe prevenirse antes que sancionarse según Beccaria: *ibíd.*, pp. 179-182.

27 Acerca del jurado en Beccaria, *ibíd.*, pp. 334-337.

probar su culpa o su inocencia, veinticuatro horas después de preso de le dará copia de las acusaciones presentadas contra él, con el nombre el acusador y sus testigos, y se permitirá la entrada a sus padres, a sus amigos y a sus conocidos; se le dará pluma, tinta, papel y otras facilidades para preparar su defensa (Marat, 2000: 184)²⁸.

A diferencia de Beccaria, quien no hizo mención a la defensa técnica (Llobet Rodríguez, 2005: 326), Marat llegó incluso a justificar que se dotara por el Estado de un defensor a los pobres:

El rico con su oro casi siempre puede ser infame impunemente. La inocencia sin fortuna, frecuentemente queda oprimida. Para prevenir este abuso, se establecerá en cada ciudad un abogado de los pobres, encargado de la defensa de los desgraciados incapacitados para defenderse por sí mismos (Marat, 2000: 185).

Abogó por la presunción de inocencia: "Antes de castigar el crimen, es necesario convencer al culpable". Además indicó: "En tanto el acusado no está convicto ante sus jueces, no hay derecho para tratarlo como culpable" (Marat, 2000: 163 y 182). En el proyecto de declaración de derechos del hombre reiteró con respecto al acusado: "[...] que no sea tratado como un malhechor antes de ser hallado culpable del crimen" (Marat, 1996: 290)²⁹.

Sin embargo, en contradicción con la presunción de inocencia, Marat autorizó en ciertos casos penar al probable culpable, en los crímenes capitales. Así afirmó:

Acusado de un crimen capital, si aparecen contra él indicios poderosos, continuará preso hasta que se pueda esclarecer el hecho. En su consecuencia, será encerrado en una casa de corrección y obligado a trabajar para vivir; pero no se ejercerá contra él ningún tratamiento penoso. (Marat, 2000: 192)³⁰.

No obstante, debe tenerse en cuenta que esto no iba en contra de las posiciones que habían sostenido otros autores ilustrados, ya que, en general, la doctrina de la ilustración no llevó hasta sus últimas consecuencias la presunción de inocencia, puesto que previó diversas categorías de inocentes. Así se establecían sanciones menos drásticas para aquellos con respecto a los cuales no concurre la certeza sobre su culpabilidad; pero sí puede formularse un juicio de probabilidad sobre ella (Llobet Rodríguez, 2005: 288-290; Lohmann, 1963: 74-76).

28 Sobre ello: Lohmann, 1963: 70. Acerca del derecho de defensa en Beccaria: Llobet Rodríguez, óp. cit., pp. 323-326.

29 Sobre la presunción de inocencia en Beccaria: ibíd., pp. 276-288.

30 Véase también: Marat, óp. cit., 157. Sobre ello: Lohmann, óp. cit., p. 74.

Se pronunció a favor de la publicidad del juicio³¹ y expresó al respecto con elocuencia:

¿Queréis que se castigue el crimen, que sea defendida la inocencia, respetada la humanidad y asegurada la libertad? Haced justicia en público. Lejos de las miradas del pueblo, es donde se emplean tan odiosos medios para llegar a la prueba de los delitos. En la oscuridad de los calabozos, es donde los infames satélites, disfrazados de malhechores, tienden lazos a un acusado y procuran ganar su confianza para hacerle traición. En las escondidas sombras de un calabozo, es donde magistrados inhumanos, olvidando la dignidad de sus funciones, se envilecen con las del delator, y para perder a estos desgraciados, emplean una astucia que tiene escrúpulo de nada. En un tribunal secreto, es donde únicamente se ven jueces encarnizándose para perder a un inocente [...]. Todo delincuente debe ser juzgado a la faz del cielo y de la tierra". (Marat, 2000: 179)³².

En el proyecto de declaración de derechos del hombre, Marat reiteró "Que el proceso se instruya de cara al pueblo". (Marat, 1996: 290)³³.

Marat, a diferencia de Beccaria, no se limitó a abogar para que el juicio fuera público, sino hizo referencia también a la forma en que debía desarrollarse el juicio oral (Marat, 2000: 189-191; Marat, 1955: 153-156). En dicho desarrollo, Marat expresó que debe hacerse una comparación entre lo que indicó el testigo en el juicio oral y lo que le había indicado al funcionario que recibió la acusación, de modo que cuando se encuentran contradicciones o se aparta esencialmente entre ellas, debe ser rechazado (Marat, 2000: 191; Marat, 1995: 156)³⁴.

Dicha afirmación lleva a una relativización del juicio oral y público, funcionando el mismo como una mera ratificación de lo dicho con anterioridad que recuerda los problemas que se presentaron durante la vigencia del Código de Procedimientos Penales costarricense de 1973, con el decaimiento de la oralidad. (Llobet Rodríguez, 2003: 45-46).

Se puede encontrar también referencia en Marat al principio de lesividad, un principio fundamental en un Estado de derecho que establece límites a la creación de delitos por la persona legisladora.

31 La publicidad de los juicios se contempló en diversos proyectos de declaración de derechos del hombre y del ciudadano de la Francia de 1789. Así se previó en el proyecto del Sr. Marqués de Condorcet (art. 4), de A. F. Pison du Galland (art. 28) del Comité encargado del examen de las declaraciones de derechos (integrado por Demeunier, Mirabeau, La Luzerne, Redon y Tronchet) y de Marat (apartado sobre el Poder Judicial). Cf. Fauré (Compilador), 1996: 38, 249, 256 y 290. No fue previsto, sin embargo, en la declaración aprobada.

32 Véase además el texto en: Marat, *op. cit.*, p. 145. Una traducción diversa en: Rivacoba y Rivacoba, *op. cit.*, p.248.

33 Sobre el derecho a un juicio público en Beccaria: Llobet Rodríguez, *op. cit.*, pp. 330-334.

34 Sobre ello: Lohmann, *op. cit.*, p. 73.

35 Sobre la dañosidad social en Beccaria: Llobet Rodríguez, *op. cit.*, pp. 183-193.

Esta mención no se encuentra a través de la mención a la dañosidad social que deben tener los delitos, indicada por Beccaria³⁵, sino a que “las leyes no han de tratar sino lo que interesa manifiestamente al orden público”, señalando que si se penan posiciones indiferentes al orden público, se destruye el imperio de la ley, puesto que se llega a considerar las leyes como “vanas y arbitrarias”, y llegó en definitiva a “despreciar su autoridad” (Marat, 2000: 78).

Por otro lado, criticó la tortura, base del sistema procesal penal de su tiempo, siendo su preocupación fundamentalmente de carácter humanitaria y ocupando un carácter meramente secundario la ineffectividad de la tortura para la averiguación de la verdad. De esta manera, expresó:

Es [...] absurdo querer sacar a un culpable la confesión de su delito, y erigir esta confesión en una prueba contra él. Así es, que condenamos esos bárbaros medios, empleados para arrancar una confesión, que no hay derecho para exigir. Cuando no es una horrible clase de prueba, está en oposición con la naturaleza, porque hiere el principio de defensa natural”. Agregó: “No para hacer prueba contra un culpable, se nos dirá, para lo que el juez lo ordena; es para aclarar sus dudas y tranquilizar su conciencia. ¡Cómo! ¿En la incertidumbre en que estáis de si el acusado es culpable, no le hacéis sufrir un suplicio mucho más afrentoso que el que le impondrías si estuviéseis seguros de que no era inocente? Y para saber si merece la muerte, principiáis por dársele mil veces. ¡Jueces bárbaros! ¿Con qué derecho jugáis así con la humanidad?”. Continuó diciendo: “Pretendéis aclarar vuestras dudas con los tormentos, como si el dolor fuese propio para arrancar la verdad al desgraciado que lo sufre. ¡Cuántos culpables han resistido esta prueba odiosa! ¡Cuántos inocentes han sucumbido! ¡Incensatos! [sic] Abrid los ojos ante vuestros semejantes, y seguir su ejemplo. ¡Cuántos manchados con la sangre inocente que han derramado, lloran todavía su fatal obcecación (Marat, 2000: 168-169)³⁶.

Al respecto debe anotarse que si algunos como Wolfgang Naucke han dudado, sin razón, que los argumentos dados por Beccaria en contra de la tortura sean propiamente de carácter humanista, sosteniendo que le preocupa en particular que la tortura sea inútil para la recolección de la

36 Sobre la crítica a la tortura hecha por Marat: Lohmann, óp. cit., pp. 69-70. Acerca de la crítica de Beccaria a la tortura: Llobet Rodríguez, óp. cit., pp. 305-314.

37 De acuerdo con Naucke, la tortura es condenada por Beccaria debido a que es cruel e inhumana; pero no se encuentra en este la fundamentación de que la tortura es mala, sino lo que se indica es que la tortura es debido a su crueldad e inhumanidad no es útil en la recolección de la prueba y lesiona con ello la efectividad de la pena. Así de acuerdo con Beccaria con la tortura no se obtiene la verdad, por lo que la preocupación de este es que se puede colocar en vez de la tortura, acudiendo para ello a teorías de la prueba que puedan servir para evitar la pérdida de efectividad, luego de la pérdida de la tortura. Cf. Naucke, 1989: 48-49. Sin dejar de tomar en cuenta la importancia que tienen las argumentaciones de carácter utilitarista para Beccaria, la crítica de Naucke es excesiva, ya que en temas como el relativo a la humanización de la prisión preventiva, la presunción de inocencia, la prohibición de la tortura, hace argumentaciones que, en definitiva, están relacionadas con el principio de dignidad de la persona humana, el que llegó a formular adelantándose al imperativo categórico kantiano al afirmar: “No hay libertad cuando algunas veces permiten las leyes que en ciertos acontecimientos el hombre deje de ser persona y se reputa una cosa”. Beccaria, óp. cit., p. 62. Sobre el tema: Llobet Rodríguez, óp. cit., pp. 253-256.

prueba y lesiona la efectividad de la pena³⁷, no queda ninguna duda del texto transcrito de Marat, la gran preocupación que tuvo con base en consideraciones humanitarias y humanísticas.

Por otro lado, frente a la generalización que tenía la pena de muerte en su tiempo, Marat se opuso a la misma y señaló:

Haciendo los crímenes capitales se ha querido aumentar el temor al castigo, cuando realmente ha disminuido. Castigar con la muerte es dar un ejemplo pasajero, y lo que se necesita es que sea permanente. También esto se ha entendido de otra manera. La admiración que inspira el desprecio a la muerte que demuestra un héroe expirando, la inspira a los facinerosos un malhechor cuando la sufre con valentía. Pero admitir que se arrepiente, viéndole morir con la constricción que asegura la felicidad eterna, por el perdón de la culpas, pecan a fin de obtener después de toda gracia por sus pecados. Así se abandonan al crimen para satisfacer sus funestas inclinaciones, se vanaglorian de escapar a la justicia, y cuando no pueden esperar la impunidad, el castigo será de corta duración y la recompensa sin límites. ¿Por qué continuar, contra los gritos de la razón y las lecciones de la experiencia, vertiendo sin necesidad la sangre de una multitud de criminales (Marat, 2000: 79).

Los argumentos que presenta Marat en contra de la pena de muerte no tienen la fuerza que poseen los que ofrece en contra de la tortura, no basándose, como en esta, en consideraciones humanistas y humanitarias, sino en estimaciones utilitaristas. A semejanza de Beccaria, admitió excepciones a la no imposición de la pena de muerte, señalando que las penas capitales deben ser pocas (Marat, 2000: 79). Señala sobre ello Prieto Sanchís:

Por lo que se refiere a la pena de muerte [...] parece que Marat adopta una postura claramente abolicionista, aunque no lo manifiesta expresamente. Que la pena de muerte no satisface la finalidad de corrección es evidente; pero ¿será un freno eficaz contra la delincuencia, cumplirá la finalidad de intimidación o prevención? Marat no responde categóricamente que no. La impresión que producen los suplicios es siempre momentánea y a la larga es nula [...] Teniendo en cuenta que el máximo suplicio no satisface las principales finalidades de la pena, quizás podría esperarse que Marat adoptase una postura absolutamente abolicionista, pero no es así. 'Las penas deben ser pocas veces capitales', pero sin desaparecer por completo. Según expone en la segunda parte de la obra, la pena capital debe reservarse a los siguientes delitos, la mayor parte de naturaleza política: 'malversaciones, maquinaciones y traiciones, 'incendio de buques, talleres, arsenales, archivos y edificios públicos'; conspiraciones y homicidio premeditado. Pese a todo, a finales del siglo XVIII, la postura de Marat bien puede considerarse moderadamente abolicionista" (Prieto Sanchís, 1985: 339-340)³⁸.

38 Sobre la pena de muerte de acuerdo con Marat: Lohmann, 1963: 52-55. Con respecto a las críticas de Beccaria a la pena muerte y las excepciones a la prohibición de la misma: Llobet Rodríguez, óp. cit., pp. 241-259.

Además, destacó la importancia de la presunción de inocencia con respecto a la prisión preventiva: "En tanto que el acusado no está convicto ante sus jueces, no hay derecho para tratarlo como culpable" (Marat, 2000: 182). Sin embargo, la presunción de inocencia no lo llevó a negar la legitimidad de la prisión preventiva, la cual admite, aunque limitándola a la causal de peligro de fuga y no menciona el peligro de obstaculización al que hizo referencia Beccaria³⁹. Además hizo mención a la importancia que todo ello tiene con respecto a la ejecución de la prisión preventiva:

Su detención no tiene otro objeto que asegurarle hasta que sea probado el delito, porque el único suplicio debe consistir en el castigo del crimen. ¡Fuera, por lo tanto, esas pesadas cadenas que un codicioso carcelero puede cambiar por otras más ligeras; fuera esos aparatos, en donde se padece una tortura continua; fuera esos negros calabozos, donde ya yace la pobredumbre! (Marat, 2000: 182)⁴⁰.

Por otro lado, debe destacarse que previó una indemnización a favor de aquella persona que resultara inocente, luego de haber sufrido prisión preventiva, lo que justifica como una consecuencia del derecho del sacrificado especial a una indemnización. Así dispone:

Si interesa a la defensa de la sociedad detener a un inocente del que haya vehementes sospechas de delincuencia, no incumbe menos a la libertad pública reparar lo que ha sufrido por la causa común. No se puede hacer más que indemnizarle. Se le concederá, pues, una indemnización proporcional, no solamente por los daños que ha experimentado y el malestar que ha sufrido, sino por las amarguras y los pesares que le han afligido (Marat, 2000: 192)⁴¹.

La presunción de inocencia exige que este derecho a la indemnización sea concedido, tanto a aquella persona que fue absuelta por haber probado su inocencia, como aquella que fue absuelta con base en el in dubio pro reo, prohibiéndose una diferenciación entre ambos (Llobet Rodríguez, 1995: 76-77; Llobet Rodríguez, 1999: 142-145).

Sin embargo, no queda claro si Marat está dispuesto a conceder la indemnización a quien no fue condenado, por existir una prueba incompleta de su culpabilidad. De acuerdo con la

39 Beccaria admitió como causales de prisión preventiva el peligro de fuga y el peligro de obstaculización. Cf. Llobet Rodríguez, 2005: 290-294. En general, la doctrina estima que ambas causales son de carácter procesal, de modo que son compatibles con la presunción de inocencia. Cf. Llobet Rodríguez, 1999, *óp. cit.*, pp. 168-170, 186-187; Llobet Rodríguez, 1995, *óp. cit.*, pp. 70-76, 106-108, 111-112. No obstante, algunos autores indican que solamente debe ser admitida la causal de peligro de fuga, ya que en la CADH y en el PIDCP solamente se hace mención a la misma. Cf. Bovino, 1998, *óp. cit.*, pp. 142-144; Ottaviano, 2002, *óp. cit.*, pp. 220-223.

40 Con respecto: Lohmann, 1963, *óp. cit.*, p. 69.

41 *Ibíd.*

terminología utilizada por Marat, parece que la indemnización solo se concede a quien demostró su inocencia, por la distinción que hace entre el “inocente” (Marat, 2000: 191), al que concede la indemnización, y el “culpable, si la prueba del delito es incompleta”, con respecto al cual incluso admite, en el caso de que esté acusado de un delito capital, que se le mantenga encerrado en una casa de corrección (Marat, 2000: 192)⁴².

Marat rechazó la desigualdad en la aplicación de la ley penal, la cual se hacía en su época de acuerdo con el origen social⁴³. Así llegó a afirmar que en principio debe infligirse igual castigo a todo delincuente. Ello podría llevar, como lo indica Eugenio Raúl Zaffaroni, a un sistema de penas fijas⁴⁴. No obstante, Marat termina rechazando esto mientras no se dé la igualdad y todos los miembros de la sociedad gocen de las mismas ventajas. Sobre ello debe anotarse que entre los aportes especialmente relevantes de Marat, debe mencionarse la consideración de las condiciones personales, en particular las carencias que ha sufrido el sujeto y que lo han llevado a la comisión del hecho delictivo, como relevantes para la imposición de la pena. Así indica:

He dicho que por el mismo delito debe infligirse igual castigo a todo delincuente. Sin embargo, esta ley no sería justa más en un Estado fundado sobre la igualdad y cuyos miembros gozasen poco o menos las mismas ventajas. La naturaleza ha establecido grandes diferencias entre los hombres y la fortuna las ha establecido mucho mayores; ¿quién no ve que la justicia debe tener siempre en consideración las circunstancias en que el culpable se encuentra, circunstancias que pueden agravar o atenuar el crimen?

Agrega poniendo varios ejemplos: “De dos hijas que se han entregado al libertinaje, la que sin experiencia todavía, se encuentra maltratada por padres brutales, es menos culpable que la que, amada por sus honrados progenitores, conoce ya el mundo”. Añade: “De dos hombres que

42 En el sentido de que Marat solo concede la indemnización al “inocente”, pero no al “culpable, si la prueba del delito es incompleta”; Lohmann, 1963, *óp. cit.*, p. 74.

43 Sobre el reclamo hacia la aplicación igual de la ley en Beccaria: Llobet Rodríguez, 2005, *óp. cit.* pp. 140-143.

44 Sobre ello Eugenio Raúl Zaffaroni explica: “Marat partiendo del argumento de que la justicia debe ser imparcial, prácticamente proponía el sistema de penas fijas. Lo razonaba sobre la base de que un Estado fundado en la igualdad no puede aplicar penas diferentes para el mismo delito, pues con los establecimientos que proponía, nadie podría esgrimir la necesidad ni la ignorancia, y, en cuanto a la sensibilidad, entendía que en cierta forma, su diferente intensidad resulta compensadora: ‘si una gran sensibilidad se agrega a la fuerza de las pasiones que nos llevan a violar las leyes, el temor que le sirve de freno es más enérgico’. En caso que aún no funcionasen los establecimientos que proponía, admitía la facultad individualizadora del juez, pero únicamente para atenuar la pena”. Zaffaroni, 1988, *óp. cit.*, T. II: 97. En realidad Marat no condiciona ello en forma expresa a la creación de los establecimientos que proponía (de capacitación en un oficio y educación), sino hizo mención solamente a la inexistencia de una igualdad. Debe tenerse en cuenta que con respecto a los “desgraciados”, que no hubieran recibido las garantías básicas para su subsistencia Marat proponía más bien el dictado de una absolutoria y no propiamente la atenuación de la pena. Marat, 2000: 68-75.

han cometido el mismo robo, el que apenas tiene lo necesario, es menos culpable que el que nada en lo superfluo". Indica también: "De dos perjurios, el que desde la infancia se ha inspirado en los sentimientos de honor, es más criminal que el que, abandonado a la naturaleza, no recibe jamás educación" (Marat, 2000: 81).

Estas consideraciones tienen relación con la teoría de la pena que se ha desarrollado con posterioridad, la cual hace referencia que para la fijación de la misma son importantes la gravedad del hecho y el grado de reproche que se le puede hacer a la persona responsable por no haberse comportado conforme a derecho.

Lo indicado por Marat tiene relación con el grado de reproche, estando asociado a lo que Eugenio Raúl Zaffaroni ha considerado como la co-culpabilidad social que lleva a que deba reprochársele menos y, por consiguiente, debe tener una penalidad menor, aquel que ha tenido, en relación con el hecho delictivo realizado, una vida de carencias, de modo que tiene un poder de autodeterminación condicionado en esa forma por causas sociales (Zaffaroni, 1982: 161-172; Zaffaroni, 1996: 520-521)⁴⁵.

También es importante la referencia que presenta Jean Paúl Marat con respecto a la ejecución de la privación de libertad, en donde se puede encontrar un antecedente de lo que se conoce hoy día como el juez o la jueza de ejecución, en cuanto protector o protectora de los derechos establecidos en la ley de las personas detenidas. Marat señala:

La guarda de las cárceles no debe estar encomendada a carceleros. La ley es quien ha de determinar el tratamiento de los diferentes criminales; que un respetable magistrado

45 Zaffaroni reconoce que las ideas sobre la co-culpabilidad proceden de Marat y del buen juez Magnaud. Cf. Zaffaroni, 2005, *óp. cit.*, p. 241. Véase también: Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2005, *óp. cit.*, pp. 509. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que Zaffaroni ha estimado que el principio de co-culpabilidad es insuficiente porque evoca el prejuicio de que la pobreza es la causa de todos los delitos y si se corrige ese prejuicio, justificaría más poder punitivo para las clases hegemónicas y menos para las subalternas, pudiendo llevar a un derecho penal de dos velocidades. Agrega que la selección estructural del poder punitivo en último término continuará realizándose en forma bastante arbitraria, de modo que la co-culpabilidad ignora la selectividad del poder punitivo. Cf. Zaffaroni, 2005, *óp. cit.*, pp. 241-242. Véase además: Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2005, *óp. cit.*, pp. 509-510. Sobre el principio de co-culpabilidad, aplicado al derecho penal juvenil: Llobet Rodríguez, 2002, *óp. cit.*, 429-432. En diversos votos, sin que implique que sea una posición que en forma uniforme haya sostenido el tribunal de casación penal costarricense, se ha hecho referencia a aspectos relacionados con la co-culpabilidad, para afirmar la existencia de un menor reproche y penalidad. Por ejemplo, en el voto 634-2005 del 7 de julio de 2005 se indicó: "Se aprecia [...] una falta de fundamentación de la pena [...]. Debe tenerse en cuenta que no basta hacer una frase abstracta de que la pena acordada resulta proporcional a los hechos, sino debe el tribunal explicar por qué ocurre ello. Se une a ello que se menciona el menor grado de reprochabilidad del imputado, haciéndose referencia a las dificultades que ha enfrentado por su condición de travesti, pero no basta con una enumeración de la consideración de ello, puesto que si se parte de una menor reprochabilidad debe procederse a imponer una pena menor, ello de acuerdo con el principio de culpabilidad (art. 39 de la Constitución Política)".

visite de cuando en cuando estos tristes establecimientos, que reciba las quejas de los desgraciados que están encerrados, y que haga justicia en sus inhumanos guardianes (Marat, 2000: 184)⁴⁶.

Al igual que otros autores ilustrados⁴⁷, bajo la influencia de Rousseau, asumió la teoría del contrato social. Así:

Haced abstracción de toda clase de violencia, y encontraréis que el único fundamento legítimo de la sociedad es la felicidad de los que la componen. Los hombres no se han reunido más que por su interés común; no han hecho las leyes más que para fijar sus respectivos derechos, y no han establecido un gobierno más que para asegurar el goce de estos derechos. Si renuncian a su propia venganza, es porque la declinan en el brazo público; si renuncian a la libertad natural, es por adquirir la libertad civil; si renuncian a su primitiva comunidad de bienes, es para poseer en propiedad alguno de ellos (Marat, 2000: 67-68).

El aporte principal de Jean Paúl Marat, es la consecuencia que extrae de la asunción de la teoría del contrato social y la necesaria garantía que debe dar la sociedad de las necesidades básicas para subsistir, como condición necesaria para la legitimación del derecho a penar⁴⁸. Se ha visto en él un precursor de la seguridad social (Rivacoba y Rivacoba, 2000: 38; Rivacoba y Rivacoba, 1978: 245), al indicar que la sociedad "[...] debe satisfacer todas sus necesidades. La sociedad debe asegurarles su subsistencia, un abrigo conveniente, entera protección, socorro en

46 Señala Manuel Rivacoba y Rivacoba: "Desde su lejanía en el tiempo nos llama la atención en el presente acerca de la imperiosa necesidad de rescatar de los carceleros la ejecución de las penas privativas de libertad y entregarla a quienes únicamente corresponde, a los jueces, y atisba a la distancia lo que son en la actualidad los jueces de ejecución". Rivacoba y Rivacoba, 1988, óp. cit., pp. 253.

47 Sobre el contrato social en Beccaria: Llobet Rodríguez, 2005, óp cit., pp. 124-132.

48 Luis Prieto Sanchís indica haciendo mención a las consideraciones que hace Marat con respecto al derecho de robar de la persona indigente: "Al igual que la mayoría de sus contemporáneos, Marat acepta la teoría del pacto social como la más idónea para explicar el origen de la sociedad civil y del Estado, pero la interpretación que de ella hace presenta aportaciones originales. Para el viejo contractualismo, la obligación de obediencia al derecho deriva del 'pactum subjectionis', mediante el cual los hombres cedieron parte de su libertad y constituyeron la sociedad civil; precisamente, la necesidad de salvaguardar el pacto originario y de garantizar la existencia de la sociedad constituye el fundamento del derecho de castigar. Aquella obligación que corresponde a los súbditos y este derecho que detenta el soberano no solo afectan a la 'primera' generación que hipotéticamente firmó ese convenio, sino también a todas las generaciones siguientes, a pesar de que la primitiva igualdad ha desaparecido por el incesante aumento de las fortunas particulares. Marat no acepta esta concepción del contractualismo, que impone obligaciones 'al hombre concreto' sin otra contrapartida que la protección del Estado frente a los particulares. Ese 'hombre concreto' no está necesariamente vinculado por las cláusulas del pacto social; la obligación de respetar las leyes que protegen la sociedad civil depende, en primer lugar, de que la propia sociedad garantice los que para Marat constituyen auténticos derechos naturales, a saber: la subsistencia, un abrigo conveniente, entera protección, socorro en la enfermedad y cuidados en la vejez. Aquéllos que no disfrutaban de estas condiciones de vida, los que 'quedan reducidos a morir de hambre', no están obligados a respetar las leyes". Prieto Sanchís, 1985: 336-337.

las enfermedades y cuidados en su vez" (Marat, 2000: 68)⁴⁹. Relaciona lo anterior con el derecho a penar, al afirmar que "solamente después de haber cumplido todas sus obligaciones con sus miembros es cuando tiene derecho a castigar a los que violan sus leyes" (Marat, 2000: 68)⁵⁰.

Algunos han visto en Marat una fe socialista. En este sentido, indica Eugenio Raúl Zaffaroni: "Su pensamiento sobrepasa a veces al revolucionario para enrolarse en lo que hoy calificaríamos como socialista" (Zaffaroni, 1988, T. II: 93)⁵¹. En forma similar señala Luis Jiménez de Asúa que la "[...] justificación del atentado a la propiedad lleva a Marat a estudiar la naturaleza y el origen de este derecho, acabando, en fin de cuentas, por una profesión de fe auténticamente comunista" (Jiménez de Asúa, 1944: 34)⁵². Sin embargo, si por socialista se entiende la pretensión de la colectivización de los medios de producción, eliminándose la propiedad privada, salvo

49 En un artículo publicado el 27 de octubre de 1790 en "El Amigo del Pueblo" Marat indicó: "Los hombres no han podido comprometerse a la plenitud de sus derechos naturales y a respetar al orden social, sino en tanto la sociedad les ofrezca una situación preferible a la que les ofrecía la naturaleza. La sociedad puede, pues, obligarles al trabajo, puesto que la naturaleza les condena a él. Pero cuando éstos no lo rechazan y su trabajo no basta para su mantenimiento, la sociedad les debe una alimentación saludable, un alojamiento sano, un vestido razonable, algo con que criar a sus hijos, cuidados en las enfermedades, en fin, una existencia soportable para que no se ven reducidos a morir de fatigas". En: Prieto, 1989, óp. cit., p.355.

50 Eugenio Raúl Zaffaroni indica que la crítica de Marat deslegitima el sistema penal. Cf. Zaffaroni, 1993a, 127. Agrega: "El problema es que a Marat se le puede entender de dos formas: si la retribución únicamente es justa en una sociedad justa, puede afirmarse que la solución consiste en hacer la sociedad justa; la otra solución sería que solo puede retribuirse en la medida en que la sociedad es justa, o sea, que la sociedad debe cargar con la responsabilidad que le incumbe por la injusticia social. Como ya vimos que la primera opción nos lleva a una impotencia social reaccionaria en espera de la sociedad 'justa', la única opción que no es camino prohibido es la segunda. Conforme a ella, debemos reconocer que el hombre no es un 'hombre libre en abstracto', sino un 'hombre libre concreto' (es decir, 'libre', pero en un ámbito que esta condicionado por un poder, un saber, una clase, un status, una familia, una religión, etc.), que es libre de un espacio o de unas posibilidades que concretamente le ofreció la sociedad, y que estos espacios son diferentes, porque la estructura social no otorga iguales posibilidades a todos. Esta traducción institucional no utópica de la crítica radical de Marat- y que ya fue hecha en el siglo pasado- importa la admisión de la retribución, pero en el marco del espacio social. No puede la sociedad – ni quien se atribuya su representación en forma más o menos legítima, retribuirle a nadie la producción de un daño, cuando no le dio las posibilidades de que lo evitase, y, contrariamente, como esas posibilidades no son iguales para todos, a cada uno podrá retribuirse en la medida de las posibilidades concretas que le brindó para actuar de modo diferente". Zaffaroni, 1993a: 129.

51 Señalan Zaffaroni, Alagia y Slokar: "En su Plan Marat formulaba una crítica revolucionaria y socialista al talión kantiano, pese a admitir que la pena más justa era la talional". Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2000: 269; Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2005: 213. Señalan que dio argumentos para la revolución socialista, indicando que "discurría en forma que se adaptaba a quienes pretendían una revolución radical, que llevase a las masas desposeídas al poder e instaurase una sociedad igualitaria". Zaffaroni/Alagia/Slokar, 2000, óp., cit. pp. 270.

52 Herzen son en la edición soviética del "Plan de legislación criminal" trata de rescatar el pensamiento revolucionario de Marat y su lucha por los oprimidos. Herzen son, 1955: 5-28. También con respecto a Beccaria, a pesar de que sus posiciones fueron mucho más moderadas que las de Marat, se han dado discusiones sobre si era un pre-marxista. Cf. Llobet Rodríguez, 2005, óp. cit. pp. 144-157.

aquellos bienes de carácter personal, debe negarse que Marat sostuviera posiciones socialistas⁵³. Marat no defendió la abolición de la propiedad privada, sino la subordinó a la satisfacción de las necesidades básicas de la colectividad⁵⁴, de modo que negó el derecho a poseer lo superfluo, mientras otras personas carecen de lo necesario. De esta manera, indicó:

El derecho de poseer procede del derecho de vivir; así es que todo lo indispensable para la existencia es nuestro, y nada superfluo nos debe pertenecer legítimamente mientras que otros carecen de lo necesario. He aquí el fundamento de toda propiedad, tanto en el estado natural como en el de sociedad (Marat, 2000: 68)⁵⁵.

Lo anterior lo lleva en forma consecuente a considerar que aquella persona que ha sido excluida de la sociedad, la cual lo mantiene en la miseria sin garantizarle las necesidades básicas, puede

53 Señala Luis Prieto Sanchís: "Sería tal vez impropio considerar a Marat como un precedente del socialismo 'científico', pero parece indiscutible que sus planteamientos reflejan la ideología de la pequeña burguesía revolucionaria y suponen un alejamiento del liberalismo que finalmente se impuso en el siglo XIX". Prieto Sanchís, 1985: 337. Sobre ello: Belfort Bax, Ernest, 1900: Chapter IV, quien indica que frente a aquellos que pretenden ver en Marat una anticipación del socialismo moderno, debe afirmarse que Marat no trató de lograr una transformación fundamental en la base de la sociedad. Señala que de acuerdo con Marat los ricos debían pagar impuestos para subsidiar las casas de trabajo, en el verdadero sentido de la palabra, para aquellos que quedaban temporal y permanentemente sin trabajo, para que fueran suplidos de lo necesario para vivir. Sin embargo, manifiesta que no propuso una alteración de la relación empleador-empleado. Señala que Marat no excluye la distinción entre ricos y pobres, siempre que no existiera nadie tan pobre que careciera de lo necesario para vivir. Indica que esa es la escuela de Rousseau. En ella se rechazaba el exceso de lujo y se insistía en el derecho de cada uno de al menos vivir y tener los medios necesarios para ello. Señala que ni Marat ni otro miembro de su generación formuló la idea de una transformación de la sociedad, a través de la transferencia de los medios de producción, distribución e intercambio, de las manos de individuos o grupos de individuos que los adoptaban para su propio beneficio, a la organización del poder de la comunidad, que trabajara en beneficio común. No obstante, continúa Ernest Belfort Bax que deben dársele todos los honores a Marat, un hombre nacido antes de tiempo. Si bien -señala- sus ideas no implican un completo socialismo en el sentido actual del término, fue fuertemente socialista en su origen y tendencia, siendo muchas de sus propuestas alabadas y denunciadas ahora bajo la etiqueta del socialismo.

54 Indica Fernando Prieto que Marat no pide la abolición de la propiedad, sino la subordina al derecho a la existencia. Prieto, 1989: 345. Por su parte Luis Prieto Sanchís dice que Marat llega a poner "[...] en duda la legitimidad del derecho de propiedad", pero "en realidad sus ataques se dirigen más contra el incesante proceso de acumulación de riquezas que contra el derecho de propiedad, proponiendo un idílico modelo en que todos tuvieran lo necesario y nadie lo superfluo". Agrega, luego haciendo evidentemente referencia a lo indicado por Luis Jiménez de Asúa (de acuerdo con la cita tras-anterior), que "esta concepción de la propiedad individual, aunque sólo con exageración pueda decirse que constituye una 'profesión de fe auténticamente comunista', era sin embargo una base suficiente como para poner en tela de juicio la legitimidad del derecho de castigar los delitos contra la propiedad, los que Marat denomina genéricamente robos". Cf. Prieto Sanchís, 1985, óp. cit. pp. 336-337.

55 Véase también: Marat, 1955: 40. Señala Luis Jiménez de Asúa: "La idea fundamental de Marat es que todas las leyes existentes nada valen, que son por excelencia ilegítimas, arbitrarias, contra la moral y el buen sentido, y que no se deben tener en cuenta. Contra el régimen de clase dispara sus terribles adjetivos, y como estima que todo lo disfrutaban los ricos y nada los pobres advierte a éstos que deben prepararse para la reconquista de sus derechos. El primero de éstos es el asegurar su existencia material. Ante todo, es preciso que el hombre pueda subsistir". Jiménez de Asúa, 1979: 37.

considerar incumplido el contrato social y volver al estado de naturaleza, de modo que estaría legitimado para robar, sin que la sociedad, debido a su incumplimiento, pueda penarlo. Las consideraciones que hace Marat al respecto, son las más conocidas de su pensamiento penal. Señala refiriéndose a los “desgraciados”:

En una tierra que toda es posesión de otro y en la cual no se puede apropiar nada, quedan reducidos a morir de hambre. Entonces no conociendo la sociedad más que desventajas, ¿están obligados a respetar las leyes? No, sin género de duda; si la sociedad los abandona, vuelven al estado natural, y cuando reclaman por la fuerza derechos de que no pudieron prescindir sino para proporcionarse mayores ventajas, toda autoridad que se oponga a ello es tiránica, y el juez que los condene a muerte, no es más que un vil asesino (Marat, 2000: 68)⁵⁶.

Desarrolla luego en forma apasionada la defensa de esta idea, utilizando como técnica el discurso de un excluido de las condiciones básicas para la subsistencia que él denomina como un “desgraciado” que realiza un robo. Se trata de lo que se ha conocido como el célebre discurso del ladrón (Rivacoba y Rivacoba, 2000: 39), en el que manifiesta:

¿Qué soy culpable? No lo creo, pero tengo conciencia de que no he hecho nada que no debiese hacer. El primero de los deberes del hombre es cuidar de su propia conservación; vosotros mismos no conocéis ningún deber superior a éste; el que roba para vivir, en tanto no puede hacer otra cosa, no hace más que usar sus derechos (Marat, 2000: 69)⁵⁷.

Agrega luego criticando la igualdad meramente formal:

Me imputáis el delito de haber turbado el orden de la sociedad. ¡Qué me importa este pretendido orden que siempre me fue tan funesto! Que vosotros prestéis sumisión a las leyes os aseguran la dominación del tanto desgraciado, no tiene nada de particular. Observad bien esas leyes, porque a ellas debéis vuestro bienestar; pero yo ¿qué debo a la sociedad, yo que no tengo más que por sus horrores? Y no me digáis que todos sus miembros gozan de las mismas prerrogativas y que pueden disfrutar de las mismas ventajas, porque la falsedad de ello es evidente. Comparad vuestra suerte con la nuestra; mientras vosotros

56 Véase también: Marat, 1955: 38-39. En su proyecto de declaración de derechos del hombre, Marat reiteró su posición sobre la absolutoria de aquel desamparado por la sociedad que ha llevado a cabo un robo. Señaló: “En una sociedad en la que ciertos privilegiados disfrutan de la ociosidad, el fasto y los placeres, de los bienes del pobre, de la viuda y del huérfano; la justicia y el buen juicio exigen igualmente, que al menos una parte de estos bienes llegue por fin a su destino, mediante un reparto juicioso entre los ciudadanos que carecen de todo: pues el honesto ciudadano que la sociedad abandona a la miseria y a la desesperanza, vuelve al estado natural y tiene derecho a reivindicar a mano armada los beneficios que no pudo alienar sino para procurarse otros mayores; toda autoridad que se oponga a ello es tiránica y el juez que lo condene a muerte no es más que un cobarde asesino”. Marat, 1996: 281.

57 Véase también: Marat, 1955, *óp. cit.*, p. 40.

pasáis tranquilamente la vida en el seno de las delicias, del fausto y de las grandezas, nosotros estamos expuestos por vosotros a las injurias del tiempo, a las fatigas, al hambre; para multiplicar vuestros goces no es bastante que reguemos la tierra con nuestro sudor, es necesario que la reguemos con lágrimas. ¿Qué habéis hecho para que merezcáis ser tan felices a nuestras expensas? [...]” (Marat, 2000: 70).

Luego agrega haciendo una crítica también a la imposición de la pena de muerte:

Es preciso trabajar, diréis; está bien dicho, ¿pero puedo yo hacerlo? Reducido a la indigencia por un poderoso vecino, en vano he buscado un asilo entre los campesinos; arrancado del arado por la cruel enfermedad que me consume, era una carga para el dueño a quien servía; no me quedaba otro recurso para vivir que mendigar el pan de cada día, y este último recurso me ha venido a faltar también. Cubierto de harapos y acostado sobre paja, todos los días he puesto de manifiesto el lastimero espectáculo de mis llagas, ¿y qué corazón se ha abierto a la piedad? Yo he implorado auxilio; ¿y qué mano caritativa ha venido a socorrerme? Desesperado por vuestras negativas, falto de todo y hambriento, he aprovechado la oscuridad para arrancar a un transeúnte el débil socorro que su dureza de corazón me rehusaba, y porque he usado de los derechos de la naturaleza, me enviáis al suplicio. ¡Jueces inicuos! Acordaos que la humanidad es la primera de las virtudes y la justicia la primera de las leyes. Al oír el relato de vuestras crueldades, los mismos caníbales se estremecerían de horror: ¡bárbaros! bañaos en mi sangre ya que la necesitáis para asegurar vuestras posesiones injustas; en medio de los tormentos que voy a sufrir, mi único consuelo será clamar al cielo, porque me hizo nacer entre vosotros” (Marat, 2000: 71)⁵⁸.

Después de hacer este relato de lo que diría el “desgraciado”, reitera Marat que debería ser absuelto y señala:

Hombres justos, ya veo caer una lágrima sobre vuestras mejillas y ya os oigo gritar como un solo hombre: Que sea absuelto. Sí, sin duda, debe ser absuelto, y ¿cuántos lo merecen todavía con más razón? Lo digo muy en alto, en casi todos los países el mismo Gobierno obliga a los pobres a ser criminales, porque les quita los medios para subsistir (Marat, 2000: 71)⁵⁹.

En relación con lo indicado por Marat, debe anotarse que la dogmática penal enseña hoy día que los casos de hurtos por necesidad que no puedan ser resueltos por atipicidad de la conducta por insignificancia material deben estimarse como cubiertos por un estado de necesidad justificante (Velásquez Velásquez, 1997: 514; Velásquez, Velásquez, 2004: 380).

58 Ibid., pp. 41-42.

59 Ibid., p. 42.

Aun en supuestos donde no pueda afirmarse la existencia de un Estado de necesidad justificante, puede considerarse la existencia de una disminución de la culpabilidad que debe conducir a una reducción de la pena. Para que se llegara a esto tuvo que pasar mucho tiempo desde los tiempos de Marat, aun en casos extremos como el de la sustracción de un pan a causa del hambre⁶⁰.

Así pasó más de un siglo desde que Marat publicó su libro en Francia para que en un caso de ese tipo se dictara una sentencia absolutoria en dicho país por el Tribunal de Chateau-Thierry en la audiencia del 4 de marzo de 1898, bajo la presidencia del llamado buen juez Magnaud. La procesada Luisa Ménard había cogido un pan en la tienda del panadero P. Ella tenía un hijo de dos años, al cual debía prestarle auxilio, porque desde hacía algún tiempo se encontraba sin trabajo, a pesar de sus investigaciones para procurárselo. Al realizar el hecho, contaba por todo recurso con el pan de dos kilos y las dos libras de carne que le entregaba cada semana el despacho de beneficencia de Charly, para ella, su madre y su hijo. En el caso concreto, al instante en que la procesada tuvo que arrebatar un pan en casa del panadero P., no tenía dinero, y los artículos que había recibido estaban agotados hacía ya treinta y seis horas, resultando que ni ella ni su madre habían comido durante ese lapso de tiempo, dejando para el niño algunas gotas de leche que tenían en su casa.

El tribunal se pronunció en tal caso por la absolución de la procesada, a pesar de la inexistencia en ese entonces de una regulación del estado de necesidad en la legislación francesa. Indicó entre otras razones que era lamentable que en una sociedad bien organizada, uno de sus miembros, sobre todo una madre de familia, no pudiera encontrar pan de otro modo que cometiendo una falta, debiéndose interpretar humanamente los inflexibles preceptos de la ley, al haberse cometido el hecho por la imperiosa necesidad de procurarse un alimento de primera necesidad, procurando librarse de las torturas angustiosas resultantes de una larga privación de nutrición y el deseo natural de la madre de evitarlas a su tierno hijo, del que solo ella tenía la carga⁶¹. Incluso se debe mencionar que un sector de la prensa francesa reaccionó violentamente en contra de este fallo, refiriendo la audacia del juez Magnaud de absolver a una ladrona, y se indicó que todo delito merecía una pena⁶².

La posición de Marat se diferencia de la concepción de algunas personas idealistas de izquierda que han visto al ladrón como autor de una actividad revolucionaria. Debe recordarse que

60 Sin embargo, indica Francisco Tomás y Valiente con respecto al derecho penal de la monarquía absoluta española: "Se estimaba que la apropiación de una cosa ajena de valor mínimo no era hurto y que moralmente era una simple falta venial; y por otra parte muchos moralistas consideraban permitido el hurto si se cometía a impulsos de la necesidad". Tomás y Valiente, 1969: 232.

61 Puede consultarse esta sentencia en: Leyret, 1990: 11-23. Indica Zaffaroni que la crítica radical de Marat fue realizada durante el siglo XIX por el juez francés Magnaud. Cf. Zaffaroni, 1993a: 129.

62 Cf. Leyret, 1990, óp. cit., pp. 13-14.

algunos, como Mijail Bakunin, de gran influencia en el movimiento anarquista, glorificaron la figura del ladrón, considerándolo como “el único y genuino revolucionario –un revolucionario sin frases bonitas, sin retórica aprendida, irreconciliable, infalible e indómito, un revolucionario popular y social, apolítico e independiente de cualquier estado”– (Ealham, 1999: 233).

En este sentido, en un curso sobre derechos humanos y seguridad urbana, organizado en junio de 1999 en San José de Costa Rica, un asistente defendió el robo como una forma de redistribución de la riqueza. (Sobre ello: Sagués, 2004: 454).

En realidad Marat no deslegitima la penalización de todos los responsables de robos, sino solamente de aquellos que han sido excluidos en la sociedad, a los que llama “desgraciados”, es decir aquellos a los que no se les garantizan las condiciones mínimas de existencia. No puede dejarse de considerar que la posición de aquellos que ven en el ladrón un revolucionario, no toman en cuenta que, con frecuencia, como lo indican John Lea y Jock Young, los robos cometidos por personas de la clase trabajadora, lejos de constituir un acto revolucionario simbólico, más bien son delitos realizados en contra de personas de su misma clase (Lea/Young, 2001: 123).

Además, esta concepción idealista del ladrón no toma en cuenta que en definitiva envuelve una posición anarquista ultra individualista, opuesta a la posición de Jean Paúl Marat, y es reflejada en forma clara en particular en Max Stirner, quien justificó el robo para la satisfacción de los propios intereses (Stirner, 2005: 163-222.)⁶³.

En cuanto a las medidas sociales propuestas por Marat para compensar la desigualdad social en que se encuentran los “desgraciados”, debe destacarse la creación de establecimientos públicos que procuren trabajo a las personas pobres. Reclamó, además, que se repartieran los bienes eclesiásticos, conservando la Iglesia lo necesario para las órdenes religiosas y para las personas beneficiadas. Proponía una especie de reforma agraria (Rivacoba y Rivacoba, 2000: 38; Rivacoba y Rivacoba, 1978: 245), de modo que los bienes eclesiásticos de carácter superfluo fueran repartidos en pequeños lotes a los ciudadanos pobres (Marat, 2000: 74)⁶⁴. Agregó la necesidad de instruir al pobre, para lo cual proponía la creación de escuelas gratuitas, y se recogían los fondos de las clases pudientes para sus mantenimientos (Marat, 2000: 74).

63 Acerca de Stirner: Ealham, 1999: 232-236.

64 Señala Fernando Prieto que Marat en su periódico propuso la distribución de bienes comunales en pequeños lotes, y en la convención la expropiación y distribución de los bienes de las personas aristócratas con la intención de crear una clase de pequeños propietarios fieles a la revolución. Cf. Prieto, 1989, óp. cit., p. 346.

6. Conclusiones

Marat representa especialmente la preocupación social dentro del pensamiento ilustrado y de la Revolución Francesa. Su “Plan de Legislación Criminal” fue redactado aproximadamente una década antes de la Revolución Francesa; pero Marat mantuvo su pensamiento durante ese lapso, reiterando sus ideas sobre la legislación criminal en su “Proyecto de Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, seguido de un plan de constitución justo, honesto y libre”.

En ocasiones, se han considerado la Revolución Francesa y la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 como expresiones de carácter meramente individualistas, cuando lo cierto es que en la Revolución Francesa hubo un enfrentamiento entre diversos grupos (Mayer, 1994: 162-175; Alba, 1977: 77-79), destacándose, por ejemplo la concepción de los cordoleros y su preocupación social, lo mismo que la lucha que dieron diversas mujeres, entre ellas Olympe de Gouges, por el reconocimiento de sus derechos (Paschhold/Gier (compiladores), 1989: 81-86).

Marat nos motiva reflexionar acerca de que la igualdad formal es insuficiente, resultando que el principio de dignidad de la persona humana exige que deban garantizarse las condiciones mínimas de subsistencia para todas las personas en aspectos, tales como: alimentación, salud, vivienda y educación, lo cual es lo que se conoce como la garantía del Estado social de derecho, muy lejos de ser una realidad hoy día.

7. Bibliografía

A.E. L. (2000). Introducción. El libro de Marat. Notas antropológicas y apuntes críticos. En: Marat, Jean Paul. Plan de legislación criminal. (Traductor: A. E. L.). Buenos Aires, Hammurabi: pp. 49-58.

Alba, Víctor. (1977). Las ideologías y los movimientos sociales. Barcelona, Plaza & Janes.

Baratta, Alessandro. (1986). Criminología crítica y crítica del Derecho Penal. México, Fondo de Cultura Económica.

_____. (1987). Principios de Derecho Penal Mínimo. (Para una teoría de los derechos humanos como objeto y como límite de la ley penal). En: Doctrina Penal (Argentina), n.º 40, pp. 623-650.

Beccaria, Cesare. (1988). De los delitos y de las penas. (Traducción de Juan Antonio de las Casas), Madrid, Editorial Iianza.

Belfort Bax, Ernest. (1900). Jean-Paúl Marat. The People's Friend. En: <http://www.marxists.org/archive/bax/1900/marat/index.htm>

Bovino, Alberto. (1998). Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo. Buenos Aires, Editorial del Puerto.

Bustos Ramírez, Juan. (1984). Manual de Derecho Penal español. Parte General. Barcelona, Ariel.

_____. (1994). Juan. Introducción al Derecho Penal. Bogotá, Temis.

Carrara, Francesco. (1976). Opúsculos de Derecho Criminal. Bogotá, Temis, T. II.

Ealham. (1999). "De la cima al abismo": las contradicciones entre el individualismo y el colectivismo en el anarquismo español. En: Preston, Paul (Editor). La república asediada. Hostilidad internacional y conflictos internos durante la Guerra Civil. Barcelona, Ediciones Península.

Fauré. (Compilador). (1996). Las declaraciones de derechos del hombre de 1789. México, Fondo de Cultura Económica.

Feldhausen. (1966). Zur Geschichte des Strafprozessrechtes in Frankreich von der Revolution bis zum Erlass des "Code d'instruction criminale" (1789 bis 1808). Bonn, Tesis doctoral.

Ferrajoli, Luigi. (1995). Derecho y razón. (Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y otros), Madrid.

Hassemer, Winfried. (2000). Strafen im Rechtsstaat. Baden-Baden. Nomos Verlagsgesellschaft.

_____. (2001). Freiheitliches Strafrecht. Berlín, Philo Verlagsgesellschaft.

Herzenson. A. A. (1955). Vorwort zur russischen Ausgabe. En: Marat, Jean Paul. Plan einer Criminalgesetzgebung. (Traducción de Kolb y otros, hecha de la traducción al ruso). Berlín, pp. 5-28.

Jiménez de Asúa, Luis. (1944). Orígenes de la filosofía liberal. En: El Criminalista. Buenos Aires, T. IV: 11-38.

_____. (1979). La ley y el delito. Buenos Aires, Editorial Suramericana.

Lea, John/Young, Jock. (2001). ¿Qué hacer con la ley y el orden? Buenos Aires, Editores del Puerto.

Leyret. (1990). Las sentencias del buen juez. Magnaud. Bogotá, Temis.

Lohmann, F. (1963). Jean Paul Marat und das Strafrecht in der französischen Revolution. Bonn, Tesis doctoral.

Llobet Rodríguez, Javier. (1995). Die Unschuldsvermutung und die materiellen Voraussetzungen der Untersuchungshaft. Friburgo de Brisgovia, Max Planck Institut für Strafrecht.

_____. (1998). Conciliación imputado-víctima, reparación del daño y Estado de Derecho. En: Armijo/Llobet Rodríguez/Rivero Sánchez. Nuevo proceso penal y Constitución. San José, Investigaciones Jurídicas: 187-222.

_____. (1999). La prisión preventiva. (En el nuevo Código Procesal Penal y la Ley de Justicia Penal Juvenil). San José, Investigaciones Jurídicas.

_____. (2002). Principios de la fijación de la sanción penal juvenil. En: Tiffer/Llobet/Düinkel. Derecho penal juvenil. San José, ILANUD/DAAD: 371-466.

_____. (2003). Proceso penal comentado. San José, Editorial Jurídica Continental.

_____. (2004). Justicia penal en el Estado arbitrario. (Sobre la reforma procesal penal durante el nacionalsocialismo). San José, Editorial Jurídica Continental.

_____. (2005). Cesare Beccaria y el Derecho Penal de hoy. San José, Editorial Jurídica Continental.

_____. (2005a). Justicia restaurativa en la justicia penal juvenil. En: Libro en Homenaje a Julio Maier. Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto, 2005, pp. 873-886.

Marat, Jean Paúl. (1955). Plan einer Criminalgesetzgebung. (Traducción de Kolb y otros, hecha de la traducción al ruso). Berlín.

_____. (1996). Proyecto de declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, seguido de un plan de constitución justo, honesto y libre. En: Fauré (compilador). Las declaraciones de derechos del hombre: 275-300.

_____. (2000). Plan de legislación criminal. (Traductor: A. E. L.). Buenos Aires, Hammurabi.

_____. Plan de législation criminelle. En:
<http://membres.lycos.fr/jpmarat/marat/plan.html>

Mayer. (1994). Trayectoria del pensamiento político. (Traductor: Vicente Herrero). México, Fondo de Cultura Económica.

Naucke, Wolfgang. (1989). Die Modernisierung des Strafrechts durch Beccaria. En: Beccaria. Die Anfänge moderner Strafrechtspflege in Europa. (Editor: Deimling). Heidelberg, Kriminalistik Verlag, pp. 37-53.

Ottaviano, S. (2002). La prisión preventiva: presupuestos para su dictado y su limitación temporal. En: García, Luis (editor). Los derechos humanos en el proceso penal. Buenos Aires, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma: 203-248.

Pagano, Francisco Mario. Principios del Código Penal (Traducción: Zaffaroni). Buenos Aires, Hammurabi, 2002.

Paschhold, Chris/Gier, Albert (compiladores) (1989). Die französische Revolution. Stuttgart, Reclam.

Prieto, Fernando. (1989). La Revolución Francesa. Madrid, Istmo.

Prieto Sanchís, Luis. (1985). La filosofía penal de la Ilustración. Aportación a su estudio. En: Anuario de Derechos Humanos (España), n.º 3, pp. 287-356.

Rivacoba y Rivacoba, Manuel de. (1978). Jean Paul Marat: Plan de législation criminelle. Introduction, notes et posface de Daniel Hamiche. Paris. Aubier Montaigne (Bibliothèque Sociale), 1974, 206 páginas, una ilustración. En: Doctrina Penal (Argentina): 244-246.

_____. (1988). La reforma penal de la ilustración. En: Doctrina Penal, Argentina, pp. 231-254.

_____. (2000). Estudio preliminar: Marat o el pensamiento revolucionario en Derecho Penal. En: Marat, Jean Paul. Plan de legislación criminal. (Traductor: A. E. L.). Buenos Aires, Hammurabi: 13-48.

Sagués, Néstor Pedro. (2004). Derechos y contraderechos (a propósito de la violencia urbana). En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano (Uruguay), T. II, pp. 451-463.

Stirner, Max. (2005). Der Einzige und sein Eigentum. República Checa, Verlag gmbh, Erfstadt.

Tomás y Valiente, Francisco. (1969). Derecho Penal de la Monarquía absoluta (Siglos XVI-XVII-XVIII). Madrid, Tecnos.

Velásquez Velásquez, Fernando. (1997). Derecho Penal Parte General. Bogotá, Temis.

_____. (2004). Manual de Derecho Penal. Bogotá, Temis.

Vormbaum, Thomas. (compilador) (1993). Texte zur Strafrechtstheorie der Neuzeit. Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, T. I.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. (1982). Política criminal latinoamericana. Buenos Aires, Hammurabi.

_____. (1988). Tratado de Derecho Penal. Parte General. México, Cárdenas Editor y Distribuidor, T. II

El derecho penal “moderno” y la política criminal en Costa Rica hoy

Alfredo Chirino Sánchez¹

1. Surgimiento del concepto y proyección dogmática

La sola enunciación del constructo “derecho penal moderno” evoca la idea de que estamos hablando de un aspecto novedoso, acorde con los tiempos, incluso deseable y, por qué no, de una meta a la que debería aspirarse para alcanzar cotas más altas de eficiencia en las operaciones del sistema de justicia penal, en su afán de atender los compromisos más urgentes en la consolidación de una vida de convivencia más segura, más cierta y más predeterminable. En suma, la apelación al “derecho penal moderno” podría funcionar, entonces, como una alusión al camino necesario y obligado de un derecho comprometido con las exigencias del presente y, por qué no, con las del futuro.

Acercarse de esa manera a la idea del derecho penal “moderno” implica entonces aceptar, en principio, que lo “moderno” alude un aspecto que sin duda tiene que ver con los tiempos que corren, con las circunstancias que agobian al mundo y que promete, hay que indicarlo, una respuesta a esos retos y circunstancias problemáticas que aquejan a la sociedad en su conjunto. Sin embargo, este acercamiento es peligroso porque oculta la dosis de crítica que un concepto como este merece, no tanto en sus prometidos efectos de seguridad que pueden ser deseables e, incluso, obligados en la coyuntura presente, sino en cuanto al método de su consecución, es decir, en la forma en que estarían predichos los caminos para realizar esa aspiración de certeza, de eliminación o reducción de riesgos y peligros, y de una sociedad menos convulsa y menos aquejada por los miedos cervales a la incertidumbre.

Bajo el título de “derecho penal moderno”, no obstante, se han ido acumulando diversos temas que van desde la así denominada “flexibilización del derecho penal” en campos tan diversos como el tema del combate del narcotráfico y de la criminalidad organizada, hasta la problemática diversa proveniente de los grandes escándalos por estafas y fraudes de carácter económico o los impactos de la criminalidad ambiental.

Estos escenarios criminales ofrecen diversos problemas a la dogmática penal que han sido planteados por autores que ofrecen un catálogo bastante abierto de soluciones, algunas de

1 Catedrático de derecho penal de la Universidad de Costa Rica y juez del Tribunal de Casación del II Circuito Judicial de San José.

ellas incompatibles con un ideario garantista o al menos con una perspectiva de derecho penal liberal. Así los denominados delitos “cumulativos”² o la protección de bienes jurídicos en la esfera contingente de la lesión, hasta las decisiones político-criminales para relativizar los criterios de imputación ya forman parte de las modernas tendencias del derecho penal; pero no habían recibido un tratamiento unitario que les diera por lo menos un carácter clasificatorio que permitiera entender sus consecuencias más claramente.

Hassemer, a quien debemos los estudios más pormenorizados sobre este concepto, ya ha indicado que vivimos una “nueva dialéctica de la ilustración”, en referencia de continuidad con el famoso ensayo del mismo título de Max Horkheimer y Teodoro Adorno. En ese trabajo, estos representantes de la Escuela Filosófica de Fráncfort reflexionaron acerca de la razón por la cual la humanidad, en lugar de entrar en un nuevo periodo de racionalidad, desembocó en un verdadero estado de barbarie manifestado, entre otros horrores, en el Holocausto.

También el uso de la ciencia para producir armas de destrucción masiva, los bombardeos atómicos sobre Nagasaki e Hiroshima, así como el uso de la ciencia en el régimen nazi para buscar la raza perfecta y como herramienta para cumplir cualquier fin señalado por la política hicieron necesario pensar en medios de sujetar la ciencia y la técnica a criterios éticos que preservaran a la humanidad de volver a cometer las tremendas violaciones a la dignidad humana que se vivieron durante la Segunda Guerra Mundial.

Según la tesis expresada por estos autores, el fracaso de la Ilustración puede ser referido al tipo de razón instrumental que utilizaba. Mientras se intentaba señalar qué había hecho de la “Razón” el punto de toque para generar un desencantamiento del mundo de la vida; es decir, un dominio de lo natural y hasta del ser humano mismo, se había convertido dicha “Razón” en una mitología. Por ello, la “Razón” a la que remite la Ilustración es desde el punto de vista de Horkheimer instrumental y subjetiva. Para Adorno sería subjetiva o identificadora, o también unidimensional en el sentido

2 Se trata de un concepto elaborado por Kuhlen (GA 1986, pp. 289, 399 y ss.) que, en su primera versión, fue aplicado a los delitos medioambientales. Sin embargo, el concepto de delitos “cumulativos” ya resuena en otros ámbitos de la legislación penal, principalmente en el campo de la protección de intereses colectivos. Bajo este tipo de conductas penales, se espera cubrir todo aquel tipo de comportamiento humano que, visto en su consideración particular, sería nimio o sin importancia o, finalmente, solo perseguible cuando alcance algún tipo de daño concreto. No obstante, esa consideración particular debe ser punida, porque si un grupo importante de personas realiza tal comportamiento, podría causar un grave daño al bien jurídico penalmente tutelado. Como puede verse, la razón del castigo de estas conductas no deriva de que se haya cometido ese conjunto de acciones penales prohibidas de parte de un grupo importante de personas, sino que se castiga la acción en su individualidad en la pretensión de evitar las acciones que, acumuladas, generarían el daño importante al bien jurídico. Esta forma de considerar el castigo penal sin duda lleva a la pregunta, fundamental, de si se puede legítimamente justificar la pena en esos casos individuales, donde aún no ha sucedido la “acumulación”, solo para evitar que se produzca.

de Marcuse³. Habermas, representante más reciente de la Escuela de Fráncfort, prefiere hablar de una racionalidad instrumental y estratégica. Sin embargo, todos los autores citados coinciden en que esa racionalidad desea un dominio de la naturaleza, un desencantamiento de sus secretos en la búsqueda de la autoconservación.

No obstante, esta racionalidad subjetiva que construye el ser humano tiene que ver solo con los medios y no con los fines, lo que implica que como todo queda en un cómo y no un hacia dónde, cualquier aspecto resulta adecuado, cualquier método es aceptable, ya que su escogencia es plenamente irracional. Por este motivo, la razón subjetiva, carente de fines por considerarlos indiferentes, ha conducido a la humanidad a un verdadero estado de barbarie.

La dominación de la naturaleza es un fin en sí mismo, y cualquier método para alcanzarlo resulta aceptable. Hokheimer indicó que el olvido de la Ilustración consistió en dejar de lado la racionalidad objetiva, la cual podría haber contribuido a generar fines deseables. Corregiría esta opinión después postulando que también la racionalidad objetiva tenía aspectos negativos, ya que podría haber generado fines ilusorios y hasta irracionales. Por ello, se manifiesta la propuesta sugerida por Adorno y Hokheimer de una solución dialéctica: la discusión de los pros y contras de ambos tipos de racionalidad, la objetiva y la subjetiva para llegar a una síntesis dialéctica⁴.

La observación de Adorno y Hokheimer, que se debe principalmente a la explicación de la barbarie del holocausto, da razones suficientes para pensar, asimismo, que la Ilustración puede ser rescatada, si entra en un proceso dialéctico, ya que la razón, sobre todo, también tuvo momentos señeros como la enunciación de la libertad, la igualdad, la solidaridad y la justicia que, como valores, sin duda, fueron fundadoras de las democracias procedentes de la modernidad, y reportaron una herencia de indudable trascendencia, por ejemplo, para el movimiento constitucionalista posterior.

Sin embargo, la “reilustración” del proceso de la modernidad parte de ese esfuerzo dialéctico, analítico y crítico si se quiere, donde una síntesis de las racionalidades genere una nueva que permita reconstruir donde fracasamos, donde se produjo el punto de quiebra en un holocausto barbárico, donde el ser humano simplemente se opuso al ser humano, y donde la humanidad cayó en su punto más bajo.

3 Marcuse, Herbert. Industrialización y Capitalismo en Max Weber. En: La Sociedad Industrial y el Marxismo, Buenos Aires. Editorial Quintaria, 1969. Citado por: Fernández, Sergio Pablo. Habermas y la Teoría Crítica de la Sociedad. En: “Cinta de Moebio. Revista Electrónica de Epistemología de Ciencias Sociales ISSN 0717-554X, n.º1, 1997.

4 Adorno, Theodor y Horkheimer, Max. Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos. Editorial Trotta, Madrid, 1998.

La Ilustración debía liberarnos del miedo, hacernos señores y señoras del mundo, desencantando a ese mundo y convirtiendo a la naturaleza en objeto de estudio y de dominio. Podría pensarse que Adorno y Horkheimer con esta observación podrían haber sembrado el terreno para las teorías postmodernas que intentan eliminar los valores de la Ilustración. No obstante, los autores pretendían sugerir el método dialéctico para rescatar los aspectos benévolos de la Ilustración; pero sobre todo su herencia cultural. Se trataba de rescatar a la Ilustración de sus mitos que terminaban integrando en ella todo lo que aquella quería eliminar.

Con lo anterior, podemos entender que Hassemer alude con su apelativo a una “nueva dialéctica de la Ilustración” a un nuevo momento de la racionalidad instrumental, a una nueva “mitología”, ahora planteada por la “sociedad de riesgos”, una sociedad conmovida por la incertidumbre, y donde los propios descubrimientos científicos y la técnica desarrollada provocan nuevos escenarios de peligro y de angustia vital.

Los escenarios de amenaza y de riesgo generan, injustamente, la esperanza de que el derecho penal se puede convertir en un medio de reducción de riesgos, también de combate del ser humano como generador de riesgo e inseguridad: el ser humano como enemigo del propio ser humano y al derecho penal como la herramienta que generará seguridad. Esta seguridad se ha convertido, como en la dialéctica de la Ilustración, en un fin en sí misma, a cualquier costo y por cualquier medio imaginable. Es el comienzo de la construcción sistemática de un verdadero “derecho penal a la seguridad”⁵.

El derecho penal, nos lo recuerda Hassemer, se ha convertido en contraproductivo y anacrónico. En su afán de “modernidad”, se prescribe así mismo una metodología empírica mediante la utilización de conceptos metafísicos. El uso de lo empírico se manifiesta, principalmente, en el uso de la “orientación a las consecuencias”, como un instrumento para medir la dirección de los medios empleados.

Este derecho penal moderno vive entonces de la emergencia. Los riesgos que van surgiendo son tan imprevisibles como las reacciones que desatarán. Por ello, el derecho penal debe ser dúctil

5 El derecho penal de “seguridad” o de “prevención” no es más que la exaltación de un derecho penal que se adelanta al riesgo y al peligro. El diseño legislativo es el de una normativa que apuesta al adelantamiento de los efectos punitivos, incluso allí donde no hay todavía una lesión a un bien jurídico. El resultado es un conjunto de tipos penales abiertos y difusos, sin bienes jurídicos concretos o concretizables y cuya función básica es permitir una amplia posibilidad de imputación de resultados. In extremis no es más que la traducción jurídico-penal del denominado “derecho fundamental a la seguridad”. Sobre la pretendida existencia de un “derecho fundamental a la seguridad” que debe ser alcanzado mediante actividad del Estado, incluso en contra de la voluntad de la ciudadanía afectada, cfr. Isensee, Josef. Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates. Berlin, 1983.

para adaptarse adecuadamente a dichas condiciones de operación. Si no podemos calcular las condiciones causales o de imputación de nuevos riesgos, tendrán que haber formas de imputar responsabilidad por el hecho y no deberán claudicar ante los anatemas del derecho penal clásico, como lo sería desistir de dicha imputación, ya que no es posible pensar en algún grado de previsibilidad de ciertos cursos causales.

La misma “epistemología del riesgo” nos obliga a plantearnos varias preguntas que resultan centrales en torno a la cuestión planteada de la imputación cuando la previsibilidad y la evitabilidad no están presentes. En primer lugar, habría que interesarse por indagar si es posible prever todos los resultados que se pueden derivar de un determinado curso de acción, sobre todo en aquellas actividades humanas complejas que dependen de varias interacciones de diversos procesos, como en los modernos campos de la producción de fármacos y productos alimenticios.

A partir de aquí brota una segunda cuestión: ¿qué responsabilidad tiene la actuación humana en la previsión de los resultados? En otras palabras, ¿qué tanto de esa previsión es aún imputable al ser humano como sujeto actuante? Y, finalmente, ¿qué incidencia tiene la responsabilidad social en la generación de una determinada cantidad de riesgo vital? Observadas en su conjunto, estas preguntas aluden a una pareja de conceptos que están hoy en el centro de las discusiones sobre todo en el ámbito de la responsabilidad imprudente, como lo son la evitabilidad y la previsibilidad⁶. Tal parece que la única conclusión posible a la que llevaría una toma de posición dogmática acerca de esas preguntas y sus respuestas posibles es negar la posibilidad de previsibilidad en una gran cantidad de actividades humanas; pero no por ello dejar de imputar responsabilidad penal.

Los escenarios del riesgo son muy cambiantes, como es vertiginosa la velocidad con la que se producen los nuevos descubrimientos técnicos y se desarrollan nuevos medios de producción industrial en diversos campos⁷. Los cambios son tan acelerados que el derecho apenas toma nota de alguna de las tendencias fundamentales que pretende regular mediante diversas operaciones de “soft-law” y en ocasiones genera normativa jurídico-penal que pretende resolver controversiales circunstancias fácticas.

Este último moméntum de la legislación penal ha provocado una notoria expansión de los tipos penales y un recrudecimiento de la dosimetría penal en campos muy variados de la Parte Especial de los Códigos Penales. Esta “expansión” del derecho penal no ha conducido a un

6 Sobre el tema cfr. Castillo González, Francisco. Causalidad e Imputación del Resultado. San José, Costa Rica, Editorial Juritexto, 2003, pp. 83 y ss.

7 Esa velocidad rasante genera incluso la necesidad de considerar a nuestra sociedad una sociedad de riesgos. Cfr. Luhman, Niklas. Sociología del Riesgo. México, Universidad Iberoamericana, Tercera Edición en español, 2006, p. 131.

fortalecimiento de esta rama jurídica, sino más bien a una verdadera crisis de legitimidad de grandes proporciones.

La justificación de este crecimiento normativo ha sido planteada a partir de los “retos” generados por la así denominada “sociedad de riesgos”, donde la técnica y los descubrimientos humanos han dejado en claro que muchos aspectos del quehacer humano gozan de una verdadera causalidad propia que coacciona al ser humano, impidiéndole casi dominarlos. El ser humano se convierte, entonces, en gestor de la misma inseguridad que su propio desarrollo tecnológico implica, provocando una verdadera circunstancia social de incerteza e inseguridad.

La noción de derecho penal “moderno”, como idea y planteamiento teórico, es producto de un desarrollo donde confluyen diversas influencias y posturas. Entre estas tendencias, puede reportarse, sin lugar a dudas, la que se interesa por la producción de riesgos de toda índole, tanto en el ámbito del medio ambiente, como también en la producción industrial; en el área de la ciencia y la investigación, como también en la vida cotidiana.

La influencia quizá más señera se produce con las observaciones sociológicas sobre el derecho y la sociedad generadas a partir de la década de los años ochenta del siglo pasado en Alemania⁸. Estas observaciones estuvieron inspiradas, principalmente, en una perspectiva que pretendía entender la compleja situación de riesgos y peligros generada en las sociedades postindustriales. El aporte de estas visiones provocó un desenvolvimiento de ciertas posturas sobre el derecho penal que terminarían por tratar de agrupar fenómenos muy diversos que van desde las preocupaciones por la reducción de los riesgos vitales de la mano de las normas hasta los desarrollos hacia un derecho penal de peligrosidad; desde los cambios reactivos en la política criminal de prevención hasta las recientes posiciones sobre el derecho penal del enemigo.

Sin embargo, todos estos diversos fenómenos reflejan la consolidación de un cierto discurso reactivo que termina por posicionarse en la literatura con diversas connotaciones. No obstante, aún se discute si esa presunta “modernidad” tiene que ver con un estado de las cosas que resulta invariable o si es más bien una anotación al margen de la situación social; pero principalmente política en Europa y en los Estados Unidos⁹ que es mucho más proclive para acuñar una idea

8 Beck, Ulrich, Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne Frankfurt am Main, 1986.

9 En este país, en especial, luego de los atentados en New York del 11 de septiembre de 2001, se ha reconfigurado la reacción frente al terrorismo. Contra este flagelo ningún instrumento procesal y ninguna herramienta investigativa parecen innecesarios o desproporcionados. Desde sitios de encarcelamiento ajenos a todo control o garantía, la tortura y la delación o el uso de cualquier medio de seguimiento y rastreo, todo resulta adecuado en la guerra contra el terrorismo. Con una especial indicación de los “síntomas” de un derecho penal reactivo contra el terrorismo y su indudable característica de derecho de guerra, confrontar, con más detalles: Prittwitz, Cornelius. *Krieg als Strafe* (continúa en la siguiente página)

de “modernidad” de derecho penal, la cual lo vinculaba a cualquier aspecto; pero menos a los antiguos contextos garantistas de la Ilustración.

Los aportes pretendidamente sociológicos del funcionalismo penal, pero sobre todo la observación consecuencial del derecho penal de riesgos¹⁰, empezaron a dar configuración a un concepto de derecho penal que tenía más de psicología y de positivismo sociológico que de ciencia jurídica, y provocaron un debate intenso sobre las funciones que eventualmente debería cumplir el derecho penal en una sociedad.

Así, la persona jurista intentó concentrarse en la interacción entre sujetos y entre estos y su entorno, y, de esta forma, el derecho penal empezó a enrumbarse en diversos contenidos.

La literatura jurídico-penal empezó a darles a esos contenidos diversos nombres, todos eventualmente bajo el concepto de “derecho penal moderno”. Así se habló en su momento de derecho penal “simbólico”¹¹, derecho penal de “riesgos”¹² o, incluso, derecho penal de “prevención”. No obstante, estas nomenclaturas arrojaban poca luz sobre lo que habría de entenderse. Algunas de ellas además se concentraban en las consecuencias de la tarea de la política criminal o la aspiración de sentido del derecho penal o en la función de protección de bienes jurídicos, en especial, de los así denominados bienes jurídicos de carácter supraindividual.

Por su parte, Hassemer logró captar la atención de la dogmática e indicó que el “moderno derecho penal” ha logrado desatarse de sus antiguos vínculos con el Estado de derecho y las garantías que provienen de él, y pretendidamente ha logrado ofrecer una mayor capacidad de solución de problemas en los panoramas existentes sobre evitación de peligros y experiencias de riesgos generados por la vida moderna¹³. Por ello, el derecho penal se ha convertido en parte de todas las recetas para la solución de problemas sociales. Esto lo ha alejado de su

– Strafrecht als Krieg. Wird nach dem “11. September” nichts mehr sein, wie es war? En: Prittwitz, Cornelius; Baurmann, Michael; Günther, Klaus; Kuhlen, Lothar; Merkel, Reinhard; Nestler, Cornelius; Schulz, Lorenz (Editores). *Festschrift für Klaus Lüddersen*. Zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, Primera Edición, 2002, pp. 499-523.

10 Cfr. Prittwitz, Cornelius, Sociedad del Riesgo y Derecho Penal. En: Arroyo Zapatero, Luis; Neumann, Ulfried; Nieto Martín, Adán (coordinadores). *Crítica y Justificación del Derecho en el Cambio de Siglo*, Cuenca, España, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, (Estudios: 91), 2003, disponible en: http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/sociedad%20del%20riesgo%20y%20derecho%20penal.pdf

11 Hassemer, Winfried. *Das Symbolische am symbolischen Strafrecht* En: Schünemann, Bernd; Roxin, Claus; Achenbach, Hans; Bottke, Wilfried; Haffke, Bernhard; Rudolphi, Hans-Joachim (Editores). *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag* am 15. Mai 2001, Berlin, New York, Walter de Gruyter, 2001, pp. 1003 y ss.

12 Cfr. Prittwitz, Cornelius, Strafrecht und Risiko. *Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1993.

13 Hassemer, Winfried, Interkulturelles Strafrecht, en: Zaczyk, Rainer (Editor). *Festschrift für Ernst Amadeus Wolf zum 70. Geburtstag*, 1998, p. 118.

pretensión de ser última ratio; es decir, la última de las herramientas en manos del Estado para reaccionar frente al delito, con el fin de convertirse en la primera y más frecuente forma de reaccionar en los más diversos escenarios.

Esta vocación de reducción de riesgos y de instrumento para la conducción de complejos escenarios globales que Ulrich Beck adoptó en su epistemología de la sociedad de riesgos tuvo, necesariamente, consecuencias muy serias en la política criminal; pero también en la teoría del delito y, en concreto, en la teoría del bien jurídico, como bien lo apuntó Hassemer ya hace varias décadas¹⁴.

2. Caracteres y singularidades. Fotografía de una coyuntura

Por derecho penal “moderno” podríamos esperar, entonces, una explicación de un derecho penal no solo deseable, sino además adecuado al tiempo presente; en suma, un derecho penal “sostenible y amigable” con la coyuntura vital existente.

En primer lugar, sus características son la tendencia hacia la tutela de bienes jurídicos universales, bienes jurídicos vaporosos y supraindividuales cuya naturaleza y relación con una persona solo podría encontrarse de manera muy mediata. La tutela de estos bienes jurídicos universales, por ello, convierte al derecho penal en una forma de represión inmediata e inexorable. La condición de respetar el límite del daño o relación de lesividad a la que nos convoca el principio de protección de bienes jurídicos se trastoca de esa manera, permitiendo también la punición frente a las lesiones meramente contingentes o lejanas.

Una segunda característica sería el apertrechamiento del derecho penal moderno con el vocabulario del derecho preventivista. Esta orientación no solo permite una mayor operativización simbólica del derecho penal, sino también aumentar los catálogos punitivos y generar cambios muy profundos en el instrumentario disponible para la persecución penal. Bajo el lema “prevención”, resulta posible incorporar a la ya muy abultada lista de posibilidades de intervención del sistema penal, otras relacionadas con el proceso penal.

14 El artículo es de 1989 y ya hay varias traducciones al español. En Internet una está disponible en la revista electrónica “Neopanopticum” bajo el título “Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos” que fue a su vez tomado de la publicación de varios autores “Pena y Estado”. Santiago de Chile, Editorial Jurídica CONOSUR, 1995, pp. 23-36, disponible en: <http://neopanopticum.wordpress.com/2007/08/24/derecho-penal-simbolico-y-proteccion-de-bienes-juridicos-w-hassemmer-2>. La citación del artículo que aparece aquí corresponde, sin embargo, a una reciente obra donde se agrupan diversos artículos del autor, aparecida en el 2000, gracias a la edición de la Editorial Nomos de Baden Baden, titulada “Strafen im Rechtsstaat”, pp. 170-188.

Al respecto, puede denotarse también un cierto grado de funcionalización del discurso de la víctima en el proceso penal que dota al debate actual de no pocas razones para intentar “equilibrar” los derechos de las víctimas y las personas victimarias y, por esa vía, justificar un desmejoramiento integral del derecho de defensa y de ciertos institutos del derecho penal material orientados a la prevención especial positiva¹⁵. En este caso, podemos denotar otra característica del derecho penal moderno: su vocación hacia la prevención general en detrimento de la prevención especial.

Estos caracteres del derecho penal moderno permiten entender ciertos fenómenos bien descritos en la literatura. En primer lugar, hay una fuerte tendencia hacia la criminalización de hechos, incluso en la esfera contingente a la lesión de un bien jurídico, haciendo aflorar por doquier los delitos de peligro abstracto en todas sus denominaciones. Silva Sánchez acusa la “expansión” del derecho penal, la cual no solo se caracteriza por la ampliación de los catálogos delictivos.

Además, el derecho moderno requiere de un proceso apertrechado técnicamente que permita una actuación eficiente. Podría indicarse que, junto a un derecho penal material reconstruido a los fines de la prevención a ultranza, se construye también un derecho procesal hecho a la medida que, en muchos aspectos, significa un abandono de las viejas ataduras de las formalidades del Estado de derecho para implementar herramientas compatibles con el discurso de la eficiencia y la efectividad¹⁶.

El derecho penal se fuga, cada vez más rápido, de un núcleo básico de garantías que Hassemer prefiere denominar “derecho penal nuclear” y promover una ampliación de las categorías punitivas. En el proceso se rompe con el principio de fragmentariedad del derecho penal que era tan caro a un derecho penal liberal contenido y limitado por el principio de legalidad. Ya se ha señalado, adicionalmente, que una excesiva utilización del derecho penal conduce, forzosamente, a la mera operatividad de fines simbólicos que no cuadran con una verdadera función “sostenible” del derecho penal en la sociedad¹⁷.

15 Al respecto, cfr. Chirino, Alfredo. El equilibrio entre víctimas e imputados. Una quimera dirigida contra las garantías “indisponibles” del proceso penal. En Barros Leal, César y Yebra Núñez, René (organizadores). Serie de Estudios de Ciencias Políticas y Derechos Humanos. En Homenaje a Antonio Sánchez Galindo, Tomo I, Instituto Estatal de Ciencias Penales e Instituto Brasileño de Derechos Humanos, Guanajuato, 2009.

16 Sobre ello, Albrecht, Die vergessene Freiheit, óp. cit. También es reconocible la tendencia en las reformas ya vividas por el derecho costarricense con la reforma procesal intentada a través de la Ley de Protección de Víctimas y Testigos y la reciente Ley contra el Crimen Organizado.

17 Es suficiente seguir el recuento histórico que presenta Rosaura Chinchilla de los diversos proyectos de ley y las reformas al Código Penal costarricense para darse cuenta de que, en esencia, los fines alcanzados por la reforma penal son de carácter simbólico. Se trata de objetivos que no alcanzan crear verdaderas condiciones de operatividad del derecho penal, sino una política criminal errática y lamentable. Cfr. Chinchilla Calderón, Rosaura y Leandro Carranza Hans. Una errática política criminal. San José, Costa Rica, Juricentro, 2009, pp. 16 y ss.

3. Derecho penal moderno y la funcionalización de los principios limitadores

El derecho penal “moderno”, así entendido, implica una huida de las tradiciones liberales que caracterizaron a este saber. El “espíritu de los tiempos”¹⁸ parece orientarse, decididamente, hacia la funcionalización del derecho¹⁹ y la instrumentalización de las garantías, de tal manera que resulten dúctiles y adecuadas a diversas operaciones de la persona legisladora. Esta “funcionalización” aleja al derecho penal de sus tradicionales principios limitadores que resultan, a la postre, demasiado rígidos y costosos para los resultados que se pretenden, en una utilización normativa de los instrumentos punitivos para atender un amplio espectro de problemas sociales²⁰.

Las reglas de imputación subjetiva ya han empezado a funcionalizarse, y no ha faltado quien anuncie la existencia de delitos culposos cuya estructura responde únicamente a elementos objetivos. Las reglas de causalidad se generalizan frente a las potenciales fuentes de riesgos, donde dichas causalidades resulten problemáticas o poco claras, como sucede en las hipótesis de responsabilidad por el producto²¹.

El bien jurídico, de principio regulador, se convierte ahora en pretexto para habilitar nuevas reducciones de garantías y para, al menos formalmente, cumplir con la función de ubicar un ente de protección en tipos penales cada vez más abiertos y menos garantistas²².

El derecho penal se convierte entonces en un instrumento al mismo tiempo represivo y simbólico, como nos lo recuerda con exactitud Moccia: represivo porque aumenta la población penal y abarca un catálogo cada vez más riguroso de penas y consecuencias jurídico-penales, y simbólico porque acude al “símbolo” a la propaganda de que algo se hace contra el delito y sus ejecutores; pero no pasan de ser “leyes-manifiesto”²³, cuya función real más parece un “exorcismo”, según lo indica elocuentemente Moccia, que una reacción justa y proporcionada frente al delito²⁴.

18 Hassemer, Winfried. Bienes Jurídicos en Derecho Penal. En: A.A.V.V., Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al profesor, Julio B.J. Maier, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, p. 64.

19 Cfr. Prittwitz, Cornelius. Funktionalisierung des Strafrechts. En: StV (Revista Strafverteidiger) Número 9, 1991, pp. 435-441.

20 Ídem. Díez Ripollés critica, además, que el discurso garantista, con un cierto apego principialista, no ha permitido un acomodo a las necesidades sociales y a nuevos problemas que van surgiendo en la vida de convivencia. Cfr. Díez Ripollés, José Luis. De la Sociedad del Riesgo a la Seguridad Ciudadana: Un debate desenfocado. En: Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez (coordinadores). Derecho Penal del Enemigo. El Discurso Penal de la Exclusión. Montevideo, Buenos Aires, Editorial IB de F, Volumen 1, 2006, p. 554.

21 Al respecto y con más detalle: Íñigo Corroza, María Elena. La Responsabilidad Penal del Fabricante por defectos de sus productos. Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2001, pp. 74 y 75.

22 Cfr. Hassemer, Bienes Jurídicos, óp. cit., p. 64.

23 Moccia, Sergio. Seguridad y Sistema Penal. En: Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez (coordinadores). Derecho Penal del Enemigo. El Discurso Penal de la Exclusión. Montevideo, Buenos Aires, Editorial IB de F, Volumen 2, 2006, p. 305.

24 Ídem.

El uso cada vez más frecuente de delitos de peligro manifiesta también una tendencia interesante en el momento actual. Como bien lo comenta Hirsch²⁵, el fenómeno no es reciente, pues ya desde la Primera Guerra Mundial, se empezaron a observar con más frecuencia delitos de tránsito en la legislación penal, delitos cuyo carácter de peligro es incuestionable.

En nuestro país, este tipo de delitos de tránsito hicieron su entrada triunfal con la Reforma a la Ley de Tránsito que, por su dimensión y consecuencias, aún habrá necesidad de dedicar más tiempo a su análisis²⁶.

Criticar la funcionalización del derecho penal también tiene que ver con la pregunta de la legitimación del derecho penal, como bien lo apunta Prittwitz²⁷, él relaciona directamente con la discusión sobre los fines de la pena, una cuestión realmente inacabable en el ámbito de los debates que se producen en el contexto del derecho penal.

La cuestión adquiere ribetes más extremos, si se observa la cuestión desde nuestro margen cultural, donde los acercamientos más conservadores y represivos se adornan con el discurso de la “política criminal democrática” para disfrazar un discurso proclive a la víctima que, a la larga, solo es la justificación de una “flexibilización” de garantías con el objetivo de obtener una condena a cualquier costo, así como en términos eficientes congruentes con los términos de la querrella o acusación. Esa “flexibilización”, adornada con los “listones rosados” de “amor” a la víctima, solo oculta la esperanza de transformaciones antidemocráticas que permitan una mayor represión material y justificar el activismo legislativo en el campo penal, en lo que se ha convertido la política criminal costarricense de los últimos años²⁸.

Si entonces observamos la cuestión de la “funcionalización” del derecho penal desde el punto de vista de las funciones reales; es decir, las constatables en la práctica del sistema penal y aquellas que vienen predichas en la normativa constitucional y convencional, podemos señalar que el distanciamiento entre unas y otras no hace posible un discurso de encuentro. Pensemos, por ejemplo, en la dificultad de armonizar los actuales objetivos de uso amplio y exorbitado de la prisión preventiva y los fines procesales “predichos” de aseguramiento procesal: la prisión

25 Hirsch, Hans Joachim. Sistemática y límites de los Delitos de Peligro. En: Revista de Derecho Penal, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, n.º 1-2008, p. 9.

26 El trabajo de Chinchilla, Rosaura y Leandro, Hans, sobre esta legislación y algunas de sus consecuencias político-criminales aporta una perspectiva sobre los problemas implícitos. Cfr. Chinchilla Calderón, Rosaura y Leandro Carranza, Hans. Una errática política criminal. San José, Costa Rica, Juricentro, 2009.

27 Prittwitz, StV 1991, p. 436.

28 Analizaremos con más detalle esta circunstancia en el último acápite de este trabajo.

preventiva funciona, desde cualquier perspectiva que se le mire, como una mera herramienta de adelantamiento de la pena para ciertos delitos “graves”²⁹.

Si el derecho penal “moderno” es un vestido para la coyuntura que vivimos, se trata, sin duda, de un vestido estrafalario y exuberante. Un vestido que califica no un “estado de cosas”, sino una tendencia o proyección, de aspectos y criterios absolutamente deseables y, por supuesto, políticamente correctos, sobre la forma de solución de los problemas a los que suele dedicarse esta rama del derecho. Sin embargo, alcanzar una visión de tales características choca con diversas dificultades; pero sobre todo cuando se contraponen estos fines con los efectos “reales” de las proposiciones jurídico-penales.

Quien plantea el concepto de derecho penal moderno como su tema de estudio, entonces, choca sin duda con un panorama complejo, lleno de paisajes diversos, usos “prácticos” del instrumental jurídico y procesal del derecho represivo, un cierto uso “pragmático” de la política criminal y una coyuntura histórica que revela, en primer lugar, un retroceso en materia de garantías y principios jurídicos de verdadera naturaleza indisponible.

Así aun cuando no pertenezca etimológicamente al constructo “derecho penal moderno”, podría pensarse en la caracterización del derecho penal para “enemigos” como otra forma de sublimación de los fines políticos coyunturales de este complejo siglo que apenas comienza. El derecho penal de enemigos también significa la renuncia a los derechos esenciales y fundamentales en la búsqueda de una respuesta al comportamiento abiertamente contraproducente de aquellas personas que han decidido ponerse en contra de la sociedad. Se trata de un derecho penal para la “emergencia” y es utilizable mientras esta dure. Pero, ¿quién define la duración de esa “emergencia”? ¿No es acaso que las emergencias son mutables, políticamente organizables y, por qué no, útiles para ciertos acomodos y fines paralelos, no expresados?

En términos de costo, habría que discutir de qué nos estamos desprendiendo para alcanzar esta presunta “seguridad”. Si realmente la pérdida del principio de fragmentariedad, de culpabilidad, de igualdad y de estricta legalidad realmente están justificados por los resultados prácticos de las operaciones legislativas de “nuevo” cuño.

29 Resulta interesante al respecto la posición asumida por algunas personas de que se les debería eliminar a los jueces y las juezas la obligación de fundamentación o determinación de los presupuestos legales para el dictado de una prisión preventiva y que se deberían establecer legalmente supuestos precisos de “prisión preventiva automática”. Se trata de un intento de evitar la crítica social al dictado de “libertades alcahuetas” de delinquentes que asombran a la sociedad y que la harían perder la confianza en una judicatura comprometida con la seguridad ciudadana. Sin duda, una posición que llama a pensar urgentemente sobre el papel que se espera que cumpla esa “judicatura democrática” en la sociedad costarricense de este siglo XXI.

Quizá el llamado de Hassemer de retornar a un derecho penal “nuclear” o “básico” resulte una opción de poca coyuntura y, por supuesto, políticamente incorrecta. La persona que intente esto recibirá toda la imputación de las peores “herejías” del momento actual. Será llamada “garantista” o, peor aún, “abolicionista” y será enviada al ostracismo, al exilio del pensamiento por intentar obstaculizar los fines de la inexorabilidad del castigo. La lucha entre personas “draconianas” y “garantistas” está planteada, y las primeras ya acusan los primeros éxitos, logrando la pena de silencio para las segundas. ¡Esperamos que por no mucho tiempo!

4. La discusión del derecho penal “moderno” desde los fines del derecho penal

Es evidente que el debate en torno a un derecho penal “moderno”, que puede y debe enfocarse en nuevos escenarios de riesgo y peligro vital, parte de la idea de que el derecho penal tiene esa capacidad de rendimiento. Además, (y esto aflora por sí mismo del planteamiento anterior), dicha capacidad de rendimiento viene dada por los instrumentos de los que está dotado el derecho penal, y si hacen falta algunos más, pueden ser proveídos por la persona legisladora, en la confianza de que hay una capacidad de dirección social del sistema penal. Asimismo, estos dos presupuestos se basan en la hipótesis de que el derecho penal es el medio idóneo de reducción de riesgos, y que la tarea debe ser cumplida, aun aceptando, en tesis de principio, la función de tutela de bienes jurídicos que aún se entiende es el fin por antonomasia del derecho penal.

Lo que sucede con este punto de partida, es que hay una excesiva confianza en la función de dirección social del derecho penal, y que, además, es posible utilizar el derecho penal para hacer una “funcional” y “efectiva” tutela de bienes jurídicos, ahora supraindividuales y colectivos en ámbitos conflictivos de la vida de convivencia³⁰.

Desde ese punto de partida, habría que conceder que la relación individual o personalista de los bienes jurídicos en juego (el medio ambiente, la economía del Estado, la salud pública, la seguridad ciudadana) se pierde en una síntesis colectiva, donde ya no hay una persona ofendida o víctima concreta, sino más bien todos y todas somos víctimas de las infracciones, y en virtud de ello, la intervención del Estado se hace más urgente y necesaria.

El mecanismo de ocultamiento es sutil y sugerente: no se desiste de la idea de una vinculación personal de la idea de bien jurídico; pero solo como reflejo de bienes colectivos que no están en

30 Crítico sobre esta visión del papel de los bienes jurídicos colectivos, Hassemer, Winfried. Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch. Antes del Parágrafo 1, Número de Margen 258, Baden-Baden, Editorial Nomos. Crítico sobre esta posición de Hassemer acerca de estos bienes jurídicos supraindividuales cfr. Castillo. Derecho Penal. pp. 56-58.

cabeza de nadie sino de todos y todas. Si esta protección resulta urgente, se debe a la afiliación de un grupo indeterminado de personas afectadas que pueden sufrir ante la lesión colectiva representada por la acción peligrosa. La óptica no deja de ser interesante, porque nos involucra a todos y todas; pero la verdad no vincula a nadie en concreto.

Casi se utiliza el mismo mecanismo justificador del delito económico en sí mismo: si se daña a muchas personas no se daña a nadie en concreto, y así la justificación de que el Estado es la gran víctima está servida. No obstante, lo anterior no debe verse como una crítica de los bienes jurídicos supraindividuales, los cuales deben existir y de hecho existen en el ordenamiento jurídico. Lo que debe plantearse, más bien, es el mecanismo justificador de la intervención jurídico-penal, porque detrás de la propuesta de bienes jurídicos colectivos y de un derecho penal que busca la tutela preventiva, incluso contingente, de dichos bienes jurídicos, se basa en teorías de la pena y de las funciones del derecho penal que ya no son tradicionales ni clásicas, sino que responden a otros intereses diversos.

Lo mismo puede afirmarse de la esperanza de que el derecho penal pueda ser un adecuado medio de dirección social. Mantener dicha esperanza solo es posible en un discurso blindado que no discuta las disfunciones del sistema penal y la propia crisis de las teorías de la pena hoy³¹.

La imposición de las penas, además, tenía como punto de partida la lesión de un bien jurídico determinado. Sin embargo, se sabe que los bienes jurídicos no solo sufren con la lesión directa, con la producción de un resultado determinado, sino también con su puesta en peligro. Por ello, ha habido un desarrollo muy importante en el derecho penal reciente para justificar la imposición de penas por hechos que solo ponen en peligro distante o contingente un específico bien jurídico.

31 En otras palabras, los sistemas normativos parten de una “realidad” donde operan que no se corresponde con la verificación fáctica de dicha operación. La “realidad” operativa bien puede no coincidir y de hecho no coincide, con la actividad cotidiana del sistema, violenta y selectiva. Sin embargo, los sistemas penales no se conmueven por el distanciamiento o la falta de coincidencia con los fines predichos normativamente y los que se alcanzan en la realidad. Pero la inconsistencia de estos ámbitos solo contribuye a dar razón a aquellas personas que hacen hincapié en las disfunciones de observar el sistema penal solo desde la perspectiva de la programación normativa. Al respecto cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl. En busca de las penas perdidas. Buenos Aires, EDIAR, 1989, p. 16. Como el mismo Zaffaroni indica, en los países centrales, de donde provienen las ideas del derecho penal “moderno”, habría que hacer algunas correcciones teóricas entre los ámbitos; pero en América Latina, donde las disfunciones y los distanciamientos son más groseros, salta a la vista la falta de correspondencia entre los fines predichos y la realidad de funcionamiento de los sistemas penales. Además, es evidente su incapacidad para alcanzar hasta los fines más clásicos de tutela de bienes jurídicos como la vida, dadas las coyunturas y las circunstancias en que viven los países. La enorme impunidad, señalada por muchos estudios regionales en Guatemala, refleja la incapacidad de ese sistema penal para siquiera proteger la vida de las personas o investigar las múltiples muertes que se producen a diario, en una tasa de muertes por 100 000 habitantes que compite con países con guerras civiles y conflictos armados en curso. Por esa razón, hablar de fines normativos para alcanzar capacidad de dirección social en los países de nuestro margen normativo es, en el mejor de los casos, algo realmente imposible de aceptar.

La teoría del bien jurídico, sobre todo aquella anclada en una descripción puramente normativa, podría perder capacidad descriptiva y orientadora, si no se da cuenta de la distancia existente entre la pretensión legal de los bienes jurídicos que son tutelados y aquellos que “efectivamente” son protegidos por el derecho penal en su práctica. Este “adormecimiento normativo” de la teoría del bien jurídico la incapacitaría para servir de fuente de crítica a la práctica del derecho penal³².

La discusión adquiriría ribetes de más interés si se observa desde la perspectiva de los fines del derecho penal. Es evidente que, en torno a este problema, surgen diversas posibilidades de acercamiento. Por una parte, sostener que el derecho penal es última ratio y que solo puede ser utilizado como el último medio en manos del Estado para establecer la protección de bienes jurídicos, luego de hacer una valoración de proporcionalidad de que no hay otros medios menos lesivos para generar la mencionada tutela, desde esta perspectiva de última ratio, el derecho penal se ve confrontado frecuentemente con un análisis constante de proporcionalidad.

En un acercamiento no crítico, conforme a los fines teóricos, podría indicarse que un derecho penal que realice los objetivos normativos de un colectivo y que, desde esa perspectiva, no discuta el contenido de las disposiciones penales, sino más bien los rendimientos de estas regulaciones en virtud de los fines de estabilización normativa y de recuperación de las expectativas perdidas por la trasgresión, podríamos considerar que entonces, en ese sentido, lo que realiza es el status quo, sea cual sea este y no las aspiraciones de un Estado social y democrático de derecho.

5. La reducción de riesgos como objetivo central del derecho penal “moderno”. Una óptica posible para la política criminal “democrática” de nuestro tiempo

Más que el objetivo de reducción de riesgos, para el derecho penal moderno parece que la disolución de las formas jurídicas es central³³. Hay para el sistema de justicia penal una suerte de “presión por la resolución” (Erledigungsdruck); es decir, todo parece orientarse para obtener una pronta respuesta; agregamos nosotros, a cualquier costo, incluso de aquellas formas que existen para garantizar un debido proceso.

32 Cfr. Ferrajoli, Luigi. “Derecho Penal Mínimo y Bienes Jurídicos Fundamentales”. En: Revista de la Asociación de Ciencias Penales, San José, Costa Rica, n.º 5, traducción de Walter Antillón, disponible en: <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2005/ferraj05.htm>

33 Representante de esta opinión, Albrecht, Peter-Alexis. Die vergessene Freiheit - Strafrechtsprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte. Antithese europäischer Aufklärung: Freiheit durch Sicherheit, en: Humanistische Union, Dokumentation: Sicherheit vor Freiheit? Terrorismusbekämpfung und die Sorge um den freiheitlichen Rechtsstaat, Veranstaltung Berlin, 26 März 2003, disponible en: http://www.humanistische-union.de/themen/innere_sicherheit/sicherheit_vor_freiheit/albrecht/

Este “derecho ejecutivo”, como lo designa con razón Albrecht, no es más que una manifestación de las necesidades de mostrar eficiencia en escenarios cada vez más problemáticos que van desde el derecho ambiental, hasta el derecho de bolsa, desde el derecho de subvenciones, desde el derecho tributario y de drogas hasta la regulación y combate de la criminalidad organizada.

En todos esos ámbitos, el derecho penal no solo debe demostrar capacidad de decisión, sino también medios efectivos de promover procesos. La persona juzgadora es sustituida por el o la fiscal, y resulta fundamental dar un cariz cada vez más funcional al proceso para obtener las ansiadas condenas. Todo hace parecer que el discurso políticamente correcto es aquel que promueve ese estado de cosas; no importan sus contenidos; no importan sus elementos justificativos o sus instrumentos.

La sola referencia a una “política criminal democrática” debería resultar esperanzadora y, por qué no, una instancia de tranquilidad en las agitadas aguas de la política simbólica de la actualidad. No obstante, si tomamos nota de quiénes hacen la instancia para generar la mencionada política y cuáles son sus fines y objetivos, la apelación ya no sonaría esperanzadora ni tranquilizante.

Solo podemos teorizar qué se pretende bajo el sospechoso concepto de la “política criminal democrática”, si partimos de quienes la han venido sugiriendo. Pero comencemos pensando qué contenidos debería tener para nosotros, para después contrastarla con lo que algunos de sus cultores y cultoras pretenden.

En primer lugar, una política criminal democrática debería ser punto de unión de diversos principios constitucionales, especialmente, del principio de protección de la dignidad humana, no solo de víctimas y personas victimarias, sino también de todas aquellas personas que tienen algún contacto con la justicia penal.

Esta protección de la dignidad humana no es solo una postulación, sino también debe ser una vocación firme y manifiesta para impedir que, en virtud de alcanzar fines del proceso, se trastoquen importantes protecciones de los derechos fundamentales de las personas afectadas por el proceso penal, como lo serían, por ejemplo, las personas acusadas.

Una defensa a ultranza del principio de protección de la dignidad humana sometería a los análisis más férreos la solicitud; por ejemplo, que se ha hecho en el pasado de presentar páginas web con la información visual y datos de referencia de personas sospechosas o personas aún no condenadas por delitos graves o delitos sexuales, o someter a la población a la entrega de información genética con el solo propósito de guardarla de manera “preventiva” para eventuales comparaciones con rastros biológicos obtenidos en escenas del crimen de diversas especies.

La misma protección exigiría tematizar críticamente la solicitud que ya se ha hecho en Europa para autorizar, por ejemplo, la utilización de la tortura para obtener datos e informaciones conducentes a la averiguación de un hecho penal grave, con la única justificación del estado de necesidad en que se encuentran las autoridades encargadas de una investigación criminal.

La política criminal democrática debe fortalecer el papel de la víctima, debe protegerla de las amenazas de la delincuencia que la ha afectado y, por supuesto, debe atenderla en sus necesidades provocadas, principalmente, por el hecho biográfico del delito. Sin embargo, esto no puede significar que la orientación a las víctimas debe borrar todo el ideario constitucional y de garantías que ha sido construido para evitar que el Leviatán castigador y perseguidor que es el Estado en el ejercicio del ius puniendi tenga ahora un eje adicional en la figura de la víctima que, ya no en busca de resarcimiento o de reconocimiento, ahora tenga condiciones para realizar una venganza que es totalmente incompatible con el diseño democrático del proceso. El proceso penal democrático no está organizado para habilitar la realización de la venganza contra el o la delincuente; su función es muy distinta, y las instituciones procesales que le dan sentido persiguen otras metas.

Si se quiere hacer política con la víctima, el proceso es el peor lugar para comenzar. Más se haría si se toma en cuenta a la víctima en serios programas de atención psicológica y económica, si se evita la revictimización procesal y se genera confianza en estas de que el Estado las entiende y comprende. El problema de las víctimas no se resuelve dándoles un púlpito a ellas y a sus representantes para que anatematicen la justicia y a los victimarios y las victimarias, sino reconociéndoles su papel como seres humanos, que tienen una dignidad que debe ser respetada y atendida, y que merecen un trato de conformidad.

Una política criminal democrática debería ser consecuente con el principio de subsidiariedad y de última ratio, y debería obligar un ejercicio analítico intenso de todas las propuestas de reforma penal que signifiquen un aumento de la punibilidad o del ámbito de cobertura de los tipos penales, mediante el artilingio de tipos penales de peligro abstracto o con bienes jurídicos vaporosos e indefinidos.

También una verdadera política criminal democrática debería mantener un estricto control del principio de proporcionalidad, obligando a la persona legisladora a examinar siempre la necesidad e idoneidad de las construcciones jurídico-penales frente a las propuestas legiferantes que hacen los empresarios morales, sometiendo a discusión si son realmente oportunas o si responden simplemente a fines simbólicos.

Una política criminal democrática no puede comprometerse con un aumento del "Estado policial", en el sentido de crear condiciones para que aumente la represión de la disidencia, de

las desviaciones o la simple persecución por “color” o estereotipos. Debe insistirse en la necesidad de la mejor formación de la Policía para que esta aprehenda contenidos de derechos humanos y defina su actividad en la vida social a partir de estos parámetros. Para ello, se debe, en primer lugar, luchar por la incorporación de la vivencia de los derechos humanos en la Policía para que esta también pueda realizarlos y defenderlos en su actividad cotidiana.

La política criminal democrática debería “escribir”, así es posible imaginarlo, una política criminal para la Policía democrática; pero eso no significa fortalecer el poder policial porque sí, como se pretendía en una fracasada reforma intentada en el siglo pasado en nuestro país. La escritura de esa política debe ser en términos de criterios objetivos de persecución, con claridad de las funciones y razones por las cuales debe establecer vigilancias y acciones preventivas y también las condiciones dentro las cuales se deben atender conflictos sociales y familiares con madurez y oportunidad.

Esto implica fortalecer a los cuerpos policiales, esto es claro, pero en una dirección distinta a la pretendida. Su mayor intervención, su mayor presencia y sus mejores recursos deben ir en consonancia con la necesidad de generar confianza en la población, de crear condiciones para que la sociedad vuelva sus ojos a un cuerpo que merece honor y reconocimiento, y que no se convierta simplemente en otra razón para nuestro miedo.

Para realizarlo, este fortalecimiento de la Policía debe ir orientado a crear las bases normativas y fácticas que lo conviertan en un cuerpo a la altura de los tiempos, libre de corrupción y con una alta moral dispuesta a enfrentar los riesgos de la persecución de los delitos y de realizar las aspiraciones de una sociedad que la necesita.

Los presuntas personas cultoras de una “política criminal democrática” también quieren definir los criterios para la selección de juezas y jueces. Es posible imaginar cuáles serían los criterios que sugerirían para escoger a los y las miembros de la judicatura, y es probable que el primer requisito sea no ser “abolicionistas”. Por “abolicionistas” se entiende algo muy distinto a lo que se podría derivar de un estudio serio y ponderado de los teóricos de la crisis del derecho penal. Se trata más bien de un apelativo genérico para aquellas personas que creen en las garantías constitucionales y del proceso penal, que han sido anatematizadas en la prensa y en las discusiones legislativas como representantes de una posición que es proclive al delito y a los y las delincuentes, que no tienen amor por la víctima y que, en su aplicación del derecho penal, privilegian tesis en pro de la impunidad.

Lo que este discurso encierra no es una apelación a la democracia, sino una apelación a lo contrario. Se busca que la judicatura esté comprometida con el castigo inexorable de los y las delincuentes: que tantas denuncias provoquen un proceso implica que haya igual número de

condenas, y reducir la impunidad significa, no importa la razón, la condena a ultranza de todo denunciado. Oponerse a esto es ser enemigo o enemiga de la sociedad.

Ya es posible imaginar entonces los criterios de selección de las personas juzgadoras y las magistradas y los magistrados que deben pasar por el tamiz de sus ideas para que dejen en claro y sin duda que su vocación de castigadores está presente y que es su mejor credencial para alcanzar una sociedad sin delito.

Bibliografía

Adorno, Theodor y Horkheimer, Max. Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos, Editorial Trotta, Madrid, 1998.

Alcocer Guirao, Rafael. Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política, Bogotá, Colombia, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones en Filosofía y Derecho, Primera Edición, 2004.

Albrecht, Peter-Alexis, Die vergessene Freiheit - Strafrechtsprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte. Antithese europäischer Aufklärung: Freiheit durch Sicherheit, en: Humanistische Union, Dokumentation: Sicherheit vor Freiheit? Terrorismusbekämpfung und die Sorge um die freiheitlichen Rechtsstaat, Veranstaltung Berlin, 26 März 2003, disponible en:
http://www.humanistische-union.de/themen/innere_sicherheit/sicherheit_vor_freiheit/albrecht

Beck, Ulrich, Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne, Frankfurt am Main, 1986.

Castillo González, Francisco. Derecho Penal. Parte General, Tomo I, San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, 2009.

Causalidad e Imputación del Resultado, San José, Costa Rica, Editorial Juritexto, 2003.

Chinchilla Calderón, Rosaura y Leandro Carranza, Hans. Una errática política criminal, San José, Costa Rica, Juricentro, 2009.

Chirino Sánchez, Alfredo. El equilibrio entre víctimas e imputados. Una quimera dirigida contra las garantías "indisponibles" del proceso penal. En: Barros Leal, César y Yebra Núñez, René (Organizadores), Serie de Estudios de Ciencias Políticas y Derechos Humanos. En Homenaje a Antonio Sánchez Galindo, Tomo I, Instituto Estatal de Ciencias Penales e Instituto Brasileño de Derechos Humanos, Guanajuato, México, 2009.

La Seguridad como un topos discursivo en la política criminal centroamericana. Perspectivas de una desesperanza. En: Reyna Alfaro, Luis y Cuaresma Terán, Sergio (Directores), Derecho Penal y Estado de Derecho. Reflexiones sobre la Tensión entre Riesgos y Seguridad, Montevideo-Buenos Aires, Editorial IB de F, 2008, pp. 17-52.

Díez Ripollés, José Luis. De la Sociedad del Riesgo a la Seguridad Ciudadana: Un debate desenfocado. En: Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez (Coordinadores), Derecho Penal del Enemigo. El Discurso Penal de la Exclusión, Montevideo, Buenos Aires, Editorial IB de F, Volumen 1, 2006, pp. 553-602.

Donna, Edgardo Alberto. ¿Es posible el derecho penal liberal? En: <http://www.iiij.derecho.ucr.ac.cr/archivos/documentacion/inv%20otras%20entidades/UNAM/iiij/ponencias%20300104/mesa4/112s.pdf>

Ferrajoli, Luigi. "Derecho Penal Mínimo y Bienes Jurídicos Fundamentales". En: Revista de la Asociación de Ciencias Penales, San José, Costa Rica, No. 5, Traducción de Walter Antillón, disponible en: <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2005/ferraj05.htm>

Hassemer, Winfried. Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch. Antes del Parágrafo 1, Número de Margen 258, Baden-Baden, Editorial Nomos.

Interkulturelles Strafrecht, en: Zaczyk, Rainer (Editor), Festschrift für Ernst Amadeus Wolf zum 70. Geburtstag, 1998, p. 118.

Bienes Jurídicos en Derecho Penal. En: A.A.V.V., Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B.J. Maier, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, p. 64.

El derecho penal del Estado de Derecho en los tiempos del terrorismo. En: Reyna Alfaro, Luis y Cuaresma Terán, Sergio (Directores), Derecho Penal y Estado de Derecho. Reflexiones sobre la Tensión entre Riesgos y Seguridad, Montevideo-Buenos Aires, Editorial IB de F, 2008, pp. 181-196.

Das Symbolische am symbolischen Strafrecht. En: Schünemann, Bernd; Roxin, Claus; Achenbach, Hans; Bottke, Wilfried; Haffke, Bernhard; Rudolphi, Hans-Joachim (Editores), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, Berlin, New York, Walter de Gruyter, 2001, pp. 1003 y ss.

"Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos". en: Revista Electrónica Neopanopticum, disponible en: <http://neopanopticum.wordpress.com/2007/08/24/derecho-penal-simbolico-y-proteccion-de-bienes-juridicos-w-hassemer-2>.

Strafen im Rechtsstaat, Baden-Baden, Editorial Nomos, 2000.

Hirsch, Hans Joachim. "Sistémática y límites de los Delitos de Peligro". En: Revista de Derecho Penal, Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores, No. 1-2008, p. 9.

Íñigo Corroza, María Elena. La Responsabilidad Penal del Fabricante por defectos de sus productos. Barcelona, J.M. Bosch Editor, 2001.

Isensee, Josef. Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates, Berlin, 1983.

Kuhlen, Lothar. Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerunreinigung. (§ 324 StGB), en: Goldammer's Archiv, 1986, p. 389.

Luhman, Niklas. Sociología del Riesgo. México, Universidad Iberoamericana, Tercera Edición en español, 2006

Marcuse, Herbert, Industrialización y Capitalismo en Max Weber. En: La Sociedad Industrial y el Marxismo. Buenos Aires, Editorial Quintaria, 1969, citado por: Fernández, Sergio Pablo, Habermas y la Teoría Crítica de la Sociedad, en: Cinta de Moebio: Revista Electrónica de Epistemología de Ciencias Sociales, ISSN 0717-554X, N°. 1, 1997

Moccia, Sergio. Seguridad y Sistema Penal. En: Cancio Meliá y Gómez-Jara Díez (coordinadores). Derecho Penal del Enemigo. El Discurso Penal de la Exclusión, Montevideo, Buenos Aires, Editorial IB de F, Volumen 2, 2006, p. 305.

Prittwitz, Cornelius, Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1993.

Funktionalisierung des Strafrechts, en: StV (Revista Strafverteidiger) Número 9, 1991, pp. 435-441.

Krieg als Strafe – Strafrecht als Krieg. Wird nach dem "11. September" nichts mehr sein, wie es war?, en: Prittwitz, Cornelius; Baumann, Michael; Günther, Klaus; Kuhlen, Lothar; Merkel, Reinhard; Nestler, Cornelius; Schulz, Lorenz (Editores), Festschrift für Klaus Lüddersen. Zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, Primera Edición, 2002, pp. 499-523.

Sociedad del Riesgo y Derecho Penal. en: Arroyo Zapatero, Luis; Neumann, Ulfried; Nieto Martín, Adán (coordinadores). Crítica y Justificación del Derecho en el Cambio de Siglo, Cuenca, España, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, (Estudios: 91), 2003, disponible en: http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/sociedad%20del%20riesgo%20y%20derecho%20penal.pdf

Schmidtz, Heinz-Gerd, Zur Legitimität der Kriminalstrafe. Philosophische Erörterungen, Berlin, Duncker-Humblot, 2001.

Von Liszt, Franz. La idea del fin en Derecho Penal. Valparaíso, Chile, Primera Edición, 1994, disponible en:<http://www.bibliojuridica.org/libros/2/991/pl991.htm>

Zaffaroni, Eugenio Raúl. En busca de las penas perdidas. Buenos Aires, EDIAR, 1989.

El delito de tráfico de influencias

Max Antonio Escalante Quirós¹

[...] sosteniendo los derechos de la humanidad y de la verdad invencible, contribuyese a arrancar de los dolores y angustias de la muerte a alguna víctima infeliz de la tiranía o de la ignorancia, igualmente fatal, las bendiciones y lágrimas de un solo inocente se consolarían del desprecio del resto de los hombres.

Cesare Beccaria²

Sumario: 1. Preámbulo. 2. Introducción. 3. Concepto de tráfico de influencias. 4. El bien jurídico. 4.1. Ordenamiento penal español. 4.2. Ordenamiento penal argentino. 4.3. Posición personal acerca del bien jurídico. 5. Sujeto activo. 6. La acción típica. 7. Consumación. 8. Agravante. 9. Conclusiones. 10. Bibliografía.

1. Preámbulo

Desde hace seis años, en Costa Rica el tema de la corrupción alcanzó un nivel verdaderamente alto, cuando se denunciaron actos de corrupción y enriquecimiento ilícito, presuntamente ejecutados por algunos jerarcas de instituciones tan sólidas como la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS) y el Instituto Costarricense de Electricidad (ICE). Las denuncias también involucraron a dos ex Presidentes de la República, lo cual aumentó la expectativa social por el desenlace de los procesos que aún penden ante los Tribunales de Justicia.

Lo cierto es que los escándalos de posible corrupción mencionados marcaron un antes y un después en el abordaje de la corrupción en la sociedad costarricense. Esto no significa que antes del 2003 no existiera la corrupción en este país, ya que desde la vinculación de la CCSS, del ICE y de dos ex Presidentes, la opinión pública ahora tiene un mejor entendimiento del significado de la corrupción, de la importancia de su denuncia y de los graves efectos que causa al Estado.

1 Juez penal y docente de la Escuela Judicial de Costa Rica.

2 Beccaria, Cesare. (1988). De los Delitos y de las Penas. Madrid, España, Editorial Alianza, p. 45.

2. Introducción

Sin la intención de convertir este artículo en una investigación acerca de la corrupción³, por tratarse de un elemento base del estudio del delito de tráfico de influencias, debe partirse de una concepción básica de lo que es la corrupción.

RAMÍREZ ALTAMIRANO, citando a Joseph S. Nye, afirma que la corrupción es

[...] toda conducta que se desvía de los deberes normales inherentes a la función debido a consideraciones privadas tales como las familiares, de clan o de amistad, con objeto de obtener beneficios personales en dinero o en posición social ⁴.

Los medios de comunicación han sido una importante fuente de denuncia⁵, y sus labores coadyuvaron para la aprobación de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito, Ley Número 8422 que, en el artículo 1º, dispone que su finalidad es: prevenir, detectar y sancionar la corrupción en el ejercicio de la función pública ⁶.

El tráfico de influencias es un delito creado por la ley en mención y, por tratarse de una normativa de reciente data, aún no existen precedentes jurisprudenciales en Costa Rica que se refieran a

3 “El tráfico de influencias en cadena es, por lo demás, una de las manifestaciones más frecuentes de la “corrupción política y administrativa” y puede llegar a ser el germen de una verdadera organización criminal”. Cfr. Muñoz Conde, Francisco. (2007). Derecho penal, parte especial. Valencia, España, Tirant lo blanch, edición dieciséis, p. 1012.

4 Cfr. RAMÍREZ ALTAMIRANO, Marina. (1999). Revista Parlamentaria. San José, Costa Rica, volumen 7, número 3, Asamblea Legislativa, p. 207. Acerca del tema, el colombiano PABÓN PARRA agrega que “La denominada corrupción administrativa es fenómeno tan antiguo como el más primitivo de los sistemas de organización estatal, se afirma que no hay gobierno ajeno a ella, sin interesar el modelo de estructura política y económica asumido [...] La Corrupción [...] ha sido considerada como una de las amenazas más graves contra la estructura y ser del Estado de Derecho, unido a la amenaza del totalitarismo, la violencia subversiva y la delincuencia organizada”. Cfr. Pabón Parra, Pedro Alfonso. (1997). Delitos contra la administración pública. Bogotá, Colombia, Ediciones Ciencia y Derecho, p. 21.

5 Sobre la importancia de la función de los comunicadores, un representante del Ministerio Público costarricense al respecto, indicó que: “Debemos apostar por la transparencia en la gestión, abrir los registros y la documentación a todos el mundo, particularmente a los periodistas e investigadores”. Cfr. Cubillo Miranda, Juan Carlos. (2006). Cuaderno de Estudios del Ministerio Público de Costa Rica. San José, Costa Rica, Unidad de Capacitación y Supervisión, Departamento de Artes Gráficas, número 9, p. 8. Es verdaderamente digno de admiración que los medios de comunicación –al menos su mayoría– trabajen en forma objetiva y presenten hechos noticiosos luego de arduas investigaciones mediante las cuales han tenido conocimiento y pruebas de actos corruptos que han sido y son investigados en los Tribunales de Justicia.

6 Se trata de una disposición general muy importante, ya que determina el Norte de la voluntad legislativa, el cual es la tutela de un bien jurídico esencial para la estabilidad y desarrollo social: el deber de probidad en el ejercicio de la función pública. Si bien se ha criticado la dureza de esta ley especialmente en el abordaje de la prevención de la corrupción, lo cierto es que la normativa constituye un importante esfuerzo por dotar al país de una legislación que facilite la detección y sanción de conductas corruptas.

este ilícito. Sin embargo, en lo sucesivo, se ahondará en los principales aspectos relacionados con el delito de tráfico de influencias.

Con la investigación que se desarrolla en este artículo, pretende otorgarse al lector y a la lectora una herramienta útil para que comprendan cuál es el bien jurídico que protege el delito de tráfico de influencias; cuáles son los conceptos inherentes a esta delincuencia y, principalmente, se busca que la persona operadora del derecho cuente con una base teórica para la aplicación del artículo 52, de la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

3. Concepto de tráfico de Influencias

CARRARA menciona el delito de tráfico de influencias y afirma que a él se refiere:

[...] una especie particular de delincuentes llamados asiduos, sicofantes o vendedores de humo. Son aquellos que abusando de familiaridad que tienen o simulan tener con algún oficial público o con el soberano mismo [...] van dispensando protección y promesas de obtener gracias y favores [...] ejercen extorsión de donativos y dinero sobre crédulos a quienes venden una influencia que realmente no tienen⁷.

Si bien se trata de una definición útil como banderazo de salida, es aún más claro el concepto de tráfico de influencias que ofrece PABÓN PARRA al indicar que

[...] consiste en el aprovechamiento por parte del agente de reales o supuestas familiaridades o influencias con un servidor público, para procurar beneficios o favores de este en asuntos que esté conociendo o vaya a conocer⁸.

El concepto de tráfico de influencias será profundizado más adelante, cuando se comente la figura del sujeto activo. De momento, las acepciones citadas son útiles para la comprensión genérica del ilícito y así erigir el resto de aportes que se proponen a continuación.

7 Carrara, citado por Pabón Parra, Pedro Alfonso, óp. cit., p. 229.

8 Ibíd., p. 83.

4. El bien jurídico

En la doctrina española, se afirma que el bien jurídico tutelado por los delitos contra la Administración Pública es lo que en Costa Rica el Código Penal identifica como los deberes de la función pública⁹.

Los artículos 331 al 358 del Código Penal costarricense regulan los delitos contra los deberes de la función pública, lo cual hace alusión al bien jurídico tutelado. No obstante, el bien jurídico ha sido precisado por la doctrina nacional y por la jurisprudencia. Por ejemplo, al comentar el delito de peculado que se encuentra en el numeral 354 del Código Penal, Castillo González indica que

Lo que se castiga es la violación al deber de probidad del funcionario con relación a los bienes que le fueron confiados por razón de su cargo, y no la lesión patrimonial, que puede existir o no. En este caso, el delito es contra los Deberes de la Función Pública, que le dan al funcionario un especial deber de probidad respecto a los bienes que administra¹⁰.

Nótese que la doctrina nacional ha interpretado que la frase genérica que contiene el Código Penal en el Título XV, del Libro II –deberes de la función pública–, debe traducirse en el deber de probidad que resulta inherente al funcionario y a la funcionaria públicos¹¹.

Ahora bien, el delito de tráfico de influencias al cual se refiere este artículo no está regulado en el Código Penal, sino en la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito, por lo cual se plantea la interrogante de si a este ilícito también le corresponde proteger el deber de probidad o es otro el bien jurídico tutelado. La respuesta a esta incógnita se intentará más adelante, bastando por

9 Al respecto, Alonso Pérez reproduce las palabras de Manzanedo González al indicar que: “El legislador trata de proteger a la Administración Pública en cuanto garante de los derechos y libertades de los ciudadanos y prestadora de servicios a éstos, sometida al imperio de la Ley, sancionado una serie de conductas que pesan sobre quienes son servidores públicos, cuando violenten la confianza depositaba en ellos”. Cfr. Alonso Pérez, Francisco. (2000). Delitos cometidos por funcionarios públicos en el nuevo Código Penal. Madrid, España, Editorial Dynkinson, p. 211.

10 Cfr. Castillo González, Francisco. (2000). El delito de peculado. San José, Costa Rica, Editorial Juritexto, p. 11.

11 Esta línea de pensamiento ha sido respaldada por la jurisprudencia de casación. Al respecto, se ha señalado que “Lo que se intenta proteger es el concreto funcionamiento de la administración pública por medio de un adecuado actuar de parte de los funcionarios [...] no es que se tutele la integridad del patrimonio público, sino, en lo esencial, el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado y la propia fidelidad de los funcionarios encargados de velar por el mismo, al punto que el patrimonio como tal puede verse afectado o no”. Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica, sentencia número 149-07, de las 16:10 horas del 27 de febrero del 2007. En el anterior precedente jurisprudencial, la Sala Tercera confirma que el deber de probidad es el bien jurídico tutelado por los delitos que prevé el Título XV, del Código Penal; además se aclara que estos delitos no son patrimoniales, pues la afectación al patrimonio no forma parte de los tipos penales ni tampoco es el bien jurídico protegido. En la misma sentencia, el órgano de casación aclara que: “[...] lo que se trata de proteger, dígame una vez más, es la probidad con la que se maneja el patrimonio del Estado y no el patrimonio como tal [...]”.

ahora citar y comentar algunas consideraciones acerca del bien jurídico protegido por el delito de tráfico de influencias en el derecho comparado.

4.1. Ordenamiento penal español

En la legislación española, el bien jurídico que tutela el delito de tráfico de influencias es la imparcialidad de la actuación administrativa. Así lo manifiesta ALONSO PÉREZ cuando afirma que:

Anteponer los intereses privados a los públicos en el ejercicio de la función pública es una forma de abuso o desviación de poder que conculca la imparcialidad de la actuación administrativa a la que alude el artículo 103 de la Constitución, como uno de los principios básico de la Administración¹².

De la anterior concepción puede colegirse que cuando el o la traficante influye en la decisión que toma un funcionario o una funcionaria pública, se afecta la imparcialidad con la cual deben tomarse las decisiones, ya que esa imparcialidad forma parte del genérico deber de probidad, y la doctrina indica que el tráfico de influencias protege, en forma general, el deber de probidad y, en forma especial, la imparcialidad en la toma de las decisiones.

POLAINO NAVARRETE afirma que el bien jurídico protegido por el delito de tráfico de influencias es

[...] el valor de la incorruptibilidad funcional, que resulta lesionada por el ejercicio de la acción del tráfico de influencias determinante de una resolución facilitadora de un beneficio económico¹³.

Nótese que POLAINO NAVARRETE inclina la balanza hacia el concepto de la incorruptibilidad. Sin embargo, lo cierto es que el enfoque de su definición también comulga con la idea de que el bien jurídico protegido es la imparcialidad y la objetividad del servidor y de la servidora públicos¹⁴.

12 Cfr. Alonso Pérez, Francisco, óp. cit., p. 244.

13 Cfr. Polaino Navarrete, Miguel et al. (1997). Curso de Derecho Penal Español Parte Especial II. Madrid, España, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S. A., p. 393.

14 Vives Antón también confirma que en el Derecho Penal español la imparcialidad en la toma de decisiones es el bien jurídico tutelado por el delito de tráfico de influencias. El citado autor comenta que el tráfico de influencias es una: "Conducta que lesiona, una vez más, la imparcialidad y objetividad con que los poderes públicos deben actuar en la prestación de servicios a la comunidad [...] la influencia a que se refiere el precepto debe traducirse por presión, por actuación sobre otro para que obre de una determinada manera [...] Supone, por tanto, una interferencia en el proceso de toma de la decisión. Cfr. Vives Antón, T. S. et al. (1999). Derecho Penal Parte Especial. Valencia, España, Editorial Tirant lo blanch, tercera edición, p. 765.

4.2. Ordenamiento penal argentino

En la dogmática penal argentina, también se considera que el tráfico de influencias es un delito, cuyo bien jurídico protegido es el deber de probidad. No obstante, también se considera que corresponde a una concepción amplia del bien jurídico, pues se estima que el ilícito tutela con especial preponderancia la imparcialidad en la toma de las decisiones de los funcionarios y las funcionarias públicos. Al respecto, RIMONDI comenta que

[...] el tráfico de influencias se mantiene en el ámbito de los delitos contra la Administración pública y, como tal, tutela el regular manejo de la cosa pública. Ahora bien, ello no sólo significa el empleo de los bienes y recursos del Estado conforme a lo establecido por el ordenamiento positivo, sino también que las decisiones que adopten los funcionarios públicos dentro de su propia competencia sean motivadas exclusivamente en el interés general. [...] debe afirmarse que mediante el tráfico de influencias se protege la imparcialidad u objetividad en la función pública, destacándose como bien jurídico digno de preservar el interés general como única motivación de las resoluciones funcionales¹⁵.

Al comentar el delito de tráfico de influencias previsto por la legislación argentina, DONNA afirma que

[...] se busca la imparcialidad o la objetividad como medio para que la función pública defienda los intereses generales y no intereses particulares¹⁶.

En síntesis, puede afirmarse que en el derecho comparado el delito de tráfico de influencias tiene como bien jurídico tutelado la

[...] imparcialidad [...] pureza y rectitud de la Administración y, por extensión, de los servicios públicos [...] pues de otra forma la sociedad deja de confiar en la Administración, produciéndose una deslegitimación constitucional de esta y, al fin y a la postre, un caos social y jurídico¹⁷.

4.3. Posición personal acerca del bien jurídico

Tal y como se advirtió en la introducción, el delito de tráfico de influencias nació a la vida jurídica en el 2004 y no existen precedentes jurisprudenciales en los órganos de casación penal, y ha sido

15 Cfr. Rimondi, Jorge Luis. (2005). Calificación legal de los actos de corrupción en la Administración Pública. Buenos Aires, Argentina, Ad-Hoc, primera edición, p. 104.

16 Cfr. Donna, Edgardo Alberto. (2002). Delitos contra la administración pública. Argentina; Rubinzal Culzoni Editores, pp. 229 y 230.

17 Catalán Sender, citado por Rimondi, Jorge Luis, óp. cit., pp. 104 y 105.

poca la doctrina nacional acuñada sobre el tema. Todo ello obliga a que deba intentarse una interpretación de la ley sobre la base de las experiencias de otros países, principalmente España y Argentina. De esta forma, en lo sucesivo, se tratará de determinar cuál es el bien jurídico que el tráfico de influencias protege en la legislación costarricense.

CHINCHILLA SANDÍ comenta sobre el bien jurídico tutelado por el tráfico de influencias que

Fijar el bien jurídico resulta difícil [...] Podríamos asumir una posición similar al momento que realizamos el comentario al delito de enriquecimiento ilícito y, con alguna dificultad, incorporarle un nuevo bien jurídico, identificado con aquellas conductas que lesionan el “cumplimiento de los deberes de probidad y transparencia en la función pública”¹⁸.

Se coincide con el citado autor cuando afirma que la determinación del bien jurídico de nuevos delitos no es una tarea sencilla. Sin embargo, al igual que lo hace CHINCHILLA SANDÍ, a pesar de la dificultad de la tarea, debe buscarse el bien jurídico luego de estudiar las normas jurídicas aplicables y la dogmática penal orientadora.

El delito de tráfico de influencias fue creado por el artículo 52 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito. Dicha normativa también se ocupó de establecer, en el numeral tercero, cuál es el bien jurídico que se protege con los diversos ilícitos que fueron creados, incluido el tráfico de influencias.

En las secciones anteriores, se estudió el derecho comparado, y se concluyó que en España y Argentina el tráfico de influencias protege la imparcialidad y la objetividad de la toma de decisiones en el seno de la función pública. En Costa Rica, la ley ha dado un concepto de probidad que se identifica como el valor fundamental que tutelan los delitos creados en dicha normativa, incluido el tráfico de influencias. No obstante, se considera que es más preciso indicar que el tráfico de influencias protege el deber de probidad en general; pero que particularmente tutela la imparcialidad y la objetividad en la toma de las decisiones del funcionario y de la funcionaria públicos.

Si bien la imparcialidad y la objetividad forman parte de la probidad tal y como lo indica el artículo 3 de la ley costarricense, lo cierto es que una mejor comprensión de la tutela penal se alcanza cuando la probidad es entendida como objetividad e imparcialidad en el momento de tomar una decisión. Lo anterior ocurre, porque el tráfico de influencias pretende afectar la toma de las decisiones de los servidores y las servidoras públicos, de manera que el interés general no sea el norte de la actuación pública, sino que la influencia determine que las decisiones sean adoptadas sobre la base de otros intereses.

18 Cfr. Chinchilla Sandí, Carlos Alberto, óp. cit., p. 24.

Así comprendido el tráfico de influencias, es fácil concluir que si bien la probidad es el bien jurídico tutelado por la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito, el ilícito que nos ocupa protege en forma específica la imparcialidad y la objetividad del funcionario y de la funcionaria públicos que adopta las decisiones.

El concepto legal de probidad ya estudiado contiene expresamente la imparcialidad como elemento integrante del bien jurídico, ya que se indica que el servidor y la servidora públicos deben asegurarse de que las decisiones que adopten en cumplimiento de sus funciones se ajusten a la imparcialidad y a los objetivos propios de la institución donde se desempeñan.

Nótese que el concepto legal de probidad quiso abarcar todos los supuestos que regulan los delitos que creó la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito, ya que al tratar el tema del tráfico de influencias, debe entenderse que el bien jurídico tutelado si bien se denomina deber de probidad, consiste en la imparcialidad y la objetividad en el momento de que el servidor y la servidora públicos toman las decisiones propias del ámbito de su competencia.

Así se estima que la experiencia española y la argentina comentada en la sección anterior resulta plenamente aplicable al derecho penal costarricense, ya que si bien la ley nacional normativizó el concepto del deber de probidad, lo cierto es que el tráfico de influencias se identifica con una de las manifestaciones de aquel deber de probidad.

5. Sujeto activo

El artículo 52 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito se refiere al sujeto activo como “[...] quien influya en un servidor público”, prevaliéndose de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su situación personal o jerárquica con este. En la frase anterior, hay dos letras “o” que han sido resaltadas intencionalmente, ya que su existencia en la norma es muy importante. Cuando la ley castiga como autor o autora a quien influye en una servidora o servidor público, prevaliéndose de su cargo, hace alusión a un concepto jurídico indeterminado que es la palabra “cargo”. Si se interpreta que “cargo” es una función pública, sujeto activo solamente puede ser una servidora o servidor público. Sin embargo, si ese “cargo” se interpreta en sentido amplio como cualquier posición laboral, pública o privada, será sujeto activo cualquier persona sea o no servidora pública.

Nótese que la determinación del sujeto activo está dada por el aprovechamiento que hace de su “cargo” para ejercer la influencia, ya que si se admite la tesis de un concepto amplio de la palabra “cargo”, podrá ser sujeto activo, por ejemplo, el o la jerarca de una institución pública que se aprovecha de su puesto para influir en otro servidor u otra servidora. Pero también puede ser

sujeto activo el presidente o la presidenta de una cámara de industrias que tiene interés en una decisión de la servidora o del servidor público, a quien influencia sobre la base del poder político que su cargo le confiere.

Contrario a la interpretación expuesta, se manifiesta CHINCHILLA SANDÍ al señalar que

Estamos ante un delito funcional, identificado como un delito especial propio, donde la figura penal exige un elemento especial subjetivo, constituido por la condición de ser funcionario público. En caso de no concurrir este especial elemento subjetivo o cualificación que lo constituya como un intraneus, la figura no podría ser aplicada en su condición de autor del delito¹⁹.

El citado autor considera que el delito de tráfico de influencias es un delito funcional y, por lo tanto, solamente una persona servidora pública puede ser el sujeto activo. Evidentemente, esta posición parte de la concepción restrictiva del concepto de “cargo” que se ha expuesto líneas atrás²⁰. Ahora bien, este choque de tesis debe ser objeto de mayor análisis.

La posición de CHINCHILLA SANDÍ también tiene asidero en el artículo 2 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito, ya que dicha norma define el concepto de servidora y servidor públicos, y expresamente indica que las disposiciones desarrolladas en el articulado de la ley serán aplicables a todas las personas que se detallan en el párrafo segundo del citado numeral; es decir, según el artículo 2 de la ley, el sujeto activo de los delitos que contiene dicha normativa solamente puede ser la servidora o el servidor públicos.

No obstante, se considera que la estructura del delito de tráfico de influencias permite que el sujeto activo sea cualquier persona, ya que independientemente del contenido del artículo 2 de la ley, lo cierto es que la delincuencia que se comenta trata de proteger el deber de probidad de

19 Cfr. Chinchilla Sandí, Carlos Alberto, *óp. cit.*, p. 24.

20 Para apoyar nuestra propuesta, se cita a Moya Jiménez, quien al comentar el delito de tráfico de influencias, indicó: “Este delito es un delito típico de comisión por funcionarios públicos y autoridades, pero también los particulares [...] pueden cometer o colaborar en la comisión de este tipo delictivo”. Cfr. Moya Jiménez, Antonio. (2007). La responsabilidad penal de los administradores: delitos societarios y otras formas delictivas. Barcelona, España, Editorial Bosh S. A., primera edición, p. 184. Sobre el tema en estudio, señala Polaino Navarrete que “La incriminación de las diversas manifestaciones del tráfico de influencias se estructura fundamentalmente en tres tipos legales de delito, a saber: a) la influencia de autoridad y funcionario sobre otra autoridad o funcionario, constitutiva del denominado tráfico de influencias propio; b) la influencia de particular sobre autoridad o funcionario, integrante del denominado tráfico de influencias impropio, y c) el ofrecimiento de influencias sobre autoridad o funcionario con solicitud o aceptación de contraprestación económica de terceros, que representa una modalidad típica extensiva y en cierto modo híbrida de tráfico y cohecho tanto funcional como particular”. Cfr. Polaino Navarrete, Miguel, *óp. cit.*, pp. 389 y 390. Resulta muy importante la clara exposición que hace el autor, ya que permite identificar que el tráfico de influencias se denomina propio cuando el sujeto activo es una persona funcionaria pública, y el delito será impropio cuando el o la agente no es funcionario o funcionaria pública.

una forma muy específica, la cual es la ausencia de influencias internas o externas que afecten la imparcialidad y la objetividad de la servidora y del servidor público. Así, la única forma eficaz de proteger aquella imparcialidad y objetividad frente a las presiones que provengan de personas que no ostenten la condición de servidora o servidor público será acoger la tesis aquí propuesta.

En otras palabras, al repasar la importancia de la tutela del bien jurídico, debe interpretarse que sujeto activo del tráfico de influencias puede ser cualquier persona –servidora pública o no– que se prevalezca de alguna de las circunstancias que describe la norma para afectar la imparcialidad de algún funcionario público.

Al seguir con el estudio del sujeto activo debe retomarse el análisis del tipo penal del tráfico de influencias, ya que la norma también se refiere al agente cuando influye en el funcionario o la funcionaria pública, aprovechándose de cualquier otro contexto derivado de su situación personal o jerárquica con este. Cuando la norma se refiere a la “situación jerárquica”, evidentemente hace referencia a que el sujeto activo, en este caso, únicamente puede ser un servidor o una servidora pública, ya que si la influencia se ejerce sobre una persona funcionaria pública y ello corresponde a la prevalencia “jerárquica” que el sujeto activo tiene sobre ella, naturalmente se trata de un miembro más del aparato estatal.

Ahora bien, diferente es la cuestión cuando la norma sanciona como autor a quien influencia a un funcionario o una funcionaria pública, prevaleciendo de alguna “situación personal”. En este caso, nuevamente debe concluirse que sujeto activo del delito de tráfico de influencias puede ser cualquier persona, ya que la situación personal que vincula al o a la traficante con el servidor o la servidora pública no tiene ninguna relación con el cargo público o privado que ejerza el sujeto activo. Una “situación personal” corresponde a un aspecto privado que liga, de alguna manera, al o a la traficante con el servidor o la servidora pública, y la envergadura de aquella situación es lo que determina la prevalencia que convierte en típica la influencia ejercida.

Acerca de este punto, nuevamente se cita a RIMONDI, quien expresamente ha indicado que

[...] si por una relación previa con el funcionario competente, el sujeto se encuentra en una situación de superioridad de algún tipo respecto de él, pretendiéndolo determinar en su decisión valiéndose de esa circunstancia, hará valer indebidamente su influencia y, en consecuencia, se configurará el ilícito [...]²¹.

Para una mejor comprensión del análisis acerca del sujeto activo, cuando el aprovechamiento se basa en una situación personal, debe agregarse que

21 Cfr. Rimondi, Jorge Luis, óp. cit., p. 108.

[...] el tráfico de influencias se hará efectivo cuando esta persona cuente con vínculos personales, familiares o políticos que hagan determinante su recomendación e imposibiliten al servidor público resolver en forma contraria ²².

Nótese que la condición personal que determina la importancia de la influencia y, por lo tanto, su prevalencia, puede ocurrir, por ejemplo, cuando una funcionaria o un funcionario público es influenciado por su líder espiritual, a quien con el paso de los años considera una verdadera autoridad en su vida. Otro ejemplo que puede invocarse se presenta cuando la servidora o el servidor público ocupa un puesto de confianza en alguna institución del Estado y recibe una influencia de un familiar cercano de la persona que decidirá su continuación o no en el cargo que ocupa. En estos casos, el sujeto activo sin ser funcionario público trafica una influencia sobre una persona servidora pública, prevaleciendo de una "situación personal" que le da la autoridad para afectar la imparcialidad y la objetividad con que la empleada o el empleado público debe tomar la decisión.

En síntesis, al atender la estructura del delito de tráfico de influencias vigente en Costa Rica y la tutela íntegra que merece el bien jurídico, puede concluirse que

[...] nuestro ordenamiento positivo se ha desarrollado dentro de los Estados en los que se concibe una represión extendida del tráfico de influencias ²³.

Para finalizar esta sección, debe afirmarse que el sujeto activo del delito de tráfico de influencias puede ser una funcionaria o un funcionario público en los casos ya estudiados; pero también los y las particulares están comprendidos dentro de la previsión legal, ya que los conceptos normativos valorados deben ser interpretados en forma amplia y teniendo en cuenta la protección al bien jurídico, pues la imparcialidad y la objetividad de la servidora o del servidor público que toma decisiones a diario puede ser influenciada indebidamente por otra persona funcionaria pública, o bien por un o una particular.

6. La acción típica

Tal y como se detallará, la redacción del tipo penal supone que la acción típica no está ligada a un solo verbo como tradicionalmente ocurre en la mayoría de delitos, ya que la verdadera acción típica es una paráfrasis verbal.

22 Cfr. Chinchilla Sandí, Carlos Alberto, *óp. cit.*, p. 28.

23 Cfr. Rimondi, Jorge Luis, *óp. cit.*, p. 105.

La ley penal costarricense castiga por el delito de tráfico de influencias a quien directamente o por interpósita persona, influya en una servidora o un servidor público, prevaleándose de... A simple vista, la acción típica está definida por la palabra “influya”, pero no basta que el sujeto activo influya en la persona funcionaria pública para que la conducta sea típica, ya que la misma norma prevé un complemento para aquella influencia.

Cuando la ley invoca la palabra “prevaleándose”, significa que la conducta típica está compuesta por la influencia más prevalencia.

Para la comprensión de la acción típica del delito que se comenta, debe definirse la palabra influir, y para los efectos de este ilícito, el concepto que se comparte es el de DONNA, quien señala que

[...] influir [...] se puede conceptualizar como la sugestión, inclinación, invitación o instigación que una persona lleva a cabo sobre otra para alterar el proceso motivador de esta, que ha de ser una autoridad o un funcionario, respecto de una decisión a tomar en asunto relativo a su cargo, abusando de una situación de superioridad, lo que un sector de la doctrina ha llamado ataque a la libertad del funcionario o autoridad, que tiene que adoptar, en el ejercicio del cargo, una decisión, introduciendo en su motivación elementos ajenos a los intereses públicos, que debieron ser los únicos ingredientes de su análisis, previo a la decisión²⁴.

Al destacar la unión de la influencia con el prevalimiento, CHINCHILLA SANDÍ manifiesta que

[...] este influir requiere además, un prevalimiento, y lo que el art. 52 LCCEI lo que sanciona es el “influir” “prevaleándose”, lo que constituye, en nuestra opinión, el elemento más importante [...]”²⁵.

24 Cfr. Donna, Edgardo Alberto, óp. cit., p. 230. Alonso Pérez presenta otra definición muy clara e indica que la acción típica de influir consiste en la “[...] posibilidad de incidir en el proceso motivador que conduce a un funcionario o autoridad a adoptar una decisión en un asunto relativo a su cargo, sin que pueda tener en cuenta la simple influencia sin más. Lo que se sanciona es el “influir prevaleándose”, es decir, abusando de una situación de superioridad originada por cualquier causa”. Cfr. Alonso Pérez, Francisco, óp. cit., p. 245. Ahora bien, debe quedar claro de que no toda “influencia”, encuadra en la previsión de la norma, ya que: “No se desvalora penalmente un mero acto de interferir en la función pública de manera impropia, indiscreta o inoportuna. Es preciso que la interferencia implique un ejercicio de influencia que sea acreedor de un desvalor de acto más elevado [...]” Cfr. Polaino Navarrete, Miguel, óp. cit., p. 391.

25 Cfr. Chinchilla Sandí, Carlos Alberto, óp. cit., p. 25. Agrega Luzón Cuesta: “El núcleo del tipo puede sintetizarse con Goyena e un “influir prevaleándose”, de modo que para que la conducta sea típica no basta la mera influencia. Así, el influir, que supone, según el Diccionario de la Real Academia “ejercer una persona o cosa predominio o fuerza moral en el ánimo”, vendrá delimitado por el prevalimiento, que vicia, limitando aunque no anulando la voluntad del funcionario o autoridad sujeto pasivo, por lo que habremos de excluir del tipo, por una parte, la influencia de contenido económico, que podrá dar lugar a la figura del cohecho y, por otra, la mera recomendación, en principio atípica [...]”. Cfr. Luzón Cuesta, José María. (2007). Compendio de Derecho Penal, parte especial. Madrid, España, Dykinson, catorceava edición, p. 297.

En síntesis, debe afirmarse que la simple influencia no produce que la conducta del sujeto activo sea típica, ya que al lado de un acto de influencia, debe probarse que el agente se ha aprovechado de alguna de las condiciones que le otorgan la posibilidad de afectar la imparcialidad del sujeto pasivo. VÁZQUEZ IRUZUBIETA señala que

[...] lo esencial del tráfico de influencias es el prevalimiento del cargo público, que puede manifestarse de tres maneras: mediante el simple prevalimiento por la circunstancia de ser autoridad o funcionario, a causa de una relación personal, y finalmente ostentando una situación jerárquica, todo ello frente a la autoridad o funcionario que debe dictar la resolución. Con esto queda claro que no puede traficar con influencia quien no tiene ninguna posibilidad de ejercer prevalimiento, y su conducta será atípica aunque realice la materia del injusto²⁶.

Debe agregarse que la circunstancia que sirve al sujeto activo para ejercer la influencia con prevalimiento puede ser real o simulada, tal y como lo dispone la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito. Lo anterior significa que la ventaja jerárquica o personal de la cual se aprovecha el sujeto activo puede ser real; es decir, que ciertamente la o el agente sea superior jerárquico de la persona servidora pública influenciada, o bien que sea verídico que el sujeto activo tenga una condición personal que lo une con la persona servidora pública y ello determina una preeminencia.

Ahora bien, cuando la ley indica que aquella posición del sujeto activo puede ser simulada, se refiere a que la superioridad jerárquica o personal no existe, pero el agente ha ejercido la influencia sobre una persona servidora que tiene la falsa creencia de que aquella superioridad sí es real. Un ejemplo de esto sería el caso de la persona servidora pública que recibe una influencia indebida por parte de una persona a quien considera su superior en jerarquía dentro de una institución pública, ya que el o la agente conoce de esa falsa creencia y quiso aprovecharse de ello para ejercer una injerencia sobre aquella persona servidora.

El artículo 52 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito también prevé otra acción típica en el párrafo segundo. Se trata del ofrecimiento de influencia. Aquí el ilícito se comete cuando el sujeto activo ofrece a un tercero o una tercera interceder ante una persona servidora pública, ya que el o la agente ostenta una condición jerárquica o personal que aquel tercero o aquella tercera no tiene.

26 Vázquez Iruzubieta, citado por Alonso Pérez, Francisco, *óp. cit.*, p. 245. Un aspecto importante que se ha comentado en el seno del derecho español es que la decisión "influenciada" que adopta la funcionaria o el funcionario público no es ilegal simplemente por haber existido una influencia, ya que: "[...] la acción consiste en influir sobre otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que, para sí o para un tercero, directa o indirectamente, pueda generar un beneficio económico, sin que en ningún momento se diga que la resolución sea ilegal o injusta, por lo que en el caso de ser así, se podría incurrir en el delito de prevaricación". Gómez Guillamón en *Ibíd.*, p. 245.

No es clara esta regulación de la ley, porque la simple acción de ofrecer la influencia no consuma el delito, ya que siempre será necesario que se produzca un resultado, de donde se extrae que si aquel resultado se produce, el sujeto que ofreció la influencia habrá cometido el tráfico de influencias de conformidad con la acción típica del primer párrafo, influir + prevalimiento, y no será necesario acudir al párrafo segundo. Lo anterior ocurre, porque la persona que ofrece la influencia ostenta la condición necesaria para aprovecharse de ella, puesto que al exigirse el resultado, es obvio que aquella persona, luego de ofrecer la influencia, acudió ante la servidora o el servidor público y ejecutó la acción de influir en su imparcialidad.

Por otro lado, debe estimarse que la persona tercera a quien se ofrece la influencia también será castigada como autora del tráfico de influencias; pero de conformidad con el párrafo primero, ya que este sanciona como sujeto activo al que ejecuta la acción directamente o por interpósita persona. Nótese que mientras el delito siga siendo de resultado, el párrafo segundo que se comenta no tiene mayor posibilidad de ser aplicado.

Luego de que se ha clarificado el concepto de la acción típica del delito de tráfico de influencias, corresponde hacer referencia a una situación muy particular que es la función de lobby o cabildeo.

Está claro que la influencia típica debe ir acompañada del prevalimiento, ya que ello hace que el lobby –en tesis de principio– no configure delito de tráfico de influencias, pues, generalmente, quien ejerce funciones de lobby no cuenta con las cualidades que la ley exige para que su influencia afecte la imparcialidad de una persona servidora pública.

Sobre este tema, CHINCHILLA SANDÍ señala que

[...] no se trata del simple cabildeo o lobby que no cuenta con esa fuerza determinante sobre el servidor público; a contrario sensu, cuando en efecto ese sujeto que realiza la acción indicada, cuenta con esa posibilidad seria y efectiva de motivar al servidor público a decidir en su favor o tomar un acto o decisión conforme sus intereses, estaremos ante una acción subsumible dentro de la figura penal del tráfico de influencias²⁷.

27 Cfr. Chinchilla Sandí, Carlos Alberto, *op. cit.*, p. 26. Es posible afirmar que en todos los países existe el lobby o cabildeo como parte de la vida diaria, siendo que: "[...] resulta innegable que existen personas que se ocupan de operar sobre funcionarios públicos, a efectos de esclarecerlos sobre la posición que tiene un sector privado, referente a una determinada cuestión en la que se juega intereses (generalmente económicos), influenciando para que el tema sea decidido a favor del sector que los contrata. Cumplir la función remunerada de hacer conocer a un funcionario público las consecuencias para un determinado sector privado de un acto u omisión de su competencia, intentando influenciarlo para que resuelva conforme a los intereses del que lo contrató, no implica per se una actividad ilícita [...] solo el empleo indebido de la influencia resulta reprochable". Cfr. Rimondi, Jorge Luis, *op. cit.*, p. 106.

En Costa Rica, también existen personas que abogan ante las funcionarias y los funcionarios públicos por los intereses de las personas físicas o jurídicas que buscan que las decisiones públicas las beneficien, o bien que las perjudiquen de menor forma, y a pesar de la influencia ejercida sobre el funcionario o la funcionaria, la acción no será típica de tráfico de influencias salvo que se compruebe que el sujeto activo se aprovechó de su cargo, situación personal o jerárquica respecto de la persona servidora pública.

Al analizar la realidad de los y las costarricenses, debe afirmarse que forma parte de muchas funciones públicas atender los planteamientos y las defensas de las personas particulares o los grupos sectoriales interesados en una decisión determinada de su competencia, y a la persona servidora pública le corresponde escuchar a unos y otros y tomar las decisiones con miras al interés general.

En estos casos, las personas interesadas que hayan querido influenciar al funcionario o a la funcionaria pública no será sujeto activo del delito de tráfico de influencias, salvo que ostenten las condiciones legalmente requeridas para que su influencia haya prevalecido en la decisión de la persona servidora pública.

El delito de tráfico de influencias regulado en la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito es un ilícito doloso, ya que es necesario que el sujeto activo conozca la condición que le da el prevalimiento y que, sobre la base de ese conocimiento, decida influir en una persona servidora pública. Al respecto, Chinchilla Sandí comenta que

Los elementos constitutivos de la conducta típica son “influir” y “prevalimiento”, los cuales son incompatibles con un proceder culposo, sino que dirigen su atención a los elementos cognitivo y volitivo en el actuar humano que configurar el dolo. Por otra parte, el ánimo inmerso dentro de la descripción típica de obtener “un beneficio económico o ventaja indebidos, para sí o para otro”, nos alejan de cualquier consideración de comportamiento culposo, para encausarnos dentro del ámbito propio del dolo²⁸.

Nótese que el citado autor deja claro que el tráfico de influencias es un delito doloso, donde la finalidad que persigue el sujeto activo descarta la culpa como título de imputación posible.

28 Cfr. Chinchilla Sandí, Carlos Alberto, óp. cit., pp. 28 y 29.

7. Consumación

En el tema de la consumación del delito de tráfico de influencias, existe una fuerte crítica que debe realizarse a la legislación costarricense, ya que la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito establece que el tráfico de influencias es un delito de resultado. Se hará referencia a la doctrina internacional para proponer una reforma de ley que proteja la imparcialidad del funcionario o de la funcionaria pública bajo el concepto de los delitos de peligro.

De conformidad con el artículo 52 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito, el delito de tráfico de influencias se consuma cuando la conducta del sujeto activo genera un beneficio económico o ventaja indebida, de manera que la simple acción de influir con prevalimiento no torna típica la conducta.

CUBILLO MIRANDA indica que probar el resultado de la influencia es muy difícil. Se afirma que

[...] lo que se requiere para la perfección del delito es que se consiga el beneficio que se persigue, pues el elemento descriptivo del tipo indica “de modo que genere” y no se refiere a que “pueda” generar [...] lo que hace que sea muy difícil probarlo²⁹.

Debe indicarse que en el derecho penal español, no es necesario que el resultado perseguido por el sujeto activo llegue a alcanzarse, ya que el delito de tráfico de influencias es un delito de peligro y no de resultado. SERRANO GÓMEZ comenta que

Para la perfección del delito no es necesario que se consiga el beneficio que se persigue, pues el texto dice “que le pueda generar”. Si se consigue el beneficio la pena se agrava³⁰.

Asimismo, debe indicarse que si la legislación penal realmente tiene por fin prevenir y reprimir eficazmente la corrupción, el tráfico de influencias debe ser un delito de peligro y no de resultado. La imparcialidad y la objetividad con la que deben resolver los servidores y las servidoras públicos deben protegerse de la simple acción de influir con prevalimiento.

Cuando la ley requiere un resultado, olvida el objeto de la protección, ya que no se pretenden proteger el patrimonio estatal ni tampoco los intereses privados que puedan ser afectados, para bien o para mal, por las decisiones de la persona servidora pública.

29 Cfr. Cubillo Miranda, Juan Carlos, óp. cit., pp. 11 y 12.

30 Cfr. Serrano Gómez, Alfonso. (1998). Derecho penal parte especial. Madrid, España, Editorial Dykinson, tercera edición, p. 742.

El objeto de la protección es la imparcialidad del funcionario o de la funcionaria que toma aquellas decisiones y, por lo tanto, una protección eficaz del bien jurídico es aquella que sanciona como delito la conducta dolosa de influir en la voluntad de la persona servidora pública, aprovechándose de una de las circunstancias que prevé la ley. La persona servidora pública debe ser protegida de la simple tentación que recibe para que olvide el interés público en el momento de resolver, ya que si el sujeto activo topa con que la persona funcionaria pública a quien recurrió no es corrupta, simplemente podrá buscar a otra, para así intentar de nuevo su propósito, sin que aquella primera acción antijurídica reciba una sanción penal como delito consumado.

De esta forma, se considera que la legislación penal costarricense no tiene una buena protección del bien jurídico, ya que el resultado debe ser un motivo para la agravación de la pena y nunca un elemento de la consumación de la figura penal básica.

Por lo tanto, se estima que debe modificarse el artículo 52 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito, para que la consumación del delito se produzca cuando el sujeto activo influye con prevalimiento en una persona servidora pública.

Así, la frase: “[...] de modo que genere, directa o indirectamente, un beneficio económico o ventaja indebidos, para sí o para otro” debe ser sustituida por el siguiente enunciado: “[...] de modo que pueda generarse, directa o indirectamente, un beneficio económico o ventaja indebidos, para sí o para otro”. Esta previsión típica es acorde con la protección que se pretende del bien jurídico, puesto que al sancionarse como delito la simple influencia con prevalimiento, se garantiza que los servidores y las servidoras públicos estén libres de presiones internas o externas que afecten su buen juicio en el momento de ejercer sus funciones.

Acerca de esta propuesta, algunas personas cuestionarán su constitucionalidad; sin embargo, se considera que de conformidad con el principio de lesividad, al tener claro que el bien jurídico que busca protegerse es la imparcialidad y la objetividad de la persona servidora pública, la protección jurídico-penal debe sancionar como delito aquellas conductas que pongan en un peligro real y concreto aquella imparcialidad.

Si una funcionaria o un funcionario público recibe una influencia ilícita por parte de una persona que se aprovecha de una condición jerárquica o personal, es claro que la imparcialidad estará comprometida, y la objetividad de la decisión estará sujeta a la fuerza de voluntad de la persona servidora influenciada, y al agente se le debe sancionar por haber tentado a aquella persona servidora, y ello constituye un peligro real y concreto al bien jurídico y, por lo tanto, la reforma propuesta se apega al derecho de la constitución.

8. Agravante

Finalmente, resta por comentar la agravante que se encuentra regulada por la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito para el delito de tráfico de influencias.

La ley penal costarricense contiene una previsión especial que determina el aumento de los extremos de la pena privativa de libertad en un tercio. Se trata de casos donde el sujeto activo es el Presidente o Presidenta o el Vicepresidente o la Vicepresidenta de la República, un o una miembro de los Supremos Poderes o del Tribunal Supremo de Elecciones, el Contralor o la Contralora, el Subcontralor o la Subcontralora General de la República, el Procurador o la Procuradora General o el Procurador o la Procuradora General Adjunta de la República, el o la Fiscal General de la República, el Defensor o la Defensora o el Defensor o la Defensora Adjunta de la República, el superior o la superiora jerárquica de quien debe resolver y los y las miembros de los partidos políticos que ocupen cargos de dirección a nivel nacional.

Nótese que la ley desarrolla una lista taxativa de personas, cuyos cargos determinan un aumento de los extremos de la pena cuando incurran en actos de influencia con prevalimiento, ya que al notar que se trata de los más altos cargos de la función pública, es claro que la persona legisladora parte de la premisa de que aquellos puestos llevan aparejada la abolición de la voluntad del servidor o de la servidora sobre quien se ejerce la influencia con prevalimiento.

Dentro de los cargos que merecen una agravación de la pena, se incluye a los y las miembros de los partidos políticos que ejercen cargos de dirección a nivel nacional. Estas personas no necesariamente son funcionarias públicas; no obstante, al incluirlas en la lista de sujetos activos de esta agravante, la persona legisladora reconoce la influencia que los políticos y las políticas han tenido históricamente en el aparato estatal costarricense, ya que busca prevenirse la influencia de los políticos y de las políticas con el temor de sufrir penas privativas de libertad altas.

De esta agravante se destaca que la persona legisladora reconoce que el tráfico de influencias impropio es sancionable en el ordenamiento penal costarricense, tal y como se propone en esta obra, ya que si la pena se agrava cuando el sujeto activo es un o una dirigente de un partido político, y se tiene claro que estas personas no suelen ser funcionarias públicas, nótese que la condición de delito especial se deja de lado, y el ilícito pasa a ser un delito común, ya que esta previsión de la persona legisladora es acorde con la protección eficaz del bien jurídico, pues la mayoría de actos de corrupción pública provienen de dádivas e influencias de personas que no forman parte de la función pública, tales como los líderes de los partidos políticos.

La ley no exige que los y las líderes de los partidos políticos deben ser –a su vez– servidores y servidoras públicos, pues de esta forma la condición de autor o autora no está aparejada al

concepto de infracción al deber, sino que la autoría se determina por el dominio del hecho puro y simple.

9. Conclusiones

Es una realidad que algunas personas físicas y jurídicas interesadas en concesiones, licitaciones y otras formas de contratación estatal buscan garantizarse los beneficios patrimoniales que supone la relación comercial con el Estado y, con este fin, recurren a formas de corrupción como lo es el tráfico de influencias.

En el marco de la globalización económica, Costa Rica tiene relación comercial con empresas poderosas de orden nacional; pero también internacional, y, de esta relación, han surgido las mayores denuncias por sobornos y otras formas de corrupción durante los últimos años.

Para reaccionar frente a esta ola de presunta corrupción y enriquecimiento ilícito, la persona legisladora costarricense aprobó, en el 2004, la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito.

Dicha ley constituye un importante aporte del derecho penal a la lucha contra la corrupción, pues en relación con los delitos, las reformas que se hicieron a algunos de ellos, como el peculado y la malversación de fondos, constituyen importantes adaptaciones de esas delincuencias a las nuevas realidades.

En el caso del delito de tráfico de influencias, si bien la doctrina nacional se decanta por entender que se trata de un delito especial, lo cierto es que el estudio de las legislaciones española y argentina permite concluir que la redacción del artículo 52 de la citada ley posibilita que el sujeto activo de tráfico de influencias sea una persona servidora pública, pero también una persona particular.

Al tener en consideración que la ley no restringe su aplicación a los casos donde el sujeto activo sea una persona servidora pública, la protección efectiva del bien jurídico debe facilitar la interpretación de los conceptos que contiene el tipo penal, y así colegir que el o la agente puede ser un servidor o una servidora del Estado, pero también una persona particular.

Acerca del bien jurídico, se ha estudiado la evolución que han tenido la doctrina y la jurisprudencia, puesto que se ha pasado del genérico título de "los deberes de la función pública" hasta un específico "deber de probidad". En el caso del tráfico de influencias, el bien jurídico que se protege es una manifestación de aquel deber de probidad, ya que el valor fundamental que

busca protegerse es “la imparcialidad y la objetividad en la toma de decisiones por parte del servidor y de la servidora públicos”.

Es una realidad que, en las sociedades económicamente globalizadas, las principales fuentes de corrupción son las empresas que buscan obtener contratos y otras concesiones de los Estados, puesto que si realmente desea protegerse la imparcialidad de la persona funcionaria pública, en el momento de resolver se debe permitir que el sujeto activo sea una persona particular, ya que es lo usual que las influencias ilícitas que recibe el funcionario o la funcionaria vengan de aquella persona particular interesada en una determinada decisión, y no de un o una jerarca de la institución de la cual forma parte el servidor o la servidora pública.

De esta manera, debe tomarse como punto de partida la experiencia que tienen otros países, tales como: España y Argentina y se debe entender que el tráfico de influencias puede ser propio, cuando el sujeto activo es una persona servidora pública, pero también puede ser impropio en los casos donde el agente es un sujeto particular.

Esta interpretación permitirá un mejor protección del bien jurídico tutelado y, con ello, se contribuirá a la verdadera represión de la corrupción que tanto se ha arraigado en la función pública de Costa Rica.

Por otro lado, merece una especial atención el tema de la consumación del tráfico de influencias, ya que está claro que el delito que fue creado en el 2004 es un ilícito de resultado, pues ha imposibilitado que las denuncias tramitadas lleguen a la fase del juicio. Cuando se exige un resultado para la consumación del tráfico de influencias, el órgano fiscal encuentra problemas de índole probatoria, ya que la experiencia y el sentido común determinan que los y las traficantes de influencias se valgan de la clandestinidad para incurrir en sus actos de corrupción, y al unirse lo anterior junto con la agilidad de la persona servidora corrupta para ocultar la presión que ha recibido, el resultado no es otro más que la impunidad.

Aquí, nuevamente debe aprenderse de otros países que tienen más años de aplicar el tráfico de influencias, ya que en legislaciones como la española, este delito no es de resultado y se consume con la simple prueba de que el sujeto activo influyó en una persona servidora pública, aprovechándose de su condición jerárquica o persona respecto de aquella.

Cuando se sanciona el tráfico de influencias como un delito de peligro y no de resultado, se ofrece una mejor protección al bien jurídico, ya que la imparcialidad de la persona servidora pública estará severamente comprometida cuando se reciba una influencia ilícita, puesto que al sancionarse esta tentación que recibe el funcionario o la funcionaria pública, se protege su objetividad frente a la puesta en peligro que el o la agente realiza.

Si se mantiene el ilícito de tráfico de influencias como un delito de resultado, los y las traficantes estarán estimulados para incurrir en presiones indebidas, pues tendrán la tranquilidad de que si el servidor o la servidora pública rechaza ad portas la influencia, no habrá consecuencia penal para aquella intromisión ilícita en la función pública, pues si la persona servidora toma sus decisiones en forma objetiva, el resultado nunca se producirá y el ilícito no habrá sido consumado. Obviamente, se exceptúa de la afirmación anterior la aplicación de la figura de la tentativa, artículo 24 del Código Penal. Sin embargo, desde la óptica de una dogmática penal basada en la teoría del bien jurídico, lo ideal es la regulación a través de un delito de peligro y no de resultado.

Se propone la reforma del artículo 52 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito, para que el texto: “[...] de modo que genere, directa o indirectamente, un beneficio económico o ventaja indebidos, para sí o para otro” sea sustituido por el siguiente enunciado: “[...] de modo que pueda generarse, directa o indirectamente, un beneficio económico o ventaja indebidos, para sí o para otro”. De esta forma, el tráfico de influencias dará una mejor protección al bien jurídico y logrará alejarse a aquellas personas traficantes que merodean los edificios públicos y obstaculizan las labores diarias de los servidores y las servidoras del Estado.

10. Bibliografía

Alonso Pérez, Francisco. (2000). Delitos cometidos por funcionarios públicos en el nuevo Código Penal. Madrid, España, Editorial Dynkinson.

Beccaria, Cesare. (1988). De los Delitos y de las Penas. Madrid, España, Editorial Alianza.

Castillo González, Francisco. (2000). El Delito de peculado. San José, Costa Rica, Editorial Juritexto.

Cubillo Miranda, Juan Carlos. (2006). Cuaderno de Estudios del Ministerio Público de Costa Rica. San José, Costa Rica, Unidad de Capacitación y Supervisión, Departamento de Artes Gráficas, número 9.

Chinchilla Sandí, Carlos Alberto. (2005). Comentarios a la “Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública”. San José, Costa Rica, Revista del Colegio de Abogados El Foro, año 4, número 6, agosto.

Donna, Edgardo Alberto. (2002). Delitos contra la administración pública. Argentina, Rubinzal - Culzoni Editores.

Luzón Cuesta, José María. (2007). Compendio de Derecho Penal, parte especial, Madrid, España, Dykinson, catorceava edición, p. 297.

Moya Jiménez, Antonio. (2007). La responsabilidad penal de los administradores: delitos societarios y otras formas delictivas. Barcelona, España, primera edición, editorial Bosch S. A.

Muñoz Conde, Francisco. (2007). Derecho penal, parte especial. Valencia, España, Tirant lo blanch, edición dieciséis, p. 1012.

Pabón Parra, Pedro Alfonso. (1997). Delitos contra la administración pública. Bogotá, Colombia, Ediciones Ciencia y Derecho.

Polaino Navarrete, Miguel y otros. (1997). Curso de Derecho Penal Español Parte Especial II. Madrid, España, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S. A.

Ramírez Altamirano, Marina. (1999). Revista Parlamentaria. San José, Costa Rica, volumen 7, número 3, Asamblea Legislativa.

Rimondi, Jorge Luis. (2005). Calificación legal de los actos de corrupción en la Administración Pública. Buenos Aires, Argentina, Ad-Hoc, primera edición.

Serrano Gómez, Alfonso. (1998). Derecho Penal Parte Especial. Madrid, España, Editorial Dynkinson, tercera edición.

Vives Antón, T. S. y otros. (1999). Derecho Penal Parte Especial. Valencia, España, Editorial Tirant lo blanch, tercera edición.

Aportes valorativos en torno al delito de “conducción temeraria”: ¿salvación o trampa?

Lilliana García Vargas¹

Sumario: Introducción. A- Tendencias o características del derecho penal moderno. 1- Respecto a los fines del derecho penal. 2- La desmaterialización del bien jurídico. B- Aspectos generales del delito de conducción temeraria. 1- Análisis de la posición de la Sala Constitucional. 2- Legislación comparada: España. C- Aspectos particulares del delito de conducción temeraria. 1- Elemento subjetivo. 2- Elementos objetivos. 3- Consecuencias accesorias: el problema del comiso. Conclusiones. Bibliografía.

Introducción

En los últimos años, nuestro país se ha enfrentado a un fenómeno muy particular de crecimiento y expansión del derecho penal² que podría ser una característica del llamado derecho penal moderno, situación de la que tampoco escapa el derecho procesal penal, al punto que, en poco tiempo, se desactualizan los códigos que regulan ambas materias.

Frente a esta realidad, la o el observador puede asumir dos posiciones: creer que los cambios son necesarios para resolver o mejorar alguna problemática, en cuyo caso, se matricula con los cambios y los admite sin mayores cuestionamientos. Por el contrario, puede suceder que no se compartan y, más bien, surja una preocupación tanto porque se considere que las nuevas regulaciones no son necesarias, se valoren como excesivas o, porque se cuestione, hacia dónde se dirige nuestro sistema de justicia penal al que cada vez se le puede reconocer menos características propias de un derecho penal de mínima intervención.

Sea cual sea la posición de quien lea las siguientes consideraciones, nuestra pretensión será dar algunos aportes para asumir, de manera informada y crítica, alguna posición de cara al nuevo tipo penal de conducción temeraria regulado en el artículo 254 bis del Código Penal.

Para cumplir con esta tarea, en primer lugar, se describirán algunas tensiones modernas que existen entre el llamado derecho penal clásico y el derecho penal moderno o de prevención, con

1 Jueza del Tribunal de Casación Penal del II Circuito Judicial de San José.

2 Se remite a la o al lector interesado en conocer cuáles han sido las últimas leyes que ejemplifican ese crecimiento, a Chinchilla Calderón, Rosaura y Leandro Carranza, Hans Roberto en su reciente libro “Una Errática Política Criminal” de Editorial Juricentro S. A., San José, Costa Rica, 2009. En este texto, la máster Chinchilla presenta en su primer ensayo titulado: La responsabilidad en el acto de legislar pp. 15 a 139 un amplio recuento de las mismas.

el fin de determinar si esta figura responde a las características de este último y qué implicaciones puede tener esto. En segundo lugar, se presentará un análisis más descriptivo de los elementos del tipo tanto objetivos como subjetivos de manera que pueda ser útil para quien, como operador u operadora del derecho, tenga que utilizar esta figura.

Pretendemos descubrir si será o no válido acudir al derecho penal como respuesta para evitar un fenómeno social y cultural que se considera inapropiado. En ese sentido, es posible que no haya un mejor campo de trabajo que el que nos suministra el delito de conducción temeraria. Para nadie es un secreto que precisamente esta ha sido la razón para legislar de la manera como se hizo, dado que se observó que muchas y muchos conductores automovilísticos provocaban accidentes o daños materiales, porque realizaban la conducción de vehículos en estado de ebriedad. Sin embargo, se debe cuestionar, si siempre que existan conductas sociales inadecuadas, tendrá entonces que intervenir el derecho penal para evitarlas.

A- Tendencias o características del derecho penal moderno

En nuestro país, apenas se ha dado alguna discusión, pero sin un análisis formal y conjunto, respecto a cuál es el norte que se pretende de nuestra política criminal; ni tampoco ha habido, un debate intelectual y articulado respecto a cuáles son las características que ha ido tomando nuestro derecho penal. Lo cierto del caso es que nadie puede negar que, en los últimos años, se ha venido presentando un aumento en la creación de delitos. En este contexto de crecimiento, precisamente surge el delito de conducción temeraria que es nuestro objeto de análisis.

Aunque entre nosotros y nosotras no se ha hecho mayor reflexión sobre las razones de ese aumento y, menos aún, respecto a las consecuencias o la necesidad del mismo, las y los estudiosos de la dogmática penal, tanto en Alemania como en España, llevan ya varios años discutiendo en relación con lo que se ha denominado como el derecho penal moderno que se inscribe dentro de un fenómeno de mayor alcance que se refiere a si nuestra sociedad, por el avance de la modernidad, debe responder de una determinada forma en la búsqueda para solucionar los problemas que representa el aumento de los riesgos provocados precisamente por esta modernidad. Se habla, entonces, de una sociedad del riesgo³.

Es así cómo se ha considerado que el derecho penal debe ser un instrumento de control y prevención que permita mantener en niveles aceptables tales riesgos. Las características que debe cumplir, para desarrollar esa nueva función asignada, serían ampliar las fronteras de lo punible y acercarse cada vez más a un derecho de orientación preventiva.

3 Mendoza Buergo, Blanca. El derecho penal en la sociedad del riesgo. Ediciones Civitas, España, 2001, p.22.

Por supuesto que esta tendencia no ha estado exenta de oposiciones y protestas, lo que ha motivado a dividir a las y los dogmáticos del derecho penal, en dos bandos: quienes defienden un derecho penal clásico o liberal que, a su vez, se les reputa como de corte garantista y quienes se inscriben en una tendencia denominada como derecho penal social o de prevención⁴.

No pretendemos, abordar todas las aristas y gamas que representa dicho enfrentamiento, puesto que desbordaría, por mucho, nuestro objeto de investigación. Sin embargo, sí es necesario evidenciar la tensión, porque, desde nuestra perspectiva, el delito de conducción temeraria responde al paradigma inscrito en el derecho penal social o de prevención. Brevemente enfocaremos algunos de los puntos de tensión que nos parece que se pueden relacionar de manera más directa con el delito objeto de estudio.

1- Respecto a los fines del derecho penal

Podríamos indicar e, incluso, aceptar, que el derecho penal busca reducir la violencia social al instaurar mecanismos de persecución de las conductas no deseadas, para evitar que la ciudadanía haga justicia por su propia mano. Sin embargo, en esta tarea debe esforzarse para que sea compatible la eficacia de la prevención con el mínimo sacrificio de la libertad individual⁵.

En este contexto, se cuestiona si el derecho penal debe cumplir con otro tipo de funciones, tales como: una función ético-social y una función de satisfacer necesidades que impone el colectivo social. En relación con la primera función, lo que se discute es, si será o no legítimo que el derecho penal deba intervenir para modificar no solo el comportamiento externo de las personas, sino también su conciencia interna, en el sentido de imponer una obligación de fidelidad y adhesión a las normas.

Desde la perspectiva de quienes defienden el derecho penal liberal o clásico, la decisión de crear figuras delictivas tendría que estar solamente en función de elevar el ámbito de protección de algún bien jurídico primordial para el individuo. Tratándose del delito de conducción temeraria, habría que cuestionarse si realmente era necesario duplicar el ámbito de intervención estatal, en el sentido de que la Ley de Tránsito faculta al Estado para imponer sanciones de tipo administrativo a quienes manejan vehículos, tanto a exceso de velocidad como bajo los efectos del licor.

4 Para mayor ilustración respecto a este tema, se puede consultar a Silva Sánchez, Jesús María. Aproximación al derecho penal contemporáneo. J. M. Bosch Editor, Barcelona 1992. Asimismo, para enfocar el pensamiento de quienes defienden la necesidad de transformar al derecho penal, se puede consultar el libro de homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en derecho penal. Universidad Externado de Colombia Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, tomo I y II, Colombia, 2003.

5 Silva Sánchez, Jesús, óp. cit., p. 298.

En ambos casos, los artículos 107, incisos a), b) y c) y el artículo 130, inciso a) de la Ley de Tránsito sancionan con una multa a la o al conductor temerario. Por esto, resulta válido plantearse lo siguiente:

la naturaleza de ambas sanciones es la misma: son penas principales... ejercidas en uso del ius puniendi estatal, es decir, ambas provienen de la potestad sancionadora que tiene el Estado [...] y conllevan un control social sobre una misma conducta por lo que dicha distinción de órgano administrativo y judicial no es válida⁶.

El tema debe analizarse en relación con las decisiones que toman las personas encargadas de legislar al momento de crear determinado tipo de figuras delictivas. En ese sentido, podríamos indicar que ya no se somete a la necesidad de limitarse a la protección de bienes jurídicos concretos o determinados en función del individuo, sino que desborda ese límite para desempeñar un rol de promoción social, en el sentido de pretender modificar determinadas conductas que socialmente no habían sido consideradas incorrectas. Para ello acude a la configuración de tipos penales donde resulta difícil precisar cuál es el bien jurídico tutelado, o acude a bienes jurídicos abstractos y de carácter supraindividual, como precisamente podría ser la seguridad común. Al mismo tiempo, esto provoca que se deban adelantar las barreras de protección creando figuras penales, donde no se requiere de un resultado.

En relación con la otra función relativa a la función de satisfacer necesidades del colectivo social, el cuestionamiento que nos debemos plantear es "si puede admitirse que realmente sean las necesidades de psicología social las que rijan la intervención del Derecho penal"⁷. El problema es que la conciencia de la sociedad es fácilmente manipulable e irracional y no tiene tampoco ningún sustrato o base científica que permita legitimar, bajo este presupuesto, la intervención punitiva del Estado.

Al mismo tiempo, el riesgo que se corre será que se defrauden las expectativas que se crean cuando se asume que la solución de los problemas está en el ámbito represivo. Esto motiva que se traslade la responsabilidad de fenómenos sociales más complejos al ámbito exclusivo de la administración de la justicia penal. Por esto, nos parece válida la observación que plantea Marco Antonio Terragni⁸, cuando se cuestiona, en el ámbito del delito culposos, que se utilice la represión como mecanismo para reducir determinados comportamientos. Así este autor afirma:

6 Chinchilla Calderón, Rosaura y Leandro Carranza, Hans, *óp. cit.*, p. 171.

7 Silva Sánchez, Jesús, *óp. cit.*, p. 307.

8 Terragni, Marco Antonio. El delito culposos. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina, p. 83.

Se requieren acciones muy distintas: por ejemplo, para que disminuya el número de accidentes automovilísticos, es necesaria la educación vial, mejorar las carreteras, diseñar vehículos más seguros y controlar de manera eficaz el tránsito.

También habría que agregar campañas de educación e información permanente para que las personas asuman con responsabilidad la tarea de conducir. Esta demanda de seguridad, propia de la complejidad actual de nuestras sociedades, ha producido un expansionismo del derecho penal y procesal penal que trate de disminuir los riesgos.

2- La desmaterialización del bien jurídico

Muy relacionado con todo lo anterior, respecto a cuáles fines debe cumplir o no el derecho penal, también se cuestiona cómo se debe entender o visualizar el bien jurídico. Aunque se apuntaron algunos aspectos líneas más arriba, nos parece necesario ahondar un poco más en torno a este tema. El conflicto se plantea por la moderna tendencia a crear delitos de peligro en tanto parece ser que las personas encargadas de legislar descubrieron que estos tipos penales les ofrecen la posibilidad de reaccionar, por adelantado, a determinados comportamientos que se consideran dañinos para mantener el estado de seguridad, en una sociedad sometida a tantos “riesgos”⁹.

La controversia se presenta entre quienes consideran que el derecho penal debe reaccionar, únicamente, frente a lesiones concretas y significativas de un bien jurídico o, al menos, cuando se presenta un peligro concreto, y quienes, desde una perspectiva funcionalista, entienden que los bienes jurídicos tienen una función social; por lo tanto, deben rescatarse los bienes jurídicos abstractos.

El problema de esta corriente es que podría extenderse al punto de perder el norte respecto a que el ser humano, en su individualidad, debe ser el centro de atención. Por supuesto que se acepta la protección de bienes jurídicos supraindividuales en la medida que constituyan medios importantes para la autorrealización del individuo¹⁰. El problema está en dónde colocar el límite, pues difícilmente no habrá siempre la posibilidad de extensión, en una línea amplia, que tenga siempre como referente al ser humano. Precisamente por esto el bien jurídico se ha ido desmaterializando.

Sin embargo, creemos que siempre deberán prevalecer los criterios de proporcionalidad y de necesidad de intervención punitiva. Lo contrario atentaría, seriamente, contra las libertades

9 Chirino Sánchez, Alfredo. El retorno a los delitos de peligro. En libro Homenaje a Francisco Castillo González. Editorial Jurídica Continental, 1 ed., San José, Costa Rica, 2007, pp. 146-147.

10 Silva Sánchez, Jesús María, óp. cit., p. 272.

individuales. En todo caso, estas acotaciones pretenden ser tan solo una advertencia respecto a los problemas que presenta esta tendencia, entendiendo que, para nuestros efectos, el delito de conducción temeraria existe y la Sala Constitucional, como veremos más adelante, se ha decantado por aceptar su constitucionalidad.

B- Aspectos generales del delito de conducción temeraria

En el 2008, por Ley N° 8696 del 17 de diciembre, se adicionó, a nuestro Código Penal, el artículo 254 bis denominado Conducción Temeraria, el cual se integró al Título IX que protege la seguridad común. Varios de los tipos penales que conforman este título tienen la característica de ser delitos de peligro abstracto, en tanto no requieren siquiera de una posibilidad de afectación a la integridad física de alguien. Precisamente por esto, también se caracterizan por un adelanto de las barreras de protección a bienes jurídicos determinados, y se supone que esto es necesario para lograr disminuir los riesgos que se puedan presentar para tutelar la seguridad común.

En este tipo de planteamientos, surge la discusión que hemos apuntado respecto a cuál debe ser el ámbito de protección al que las normas penales se dirigen, en el sentido de si solamente deben tener como punto referencial al individuo o a la persona, aun cuando no esté claramente determinada o, por el contrario, puede ser materia de protección un bien tan difuso como lo es la seguridad común.

El tema tiene mucha importancia, porque también se relaciona con la potestad que tienen las personas encargadas de legislar para crear delitos. En este mismo marco, también se discute si nuestro derecho penal ha perdido la condición de fragmentario y la última ratio para convertirse, más bien, en el primer instrumento que se utiliza para regular conductas que socialmente se consideran no deseadas.

Para nadie es un secreto que, precisamente, un fenómeno social que se ha venido presentando en nuestro país, relacionado con las muertes en nuestras carreteras fue la razón que originó este delito. En ese sentido, habría que plantearse, si es conveniente que cada vez que un problema social se presenta, se tenga que acudir a la penalización de la conducta. Evidentemente, si la respuesta a esta pregunta es afirmativa, nos encontraríamos cada vez con un menor ámbito de libertad. De esta manera, nos parece que es necesario mantener claros límites a la intervención punitiva por muchas razones; una de ellas es que la expectativa social que genera la creación de delitos puede ser muy peligrosa, en tanto que la ciudadanía, en general, se forma una falsa idea de solución al problema.

Por otra parte, las responsabilidades tendrían que ser compartidas entre todas las instituciones; pero ahora se trasladan a la administración de justicia penal, pretendiendo que sean las personas

juzgadoras quienes, con sus resoluciones, resuelvan todos los problemas que se han trasladado a su ámbito, por lo que si el fenómeno social que se pretendía resolver no se logra, entonces será responsabilidad de las personas juzgadoras que no saben aplicar las leyes, y la escalada de aumento punitivo se dispara.

Es claro que no pretendemos desconocer que el tema de la seguridad en la conducción es necesaria, también que es evidente que muchos conductores y conductoras no respetan las disposiciones administrativas que regulan temas, como el manejo a exceso de velocidad o en estado de ebriedad. También es probable que muchas personas se hayan visto obligadas a modificar sus hábitos de manejar en forma imprudente, por el temor que les representa ser sometidas a un proceso penal.

No obstante, el problema no es este; el problema es que no es posible acudir al derecho penal cada vez que se considere necesario modificar conductas indeseables socialmente. En este sentido, es posible que las estadísticas de las autoridades de tránsito sí indiquen que la cantidad de personas que han muerto por accidentes de tránsito ahora ya no se deba a una o un conductor que maneje en estado de ebriedad. Sin embargo, los accidentes mortales siguen existiendo, entonces puede ser que se evidencie que estos ocurren, porque las y los peatones cruzan las calles de forma imprudente, o porque quienes conducen siguen irrespetando ciertas normas de tránsito, por lo que se acude de nuevo a la represión punitiva.

No se debe dejar de considerar un fenómeno que se presentó, al inicio de la vigencia de este delito, en el sentido de que varios jueces y juezas del Tribunal de Flagrancia del Segundo Circuito Judicial de San José dudaron de la constitucionalidad del mismo por diversos aspectos, así como también se interpusieron varias acciones de inconstitucionalidad¹¹ en muy poco tiempo de vigencia de la ley. En ese sentido, se cuestionaron temas tanto relativos a la comprensión de los elementos objetivos como subjetivos, además del siempre discutible tema del bien jurídico.

No obstante, para este momento, la Sala Constitucional ha rechazado, por el fondo, las acciones de inconstitucionalidad. Aunque muchos de estos pronunciamientos aún no están disponibles, porque están en proceso de recolección de firmas, mencionaremos uno de los pronunciamientos que la Sala ha dictado y que, a nuestro criterio, cierra las posibilidades de que prospere algún otro reclamo de la misma naturaleza.

11 De acuerdo con la búsqueda que hicimos en el sistema de información jurisprudencial de asuntos resueltos por la Sala Constitucional sobre este tema, para el 21 de julio de 2009 se habían presentado ocho acciones de inconstitucionalidad y al menos tres consultas facultativas, todas del Tribunal de Flagrancia del Segundo Circuito Judicial de San José.

1- Análisis de la posición de la Sala Constitucional

En el voto N° 2009-204 de las 14:40 horas del 11 de febrero de 2009, la Sala Constitucional decidió rechazar por el fondo la acción de inconstitucionalidad planteada en contra del delito de conducción temeraria. En esta oportunidad, se cuestionaban tanto el tema del bien jurídico, por tratarse de un delito de peligro abstracto, como la legitimidad de quienes legislan para crear este tipo de figuras. En lo que interesa, la Sala resolvió lo siguiente:

El legislador tiene la facultad de diseñar las normas penales conforme considere se adaptan mejor a la naturaleza del bien que se pretende tutelar y de acuerdo con los fines que le ha asignado a la pena y al derecho penal en general, los cuales pueden ser no sólo retributivos, sino también preventivos –ya de prevención general positiva o negativa–, resocializadores, etc. La doctrina dominante ha distinguido entre delitos de lesión y de peligro, atendiendo a la distinta intensidad del ataque al bien jurídico. En los delitos de lesión se exige para la tipicidad del hecho la producción de la lesión del bien jurídico o del objeto que lo representa, mientras que en los de peligro no se exige ese efecto, produciéndose un adelantamiento de la protección del bien a fases anteriores a la de su efectivo menoscabo o lesión [...] Las conductas previstas en el artículo 254 bis del Código Penal, en sí mismas resultan riesgosas o peligrosas para la propiedad, la salud, integridad y vida de las personas. Además, se trata de conductas que afectan gravemente el orden público y la seguridad común. A mayor abundamiento, al consultar la Exposición de Motivos del expediente legislativo 16.496 (folios 2 a 45) que dio origen a la Ley 8696, se encuentran suficientes razones de interés público que legitiman la intervención del Estado en la regulación de determinadas conductas que se estiman dañosas para la colectividad y para los individuos en particular [...] De lo expuesto, se concluye, entonces, que las conductas previstas en la norma impugnada sí lesionan bienes jurídicos individuales y, sociales y desde ese punto de vista, no infringen el principio de lesividad previsto en el artículo 28 de la Constitución Política... La conducción temeraria en nuestro país constituye la principal causa de muertes violentas. El manejo en estado de ebriedad, la alta velocidad y la realización de carreras o “piques” en las vías públicas, son conductas realmente reprochables que reflejan un gran desprecio por la propia vida y la vida de los demás. Denotan un grave problema cultural y una pérdida de los valores que deben regir la vida social, tales como el respeto a los demás, la solidaridad, la cortesía, el altruismo. El Estado no sólo se encuentra legitimado para prohibir y sancionar tales conductas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 de la Constitución Política, sino que tiene la obligación de intervenir para tutelar los bienes jurídicos que resultan lesionados o puestos en peligro, dado que quienes no realizan esas acciones, no tienen por qué sufrir las consecuencias del actuar dañoso de los demás y merecen la protección estatal. El hecho de que se utilice la pena de prisión como disuasora de las conductas referidas, no resulta en sí mismo desproporcionado, dado el altísimo peligro que las mencionadas conductas

generan para los bienes jurídicos considerados de mayor valor para la sociedad. Además, puede observarse que el legislador establece sanciones alternativas que posibilitan el aplicar la prisión como último recurso y sólo por el tiempo mínimo indispensable, de conformidad con los parámetros que establece el artículo 71 del Código Penal.

Conclusión. Así las cosas, la acción planteada debe rechazarse por el fondo, en virtud de considerarse, de conformidad con las razones expuestas, que la norma cuestionada no infringe los principios de lesividad y razonabilidad.

Como se puede derivar de lo que hemos transcrito, la Sala no solo acepta que los delitos de peligro abstracto y el adelantamiento de las barreras de protección resultan necesarios para prevenir posible peligros a la integridad de las personas, sino que además avala la técnica legislativa empleada al diseñar delitos de este tipo. Se inscribe así en un derecho penal de prevención.

No podemos dejar de observar cierta mezcla entre derecho y moral, al indicar que el manejo en estado de ebriedad y conducir a alta velocidad denotan un problema cultural y una pérdida de valores que deben regir la vida social.

Al mismo tiempo, acepta que el derecho penal cumpla con una función de prevención general negativa en el sentido de disuadir a las personas, por miedo al castigo, para realizar las conductas no deseadas.

La Sala Constitucional ha tenido muchas otras oportunidades para pronunciarse en torno a los delitos de peligro abstracto¹². Nos parece que uno de los más recientes y que puede contrastar la opinión expresada en el voto que hemos transcrito se tomó al declarar la inconstitucionalidad del delito de tenencia de animales peligrosos. En ese sentido, el voto N° 2008-13852, entre otros aspectos, indicó lo siguiente:

En el caso del artículo 130 bis del Código Penal se contraviene el principio de lesividad en la medida en que se trata de un delito de peligro abstracto, asumiéndose teóricamente la posibilidad de afectación abstracta de un bien jurídico, es decir, de una presunción de peligro que no requiera una comprobación concreta, ni que el sujeto pasivo desarrolle una conducta u omisión específicas. Se pena la mera tenencia de un animal peligroso, haciendo el legislador un pronóstico sobre un resultado lesivo para el bien. En este caso, podría llegar a declararse el incumplimiento de un deber de cuidado –por vías distintas de la sanción penal–, pero no existe una acción dirigida a lesionar el bien jurídico.

12 En ese sentido se pueden consultar los votos n.º 2805-1996 pronunciamiento en relación con la Ley de Armas, voto n.º 1792-1999 relativo a los delitos de Tenencia de Instrumentos de Falsificación y Asociación Ilícita, voto n.º 4673-2003 en relación con la Ley de Migración.

Comparando ambos pronunciamientos, parece que la Sala Constitucional no está considerando de manera específica el tema de si un delito de peligro abstracto es o no inconstitucional (a veces sí pero en otras no), sino que presenta una especie de pronóstico que tiene una mayor probabilidad de causar un daño.

De nuevo, no pretendemos desconocer que efectivamente una persona que decide manejar en estado de ebriedad no solo se coloca en grave riesgo, sino también puede provocarlos a otras personas. Lo que nos cuestionamos es que la intervención punitiva se haga aun cuando no se provoque alguna consecuencia dañina para alguien. En ese sentido, nos hubiera parecido mejor establecer que se agravara la sanción, si producto de la ebriedad, se produjera algún daño efectivo a la integridad física, tema que aunque también fue considerado, como veremos más adelante, no deja de crear asimetrías en el sistema de justicia penal. Además, el problema también se presenta al establecer límites a la función punitiva estatal, en tanto que siempre será posible encontrar alguna referencia a la seguridad o la tranquilidad de las personas, de manera que será difícil que el bien jurídico sirva realmente como límite al ius puniendi. Compartimos, en ese sentido, la siguiente observación:

El principio de lesividad no se hace valer como límite real, si finalmente el legislador puede crear toda la infinita variedad de “bienes jurídicos” que su imaginación le permita, a través del mecanismo de delitos de peligro y, principalmente, de los delitos de peligro abstracto¹³.

Será necesaria una mayor discusión dogmática sobre el tema que involucre también a quienes sean responsables de dirigir las decisiones de política criminal, con la esperanza, algo utópica, de llegar a algún acuerdo.

2- Legislación comparada: España

Aunque no se comparte que la respuesta punitiva resulte ser la adecuada y que nos mantenemos en el bando de quienes defienden el carácter fragmentario del derecho penal, así como descartamos que sea válido acudir a las figuras penales de peligro abstracto, nos parece conveniente presentar una comparación entre el delito de conducción temeraria que las personas encargadas de legislar integraron en una sola norma con el Código Penal español que creó varios delitos.

13 Arroyo Gutiérrez, José Manuel y Chan Mora, Gustavo. Derecho penal y sociedades disciplinarias: el debilitamiento del principio de lesividad como tendencia del Derecho penal moderno. Libro homenaje a Walter Antillón Montealegre, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2004, p.17.

Tal vez el ejercicio comparativo tenga también un falso consuelo, en el sentido de que creemos que en España hicieron peor las cosas, fueron aún más allá y crearon una serie de figuras delictivas que pretenden, al mismo tiempo, proteger tanto un bien jurídico de carácter indeterminado como lo es la seguridad común, como uno concreto como lo sería la integridad física de alguna persona.

Dadas las limitaciones de este artículo, no podemos abarcar todas las figuras penales que tiene la legislación española. Por tanto, consideraremos tan solo algunos delitos que se relacionan directamente con nuestra legislación¹⁴. El primer aspecto que se relaciona de manera directa se refiere al bien jurídico que protegen estos delitos. En ese sentido, se habla de la seguridad del tráfico, así como nuestro Código Penal alude a la seguridad común. En nuestro caso, es claro que solamente se alude a un bien jurídico de carácter abstracto, aceptando, al mismo tiempo, que las barreras de protección respecto a un posible daño se adelanten hasta un punto donde no se requiere siquiera de un potencial daño o afectación a la vida, la propiedad o la integridad física de alguien.

Por el contrario, el código español contiene tanto delitos de peligro abstracto, como de peligro concreto. Por ejemplo, el artículo 380, que prohíbe conducir un vehículo con temeridad manifiesta, obliga que se haya puesto en “concreto peligro” la vida o la integridad de las personas. El problema se presenta cuando el apartado segundo de este mismo artículo refiere que se reputará manifiestamente temeraria la conducción donde concurran las circunstancias del artículo anterior, es decir, conducir a alta velocidad o bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o bebidas alcohólicas. Esta confusión ha provocado

14 Código Penal español, Capítulo IV, De los Delitos contra la Seguridad Vial Capítulo rubricado de conformidad con lo previsto en Ley Orgánica 15/2007 del 30 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 del 23 de noviembre del Código Penal en materia de seguridad vial. Rúbrica anterior vigente hasta el 2 de diciembre de 2007: De los delitos contra la seguridad del tráfico.

Artículo 379. 1. El que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o a la de multa de seis a doce meses y trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días, y, en cualquier caso, a la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años. 2. Con las mismas penas será castigado el que condujere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas. En todo caso será condenado con dichas penas el que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro. Artículo 380. 1. El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiere en concreto peligro la vida o la integridad de las personas será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta seis años. 2. A los efectos del presente precepto se reputará manifiestamente temeraria la conducción en la que concurrieren las circunstancias previstas en el apartado primero y en el inciso segundo del apartado segundo del artículo anterior.

que se discuta si se trata de figuras que pueden aplicarse en concurso ideal o, por el contrario, si se presenta un peligro concreto, ya no podrá aplicarse la figura de peligro abstracto¹⁵.

El otro serio problema que se origina, con la descripción de estos delitos, se refiere a qué grado de determinación debe haber de las personas que hayan sido puestas en peligro. Sobre este tema, podría indicarse, para ser coherentes con el sentido mismo de las normas y su ubicación como delitos que afectan la seguridad del tráfico, que se apunta a una colectividad indeterminada de personas puestas en peligro, o al menos que potencialmente puedan serlo, de modo que el delito tampoco se excluye, si se trata de una sola persona que esté físicamente individualizada¹⁶.

En cuanto a la conducta típica, se trata de la acción de conducir un vehículo automotor; según Muñoz Conde¹⁷, el instrumento delictivo sería el vehículo automotor, y el lugar único donde puede cometerse sería la vía pública. Sobre los elementos objetivos de los tipos penales que estamos considerando, los mencionaremos cuando se analice el delito objeto de este estudio.

Para finalizar este apartado, podríamos señalar que la decisión de incluir en los tipos penales tanto delitos de peligro abstracto como de peligro concreto; pero con la misma acción típica, tan solo puede generar una gran cantidad de problemas, no solo de tipo probatorio como de análisis dogmático que, sin lugar a dudas, debe haber generado gran discusión y confusiones en la práctica forense de ese país.

C- Aspectos particulares del delito de conducción temeraria

1- Elemento subjetivo

Uno de los aspectos que nos parecen más problemáticos del delito en estudio es que se trata de una figura de carácter doloso. El dolo será de peligro y debe abarcar el conocimiento y la voluntad de conducir un vehículo, ya sea participando en concursos de velocidad ilegales llamados “piques”, a una velocidad superior a ciento cincuenta kilómetros por hora o bajo los efectos del licor.

Esta situación obliga a la necesidad de acreditar el dolo, problema que no en pocos casos estará presente, por las particularidades de los supuestos de hecho que se contemplan. El dolo se tiene que demostrar de modo que, cuando exista duda sobre este, aplicaría el principio de in dubio

15 Muñoz Conde, Francisco. Derecho Penal Especial. Editorial tirant lo blanch, XV edición, 2008, p. 685.

16 Moreno Alcázar, Miguel Ángel. Los delitos de conducción temeraria. Editorial tirant lo blanch, 2003, p. 63.

17 Muñoz Conde, Francisco, óp. cit., p. 686.

pro reo, pues bien, desde nuestra perspectiva, uno de los primeros problemas de este delito está precisamente en la comprobación efectiva de que el sujeto actuó con dolo. Más parece que, por ejemplo, en el caso de conducir en estado de ebriedad podrían llevar a suponer ese dolo, puesto que difícilmente alguien estará midiendo cuánta es su concentración de alcohol en la sangre, por supuesto que en casos donde se sobrepasa en gran medida el mínimo de la concentración, es decir (0,75) gramos de alcohol, bien se puede aceptar que el sujeto tenía que saber de la prohibición para conducir.

El problema será en casos límite entre lo prohibido y lo permitido, sobre todo si también hay posibilidad de que la cantidad de concentración de alcohol en la sangre sea muy cercana a la falta administrativa prevista en el artículo 107 y que se sanciona con multa, según el artículo 130, ambos de la Ley de Tránsito. Lo mismo puede ocurrir en relación con el manejo a exceso de velocidad; pero más aún, habría que considerar si el dolo que comprende cada supuesto del tipo penal se puede probar con los mismos elementos.

Otro problema que se presenta con este delito, es su posible relación con el de lesiones culposas; conforme se establece en el artículo 128 del Código Penal (que se modificó por la misma Ley N° 8696), si las lesiones culposas se producen por culpa y por medio de un vehículo y se encuentra a la persona autora en alguna de las condiciones previstas para la conducción temeraria de las que señala el numeral 107 de la Ley de Tránsito, o bajo la influencia de bebidas alcohólicas, la pena de prisión será de dos a seis años. Esto quiere indicar que habría un delito doloso (conducción temeraria) pero culposo en su resultado (lesiones culposas).

Sin embargo, consideramos que no se trata de un concurso de delitos; por el contrario, las lesiones culposas abarcan tanto la imprudencia de conducir, bajo los efectos de licor o la alta velocidad, como el resultado perjudicial a la integridad de alguna persona. En este caso, lo que sucede es que se presenta una asimetría que rompe con la lógica del sistema punitivo, en tanto, un hecho de mayor gravedad (porque produce una lesión efectiva a alguien) se considerará un delito culposo, mientras que si no hay tal afectación, el delito es doloso.

Parece que se le está dando mayor importancia a la potencialidad del peligro que a la producción de un resultado concreto. Incluso, la pena por reincidencia, en el caso de conducción temeraria, llega hasta ocho años de prisión. Este tema también resulta discutible si, a su vez, se analiza en relación con los tipos penales de lesiones leves y graves. Según lo establece el artículo 125 del mismo código, la pena por el primero, es hasta un máximo de un año de prisión y, para las lesiones graves previstas en el artículo 124 el máximo, es de seis años de prisión.

La misma situación se presenta con el delito de homicidio culposo, cuya pena de prisión será de hasta quince años, si el hecho se produce conduciendo un vehículo. En nuestro criterio, habría

sido más coherente aumentar la pena del delito de conducción temeraria, si se causa alguna lesión o la muerte de una persona, graduando la pena según las consecuencias. En este sentido, no habría sido necesario modificar el delito de lesiones culposas ni el homicidio culposo y, a su vez, por especialidad esta figura penal desplazaría las lesiones genéricas (leves, graves y gravísimas).

2- Elementos objetivos

Tal y como indicamos al mencionar la legislación española, en nuestro caso, la persona encargada de legislar optó por crear un solo delito; pero con cuatro supuestos diversos. En el primer párrafo del artículo 254 bis, como primer elemento objetivo, se alude a la conducción de vehículos de todo tipo, lo cual no deja de ser un problema, porque se debieron haber restringido, tal y como lo hizo España, los vehículos de motor, porque si aceptamos que la razón de ser de este delito se refiere a la potencialidad del peligro para la seguridad de quien conduzca en las condiciones que se prohíben, parece desproporcionado que se incluya cierto tipo de vehículos, entendiendo por estos que son medios de transporte¹⁸.

En todo caso, no podemos obviar otra realidad que condiciona la aplicación de esta figura delictiva y que se refiere a su limitada eficacia de persecución; es decir, no será sino porque la Policía de Tránsito vigila constantemente las carreteras que estos hechos delictivos llegan a la Administración de Justicia Penal. Así, serán estos policías quienes probablemente discriminen cuáles casos presentarán al Ministerio Público y, difícilmente, se vigilarán las condiciones de quienes conducen bicicletas o motocicletas de pequeño cilindraje.

Vale la pena, en este punto, tomar en cuenta si este delito no tendrá más una función simbólica, entendiendo que una de las críticas que se lanzan en contra del llamado derecho penal moderno es precisamente que busca más apaciguar a la población a través del mensaje de que el Estado “está actuando”, lo que algunos autores, como Hassemer, denomina un “engaño”¹⁹.

En nuestro criterio, es prácticamente imposible incorporar todos los medios materiales y humanos que podrán ser necesarios para que este tipo de conducta realmente se pueda investigar en forma igualitaria y que asegura su eficacia. Por esto sí nos parece que se trate no solo de un

18 La Ley de Tránsito, en su artículo 1, refiere que regula la circulación, por las vías públicas de todo vehículo con motor o sin él.

19 En el libro homenaje a Jakobs, El funcionalismo en Derecho penal de la Universidad Externado de Colombia. Tomo II, Laura Pozuelo Pérez escribe sobre la denominada “expansión del derecho penal: una relectura de los planteamientos críticos, pp. 110 a 133, según su criterio, debe diferenciarse para hablar de un derecho penal simbólico, si una norma no puede aplicarse, por ejemplo, por algún defecto en su creación legislativa en los casos donde no quiera aplicarse.

derecho penal simbólico con toda la connotación negativa que implica, sino también constituye un engaño para la sociedad.

Por otra parte, se requiere integrar esta forma de comisión del delito, según el segundo párrafo, con los contenidos de la Ley de Tránsito. Recordemos que la Ley N° 7331 del 13 de abril de 1993 fue reformada por la Ley N° 8696 del 17 de diciembre de 2008 y que creó el delito de conducción temeraria. Por ejemplo, las carreras o concursos de velocidad serán ilícitos o ilegales según lo determine la Dirección General de Ingeniería de Tránsito (artículo 106 de la Ley de Tránsito).

En el mismo sentido, para poder aplicar la sanción mayor, prevista en el segundo párrafo para quienes participan en carreras ilícitas o piques, se debe acudir a lo dispuesto por el artículo 107 de la Ley de Tránsito que refiere, como persona conductora temeraria, a quien conduzca bajo la influencia de bebidas alcohólicas en una concentración superior a cero coma cinco (0,5) gramos de alcohol por cada litro de sangre o sustancias tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas que produzcan estados de alteración. Nos parece que habría sido mejor describir en el mismo tipo penal todas las condiciones objetivas, incluyendo el grado de concentración de alcohol en la sangre, sin hacer referencia a la Ley de Tránsito.

Asimismo, el tercer párrafo sanciona con pena de prisión de uno a tres años a quien conduzca a una velocidad superior a ciento cincuenta kilómetros por hora. No hace alguna referencia al tipo de carretera, de manera que se pueda relacionar la velocidad con la gravedad y el peligro de esta acción. Parece que se parte de una comprobación empírica, respecto a la probabilidad de un accidente, cuando se conduce a esa velocidad, tema que, en nuestro criterio, se debió haber quedado solamente para el ámbito administrativo sancionatorio que establece la Ley de Tránsito.

En todo caso, el problema probatorio será aún mayor, puesto que solo los registros que utilizan los policías de tránsito deben señalar a qué velocidad iba conduciendo una determinada persona.

Así las personas juzgadoras de la jurisdicción penal tendrán una limitación probatoria respecto a los elementos que se aporten en ese sentido. Hacemos esta observación, porque creemos que no es igual para el caso de la conducción en estado de ebriedad, puesto que junto a los dictámenes de la alcoholemia, la prueba testimonial puede servir para complementar la condición en que se encontraba el conductor o la conductora.

Por otra parte, esta forma de cometer el delito no permite hacer una posible consideración respecto a las particularidades, no solo de las carreteras, sino también del tipo de vehículo y de las habilidades de la propia persona conductora, de manera que se hace más evidente que se trata de un delito meramente formal, en el que tan solo se requiere demostrar que se conducía

a más del límite legal permitido; es decir, ciento cincuenta kilómetros, sin que resulte necesario relacionarlo con alguna posibilidad de que se haya colocado en peligro, aunque sea remoto, un bien jurídico determinado.

El párrafo cuarto establece la sanción de uno a tres años de prisión para quien conduzca bajo la influencia de bebidas alcohólicas, cuando la concentración de alcohol en la sangre sea mayor a cero coma setenta y cinco gramos (0,75) por cada litro de sangre. Llama la atención que no se haya considerado también otro tipo de sustancias como las drogas tóxicas o sustancias psicotrópicas, como sí lo hizo el artículo 107, inciso b) de la Ley de Tránsito.

Coincidimos, en este aspecto, en lo que refiere Chinchilla Calderón²⁰, al señalar que la conducción, cuando se ha ingerido drogas, puede provocar efectos más nocivos que la misma concentración de alcohol. Esto evidencia una contradicción en relación con la pretendida protección del bien jurídico de la seguridad común.

Por otra parte, el hecho de que sí se ha establecido esta circunstancia para aumentar la pena, en los delitos previstos en los artículos 117 y 128 del Código Penal lo que se refleja es una falta de coherencia, puesto que un comportamiento, que puede ser igual de dañino o peligroso, está considerado en una parte, como un delito doloso (conducción temeraria bajo los efectos del licor) y, por otra, delito culposo, sin tomar en cuenta los problemas probatorios que se derivan del hecho de que no se indica cuánta concentración o qué tipo de sustancia psicotrópica se tendrá que considerar para los delitos de lesiones culposas y homicidio culposo.

Otro aspecto que llama la atención es que no se haya previsto, en el caso de conducción de vehículos bajo los efectos del licor, que se le inhabilitara para conducirlos, cuando sí se estableció para quienes participan en carreras ilícitas o piques bajo los efectos del licor o de drogas tóxicas. Si se supone que la conducta más común y “peligrosa” es precisamente conducir bajo los efectos del licor, no se comprende por qué hay diferencia. Desde nuestra perspectiva, quizá esto podría haber resultado más razonable y proporcional que el hecho de ordenar el comiso del vehículo.

Por último, la posibilidad de sustituir la pena privativa de libertad, cuando no se impongan más de tres años de prisión, realmente ayuda poco, no solo a la Administración de Justicia que tendrá que haber llevado hasta el final el proceso, sino que tampoco ayuda al propio sujeto sometido a la medida, puesto que bien podría resultar más práctico y eficaz que se acudiera a una medida alternativa al juicio, como puede ser la suspensión del proceso a prueba.

20 Chinchilla Calderón, Rosaura y Leandro Carranza, Hans Roberto. Algunos despropósitos de la Ley de Tránsito, *óp. cit.*, p. 198.

3- Consecuencias accesorias: el problema del comiso

Aunque, hasta donde sabemos, todavía no se ha resuelto en sede de casación algún caso donde se discuta si procede o no el comiso del vehículo por conducción temeraria, sí pudimos investigar en el Tribunal de Flagrancia del Segundo Circuito Judicial de San José²¹, que se ha resuelto la mayoría de los asuntos por este delito con una medida alterna de suspensión del proceso a prueba. Esto puede implicar que el sujeto dueño del vehículo haya tenido que aceptar, como una de las condiciones, que se proceda a su comiso. Además, no se previó que ese comiso fuera una consecuencia especial del hecho; por el contrario, se acudió a la disposición general prevista en el artículo 110 del Código Penal.

En ese sentido, se tendría que afirmar que el instrumento con el que se cometió el hecho fue precisamente el vehículo. Este tema no deja de prestarse a interpretaciones, puesto que alguien podría afirmar que el mismo sujeto alcoholizado es el instrumento. Más allá de las interpretaciones, creemos que lo razonable e incluso proporcional tuvo que haber sido que se previó la inhabilitación para conducir, puesto que precisamente al sujeto activo es a quien se le debe neutralizar para que no cometa más este tipo de delitos, sobre todo tomando en cuenta el hecho de que esta conducta de conducción temeraria bajo los efectos del licor prevé también la posibilidad de aumentar la pena a la persona reincidente hasta en ocho años de prisión (párrafo cinco).

De esta manera, puede ser excesivo que además se acuda a una norma general del Código Penal que no está en función directa de impedir que se cometan nuevos hechos de la misma naturaleza del que aquí se menciona. El tema de la reincidencia se tendría también que cuestionar ante la Sala Constitucional, puesto que nos parece que roza con el principio de non bis in ídem.

21 La Sección de Estadística del Poder Judicial no puede brindar información hasta finalizar el año respecto al tipo de delito que se ha juzgado. Por esta razón, acudimos a la jueza coordinadora a.i. del Tribunal de Flagrancia, máster Ana Lorena Jiménez Rivera, quien hizo una revisión manual del libro de entradas hasta el mes de junio de 2009. De esa información, pudimos saber que para esa fecha se han registrado, aproximadamente, 59 causas penales por conducción bajo los efectos del licor y la mayoría se resolvieron con una suspensión del proceso a prueba.

Conclusiones

- 1- El delito de conducción temeraria se inscribe en la tendencia del derecho penal preventivo moderno. Bajo esta condición, el bien jurídico que tutela es de carácter abstracto y adelanta las barreras de protección donde interviene a un punto en el que no se requiere que se vaya a producir alguna afectación a la integridad física de las personas; por el contrario, esta posibilidad se presume.
- 2- Este delito representa también un claro ejemplo de la tendencia expansionista propia del derecho penal moderno al que se le impone el deber de responder ante la demanda de seguridad propia de una sociedad sometida a una serie de riesgos y temores, donde se ha considerado que la represión punitiva estatal es un instrumento útil y necesario para combatirlos.
- 3- Por tratarse de un delito doloso debe acreditarse, en cada supuesto, que la persona conductora sabía y conocía todos los aspectos para la configuración del tipo. En ese sentido, se presenta un problema probatorio para establecer el conocimiento entre la falta administrativa de conducción temeraria y la acción que ya se considera delito, puesto que la concentración etílica solo se puede establecer por medio de pruebas técnicas.
- 4- Por el tipo de delito de que se trata, tanto la iniciativa de persecución penal del hecho, como también el aporte de todos los elementos probatorios estarán prácticamente solo en manos de la Policía de Tránsito, para que se pueda tener por acreditado el hecho. Ambas situaciones pueden provocar no solo posibilidades de corrupción, sino también que se discriminen y seleccionen sin criterios objetivos cuáles asuntos se persiguen y cuáles no.
- 5- Debió haberse establecido, como única consecuencia accesoria a la comisión del delito, la inhabilitación para conducir vehículos según la valoración que hiciera la persona juzgadora de la gravedad de la acción cometida. En ese sentido, no se debería interpretar que también tenga que ordenarse el comiso del vehículo.
- 6- El aumento de la pena de prisión para los casos de reincidencia es inconstitucional, en tanto irrespete el principio del non bis in ídem.

Bibliografía

Arroyo Gutiérrez, José Manuel y Chan Mora, Gustavo. Derecho penal y sociedades disciplinarias: el debilitamiento del principio de lesividad como tendencia del Derecho penal moderno. Libro homenaje a Walter Antillón Montealegre, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2004.

Chinchilla Calderón, Rosaura y Leandro Carranza, Hans Roberto. Una Errática Política Criminal. Editorial Juricentro S. A., San José, Costa Rica, 2009.

Chirino Sánchez, Alfredo. El retorno a los delitos de peligro. En libro Homenaje a Francisco Castillo González. Editorial Jurídica Continental, 1 ed., San José, Costa Rica, 2007.

Mendoza Buergo, Blanca. El derecho penal en la sociedad del riesgo. Ediciones Civitas, España, 2001.

Muñoz Conde, Francisco. Derecho Penal Especial. Editorial Tirant lo blanch, XV edición, 2008

Moreno Alcázar, Miguel Ángel. Los delitos de conducción temeraria. Editorial Tirant lo blanch, 2003.

Pozuelo Pérez, Laura. Libro Homenaje al profesor Günther Jakobs . El funcionalismo en derecho penal. Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, tomo II, Colombia, 2003.

Silva Sánchez, Jesús María. Aproximación al derecho penal contemporáneo. J. M. Bosch Editor, Barcelona 1992.

Terragni, Marco Antonio. El delito culposo. Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, Argentina.

II PARTE
Derecho Procesal
Penal

De reformas y contrarreformas. El juzgamiento de los delitos cometidos en flagrancia

Rosaura Chinchilla Calderón¹

El Código Procesal Penal cumplió, en enero de 2008, diez años de estar vigente. La oportunidad era propicia para que las autoridades penales del país efectuarán un análisis concienzudo de los logros y de las deficiencias que ese articulado, como todo hacer humano, presentaba, sobre todo porque con él se pretendió modificar un modelo fundamentalmente inquisitivo, en que la investigación de los hechos delictivos estaba a cargo de los jueces y juezas de instrucción, para trasladarla al Ministerio Público.

Ante ello, la pretensión legislativa de que los procesos se tramitaran expeditamente (para lo que se idearon plazos de prisión preventiva, de prescripción de la acción penal, de conclusión de la investigación, etc.) chocó contra una realidad caracterizada, porque la cantidad de asuntos desbordó a un Ministerio Público que no estaba preparado para asumir las que eran sus funciones típicas.

Los estudios y las jornadas de reflexión no se efectuaron. Sin embargo, ha sido un secreto a voces al menos que la etapa intermedia no estaba cumpliendo la función de filtro para la que originalmente estaba diseñada, lo que permitía que todas las causas, donde las partes no encontraban salidas alternas o mecanismos aceleratorios llegaran a juicio y para dicho acto procesal se aceptara prácticamente la totalidad de la prueba ofrecida, lo que generó juicios más extensos de los que antes existían.

Esto motivó, a su vez, que el sistema respondiera, por igual, a todo tipo de procesos salvo, claro está, los de tramitación compleja que prevé plazos eran aún mayores, lo que no sucedía en el modelo anterior donde existían diseños procesales según la dificultad de las causas.

Es decir, resultaba notorio que causas sencillas en que, además, la persona imputada estaba detenida, terminaban con solicitud de prórroga de la prisión preventiva más allá del año ordinario, lo que alertaba a que algo no estaba bien. La creación de la Unidad de Trámite Rápido del

¹ Jueza del Tribunal de Casación Penal del II Circuito Judicial de San José.

Ministerio Público y la reforma a la legislación para introducir más causales de interrupción de la prescripción de la acción penal fueron algunas de las respuestas que se ensayaron².

Sin embargo, llegados los procesos a la fase de juicio, nuevamente se trataban con iguales parámetros, sin importar la sencillez del hecho, el tiempo de detención, la presencia de personas menores de edad, ancianas, con discapacidad, etc. Se empezó a echar de menos el procedimiento previsto en el derogado Código de Procedimientos Penales denominado de “Citación Directa” que también había sido pervertido por la lógica inquisitiva y que tuvo que ser rescatado, al final de la vida de esa normativa, por un equipo que se desplazó a diversas partes del país para ajustar la práctica a las normas y no torcerlas bajo la lógica burocrática predominante. Los resultados de aquel programa fueron ampliamente destacados en su momento y, justo cuando el proyecto estaba dando sus mejores frutos, la legislación cambió.

Por supuesto que los tiempos de duración del proceso penal redundan en una denegación de justicia y en un incumplimiento del principio de justicia pronta y cumplida establecido en el artículo 41 constitucional, pues generan problemas tanto para las víctimas como para las personas imputadas. Las primeras se ven expuestas a amenazas; pierden interés en los procesos; se trasladan de domicilios y no son localizadas ni lo son sus testigos, olvidan o mueren, por lo que el hecho no puede dirimirse por el fondo, sino que se dan respuestas meramente formales.

A las personas imputadas la duración de la causa les afecta pues, a la espera de que el asunto llegue a juicio, ven menoscabados sus derechos fundamentales a través no solo de la misma “pena de banquillo”, sino también de la imposición de medidas cautelares de toda índole, incluyendo la privación de libertad a través de la prisión preventiva. Si la causa concluye, por las razones ya apuntadas, con sentencias absolutorias, aquella privación de un derecho fundamental no encuentra reparación, pues una buena parte de dichas exenciones de responsabilidad se dispone por duda ante el desinterés por aportar la prueba, lo que exime al Estado de indemnizar.

Si se dicta sentencia condenatoria, el tiempo de detención cautelar impide que se acceda a algunos beneficios penitenciarios. Ello permite concluir que tanto personas imputadas como víctimas tienen derecho a que su proceso se resuelva en un plazo razonable y, por tal situación, es inconcebible que el Estado estandarice la forma de abordar todas las causas, pues ello se traduce en una denegación al acceso a la justicia.

2 Lo que es importante rescatar en momentos en que se discute la “paternidad” de la figura del juzgamiento de hechos cometidos en flagrancia ante los “logros” (numéricos) obtenidos (cfr: acta de Corte Plena 02-2009), autoría intelectual que probablemente se abdice cuando de su diseño surja alguna responsabilidad estatal en foros internacionales. Sin embargo, los esfuerzos serios y sostenidos por acelerar los tiempos de duración de las causas penales se originan, sin poses, mucho tiempo antes del galopante populismo que nos embarga.

Desde esta perspectiva, al acelerar el juzgamiento de los procesos, lejos de constituir un quebranto constitucional, se tiende, en general, a dar cumplimiento a normas de dicho rango, salvo que el diseño se haga de tal modo que la prontitud del juzgamiento implique una afectación a la calidad de dicha justicia.

Por ello me parece adecuado que el Poder Judicial, a través de sus diversos operadores (Ministerio Público, Policía Judicial, Judicatura, Defensa Pública), tenga respuestas diferenciadas para los diversos tipos de hechos delictivos que se cometan. No es posible que hechos de diversa gravedad y de variada intensidad investigativa tengan la misma respuesta procesal, sobre todo en punto a la duración de los procesos, pues ello se traduce en un trato igual ante situaciones desiguales, ergo discriminatorio para personas imputadas y víctimas que tienen un derecho constitucional a la justicia pronta y cumplida. Pero, como indiqué, el precepto constitucional exige el equilibrio entre ambos factores y no la celeridad por sí misma considerada.

No obstante, me parece que el diseño de este proceso no surge de la mano de esas consideraciones, sino ante la necesidad de dar algún tipo de respuesta a las constantes campañas en los medios de comunicación para que se aplique mano dura en el combate contra la criminalidad. En ese contexto, se integra una comisión interinstitucional que firma un convenio, donde participan los tres Poderes del Estado, para “atacar” el problema. El Poder Judicial crea un programa interno para el juzgamiento de delitos en flagrancia y luego participa en la elaboración de un paquete de proyectos de ley que se tramitan en la Asamblea Legislativa en la “Comisión especial de Seguridad Ciudadana”³. Este trabajo luego se culmina en la Comisión de Asuntos Jurídicos.

3 El que la elaboración del procedimiento, inicialmente administrativo y luego legal, haya estado a cargo de jueces y juezas de la más alta jerarquía a más de violentar, a mi juicio, la división de funciones establecida en el numeral 9 de la Carta Magna, podría comprometer la imparcialidad de aquellos (o implicaría, a lo menos, un adelanto de criterio ajeno a funciones “académicas”) cuando en el seno de los órganos que representan se discuta, jurisdiccionalmente, la eventual afectación de los principios de juez legal o natural, imparcialidad, derecho de defensa, etc. en el modelo por ellos creado. Es obvio que quien elabora un texto legal lo hace pensando que cumple todos los estándares de lo que su visión de mundo le señala como el contenido del debido proceso por lo que difícilmente aceptará que se cuestione. En las sesiones de Corte Plena en que se discutió el tema del procedimiento administrativo de flagrancia participaron magistrados/as de la Sala Tercera (encargada de aplicar la normativa) y de la Constitucional (encargada de definir su constitucionalidad), aunque no todos/as votaron. Así en las actas de las sesiones de Corte Plena 28-08 (en que se crea el procedimiento administrativo de flagrancia y se cambia la competencia territorial al Segundo Circuito) estuvieron presentes todos los magistrados de la Sala Tercera y los magistrados Mora, Calzada, Vargas y Armijo de la Constitucional. En la 33-08 (en que se discute el primer texto legislativo que da pie a la actual normativa) estuvieron presentes los cinco magistrados de la Sala Tercera y los magistrados Mora, Jinesta y Cruz, de la Sala Constitucional. En la sesión en que se abordó el proyecto de ley que dio origen a la ley (acta 02-09) participaron activamente en la discusión todos los magistrados de la Sala Tercera y los magistrados Mora y Cruz de la Sala Constitucional, aunque no siempre votaron. También hubo presencia, aunque no siempre votación, de magistrados de ambas salas en la sesión de Corte Plena 14-09 en que se discutieron reformas reglamentarias luego de estar vigente la ley.

En ese marco, surgen tanto el modelo administrativo como el diseño legal, actualmente vigente, para el juzgamiento de los delitos cometidos en flagrancia que, en consecuencia, alude a dos procesos distintos: uno creado por las autoridades del Poder Judicial y otro, con características diferentes, definido por la Asamblea Legislativa, aunque también con la colaboración del Poder Judicial.

Por tanto, se tratarán de modo diferenciado. Empero, a mi juicio, ambos relativizan o flexibilizan garantías, en perjuicio no solo de las personas acusadas, sino también del mismísimo Estado de Derecho, aun cuando ni la Sala Tercera⁴ ni la Sala Constitucional,⁵ integrantes del Poder Judicial, lo consideren así.

A- El proceso de flagrancia definido por el Poder Judicial

En las sesiones de Corte Plena números 28-08⁶ y 33-08,⁷ se discutió y aprobó el primer diseño de proceso de flagrancia como “Plan Piloto” para San José⁸. En este caso, se cumplía básicamente con la legislación vigente; simplemente se trató de que ante hechos cometidos en flagrancia⁹, la defensa renunciara a plazos. No obstante, se incorporó una norma según la cual se creaba un

-
- 4 Mediante voto número 1066-2009, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia analizó y avaló el procedimiento de flagrancia. A la fecha de elaboración de este ensayo, el voto integral no podía ser consultado por lo que se ignora si alude al diseño legal o al administrativo. En todo caso, ambos recibieron su aporte de los titulares de ese órgano, lo que hace cuestionable el pronunciamiento jurisdiccional.
 - 5 La Sala Constitucional, mediante el voto número 11099-2009, declaró que no resulta inconstitucional el citado procedimiento de cara a los principios de imparcialidad y derecho al recurso, sin que se abordaran otros temas.
 - 6 Artículo XV en que se aprueba el Reglamento de organización y competencias de los funcionarios penales de San José a cargo del trámite de delitos y contravenciones y flagrancia; el Reglamento y protocolos de actuación (delitos en flagrancia) y las Reglas de procedimiento a seguir en el trámite de las contravenciones en flagrancia. En esa oportunidad se dijo que “[...] los cuatro documentos ha sido conocidos y discutidos en la Sala y son entonces una propuesta que hemos visto en ese seno en primer lugar” reconocimiento que implicaría que, ante el cuestionamiento jurisdiccional de sus disposiciones, sus autores deban inhibirse de conocer el alegato, pues es previsible lo que resolverían. Igual cabría decir respecto a la actuación del magistrado Mora quien indicó: “[...] a mí me parece que no existe ningún inconveniente legal para eso”. refiriéndose al traslado de competencias territoriales a Goicoechea y a la propuesta general. Participaron en la sesión los siguientes magistrados/as: Mora; Rivas, Solís, León, González, Escoto, Aguirre, Ramírez, Chaves, Arroyo, Pereira, Chinchilla, Calzada, Vargas, Armijo, Vega, Varela, Jinesta, Camacho, Bogantes y González Quiroga. No consta la votación o que alguno se abstuviera.
 - 7 Artículo XV. Participaron en la sesión los siguientes magistrados/as: Mora, Rivas, Solís, Escoto, González, Aguirre, Villanueva, Varela, Vega, Ramírez, Chaves, Arroyo, Pereira, Chinchilla, Armijo, Cruz, Jinesta, Bresciani y Bogantes. Se reconoce allí que la Sala Tercera redactó un texto base –que sufrió modificaciones en la Asamblea Legislativa– referente al juzgamiento de los delitos cometidos en flagrancia.
 - 8 El “Plan Piloto”, por definición, es una prueba sujeta a ensayo y error en que se selecciona, al azar, un determinado lugar para implementar una medida y luego medir resultados. Es cuestionable dicho plan de cara al principio constitucional de igualdad ante la ley, así como al hecho de que se ‘experimente’ procesalmente, lo que puede tener consecuencias jurídicas para las partes.
 - 9 Las únicas referencias a la flagrancia están en los artículos 235 inciso a), 236 y 393 del Código Procesal Penal y aluden a la aprehensión o detención.

tribunal de flagrancia en el Segundo Circuito Judicial de San José para atender todos los procesos de esa naturaleza que se presentaran tanto en ese circuito como en el primero y tercero. Además, trabajaría por turnos, las veinticuatro horas del día.

El punto discutible de ello estaba dado, porque, por norma administrativa, se estaba modificando la competencia territorial, fijada legalmente para los casos sucedidos en el Primer y Tercer Circuito Judicial de San José, lo que, a mi juicio, representa una violación al principio de juez (jueza) legal o natural¹⁰.

Hay que tener presente que los artículos 35 y 39 de la Carta Magna aluden a que el juzgamiento penal de una persona solo puede hacerse por “autoridad competente” y esta es aquella que, territorial, por materia, por grado, funcional u objetivamente, debe decidir el caso, y cuyas reglas deben fijarse por ley con antelación a ese asunto en particular¹¹.

Aunque los alcances de aquel principio tradicionalmente se han circunscrito a la prohibición de ser sentenciado por una persona juzgadora específicamente designada para el conflicto o por un órgano ajeno al Poder Judicial (tribunales de excepción o ad hoc), luego se amplió su contenido a la necesaria preexistencia legal del órgano jurisdiccional respecto a la comisión del hecho (prohibición de tribunales ex post facto). Esta ampliación se presenta a través de instrumentos internacionales sobre derechos humanos que, en cuanto amplíen el catálogo de derechos humanos, tienen rango igual o superior a la Constitución Política¹².

La necesidad de que los tribunales sean creados por ley previa a la comisión de los hechos ha sido aceptada, en forma prácticamente unánime, por la doctrina más autorizada¹³. Según

10 Así lo indiqué en el voto salvado emitido en el Tribunal de Casación Penal de San José, voto número 2009-294.

11 En el mismo sentido los votos de la Sala Constitucional números 2000-10822, 1739-92, 1422-95, 6701-93, 6992-96, 8738-97 y 2491-96, entre otros, así como también los numerales 8,1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley [...]”; el destacado no es del original) y XXVI.II de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre (sic) [...] Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas [...]” (el destacado no es del original).

12 Así lo disponen los artículos 7 de la Constitución Política, 73 inciso d) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y los votos número 3435-92, 2313-95, 1319-97, 4356-98 y 6830-98 de la Sala Constitucional.

13 A modo de ejemplo: “Una buena manera de asegurar la independencia e imparcialidad del tribunal es evitar que él sea creado o elegido, por alguna autoridad, una vez que el caso sucede en la realidad (después del caso) [...] Nuestra Constitución [...] se preocupa por establecer la vigencia temporal de las leyes que atribuyen competencia a los tribunales [...] nuestra constitución ha intentado asegurar, como garantía para el justiciable, la imposibilidad de manipular el tribunal competente para el enjuiciamiento [...] impidiendo que juzguen tribunales creados (continúa en la siguiente página)

con posterioridad al hecho objeto del proceso [...] La regla es clara: en principio, determina, positivamente, que el único tribunal competente para el juicio es aquél designado como tal por la ley vigente al momento en que se comete el hecho punible objeto del procedimiento; en segundo término, cancela el efecto retroactivo que se pudiera pensar o que el legislador pudiera atribuirle a una ley de competencia. Las leyes de competencia, entonces, sólo rigen para el futuro [...] esto es, para hechos punibles cometidos con posterioridad a que entren en vigor, y no pueden ser aplicadas para determinar la competencia de los tribunales respecto de hechos sucedidos con anterioridad a su vigencia, ni por supuesto, a causas pendientes, otorgándoles efecto retroactivo” MAIER, Julio. *Derecho procesal penal argentino*, tomo I, volumen B, Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 1989, p. 487-489, 491-492; –“El principio garantiza que nadie será juzgado (en ninguna instancia) por organismos jurisdiccionales creados [...] después de que la presunta infracción haya sido cometida [...] Hace también a la esencia del principio de juez natural que el caso permanezca bajo su órbita, que no sea sustraído de su competencia por una ley posterior” CAFFERATA NORES, José. *Proceso penal y derechos humanos*. Centro de Estudios legales y sociales, editores del Puerto, 2000, p. 95 (el destacado no es del original); –“Este derecho fundamental procesal debe proteger al inculcado ante una manipulación de la competencia judicial [...] La prohibición no se dirige sólo a la Administración, sino también al legislador [...]” TIEDEMANN, Klaus. “El derecho procesal penal”. En: AAVV. *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*. Ariel, Barcelona, 1989, p. 164; –“Un tribunal de excepción, sin embargo, podría ser creado en la órbita del Poder Judicial [...] Ello sucedería si se sustrae la causa del conocimiento del tribunal competente según la ley vigente a la época del hecho punible que se imputa, para atribuírsela a otro tribunal elegido o creado por una nueva ley” MAIER, Julio. *Derecho procesal penal. Tomo I: Fundamentos*. Editores del Puerto, 2ª edición, Buenos Aires, 1996, pp. 767 y 769; –“El juez natural es el que debe conocer de un proceso por virtud de normas objetivas, de rango constitucional o legal, previamente establecidas. Este principio se contrapone y tiende a descalificar la práctica que consiste en escoger el juez ‘ex post facto’: después de ocurridos los hechos conflictivos y en vista de ellos, puesto que esa escogencia (de parte de quien tendría la autoridad para hacerla) buscaría predeterminar un cierto resultado, posiblemente favorable a una de las partes en conflicto, o en todo caso grato al jerarca” ANTILLÓN MONTEALEGRE, Walter. *Teoría del proceso jurisdiccional*. Investigaciones Jurídicas, San José, 1ª edición, 2001, p. 404. También se han referido a él otros órganos constitucionales mundiales: –“El derecho constitucional al juez ordinario predeterminado por la ley exige, en primer lugar, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta lo haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación y proceso judicial, y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional”. Tribunal constitucional español, sentencia 47/1983. En igual sentido y del mismo órgano los votos 102/2001, 170/2002 y, por supuesto, la misma Sala Constitucional costarricense: –“[...] el derecho a un Juez competente hace alusión inmediata al concepto de “juez legal” o “juez regular” que no solamente contemplan los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, sino también es una exigencia que deriva del artículo treinta y cinco de nuestra Constitución Política. Es, como ha tenido oportunidad de señalarlo muy reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala, especialmente a partir de la sentencia número 1739-92, un elemento que integra el debido proceso, y hace alusión al derecho de toda persona a que lo juzgue un juez previamente establecido por ley, con una clara competencia, en el sentido que la doctrina procesal acepta pacíficamente. El principio (derecho) de juez legal o regular, evidentemente excluye por ilegítima, la designación de tribunales ad hoc, especiales o ex post facto” Sala Constitucional, voto número 2002-06223 (el destacado no es del original); –“[...] la garantía constitucional al juez natural [...] forma parte de la garantía genérica al debido proceso [...] significa la existencia de órganos judiciales preestablecidos en forma permanente por la ley. Uno de los contenidos del principio “juez natural” es como juez legal, es decir, como “órgano” creado por ley conforme a la competencia que para ello la Constitución asigna al Congreso. El derecho a la jurisdicción consiste, precisamente, como principio, en tener posibilidad de acceso a uno de esos jueces. Según lo establece el artículo 8,1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, el derecho a la jurisdicción y la garantía de los jueces naturales, es el derecho que toda persona tiene a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley. Lo que se tutela a través del principio del juez natural es la prohibición de crear organismos ad-hoc, o ex post facto (continúa en la siguiente página)

ese principio, entonces, una vez adquirida la competencia para conocer de un proceso, esta solo se pierde por causas preestablecidas en la ley que buscan tutelar otros principios de rango constitucional (como el de imparcialidad, por ejemplo).

Por otra parte, el artículo 47 del Código Procesal Penal (ley de la República que no ha sido derogada ni declarada, en tal extremo, inconstitucional y que, en consecuencia, se encuentra vigente) dispone:

Para determinar la competencia territorial de los tribunales, se observarán las siguientes reglas: a) El tribunal tendrá competencia sobre los hechos punibles cometidos dentro de la circunscripción judicial donde ejerza sus funciones [...].

Si los hechos fueron cometidos en San José centro o en el Tercer Circuito Judicial, el órgano competente, creado por ley con antelación a esos hechos para conocer del debate, era el Tribunal de Juicio de San José o, a lo sumo, el Tribunal de Juicio del Tercer Circuito Judicial (Pavas) y no el “Tribunal Penal de Flagrancias de San José, Goicoechea” que fue el órgano al que, en definitiva, se trasladó la competencia de tales causas.

El Tribunal Penal de Flagrancias no estaba previsto, normativamente a nivel legislativo, hasta el 22 de abril de 2009, fecha en que entró en vigencia la “Ley de protección a víctimas, testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal, reformas y adición al Código Procesal Penal y al Código Penal”¹⁴. Antes de eso, su funcionamiento se basó en criterios adoptados por los órganos administrativos del Poder Judicial que tienen como sustento normativo los siguientes numerales de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

Artículo 46.- Los acuerdos y las disposiciones de la Corte relativas al establecimiento y la definición de una circunscripción territorial, o los que conciernan al recargo de competencias, el traslado y la conversión de despachos judiciales y de cargos o puestos, deberán fundamentarse en la ineludible eficiencia del servicio, la especialización de los órganos judiciales y de los tribunales jurisdiccionales y la equidad necesaria de las cargas de trabajo.

(después del hecho), o especiales, para juzgar determinados hechos o a determinadas personas, sin la generalidad y permanencia propias de los tribunales judiciales. En definitiva lo que se pretende es asegurar la independencia e imparcialidad del tribunal evitando que sea creado o elegido, por alguna autoridad, una vez que el caso sucede en la realidad [...]” Sala Constitucional, voto número 6701-93 (el destacado no es del original); ¬“[...] el principio de juez natural garantiza que toda persona tiene derecho a ser oída por un juez establecido de manera previa por la ley. Se trata de evitar que una persona sea juzgada por un tribunal creado después de los hechos supuestamente ilícitos”. Sala Constitucional, voto número 2004-12629 (el destacado no es del original).

14 Publicada en La Gaceta n.º 77 del 22 de abril de 2009.

En razón del volumen de trabajo y la obligada eficiencia del servicio público de la justicia, la Corte podrá nombrar más integrantes de los tribunales, en forma temporal o definitiva; también podrá abrir y cerrar -por esas mismas razones- nuevas oficinas y órganos adscritos a los tribunales, en cualquier lugar del país.

En los tribunales mixtos, la Corte podrá dividir funciones por materia, de manera que se especialicen los servicios de administración de justicia. Cuando las necesidades del servicio lo impongan, la Corte podrá dividir un tribunal mixto en tribunales especializados.

Cuando la carga de trabajo no amerite abrir otro órgano jurisdiccional ni judicial, la Corte o el Consejo podrán asignar jueces y otros servidores itinerantes, para que se trasladen a los lugares donde deba brindarse el servicio con mayor eficiencia”.

Artículo 59.- Corresponde a la Corte Suprema de Justicia: [...] 16.- Refundir dos o más despachos judiciales en uno solo o dividirlos, trasladarlos de sede, fijarles la respectiva competencia territorial y por materia, tomando en consideración el mejor servicio público. También podrá asignarle competencia especializada a uno o varios despachos, para que conozcan de determinados asuntos, dentro de una misma materia, ocurridos en una o varias circunscripciones o en todo el territorio nacional.

No obstante, aunque efectivamente las normas permiten modificar competencias, ello solo puede hacerse –en primer lugar– para casos futuros y, en segundo lugar, con criterios de generalidad y no tomando ciertas consideraciones particulares (por ejemplo: tipo de delito, tipo de persona que lo comete, etc.), porque si se realizan tales individualizaciones, se estarían creando, por disposición administrativa, tribunales especiales.

Por otra parte, esas normas de la Ley Orgánica del Poder Judicial son generales y anteriores a la supracitada disposición, especial y posterior, contemplada en el Código Procesal Penal que, por ello, predominaría sobre aquellas. Así, tanto los actos de Corte Plena, de la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia como las normas supra indicadas presentarían, a mi juicio, visos de inconstitucionalidad¹⁵ por chocar contra un principio de rango superior como lo es el del juez o jueza legal o natural.

15 Cabe indicar que la Sala Constitucional mediante voto número 2009-11099 (Mora, Calzada, Armijo, Vargas, Jinesta, Cruz y Abdelnour) evacuó una consulta formulada por el Tribunal Penal de Flagrancia en que declaró la constitucionalidad de los artículos 426, 428 y 430 del Código Procesal Penal; pero refiriéndose al proceso diseñado legislativamente y no al administrativo anterior. Además, en dicho voto no se analizó el tema del juez legal o natural sino solo lo referente a la imparcialidad y el derecho al recurso. En todo caso, a mi juicio, el pronunciamiento de esa Sala sobre el tema debe hacerse con magistrados o magistradas que no integraran la Corte Plena en la sesión en que se discutió la creación de esos tribunales, pues ello podría generar no solo que se hubiera adelantado criterio, sino que al votarse administrativamente el acto, el mismo órgano que lo creó o avaló sea quien luego lo escrute.

B- El procedimiento de flagrancia creado legalmente

La introducción de disposiciones legales para el juzgamiento de este tipo de delitos implícitamente reconoce la insuficiencia de las normas administrativas anteriormente dictadas, sobre todo en atención al principio de juez (jueza) legal o natural¹⁶. La principal característica de este proceso especial es que se suprime la etapa intermedia, cuyas funciones son trasladadas a los jueces y las juezas de juicio; pero, en el intento, se manifiesta una serie de problemas de orden constitucional¹⁷. Algunos son propios de las normas; otros de la implementación que pueda hacerse de ellas. Se pasa revista a algunos de ellos:

b.1 El derecho de defensa

El artículo 425 del Código Procesal Penal establece un plazo (que impropriamente se denomina “término”)¹⁸ de veinticuatro horas para que la persona defensora prepare la defensa una vez que es nombrada. Ese lapso puede afectar el derecho de defensa de la persona encartada y así fue señalado cuando el tema se discutió en Corte Plena¹⁹. Se parte del gravísimo error conceptual de

- 16 El mismo voto número 2009-11099 de la Sala Constitucional, redactado por el magistrado Mora Mora señala, en el considerando III que la naturalidad, como característica de la jurisdicción alude a que, respecto del juez/a: “[...] su designación y la determinación de sus competencias sean anteriores a la comisión del hecho sometido a juicio” aunque no menciona la principal nota diferenciadora según la cual todo ello ha de ser dado por ley previa. Por su parte, el voto número 2009-869 del Tribunal de Casación Penal (Jorge Arce, Sandra Zúñiga y Alfredo Chirino) determinó que si bien superar los quince días hábiles por causas ajenas a la investigación (como, por ejemplo, la declaratoria de rebeldía) no implicaba la conversión del proceso de flagrancia en uno ordinario, dichas normas no podían aplicarse a hechos producidos antes de la vigencia de la ley. En sentido similar, del mismo órgano pero con diferentes integraciones, los votos número 2009-1005 y 2009-1024.
- 17 El proyecto se discutió en Corte Plena como consta en el acta número 33-08 en que, por doce votos (Mora, Rivas, González, Escoto, Aguirre, Villanueva, Varela, Vega, Chaves, Arroyo, Bresciani Quirós y Bogantes Rodríguez), se acogió el informe del magistrado Arroyo en que se puso de manifiesto algunos de los problemas que aquí se apuntan. Los magistrados Solís, Ramírez, Pereira y Chinchilla votaron en contra. Posteriormente, se volvió a discutir en el acta 02-2009 (artículos II y IV), ocasión en la cual muchos de los acuerdos adoptados antes fueron revertidos.
- 18 El derecho procesal penal costarricense es muy deficiente en cuanto al lenguaje técnico, lo que revela la formación de sus operadores. Para la teoría general del proceso hay una diferencia entre ambas denominaciones. Mientras plazo alude a un lapso, un tiempo en el que se puede hacer válidamente un acto ya sea en el día inicial, en el intermedio o en el final (por ejemplo el período de interposición de un recurso), el término apunta a una fecha fija, fuera de la cual el acto procesal no puede efectuarse válidamente (por ejemplo, un señalamiento a una audiencia). Cfr.: entre otros muchos VÉSCOVI, Enrique. Teoría general del proceso. Temis, Bogotá, 1984, p. 284.
- 19 Cfr.: sesión 02-2009. En esa ocasión se reconoció que se había mejorado la redacción de la propuesta pues la anterior daba solo dos horas para el nombramiento del defensor y dos para la preparación de la defensa. Sin embargo, se indicó, en el informe redactado por Arroyo, que el plazo fijo de 24 horas “[...] nos sigue pareciendo excesivamente rígido pues no todos los casos que podrían tratarse mediante la flagrancia son sencillos. La fórmula de ‘dar un plazo razonable que no pueda exceder las 48 horas’ nos parece mucho más adecuada”. No obstante, los magistrados Rivas, Solís, González, Escoto, Chinchilla, París Rodríguez, Carro Hernández y Bogantes Rodríguez mantuvieron la norma en tanto que Chaves, Aguirre, Varela, Arroyo y Pereira emitieron su voto por aprobar esa propuesta. Villanueva, Calzada, Vargas, Araya y Abdelnour se abstuvieron de votar. En la sesión 33-08, sin embargo, el magistrado Mora señaló, en torno a las causales directas de prisión preventiva por tipo de delitos: “Me parece que sería conveniente que por lo menos se señalara a la Asamblea Legislativa que medite lo que está haciendo, porque eventualmente pueden encontrarse roces de constitucionalidad en esos nuevos procedimientos”.

creer que en materia de flagrancia “no hay nada que investigar”, olvidando que, conforme con el artículo 236 del Código Procesal Penal, es flagrancia tanto que la persona autora del hecho haya sido sorprendida en el momento de cometerlo, inmediatamente después o sea detenida mientras es perseguida, como el caso de que se le encuentren objetos o que presente rastros que hagan presumir, vehementemente, que acaba de participar en el hecho punible.

Pensemos, por ejemplo, en el siguiente caso: hay antecedentes de conflictos familiares entre un hombre y su compañera. A ella se le escucha pedir auxilio y, cuando los vecinos y las vecinas ingresan observan a su compañero, ensangrentado, arrodillado sobre ella con un arma de fuego en la mano. La mujer está tendida en el piso. El arma posee las huellas del hombre; la bala homicida proviene del arma; él está ensangrentado, la mujer está muerta y no hay más testigos. Es claro que una situación de esa naturaleza hace surgir la presunción, fehacientemente razonable, de que él es el autor del homicidio y que esa detención es en flagrancia.

Al margen del tiempo que requieren las pericias a las que se ha hecho alusión, él puede alegar –y puede ser cierto– que un sujeto se introdujo a la casa; le disparó a su compañera y, cuando él lo sorprendió, forcejearon y logró quitarle el arma, pero el sujeto huyó, quedando él con sangre en sus ropas cuando trataba de auxiliar a su compañera.

Dicha tesis requerirá mucho tiempo de investigación. Supeditar el tipo de proceso al tiempo de la investigación es relativizar el principio de juez o jueza legal o natural y manipular la competencia jurisdiccional. En todo caso, lo que conviene rescatar, por ahora, es que resulta posible que quien presente rastros del hecho no sea necesariamente su autor o autora y que, para poder ejercer adecuadamente la defensa, se requiera más plazo que el indicado.

Conociendo un caso similar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos indicó que:

La Corte observa que el artículo [...] establece que una vez producida la acusación fiscal se pondrán los autos en conocimiento de la defensa por espacio de doce horas. En el presente caso, la acusación fiscal fue presentada el 2 de enero de 1994 y los abogados pudieron consultar el expediente el 6 de los mismos mes y año por un lapso muy reducido. La sentencia se dictó al día siguiente. De acuerdo con la legislación aplicable, la defensa no pudo interrogar a los agentes [...] que participaron en la fase de investigación. 139. El numeral 8 de los Principios Básicos sobre la función de los Abogados relativo a las salvaguardias especiales en asuntos penales, que fija los estándares pertinentes para el ejercicio adecuado de la defensa en estos casos, establece que [a] toda persona arrestada, detenida, o presa, se le facilitará oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial. Estas consultas podrán ser vigiladas

visualmente por un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero no se escuchará la conversación 141. La Corte estima que, la restricción a la labor de los abogados defensores y la escasa posibilidad de presentación de pruebas de descargo han quedado demostradas en este caso. Efectivamente, los inculpados no tuvieron conocimiento oportuno y completo de los cargos que se les hacían; las condiciones en que actuaron los defensores fueron absolutamente inadecuadas para su eficaz desempeño y sólo tuvieron acceso al expediente el día anterior al de la emisión de la sentencia de primera instancia. En consecuencia, la presencia y actuación de los defensores fueron meramente formales. No se puede sostener que las víctimas contaron con una defensa adecuada. 142. Por todo lo expuesto, la Corte declara que el Estado violó el artículo 8.2.b y 8.2.c de la Convención²⁰.

b.2 Las causales de prisión preventiva

En el artículo 239 bis inciso a) del Código Procesal Penal, se prevé la prisión preventiva solo por el hecho de que se esté en presencia de un delito cometido en flagrancia, si estos son contra la vida, delitos sexuales, contra la propiedad y en delitos relacionados con el narcotráfico. El error contenido en dicha norma, al prescindir de criterios procesales para el dictado de la medida cautelar y atender solo al tipo de delito por el que se acusa a la persona, fue, sin embargo, avalado en Corte Plena²¹. La norma fue defendida bajo argumentos ajenos a los que, en realidad, subyacían en la discusión²², los cuales consistían en definir si era posible decretar prisión preventiva automática sin causales procesales.

-
- 20 Caso Castrillo Petruzzi contra Perú, aparte número 138 y ss. citado, incluso, en la primera ocasión en que se discutió el proyecto que estipulaba plazos más cortos que el actualmente previsto. Cfr.: Corte Plena, acta 33-08. No obstante, el argumento se desechó bajo el argumento efectista de que el caso de la CIDH se refería a asuntos políticos en tanto que en Costa Rica hablábamos de “cadenazos” como si solo ese tipo de delitos fueran susceptibles de conocerse a través de esta vía.
- 21 Cfr.: sesión 02-2009 en que votaron a favor de aprobar esa norma los magistrados Rivas, Solís, González, Escoto, Aguirre, Varela, Ramírez, Pereira, Chinchilla, París Rodríguez y Bogantes Rodríguez. Mientras tanto, Mora, Chaves, Arroyo y Carro Hernández, emitieron su voto por aprobar la redacción propuesta en su informe por el magistrado Arroyo que reconducía el tema a las causales procesales. Villanueva y Armijo se abstuvieron de votar.
- 22 Así lo evidencia la intervención de Carlos Chinchilla Sandí en la sesión 02-2009 al indicar: “[...]resulta ser que todos los clásicos ya no dan soluciones, simplemente dejan a la libre a la sociedad lo que quiera hacer y ver cómo se comporta, o sea, llegan a un estado caótico, a un estado de anomia casi sin regulación, eso es lo que se pretende, bueno, esas ideas son las ideas que hemos combatido desde hace muchos años por lo menos otras personas y yo que es ese minimalismo dentro de la regulación en el campo del derecho penal, y ese evolucionismo galopante que viene detrás de ese minimalismo, eso es lo que asusta, porque no podemos pensar al día de hoy que un estado pueda mantenerse sin derecho. Importante es dentro de esto identificar algunos problemas, muchas de las partes que podríamos decir dieron solución a algunas soluciones resultaron importantes en aquel momento, hoy día la identificación de la criminalidad es distinta”. Sostener que esos casos ya estaban contemplados en la ley entonces vigente y, que para el dictado de la prisión preventiva, se requieren, además, peligros procesales, es respetar el principio de inocencia. Desconocerlo y asociar la cuestión al minimalismo, la anomia y el abolicionismo revela una (continúa en la siguiente página.)

Aunque tal proceder fue avalado por Corte Plena, desconoce lo que al respecto indicó la Sala Constitucional, en forma vinculante, en los votos números 688-91 y 193-92 donde declara la inconstitucionalidad de normas que establecen la prisión preventiva en atención solo al tipo de delitos (en esos casos de narcotráfico). Además, es abiertamente contrario a lo indicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez contra Ecuador²³, y Suárez Rosero contra Ecuador²⁴, por lo que es previsible una condena del Estado costarricense sobre esta base sustentada.

Aunque recientemente, la Sala Constitucional en el voto número 2009-9346 (Vargas, Mora, Armijo, Jinesta, Abdelnour, González y Salazar) señaló:

ignorancia supina o, peor aún, una manipulación emocional de quienes carecen de conocimientos especializados. Mientras tanto, el argumento del magistrado Arroyo –según el cual todos esos casos podían tratarse con la normativa entonces vigente que no se detiene en el tipo de delito pero sí en las causales procesales– no fue abordado. Según) Arroyo la norma, tal y como está “[...] propone la prisión preventiva en cierto tipo de delitos, cuando media flagrancia. Este tipo de excepciones rompe con el sistema general que contiene el Código Procesal penal vigente, de manera que puede estarse ante un quebranto del principio de igualdad frente a la ley y la presunción de inocencia que tutela el numeral 33 de la Constitución Política (ya que se estaría haciendo discriminación por tipo de delito, así como los artículos 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 26 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, todos referentes al mismo principio de igualdad)” criterio que comparto. Cabe destacar que Corte Plena, en un acta anterior sobre este tema, había aceptado –por mayoría– este criterio que se dejó, aquí, sin efecto sin mayor argumentación jurídica que fundamente las razones del cambio.

- 23 Se determinó allí: “93. En suma, no es suficiente que toda causa de privación o restricción al derecho a la libertad esté consagrada en la ley, sino que es necesario que esa ley y su aplicación respeten los requisitos que a continuación se detallan, a efectos de que dicha medida no sea arbitraria: i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea compatible con la Convención. Valga señalar que este Tribunal ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia; ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido; iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. Por esta razón el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a éste deba ser excepcional, y iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención”.
- 24 “77 [...] el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (art. 9.3). En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos”.

La norma transcrita adiciona algunas causales que hacen procedente el dictado de la medida cautelar de prisión preventiva, las cuales no son de aplicación automática sino que para ese efecto el juzgador tiene la potestad (véase que dice 'podrá ordenar') de hacerlo previa valoración y resolución fundada que [...] implicaba –entre otros– el análisis de la existencia de la flagrancia.

Lo cierto del caso es que dicho pronunciamiento es criticable, en tanto si bien la norma señala un ámbito de discrecionalidad solo lo circunscribe al tipo de delitos y no a los presupuestos procesales que, según lo referido, se requieren para la emisión de las medidas cautelares. Es decir, la discrecionalidad jurídica está dada por si hay, o no, flagrancia en el caso concreto, sin que la resolución constitucional aborde la cuestión de fondo que concierne a si basta el tipo de delito, aun en flagrancia, para decretar medidas cautelares.

b.3 La falta de apelación de la prisión preventiva

En la nueva legislación sobre flagrancia no se prevé el recurso de apelación contra la resolución que decreta la prisión preventiva. El tema fue ratificado, en su constitucionalidad, por el voto número 2009-11099 de la Sala Constitucional²⁵, ocasión en la que se evidencia el cambio de criterio de dicho órgano quien, anteriormente, había referido la necesidad de que todo acto administrativo con efectos propios (actos separables) tuviera derecho al recurso²⁶.

25 En donde se citan, como apoyo, los votos número 2003-4925, 2004-100040, 2008-8259 y 2009-10547, todos de la Sala Constitucional.

26 En el voto de la Sala Constitucional número 300-90 se indicó: “[...] si bien el derecho a recurrir de un fallo ante un tribunal superior, en general o para determinados supuestos, no se encuentra consagrado expresamente por ningún texto constitucional, sin embargo, los artículos 1° y 73 inc. d) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional y 48 de la propia Constitución reconocen, como parámetros de constitucionalidad, tanto las normas como los principios, y tanto de la Constitución misma como del Derecho Internacional vigente en Costa Rica, de manera que si de alguna de dichas fuentes cupiera deducir la existencia del derecho fundamental que se invoca, la disposición cuestionada, o su interpretación, serian, efectivamente, inconstitucionales en la medida en que lo nieguen o excluyan [...] Sin embargo, como se dijo, la misma Ley (arts. 1° y 2°) obliga también a considerar la cuestión desde el punto de vista de los principios, tanto constitucionales como del Derecho Internacional aplicables, situación en la que adquieren especial relevancia, tanto los valores y principios implícitos en la propia Constitución como los generales del derecho de los Derechos Humanos, con los criterios de interpretación recogidos por el artículo 29 de la Convención, criterios que, entre otras cosas, integran los derechos consagrados en el texto con cualesquiera otros reconocidos [...] Lo anterior incide particularmente en la correcta interpretación y aplicación de los principios del debido proceso, que tienen asiento en los artículos 39 de la Constitución, 8 y 25 de la Convención Americana [...] En efecto, un importante derivado del debido proceso es el derecho a que un tribunal superior examine o reexamine, por vía de recurso, la legalidad y razonabilidad de toda sentencia o resolución jurisdiccional que imponga a la persona un gravamen irreparable o de difícil reparación, al menos cuando ese gravamen incida sobre uno de sus derechos o libertades fundamentales sustanciales (de goce), como es la libertad personal [...] Tesis similar es la que prevalece hoy en el Derecho Público en general, el cual reconoce, de principio, el derecho (continúa en la siguiente página.)

En la práctica, el problema que se presenta es que, en los casos donde no hay flagrancia, el reglamento emitido por la Corte Suprema de Justicia con posterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley señala que el tribunal de flagrancia debe ser quien decida la situación jurídica de la persona encartada respecto a las medidas cautelares solicitadas²⁷, mientras la ley dispone que, en tales casos, la persona competente para decidir es el juez o la jueza penal²⁸.

Es evidente que la ley predomina sobre el reglamento, pero el conflicto de normas pretende neutralizar la afectación a los principios constitucionales, sin lograrlo. Por una parte, téngase en cuenta que por vía reglamentaria, se está modificando la competencia del juez o la jueza penal para conocer de la causa, lo que roza con el principio de juez o jueza legal o natural y, por la otra, que también se dispone, con una norma administrativa, que el criterio de una autoridad jurisdiccional vincula a otra, lo que afectaría el principio de independencia judicial.

Además, actuar como lo establece la ley implicaría que la persona detenida pueda pasar varios días (mientras se le nombra defensor o defensora y se le otorga el plazo a este o esta para

de impugnar los actos de procedimiento o preparatorios, normalmente irrecurribles, cuando tengan “efecto propio”; es decir, los que en Derecho Administrativo se conocen como “actos separables” en cuanto causan por sí mismos un gravamen más allá del procedimiento mismo en que se dictan, de manera que ese efecto no podría corregirse con la solución normal de tener que esperar para impugnarlos conjuntamente con el acto final que están llamados a preparar (V., p. e j., art., 163.2 Ley General de la Adm. Pública). Al nacer, pues, ese derecho a recurrir contra los actos separables, de un principio general de Derecho Público, ergo lo es del derecho de la Constitución, con el mismo rango que sus normas expresas (como lo reconoce el art. 7.1 de la misma Ley General) [...] En el caso de marras [...] le rechazaron su recurso de apelación y su apelación de hecho, precisamente estimándolos inadmisibles por no hallarse dentro de los previstos en el artículo [...] todo lo cual le ha significado, efectivamente, una grave limitación en sus derechos al debido proceso, rayana en la indefensión, al verse impedido de obtener que un tribunal superior revisara lo actuado, a su juicio erróneamente, por el inferior [...] Si a todo esto se añade el hecho de que el pago de dicha pensión provisional está garantizado mediante apremio corporal, es decir, mediante una privación de libertad con las mismas características y gravedad que una penal, sin serlo, se comprenderá por qué en estos supuestos el derecho a recurrir contra tales resoluciones resulta esencial y su ausencia produce la indefensión del demandado, con violación de los principios del debido proceso, implicados, como se dijo, entre otros, en los artículos 39 y 41 de la Constitución, 8 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica[...].” (El destacado es suplido). En sentido similar, los votos de la Sala Constitucional números 1704-90 y 4099-94 y CHINCHILLA CALDERÓN, Rosaura y GARCÍA AGUILAR, Rosaura. En los linderos del ius puniendi. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 2005, pp. 351-352 y 355.

27 Dispone la citada normativa emitida en la sesión de Corte Plena 14-2009: “3.4. Se valorará en primer lugar si la detención obedece a una de las hipótesis de flagrancia. De no ser así, la audiencia resolverá sólo sobre medidas cautelares y se ordenará el trámite ordinario del asunto; en estos casos el juez penal de la etapa preparatoria receptor quedará vinculado por lo resuelto y los recursos se formularán ante el Tribunal del Procedimiento Ordinario según corresponda”.

28 Artículo 430 párrafo segundo del Código Procesal Penal: “Cuando deba solicitarse por un plazo superior, así como en los casos donde el fiscal o el tribunal de juicio, considere que no corresponde aplicar el procedimiento expedito, por no estar ante hechos cometidos en flagrancia o al ser incompatible la investigación de los hechos, procederá la prisión preventiva, si existe mérito para ello, según las reglas establecidas en este Código. El juez penal será el encargado de resolver acerca de la solicitud dirigida por parte del fiscal”.

preparar la defensa) sin estar a la orden de una autoridad judicial competente, conforme se analizará luego, lo que implica que la detención sea ilegítima.

b.4 Sobrepasar 24 horas sin poner a la persona detenida a la orden del juez o la jueza competente

El artículo 423 del Código Procesal Penal señala que una vez detenida la persona sospechosa, se trasladará hasta el Ministerio Público. Conforme con el artículo 425 del mismo cuerpo normativo, el o la fiscal puede concederle hasta 24 horas para que nombre a un defensor o defensora de su confianza. Una vez nombrada dicha persona defensora, esta cuenta con 24 horas para que prepare su defensa, al tenor de esa misma norma. El o la fiscal traslada el caso al Tribunal de Flagrancia, ocasión en que se pueden decidir las medidas cautelares (artículo 427 del Código Procesal Penal) y se puede determinar si se está, o no, ante un caso de flagrancia. Ya sea que se acepte o no el proceso especial, habrán transcurrido, a lo menos, cuarenta y ocho horas desde la detención, sin que el juez o la jueza competente decida su situación, lo que a todas luces riñe con lo establecido en el artículo 37 de la Carta Magna²⁹.

Sin embargo, pese a la literalidad y claridad de la norma y a que ella no hace excepciones, ya la Sala Constitucional ha avalado que dicho lapso –en algunas ocasiones– se amplíe³⁰, por lo que es previsible que resuelva igual, máxime la presión socio-política que se encuentra detrás y que los textos fueran conocidos ya en Corte Plena.

b.5 Denegación de acceso a la justicia para la víctima

Si bien el artículo 432 del Código Procesal Penal posibilita que la víctima se constituya en actora civil o querellante, prevé plazos muy cortos para que haga tal apersonamiento, y los requisitos normales (que incluyen el patrocinio letrado) se mantienen. Ambos factores producen que, en la práctica, tales derechos sean nugatorios. Esa misma norma establece que “La acción civil no procederá en el procedimiento expedito, cuando existan terceros demandados civilmente y no se encuentren presentes”, lo que representa una verdadera denegación de justicia, porque la remisión que luego se hace a la vía civil no soluciona el quebranto al principio de igualdad que se

29 “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 tratare 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”. Nótese que si bien la norma constitucional exceptúa al “delincuente infraganti” del mandato escrito de juez/a necesario para la detención, sí exige para todos los supuestos (“en todo caso”) que la detención no se prolongue más allá de las veinticuatro horas sin ser puesto a la orden del juez/a.

30 Cfr.: votos número 728-01 y 308-01 en que se resuelve la situación jurídica de la persona acusada fuera de las veinticuatro horas, pero se declara sin lugar el hábeas corpus. No obstante, la Sala Constitucional en los votos número 1029-01 y 1070-01, entre otros muchos, había señalado la improrrogabilidad de dicho plazo.

produce. Es decir, este es el único caso la parte no tiene el derecho de elegir la vía que sí opera en todos los demás procesos, y la excepción no obedece a criterios sustentables jurídicamente.

Por último, en el párrafo segundo de ese artículo, se dispone, también contra lo que es usual en todos los procesos, que la demanda civil se acogerá en abstracto, lo que implica que la víctima deba recurrir a un largo proceso de ejecución de sentencia. Así, so pretexto de darles mayor protección a estas normas, en realidad, niegan derechos de la víctima y la cosifica como testigos para el Estado, lo que constituye un retroceso en la materia.

b.6 Juez o jueza legal o natural dependiendo de la hora de detención

En la sesión 14-2009 de Corte Plena se aprobó una reforma reglamentaria según la cual:

c.- 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. Estos mismos despachos en horario 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. [...] d.- 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.

Es decir, el juez o la jueza legal o natural ni siquiera depende de la materia (flagrancia), lo que ya habría sido bastante poroso, dada la dificultad de determinar cuándo se está en tales supuestos, sino de la hora de comisión del hecho o de aquella en que se detuvo a la persona acusada.

Esa práctica, sin respaldo jurídico de ninguna índole, atenta contra el principio de juez o jueza legal o natural, y relativiza otras garantías constitucionales como, inclusive, el derecho mismo al recurso, pues dependiendo del órgano competente, así será, también, la forma en que se computen los plazos para interponer el recurso de casación³¹ y la posibilidad que se tenga, o no, de recurrir la detención o las medidas cautelares adoptadas.

31 La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia indicó que en el proceso expedito para el juzgamiento de los delitos en flagrancia, el plazo para interponer un recurso de casación se computa en días naturales, pues como el recurso de casación se presenta ante el Tribunal de Flagrancia que trabaja todos los días del año, todos los días resultan hábiles. Cfr.: voto número 367 de las 10:58 hrs. del 25 de marzo de 2009. Ello representa, en la práctica, menos tiempo para la interposición del recurso y afectaciones a la seguridad jurídica por lo variable de los plazos dependiendo de la autoridad que conozca.

b.7 Imparcialidad de la judicatura

Este principio se ve afectado, desde mi perspectiva, no solo porque los jueces y las juezas que intervinieron en la discusión administrativa de las normas en Corte Plena sean algunos de los que deban conocer, jurisdiccionalmente, de los reclamos que haga surgir la ley, sino porque, además, hay una falta de definición legal en torno a la intervención de los cuatro jueces y juezas del Tribunal de Flagrancia.

Dependiendo de la forma en que cada grupo de jueces y juezas asuma la normativa, podrían generarse afectaciones al principio de imparcialidad, dado que podrían haber adelantado criterio o escuchado sobre la dinámica de los hechos al estar presentes en negociaciones (para reparaciones integrales, conciliación, suspensión a prueba o abreviados) o al haber dictado resoluciones sobre medidas cautelares. Por ello, es necesario que, empíricamente, cada integración intente no menoscabar dicho principio, evitando que quien ya conozca del caso lo vuelva a conocer. Así lo determinó la Sala Constitucional en el voto número 2009-11099 donde señaló:

[...] la Sala reconoce que el hecho de que sea la misma integración del tribunal la que realice la primera y segunda parte de la audiencia, podrá facilitar que en determinados supuestos, se vulnere el principio de imparcialidad. Ello hace necesario, que en protección a ese principio, se requiera la organización del Tribunal de Flagrancia, de manera que un juez realice la primera parte de la audiencia y sean otros miembros del Tribunal los que integren en la segunda parte, a fin de evitar cualquier posible contaminación, medida ésta de corte administrativo que bien podrá ser dispuesta, sin necesidad de norma legal que la imponga³².

Empero, en el voto referido, la Sala Constitucional no encontró que se afectaba el principio de imparcialidad con la valoración que el tribunal hace de si el caso es de flagrancia o no, sobre la admisión de la prueba o sobre la corrección de defectos formales. Discrepo de esa posición, pues me resulta claro que el juez o la jueza que resuelve esos extremos adelanta, de alguna forma, su criterio de fondo: aceptando que la persona detenida fue la sorprendida en la escena, con rastros del hecho, en plena persecución; que para acreditar el hecho acusado, se requiere más prueba que él mismo o la misma señala, que para poder acoger la acusación en cuanto al fondo, esta debe ser corregida en ciertos extremos, etc. Por ello, nada obsta para que, al margen del criterio constitucional, se extremen medidas para que quienes hagan esos pronunciamientos no sean quienes integren el tribunal de juicio.

32 En la circular de la Defensa Pública n.º 20-09, se recomendó velar especialmente por el cumplimiento de este principio.

El artículo 434 del Código Procesal Penal establece que la Corte definirá, mediante reglamento, la localización y horarios de los tribunales de flagrancia. No hay ámbito de discrecionalidad en cuanto a la entrada en vigencia de la ley que se fija desde la publicación. Sin embargo, contrario a esa norma, Corte Plena, en la sesión 14-09 (artículo XIX), estableció:

La Corte Suprema del Poder Judicial definirá los circuitos y los momentos a partir de los cuales se aplicará el procedimiento especial de flagrancias, antes de esta definición se continuará aplicando el procedimiento ordinario, fiscales, defensores, jueces penales y jueces de juicio mantendrán sus roles, según cada etapa procesal y la competencia para conocer sobre los hechos delictivos cometidos en cada circunscripción territorial³³.

Es altamente criticable dicha disposición, porque por norma administrativa prácticamente se deroga o se supedita el cumplimiento de la ley a la existencia de recursos económicos, cuando quienes legislan no lo previeron así. El reglamento es para establecer el horario y la localización de los tribunales de flagrancia, no para hacer inaplicable la normativa en buena parte del país.

Por otro lado, el artículo 422 del Código Procesal Penal es claro en indicar que la totalidad de lo actuado en este proceso, incluida la sentencia, es oral, lo que armoniza con la política institucional que, inclusive, ha sido defendida y aplicada, aun en sede constitucional, contra normas legales expresas en contrario, como son las establecidas en el Código Procesal Penal. Sin embargo, inexplicablemente, Corte Plena establece:

4.2. La sentencia se dictará oralmente. Caso de ser impugnada en casación, se agregará al acta de debate una transcripción fiel de los hechos probados y de la fundamentación intelectual del fallo (el “por tanto” ya constaría en el acta original).

Esa previsión, que ciertamente facilita el trabajo del órgano revisor del hecho (en su mayoría delitos contra la propiedad), no se ampara en ningún principio jurídico o norma alguna, pues entre los requisitos legales señalados para el acta de debate, no se encuentra ese (cfr.: artículo 370 del Código Procesal Penal). Tampoco puede pensarse que esté en función de las personas usuarias, desde que solo aplica a las sentencias condenatorias en que se interponga recurso; es decir, no es para todas las sentencias, ni siquiera para todas las condenas. El reglamento, también en ese punto, desconoce la jerarquía de las fuentes del ordenamiento jurídico y modifica el texto legal.

33 Circular 50-09 publicada en el Boletín Judicial n.º 94 del 18 de mayo de 2009.

Aunque posteriormente Corte Plena lo modificó, mantuvo la obligación de transcribir los hechos probados, lo que sigue estando sin amparo legal³⁴.

b.9 Retroceso en el principio acusatorio

Pese al vaivén jurisprudencial que, en sede constitucional, ha tenido el principio acusatorio³⁵, el proceso penal costarricense, hasta antes de la aprobación de esta ley, parecía haberse decantado por asignarle al juez o a la jueza la función de juzgar, y al Ministerio Público, la de acusar, ofrecer prueba y asumir la carga por las deficiencias en ambas funciones. No obstante, el párrafo segundo del artículo 428 del Código Procesal Penal faculta, ahora, al juez y a la jueza a que “verifique que la acusación sea precisa, clara y circunstanciada y que el hecho sea típico” y que, si no lo hace, le prevenga al o a la fiscal la corrección, con lo que asume una posición en favor de una parte, generando un desequilibrio procesal. La misma disposición faculta a que sea el juez o la jueza quien califique la prueba. Aplicar así la norma implicaría una avanzada importante del sistema inquisitivo.

Aunque la Sala Constitucional no lo determinó así³⁶, los razonamientos son muy endeble, porque usa argumentos circulares y analiza la constitucionalidad de esa disposición no frente a las normas y principios constitucionales, como era lo obvio, sino a partir de las posibilidades que presenta el Código Procesal Penal, lo que es ajeno a la función de dicho órgano e implica confundir legalidad con constitucionalidad³⁷. Por ello, lo recomendable es que, si se llegan a ejercer esas potestades legales, quien las asuma no debe integrar el tribunal decisor de la causa en juicio.

34 Se hizo la modificación en la sesión de Corte Plena número 31-09 celebrada el 7 de septiembre de 2009, artículo VII. Allí se reformó el artículo 4.2 del Planteamiento estratégico de organización y ejecución del procedimiento especial para flagrancias para indicar que, en lo referente a las sentencias orales, había que estarse a lo preceptuado en el Protocolo de actuaciones para el desempeño de los tribunales de juicio en materia penal, aprobado por Corte Plena en la sesión 28-09 celebrada el 10 de agosto, artículo V. En este último documento, artículo 9, se prevé la constancia de los hechos tenidos por probados, o que no es un requisito del acta de debate, conforme al artículo 370 del Código Procesal Penal.

35 La Sala Constitucional ha indicado, mediante jurisprudencia vinculante (artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional) tanto que el principio acusatorio integra el debido proceso como que no lo integra, a efectos de determinar si proceden ciertas actuaciones oficiosas del juez/a (ver, entre otros, los votos número 4833-99, 5432-99, en tanto dan potestades oficiosas a los juzgadores/as y los votos número 2550-2005 y 3568-2005 que limitan al juez/a a lo pedido por el ente fiscal).

36 Voto número 2009-11099 de la Sala Constitucional.

37 Indicó la Sala Constitucional en el voto n.º 2009-11099: “No estima la Sala que el control de legalidad que ejerce el juez al verificar que los elementos de la acusación se encuentren completos y claros, afecte o vulnere su deber de objetividad e imparcialidad. El artículo 15 del Código Procesal penal dispone [...] Le corresponde al juez o tribunal ser un contralor del cumplimiento del principio de legalidad [...] lo que él debe es señalar el defecto, pero no le corresponde corregirlo, esa es función del fiscal, en consecuencia su imparcialidad en relación al caso no se puede ver afectada por esa exigencia legal”. Nótese que no se dijo nunca por qué no se afectaba la objetividad (continúa en la siguiente página.)

Corolario

El derecho penal y procesal penal es el barómetro de una sociedad. La contestación que se les dé a las preguntas ¿qué conductas se reprimen?, ¿siguiendo cuáles procedimientos? y ¿cómo se castiga el delito en cada lugar? nos da oportunidad de medir, de manera bastante aproximada, el nivel cultural, socioeconómico y político que impera en cada latitud. Pero la respuesta está dada no solo por lo que las preguntas evidencian, sino también, por lo que esconden.

El juzgamiento expedito o diferenciado por tipo de delito y atendiendo a las circunstancias en que estos suceden, en flagrancia o no, es una exigencia constitucional que dimana de la justicia pronta; pero nunca puede conducir a neutralizar lo cumplido de la justicia o a emitir serios cuestionamientos de lo que ella puede ser, sobre todo cuando se hace en función de las presiones de sectores políticos, de prensa o de la opinión pública.

El tratamiento que, administrativa y legalmente, ha recibido el juzgamiento de los delitos cometidos en flagrancia implica, desde mi perspectiva, importantes retrocesos del Estado Democrático de Derecho, y puede implicar responsabilidad internacional para el Estado costarricense.

Todo ello conduce a una crisis de legalidad que se manifiesta en una doble vertiente: por un lado, mediante la emisión de leyes que, como la comentada, minimizan garantías procesales, cuya conquista ha implicado un difícil proceso histórico y, por la otra, en ver a la ley –aún la surgida en tales condiciones– como un obstáculo para el cambio que, entonces, puede modificarse aun mediante disposiciones de rango inferior.

Si a ello se suma que en la Costa Rica actual se confunde fácilmente la función de la persona juzgadora –ordinaria o constitucional– con la de quien legislada, y que la jurisprudencia actual de la Sala Constitucional evidencia una importante retirada respecto a la protección de derechos fundamentales, el panorama resultante es realmente desalentador y nos convoca a una profunda reflexión; si la crisis económica produce recesión, ¿estaremos frente a una recesión democrática producto de la crisis de legalidad que parece que enfrentamos?

Aunque los criterios de autoridad se impongan, quedará, para la Historia, determinar si nos acomodamos al estado de cosas imperantes o si, por el contrario, contribuimos a denunciarlas.

con tal proceder. ¿Se compromete la imparcialidad si quien juzga le dice a un o una fiscal que acuse a alguien por un hecho, aunque no sea el juez o la jueza quien haga esa acusación y ese mismo juez entra a valorar el caso? Parece evidente que sí. Valga añadir que el citado voto fue redactado por el magistrado Mora Mora quien participó ampliamente en todas las sesiones de Corte Plena en que se discutió el tema de la flagrancia.

Por ello quiero cerrar estas áridas letras jurídicas, dándole espacio al poeta que indicó:

La primera noche ellos se acercan y cogen una flor de nuestro jardín, y no decimos nada.
La segunda noche ya no se esconden
pisan las flores, matan nuestro perro y no decimos nada.
Hasta que un día el más frágil de ellos entra sólo en nuestra casa, nos roba la luna,
y conociendo nuestro miedo nos arranca la voz de la garganta.
Y porque no dijimos nada ya no podemos decir nada³⁸.

Bibliografía

Actas de Corte Plena números 28-08; 33-08; 02-2009; 14-09 y 31-09.

Circular de la Defensa Pública número 20-09.

Llobet Rodríguez, Javier. Proceso penal comentado. San José, Editorial Jurídica Continental, 4ª edición, 2009.

Sala Constitucional, votos números 2009-11099; 2009-9346; 300-90; 1704-90; 688-91; 193-92.

Sala Tercera, votos número 1066-2009 y 2009-367.

Tribunal de Casación Penal de San José, votos número 2009-294, 2009-869, 2009-1005 y 2009-1024.

Votos de la CIDH en los casos: Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador; Suárez Rosero vs. Ecuador y Castrillo Petruzzi vs. Perú.

38 Vladimir MAIAKOVSKI (1893-1930). Otra versión atribuida a dicho poeta indica: "Por protestar las injusticias, vinieron por mí//por defender mis principios, vinieron por mí//por ver la vida de manera distinta, vinieron por mí//por proteger lo más querido, vinieron por mí//por no ser su cómplice, vinieron por mí//la democracia, la libertad y la justicia no se vieron vulneradas porque vinieron por mí//lo fueron porque nadie dijo nada".

Protección de testigos y debido proceso

Ronald Salazar Murillo

Sumario: Introducción. Planteamiento del problema. I.- Fundamento de la regulación. a.- Posición de la víctima en el proceso penal. b.- Aumento de la violencia contra víctimas y testigos. c.- Críticas y cuestionamientos a la ley. II.- Aspectos generales de la ley. a.- Objeto de la ley. b.- Principios. c.- Sujetos protegidos. III.- Clases de protección. a.- Procesal. 1.- Protección de características físicas. 2.- Protección de datos personales. 3.- Necesidad de orden del juez o de la jueza. 4.- Recursos. 5.- Anticipo jurisdiccional obligatorio. b.- Extraprocesal. 1.- Resolución. 2.- Recursos. c.- Plazo de la protección y levantamiento de medidas. IV.- Protección de testigos y debido proceso. a.- Justicia sin rostro y testigos protegidos. b.- El derecho a la prueba en los instrumentos de derechos humanos. c.- Antecedentes en el sistema norteamericano. d.- Testigos ocultos y testigos anónimos en el modelo español. e.- Tribunales internacionales de derechos humanos. 1.- Corte Europea de Derechos Humanos. 2.- La Corte Interamericana de derechos humanos. 3.- Otros tribunales internacionales. V.- Garantías del debido proceso en el modelo costarricense. a.- Regulación del juicio. b.- Debido proceso y jurisprudencia constitucional. 1.- Oralidad e inmediación de la prueba. 2.- Prueba y derecho de defensa. Conclusiones.

Resumen

La Ley de Protección de Víctimas y Testigos reformó en forma importante el Código Procesal Penal, permitiendo resguardar la identidad física y nominal de los y las testigos en el proceso, tanto en las fases preparatoria e intermedia, como en la de juicio, para garantizar la integridad física y psíquica de las víctimas. Esta reforma tiene importante incidencia respecto de las garantías de la prueba en el procedimiento, primero porque restringe el acceso a la persona declarante, lo cual modifica el concepto de inmediación en el juicio, y segundo, porque les restringe a la persona imputada y a la defensa, el acceso y conocimiento de la prueba de cargo. El gran tema de fondo es cómo equilibrar el derecho de la víctima o de los o las testigos a recibir una protección de su integridad cuando acude al proceso, respecto del derecho de las partes a conocer la prueba. La tensión entre ambos derechos domina la discusión del tema, y en los términos que la jurisprudencia constitucional lo ha considerado, no es posible negar a las partes el conocimiento de la prueba de cargo.

Introducción

Mediante la Ley N.º 8720 del 4 de marzo de 2009, se reformó en forma importante el Código Procesal Penal, para incluir –entre otros aspectos– la protección de testigos, víctimas y otros sujetos procesales.

El alejamiento de las víctimas del proceso penal tiene graves consecuencias para el Estado de derecho, pues el sistema penal no puede llegar hasta las personas autoras si no existe la colaboración de las víctimas o testigos, por lo que se impone como deber del Estado, procurar la seguridad y el apoyo de las personas colaboradoras, para descubrir y sancionar los hechos delictivos y, por otro lado, asegurarle a la persona imputada un proceso con todas las garantías.

En este artículo, pretendemos analizar los alcances de la ley y las modificaciones que implican para el procedimiento penal. Dejaremos una visión de la forma en que se ha tratado el tema en la jurisprudencia internacional, y trataremos de examinar, si la aplicación de la ley puede tener problemas de constitucionalidad por vulnerar el debido proceso.

Planteamiento del problema

El diseño de la justicia penal ha impuesto a los funcionarios y las funcionarias del sistema, a los peritos y las peritas y a los y las testigos el deber legal de presentarse, si son citados o citadas por la autoridad para aceptar un cargo o declarar la verdad, lo cual puede hacerse cumplir con la fuerza si es necesario, aun cuando estas personas puedan sufrir efectos no deseados e incómodos.

Dentro de las obligaciones de la Administración de Justicia, se encuentra la obligación de “juzgar” (eficacia en la persecución penal), cuidar las garantías judiciales y el acceso a la justicia a las víctimas, para lo cual debe proteger a todas aquellas personas que colaboren y participen en el trámite de casos. Moreno Catena señala que al colocar a estas personas en una “insostenible situación de riesgo”, el Estado está en la obligación de sofocar dicha amenaza o disminuir el riesgo hasta límites soportables para quienes lo sufren.

Por tanto, desde la perspectiva de la plena y efectiva vigencia de los derechos humanos, la debilidad legal e institucional obstaculiza la eficacia de la justicia al permitir que muchos casos no se resuelvan gracias a la intimidación. Pero también esta debilidad es una forma de “revictimizar” y, en otros casos, de ampliar la victimización hacia otras personas como los jueces, las juezas, los y las fiscales, abogados, abogadas, defensores y defensoras, entre otros.

En consecuencia, poder contar con un programa efectivo de protección es una estrategia de prevención de la victimización, lo cual debemos verificar en la realidad práctica de cada caso que se tramita en las instituciones públicas, cuando estas colocan a cada sujeto procesal en una situación donde sus garantías básicas sean respetadas. (Moreno Catena).

En la nueva regulación, se establecen modalidades de protección de víctimas, las cuales implican restringir la identidad física o los datos de la persona que declara, lo cual tiene incidencia directa en el debido proceso, al restringir el derecho de la persona acusada de conocer la prueba de cargo, por lo que el dilema legal es hacer compatible el derecho a un proceso con todas las garantías, con la tutela de derechos fundamentales inherentes a todas las partes, a los actores y actoras en un proceso.

Así como la persona imputada tiene derecho a interrogar a los y las testigos en su contra, en la práctica, garantizarle este derecho puede generar una “aparente” colisión con otros derechos –a cuya tutela está igualmente obligado el Estado– tales como: la vida, la integridad física, la libertad y la seguridad de las demás personas intervinientes.

En realidad, este choque no implica que no pueda hacerse nada ante su aparición, ya que la lógica y la misma justicia indican que el derecho a las garantías judiciales y el debido proceso que tiene la persona imputada no pueden estar por encima del derecho a la vida de la víctima, testigo, perito o perita; por lo que se requiere una modalidad que equilibre los derechos de las víctimas con los derechos de la persona imputada lo cual pretendemos definir al término de este artículo.

I.- Fundamento de la regulación

Existen varias razones que se esgrimen para el establecimiento de la protección de testigos; una de ellas es la culminación del desarrollo de la victimología como corriente de pensamiento que protege a la persona afectada con el delito, como el crecimiento de la delincuencia, y sobre todo, el nivel de violencia contra las víctimas.

a.- Posición de la víctima en el proceso penal

La tutela o la protección de las víctimas en el proceso penal surge como parte de una corriente doctrinaria denominada victimología, la cual tiene sus orígenes en la década de 1970-1980, con la intención de restaurar el papel fundamental de las personas perjudicadas con el delito y darles la atención y protección necesaria cuando acuden a la justicia.

No obstante, el Código Procesal Penal de 1998 le otorga una gran participación a la víctima en el proceso, como el derecho a la información, a acusar directamente, a exigir la reparación, a recurrir y a determinar en algunos casos, si se llega a un acuerdo alternativo, en fin, hasta la disposición de la acción penal. Sin embargo, no se contempla en dicha normativa el deber del Estado de darles protección debida a las víctimas, de manera que la reforma viene a completar el marco jurídico de las víctimas en el proceso.

Pero la norma estudiada no solo reconoce el deber del Estado de brindar esa seguridad, sino crea un derecho subjetivo de la víctima a obtener esa protección, así establecida en el artículo 71 del Código Procesal Penal.

b.- Aumento de la violencia contra víctimas y testigos

Mucho se habla acerca del crecimiento de la delincuencia, tema del cual no se han hecho estudios serios ni profundos para su determinación, y por ello, se acusa a los medios de magnificar su dimensión. No obstante, hay una realidad palpable que no es posible ignorar y, aunque no se pueda cuantificar con exactitud, en el país ha aumentado la violencia con que se cometen ciertos delitos. Esto va aparejado al crecimiento de delitos de delincuencia organizada, tales como: tráfico de drogas, robo de vehículos, asaltos bancarios y de negocios entre otros.

Otra realidad que no escapa de mención es que en múltiples casos las víctimas no se acercan a la sede judicial, por temores fundados de recibir represalias de las personas imputadas o sus parientes, lo cual compagina con la imposibilidad del Estado de brindar una suficiente protección. En otros casos, cuando los y las testigos ejercen su derecho a la justicia, sufren innumerables persecuciones que terminan por abandonar la pretensión y ausentarse del proceso. Muestra de esto es que a diario se presentan peticiones para recibir protección y apoyo a la Oficina de Atención de las Víctimas del Ministerio Público.

No faltan tampoco amenazas y otras acciones contra funcionarios y funcionarias del sistema de justicia, tales como, personas juzgadoras y fiscales.

Este panorama muestra que la ley es un instrumento necesario para poder equilibrar un tanto la intervención de la justicia y poder investigar cierto tipo de delincuencia. La aplicación nos podrá mostrar en el tiempo la conveniencia o no de tal instrumento.

c.- Críticas y cuestionamientos a la ley

En gran número de países, se ha regulado la protección de testigos a través de una ley especial. Costa Rica es de los últimos países que ha tenido que recurrir a este instrumento jurídico.

La doctrina, en general, ha sido bastante crítica respecto a este tipo de normativas, porque parte de premisas falsas sobre la existencia de un enemigo o una enemiga que se debe combatir, y que se presentan como el mecanismo para hacer eficiente el proceso penal y lograr la condena de las personas autoras, pasando por sobre las garantías penales. Desde esta perspectiva, es un expansionismo del derecho penal, dirigido a un supuesto combate de la criminalidad, cuya eficiencia se cuestiona.

Por otro lado, se reconoce que se trata de una forma de justicia secreta como en los tiempos de la Inquisición, lo cual puede degenerar en excesos por parte de las y los aplicadores. También resulta evidente para la crítica que se conculcan los derechos esenciales de defensa, al restringir a la persona imputada el acceso pleno a la prueba de cargo, pues el ocultamiento de los y las testigos limita en forma importante su actividad.

II.- Aspectos generales de la ley

En este apartado, vamos a examinar el contenido de la ley y las condiciones formales y materiales que deben concurrir para su aplicación. La reforma del artículo 71 del Código Procesal Penal incluyó como derecho de la víctima:

- f) A ser informada de su derecho a solicitar y obtener protección especial, en caso de riesgos o amenazas graves para sí misma o su familia, con motivo de su denuncia o intervención en el proceso.

a.- Objeto de la ley

El objeto y fin de la ley es crear un mecanismo jurídico que permita dar protección adecuada a los sujetos procesales. Por ello, el artículo 10 dispone:

El objeto de este título es proteger los derechos de las víctimas, testigos y otros sujetos intervinientes en el proceso penal, así como regular las medidas de protección extraprocesales y su procedimiento.

Pero como se puede desprender de la lectura general del articulado, el objeto de las normas no se limita a la protección, sino se refiere a un amparo o apoyo integral a las víctimas, el cual se traduce no solo en las medidas para garantizar la seguridad, sino el acompañamiento para cubrir las necesidades y dificultades que les genera la participación en el proceso, inclusive a los y las parientes de esas víctimas. También es extensible a la persona defensora y a los y las testigos de descargo.

b.- Principios

En el artículo 2 de la ley, se desarrollan los principios que rigen la ley, y el primero es el de protección que es el eje central que inspira la normativa para dar protección, ayuda y resguardo a las víctimas. El segundo principio es la proporcionalidad y necesidad, con lo cual se deja delineado que no es posible aplicar la protección de testigos a todos los casos, sino solo aquellos estrictamente necesarios, y las medidas que se deben decretar serán acordes con la condición particular en que se encuentren.

El último principio es el de la confidencialidad, elemento fundamental si se trata de resguardar la seguridad y la integridad de las personas bajo protección. Esto por supuesto tiene serios problemas en el proceso penal, especialmente cuando se trata de las víctimas o testigos cuyas declaraciones se requieren para sustentar las acusaciones o el juicio.

c.- Sujetos protegidos

Aunque la referencia de la doctrina es a la protección de los y las testigos y las víctimas, también se contempla un concepto integral que extiende la acción del Estado a los y las parientes de esos sujetos protegidos. La legislación nuestra es más amplia y permite la protección de otros sujetos procesales, tales como: los y las fiscales, jueces, juezas, defensores, defensoras y policías. Inclusive, aunque podría pensarse que la protección es para los y las testigos de cargo, también entran dentro del rango posible de protección los y las testigos de descargo y la misma persona defensora.

III.- Clases de protección

La ley establece en el artículo 11 dos formas claramente diferenciadas de protección: la procesal y la extraprocesal.

a.- Procesal

La protección procesal es aquella que se acuerda a una persona para resguardar su integridad en la actividad propia del proceso. El artículo 11 establece:

- a) Protección procesal: cuando su conocimiento represente un riesgo para su vida, su integridad física o la de sus familiares, con motivo de su denuncia o intervención en el proceso, la víctima o el testigo tendrán derecho a que se reserven los datos de su identificación, tales como nombre, cédula y domicilio, números de teléfono o lugar de trabajo y a que no

consten esos datos en la documentación del proceso; además, en los casos excepcionales señalados en el artículo 204 bis del Código Procesal Penal, tendrá derecho a mantener reserva de sus características físicas individualizantes, cuando, por la naturaleza del hecho, estas no sean conocidas por el imputado ni por las demás partes, sin perjuicio del derecho de defensa. Para asegurar el testimonio de la persona y proteger su vida, podrán utilizarse los medios tecnológicos disponibles, como la videoconferencia o cualquier otro medio similar que haga efectiva la protección acordada, tanto en el juicio como cuando se haga uso del anticipo jurisdiccional de prueba.

1.- Protección de características físicas

La primera modalidad de protección procesal que acuerda la ley es el resguardo de las características físicas de la persona, tales como: su rostro, cabello, cuerpo, etc., lo cual tiene por fin evitar que se pueda identificar a la persona colaboradora y dejarle expuesta su seguridad. Esto por supuesto solo es procedente cuando la persona protegida no es conocida por las personas imputadas, defensores, defensoras u otras partes del proceso, pues si fuera así, no tendría sentido resguardar sus características físicas.

La norma autoriza el uso de todo tipo de medios disponibles para tal fin, de manera que en las fases primeras del proceso (preparatoria o intermedia), como el uso de medios tecnológicos para alterar la voz o las características físicas, cuando sea traída al proceso a cualquier diligencia y se encuentren presentes las partes del proceso. Inclusive podrían colocarse biombos u otros impedimentos que restrinjan el acceso a su físico.

El artículo 204 del CPP dispone que

Cuando el riesgo para la vida o la integridad física del testigo no pueda evitarse o reducirse con la sola reserva de los datos de identificación y se trate de la investigación de delitos graves o de delincuencia organizada, el juez o tribunal que conoce de la causa podrán ordenar, mediante resolución debidamente fundamentada, la reserva de sus características físicas individualizantes, a fin de que, durante la etapa de investigación, estas no puedan ser conocidas por las partes. Cuando así se declare, el juez en la misma resolución, ordenará la realización del anticipo jurisdiccional de prueba, de conformidad con lo establecido en el artículo 293 de este Código.

La participación del testigo protegido en los actos procesales, deberá realizarse adoptando las medidas necesarias para mantener en reserva su identidad y sus características físicas, cuando así se haya acordado. La reserva de identidad del testigo protegido rige únicamente para la fase preliminar e intermedia.

2.- Protección de datos personales

La segunda modalidad prevista es el resguardo o protección de los datos personales que podrían identificar a la persona, tales como: el nombre, apellidos, cédula o pasaporte, domicilio, teléfono, fax, correo electrónico y demás. La idea es no permitir rastrear sus datos para individualizarla y, de esa forma, dejar al descubierto su identidad.

Uno de los aspectos que se piensa de inmediato es cómo mantener la protección de los datos de la persona, si al momento de denunciar un hecho, la persona debe identificarse y suministrar sus datos. Para ello, debe implementarse una modalidad tal que permita tener en el legajo de investigación la declaración de la persona, la cual puede identificarse bajo un seudónimo o clave, y sus datos reales deben ser resguardados por el juez o la jueza penal en la caja fuerte del despacho, lo cual debe tener acceso absolutamente restringido y bajo un protocolo riguroso.

El artículo 204 párrafo 3º dispone que

Cuando, por las características del hecho, los datos de identificación del testigo, como su nombre, cédula, dirección, trabajo o números telefónicos, no sean conocidos por el imputado ni por las partes, y su efectivo conocimiento represente un riesgo para la vida o la integridad física del declarante, el Ministerio Público, la defensa o el querellante, podrán solicitarle al juez, durante la fase de investigación, que ordene la reserva de estos datos.

Y en el párrafo siguiente se indica que

El juez autorizará dicha reserva en resolución debidamente motivada. Una vez acordada, esta información constará en un legajo especial y privado, que manejará el juez de la etapa preparatoria e intermedia, según la fase en la que la reserva sea procedente y se haya acordado, y en el que constarán los datos correctos para su identificación y localización. Para identificar al testigo protegido dentro del proceso, podrá hacerse uso de seudónimos o nombres ficticios. En dicho legajo, se dejará constancia de cualquier dato relevante que pueda afectar el alcance de su testimonio, tales como limitaciones físicas o problemas de salud, y deberá ponerlos en conocimiento de las partes, siempre y cuando ello no ponga en peligro al declarante.

Esta forma de protección lleva una obligación a la persona juzgadora de mantener en reserva esa información con los dispositivos de seguridad necesarios y los protocolos de acceso, a fin de evitar responsabilidad civil y penal que prevé la misma ley (artículo 325 bis del Código Penal).

3.- Necesidad de orden del juez o de la jueza

Para acordar la protección procesal, debe mediar una petición de parte del Ministerio Público, de la defensa o de las mismas víctimas. El juez o la jueza no puede decretarla de oficio.

Debe existir una audiencia de partes para acordar la protección de alguna persona (204 bis CPP), lo cual implica de antemano tomar las cautelas necesarias para que no sea observada la víctima ni tampoco se conozcan sus datos.

Deben existir elementos suficientes que respalden la petición, entre los que se pueden citar la misma declaración de la persona, los informes policiales al respecto o bien los estudios del equipo interdisciplinario, lo cual se encuentra establecido en el artículo 6 de la ley (artículo 204 bis in fine).

Es importante señalar que, en casos de urgencia, no parece conveniente hacer la audiencia de partes, dada la imposibilidad de dar a conocer datos, y por otro lado, porque si es de urgencia no se tendrá el dictamen o las recomendaciones del equipo interdisciplinario.

Inclusive, uno de los problemas prácticos mayores sucede cuando el o la fiscal debe recibir la denuncia de la víctima que solicita protección, pues debe resguardar sus datos de identificación como medida cautelar, para pedirle al juez o a la jueza que se autorice la protección de esta persona, y luego ocultar los datos a las partes, hasta el momento en que el juez o la jueza resuelva el pedido.

Antes de la audiencia o sin audiencia en casos de urgencia, la persona juzgadora debe disponer una resolución que ordene la protección procesal de la persona y las medidas apropiadas para esa protección. Esta resolución, como toda medida cautelar, debe ser debidamente fundada o motivada, haciendo alusión a la prueba que permite fundar la probabilidad de que la víctima pueda sufrir alguna amenaza o peligro para su vida e integridad.

4.- Recursos

La resolución que acuerda la protección procesal de una persona tiene recurso de apelación ante el tribunal superior, quien tiene facultades de revocarla, modificarla o confirmarla.

5.- Anticipo jurisdiccional obligatorio

De conformidad con el artículo 293 del CPP, en todos los casos en que se acuerde la protección de testigos, se deberá recibir un anticipo jurisdiccional de prueba. Si bien en un proceso común, la decisión de anticipar prueba debe ser mediante resolución fundada, cuando se trata de

protección de testigos, no se requieren motivar las razones por las cuales se dispone, pues la ley es la que así lo contiene.

Lo anterior tiene sentido, pues si la persona puede correr algún riesgo en su persona, y cuando no pueda estar en las fases siguientes del proceso, por cualquier razón entendible, entonces se requiere tener disponible el contenido de la información que puede aportar al proceso. A su vez, puede servir a la defensa para ejercer rol en el proceso, pues al restringirse los datos de la persona, al menos tiene el contenido de la declaración para conocer el rango o la naturaleza de la prueba de cargo o descargo.

En la misma resolución en que se acuerda la protección, debe señalarse para la anticipación de la prueba.

b.- Extraprocesal

El artículo 11 de la ley también contempla la protección extraprocesal, que se distingue de la procesal, en que se otorga en un ámbito material más alejado de los actos del proceso y de las mismas edificaciones de los tribunales de justicia. La regulación exacta es la siguiente:

b) Protección extraprocesal: la víctima, los testigos y otros sujetos intervinientes en el proceso penal, tendrán derecho a solicitar y a obtener protección especial, en caso de riesgos o amenazas graves contra su vida o su integridad física, la de sus familiares u otras personas relacionadas con el interviniente en el proceso, con motivo de su denuncia o su intervención en el proceso. El Ministerio Público, la policía, el juez o el tribunal de juicio que conozcan de la causa, adoptarán las medidas necesarias para que se brinde esta protección, en los términos y según el procedimiento establecido en esta Ley y su Reglamento. La víctima será escuchada en todo procedimiento en que se pretenda brindarle protección. La Oficina de Atención a la Víctima del Delito del Ministerio Público, coordinará con todas las fiscalías del país la protección de las víctimas y, previo requerimiento del fiscal, canalizará, por su medio, la información necesaria para sustentar las medidas de protección o las solicitudes de medidas cautelares, según el artículo 239 del Código Procesal Penal.

1.- Resolución

Para acordar la protección extraprocesal, se requiere una resolución fundada de parte de la Oficina de Atención a las Víctimas del Ministerio Público. En igual sentido, el cese o la modificación de tales medidas requiere resolución (artículos 11 y 12 de la ley).

2.- Recursos

La resolución de la Oficina de Atención a las Víctimas que acuerda la protección extraprocesal tiene previsto los medios de impugnación en sede jerárquica del Ministerio Público (artículo 12).

En el artículo 12 se establece que la resolución tiene recurso de revocatoria, el cual debe presentarse dentro de los tres días siguientes a la notificación de la decisión y debe ser resuelto dentro de los cinco días posteriores.

Lo resuelto tiene recurso de apelación que debe interponerse dentro de los tres días de la notificación y será resuelta por el Fiscal General de la República, quien es el jefe del Ministerio Público, dentro del término de cinco días.

c.- Plazo de la protección y levantamiento de medidas

Como regla de principio, la protección acordada a una persona no debe tener un plazo establecido, pues debe durar todo el tiempo que se mantenga el peligro o la amenaza de la persona (artículo 12.b). La resolución que acuerda la protección, tanto de los y las testigos o víctimas como de otros sujetos, no debe establecer plazos, pues tiene un límite natural que es la necesidad. De esta manera, cuando se estime que no es necesaria por haber cambiado las circunstancias, entonces debe cesar, o por el incumplimiento de parte de la persona protegida (artículo 12).

La ley solo tiene un plazo genérico de duración para la protección sobre la reserva de identidad, la cual solo se mantiene en las fases preparatoria e intermedia, como lo indica el artículo 204 in fine del CPP, por lo que, se sobreentiende que superada esa etapa, las medidas cesan de pleno derecho, sin necesidad de resolución que lo indique.

No obstante, el o la fiscal al momento de hacer la acusación y ofrecer la prueba para el juicio, podrá solicitar la adopción de medidas de protección, si no se han acordado, o bien que se prolonguen las ya establecidas hasta sentencia firme (artículo 304 CPP), con lo cual podría darse el caso de que se apliquen las medidas hasta la sentencia definitiva.

El artículo 204, inciso 4), se refiere al levantamiento de las medidas que pueden ser a petición de parte o, incluso, de oficio, requiriendo en todo caso la decisión del juez o de la jueza.

IV.- Protección de testigos y debido proceso

La protección de las víctimas o testigos, a fin de alejarlos de los peligros que implica el deber de colaborar con la justicia, tiene incidencia directa en el desarrollo del proceso, y afecta las garantías que las partes tienen sobre la prueba, así como el desarrollo del juicio oral y público.

a.- Justicia sin rostro y testigos protegidos

Algún sector de la doctrina denomina como justicia sin rostro, aquella en la cual la ley autoriza que ciertos funcionarios o funcionarias o testigos puedan actuar en los procesos penales, sin ser vistos ni conocidos por las partes. Esto ocurrió hace una década en Colombia (1985-1995), en donde el grado de violencia de la criminalidad organizada motivó resguardar la identidad de testigos, personas juzgadoras, policías y fiscales, mediante la figura oculta para los actuantes, lo que motivó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos llamarla como una justicia sin rostro.

Cuando se habla de testigos ocultos o protegidos, también suele denominarse como “testigos sin rostro”, en virtud de la restricción de identidad o de características.

b.- El derecho a la prueba en los instrumentos de derechos humanos

La prueba como derecho fundamental está rodeada de una serie de garantías de obtención, conservación y reproducción. Pero la normativa del proceso penal así como las normas internacionales garantizan a las partes el acceso a la prueba de cargo.

La Convención Americana de Derechos Humanos en el artículo 8 establece las garantías básicas que comprenden el debido proceso, entre las que se cuentan las siguientes:

Art. 8.2 Toda persona inculpada de delito tiene derecho [...] a las siguientes garantías:

f) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.

En sentido similar, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala en el artículo 14.3.e que toda persona acusada de un delito tendrá los siguientes derechos:

e.- A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo.

c.- Antecedentes en el sistema norteamericano

Algunos antecedentes sobre los y las testigos ocultos se encuentran en la jurisprudencia norteamericana. Es importante recordar que el modelo de enjuiciamiento en Estados Unidos ha sido el acusatorio donde el juicio oral es la fase de reproducción de prueba, la cual valora el jurado y decide el caso

Uno de los primeros antecedentes es el caso *Mattox vs Estados Unidos*, fallado por la Corte Suprema, el 4 de febrero de 1895. Se trata de un caso resuelto ante los tribunales de Kansas, en el cual dos testigos de la Policía fallecieron y no pudieron declarar en juicio, ante lo cual se permitieron leer sus testimonios ante la Policía.

Luego de la anulación en dos ocasiones del caso, se condenó a Mattox. Examinado el caso ante la Suprema Corte, se dictaminó que la Sexta enmienda de Constitución de Estados Unidos disponía que “en todos los procesos criminales el acusado gozará del derecho [...] Al ser confrontado con los testigos en su contra”, y que el acusado tenía la oportunidad no solo de la prueba, sino también de enfrentar cara a cara a los testigos con el jurado a fin de que pudieran ver en él y juzgar por su conducta la manera en que daba su testimonio, y si era digno de fe. No había, sin duda, razón para indicar que el acusado podría perder cualquiera de estas garantías, incluso por la muerte de los testigos, y que, si se permitía leer su testimonio, se le privaba de la ventaja de la presencia personal del testigo ante el jurado que la ley había diseñado para su protección.

En el segundo caso de *Kirby contra Estados Unidos*, fallado el 11 de abril de 1899, sucede que al imputado se le condena con testimonios y prueba recibidos en otro proceso; es decir, de una causa penal se trasladó a otra prueba documental y testimonial. Al respecto la Suprema Corte señaló:

Una de las garantías fundamentales de la vida y la libertad se encuentra en la Sexta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, que dispone que “en todos los procesos penales, el acusado tendrá derecho... a ser confrontado con los testigos en su contra. En lugar de hacer frente a Kirby con los testigos para establecer el hecho fundamental de que los bienes que supuestamente se han recibido por él habían sido robados, se enfrentó sólo con el registro de otro proceso penal, con el que no tenía sentido, ...y pruebas que no se dieron en su presencia.

El tercer caso es de *Pointer vs Texas*, fallado el 5 de abril de 1965. Se trata de un caso similar a los anteriores, en el cual un testigo rinde una declaración y, como se trasladó a otro estado y era de difícil localización, entonces fue leída en juicio. La defensa reclamó que:

El derecho concedido a un acusado por la Sexta Enmienda de confrontar a los testigos en su contra, que comprende el derecho de contrainterrogatorio, es un derecho fundamental, esencial para un juicio justo y se hace obligatorio para los Estados por la Decimocuarta Enmienda.

La Corte nuevamente reiteró ese derecho y anuló el fallo.

Como se observa, en el modelo acusatorio norteamericano, ha sido una constante la defensa del derecho de la persona acusada a enfrentar a los y las testigos cara a cara en juicio, no solo para poder ser interrogados por personas acusadoras y la persona imputada, sino para que el jurado pueda ver su forma de declarar. Lo anterior cobra mucha relevancia, cuando examinemos si la protección dada al o a la testigo en nuestra ley le impide en alguna medida a la persona acusada esa confrontación personal en juicio.

d.- Testigos ocultos y testigos anónimos en el modelo español

En el proceso penal español, se han distinguido dos formas de protección a los y las testigos: una es la o el testigo que llaman “oculto”, porque su declaración se rinde en una condición tal que no puede ser vista o visto directamente por la persona imputada o las partes, y la otra forma es la o el testigo anónimo, aunque no ha sido aceptada por la jurisprudencia española, pero sí la o el testigo oculto.

En la sentencia 64/1994 de la Sala Primera del Tribunal Constitucional Español del 28 febrero, se consideró que la declaración testifical sin ser vistos por la persona acusada y su defensa reúne los tres requisitos que exige el derecho a un juicio con todas las garantías: publicidad, contradicción e igualdad de armas: la irregularidad de que un o una testigo deponga ante el tribunal sin ser visto o vista (oculto u oculta), pero con contradicción y conocimiento de su identidad por el tribunal, cumple las exigencias del artículo 6.3 d) del Convenio Europeo.

En el caso en cuestión, el sentenciado JCRM formuló amparo contra la sentencia de la audiencia provincial de Madrid, en la que se cuestionó que fue condenado en un proceso sin las debidas garantías, pues la víctima declaró en forma oculta; es decir, no pudo ser vista por las partes, aunque sí pudo ser interrogada.

Estas dos lesiones esenciales donde se fundamentó la queja de la persona actora, se recondujeron a un hecho básico que constituyó el núcleo de su denuncia ante esta sede: la afirmación de que la declaración de la víctima del delito y de la otra testigo, propuesta por la acusación pública (madre del perjudicado) se prestaron en el acto sin ser vistos ni oídos por la defensa o, dicho de otro modo, fuera de la Sala de Audiencia, y, por tanto, sin la presencia de la persona acusada ni de su representación ni defensa procesales.

Señaló el tribunal que:

No cabe duda que tal forma de prestar declaración en el acto del juicio constituye una cierta anomalía procesal, pues, en primer término, no es ordinaria o frecuente, y, además, no parece adecuarse a los términos literales del art. 229.2 de la LOPJ, que establece textualmente «... Las declaraciones, confesiones en juicio, testimonios, careos [...] se llevarán a efecto ante el Juez o Tribunal con presencia o intervención, en su caso, de las partes y en audiencia pública, salvo lo dispuesto en la Ley.

La primera de esas exigencias, la contradicción procesal, deriva directamente del art. 6.3, d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, a la luz del cual ha de interpretarse el art. 24.2 CE por exigencia del art. 10.2 de la norma fundamental. El art. 6.3, d) del Convenio exige que el acusado pueda interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo en las mismas condiciones que los de descargo. Por tanto, la cuestión que surge es si puede entenderse cumplido tal requisito en aquellos supuestos como el que nos ocupa, en el que los testigos de cargo prestan su declaración sin ser vistos por el acusado, aunque sí oídos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha examinado en diversas sentencias el problema, pero referido más bien a los testimonios anónimos, es decir, aquellos en los que la identidad de los testigos era desconocida para el Tribunal o para la defensa o para ambos. En este sentido pueden citarse las Sentencias de Kostovski, de 20 noviembre 1989 (serie A, núm. 166), y Windisch, de 27 septiembre 1990 (serie A, núm. 186), o, finalmente, la Sentencia Ludi, de 15 junio 1992 (TEDH 1992\3) (serie A, núm. 238). En estas resoluciones ha reconocido el TEDH la importancia de proteger a los testigos susceptibles de ser objeto de represalias y de permitir el enjuiciamiento y condena de delincuentes pertenecientes a bandas organizadas o miembros de una gran criminalidad (sentencias Ciulla y Kostovski), mostrando asimismo comprensión hacia la necesidad de garantizar y estimular la colaboración de los ciudadanos con la policía en la lucha contra la criminalidad (sentencia Windisch). Pero, aun así, y en dos de las citadas sentencias (casos Kostovski y Windisch) ha estimado contrario a las exigencias derivadas del CEDH la condena de un acusado sobre la base de testimonios anónimos, entendiendo por tales las declaraciones de personas cuya identidad es desconocida por el Tribunal, por la defensa, o por ambos, pues ello conduce a una restricción de los derechos de defensa al imposibilitar la contradicción ante el órgano judicial encargado de decidir sobre la inocencia o culpabilidad. En el caso LUDI, insistió en la importancia de posibilitar la contradicción del testimonio de cargo, aunque en esta ocasión se tratase de persona (funcionario de policía) cuya identidad era necesario proteger.

La referencia a la anterior doctrina del TEDH permite, pues, concluir que es la imposibilidad de contradicción y el total anonimato de los testigos de cargo lo que el citado Tribunal

considera contrario a las exigencias derivadas del art. 6 del Convenio; por lo que, por el contrario, en aquellos casos, como el presente, en el que el testimonio no pueda calificarse de anónimo sino, en todo caso, de «oculto» (entendiendo por tal aquel que se presta sin ser visto por el acusado), pero, en los que la posibilidad de contradicción y el conocimiento de la identidad de los testigos –tanto para la defensa como para el Juez o Tribunal llamado a decidir sobre la culpabilidad o inocencia del acusado– resulten respetados, han de entenderse cumplidas las exigencias derivadas del art. 6.3, d) del Convenio y, en consecuencia, también las garantías que consagra el art. 24.2 de nuestra Constitución.

e.- Tribunales internacionales de derechos humanos

Como se ha expuesto, el tema es tan relevante que ha sido objeto de discusión en múltiples tribunales internacionales, como se verá a continuación.

1.- Corte Europea de Derechos Humanos

La Corte Europea de Derechos Humanos ha tenido la oportunidad de plantearse el tema de los y las testigos anónimos u ocultos en diversas oportunidades.

En el caso Kostovsky (1985), se reclamó que el aspecto fundamental en el que se motivó una condena fue a raíz de la utilización de las declaraciones obtenidas a través de la figura jurídica del “testigo anónimo”. Aunque el mismo tribunal reconoció que no podían controlar sus fuentes de información y que las personas acusadas no tenían la posibilidad de confrontarse con ellos, consideró que dichas declaraciones se reforzaban y se complementaban con los antecedentes del señor Slobodan Kostovski. En los tres casos, los y las testigos solicitaron la protección y anonimato de su identidad, alegando temor a represalias.

En el caso Windisch contra Austria, resuelto en la sentencia del 27 de septiembre de 1990, (caso número 12489/86), denominado como el caso del señor Harold Windisch (ciudadano austríaco) contra el Estado europeo de Austria, se relaciona con la utilización e introducción a juicio por parte de terceras personas (oficiales de Policía a cargo de la investigación de un delito) de las declaraciones de cargo brindadas en la etapa de investigación por testigos anónimos (incluso manteniendo en secreto su identidad durante todo el proceso penal). Con estas declaraciones esenciales, el tribunal al final de cuentas logra condenar al acusado.

El punto medular es que los y las testigos anónimos nunca declaran en juicio; es decir, ante el tribunal y la defensa. No se le permite a la defensa interrogar a los y a las testigos, ni conocer sus identidades para combatir su credibilidad y confiabilidad. Nunca se conoce las identidades de esos y esas testigos, por razones de protección, ya que los y las testigos indican que tienen temor a represalias.

Al respecto la Corte consideró que todos los datos probatorios, en principio, deben producirse en la presencia de la persona acusada, en una audiencia pública, con miras a la discusión del conflicto. Sin embargo, el uso de los datos probatorios y de las afirmaciones obtenidas en la etapa previa al juicio no siempre es en sí, incompatible con los párrafos 3(d) y 1 del artículo 6 de la Convención Europea, con la condición de que se hayan respetado los derechos de defensa.

Generalmente, estos derechos requieren que se le dé a la persona imputada una oportunidad suficiente y adecuada de contradecir y preguntarle al o a la testigo que exista en su contra, ya sea cuando está realizando su afirmación, o en una etapa posterior del proceso. (Véase al respecto lo indicado por la Corte europea en el caso Kostovski).

2.- La Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha tenido oportunidad de resolver acerca del uso de la prueba por parte de las jurisdicciones latinoamericanas. En el caso Castillo Petrucci contra Perú, como parte de las demandas planteadas, se reclamó el procedimiento viciado que llevó a la condena, con la utilización de testigos que no fueron conocidos por el imputado, o por estar facultados por ley para declarar en lugar secreto.

3.- Otros tribunales internacionales

El tema de la protección de las víctimas y testigos no es un fenómeno local sino de naturaleza internacional que se manifiesta en las regulaciones de los estatutos de los tribunales penales internacionales.

Cuando la Organización de las Naciones Unidas aprueba el Estatuto para el juzgamiento de Crímenes contra la Humanidad en la antigua Yugoslavia (resolución 827 del 25 de mayo de 1993), en los artículos 15, 20 y 22, estableció la protección de las víctimas y testigos.

En el artículo 21 del Estatuto, estableció como derechos de la persona imputada

- e) De interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y obtener la comparecencia y el interrogatorio de los testigos de descargo en las mismas condiciones que los testigos de cargo.

No obstante, autorizó la protección, siempre que se resguardara el derecho de defensa.

En sentido similar, al crear el Estatuto para juzgar los crímenes de Ruanda, en los artículos (1994), se autorizó al tribunal la protección de las víctimas y testigos en el proceso en los artículos 19 a 21. Inclusive en este último artículo se autoriza restringir la identidad de los y las testigos.

También se consideraron los derechos de la persona imputada a interrogar a los y las testigos; pero se mantienen las restricciones antes acordadas.

Finalmente, en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI) creado en el acuerdo de Roma de 1998 y del cual Costa Rica forma parte, se autorizó a la Corte para adoptar las medidas necesarias para la protección de las víctimas (artículos 54, 57 y 68).

En el artículo 67, igualmente se contemplan los derechos de la persona imputada al juicio en condiciones de igualdad y a interrogar a los y las testigos de cargo.

V.- Garantías del debido proceso en el modelo costarricense

El concepto de proceso justo o legal comprende una serie de derechos y facultades muy amplias para las partes procesales. La protección de testigos afecta esencialmente a la defensa que es la que se ve privada de conocer con exactitud los datos o identidad del o de la testigo.

a.- Regulación legal del juicio

El Código Procesal Penal establece en el artículo 326 que “El juicio es la fase esencial del proceso. Se realizará sobre la base de la acusación, en forma oral, pública, contradictoria y continua”. De esta manera, supone la reproducción de toda la prueba para poder confrontarla y extraer el aporte a la resolución del caso.

Particularmente, el modelo acusatorio propicia que la prueba de las fases preparatoria e intermedia sea solo para preparar el juicio, y que la verdadera prueba es la que se recibe en el juicio oral. Precisamente, una de las fases relevantes del juicio es la recepción de la prueba testimonial que debe realizarse con inmediación, lo que supone que se hace frente al tribunal y las partes para permitir la apreciación directa.

No obstante, el artículo 351 del Código Procesal Penal fue reformado por la Ley de comentario, de manera que el párrafo final indica:

En igual forma, para la recepción del testimonio de una víctima o de un testigo protegido, el tribunal dispondrá que se haga en las condiciones y por los medios tecnológicos que garanticen la protección acordada, en especial cuando sea necesario mantener reserva de las características físicas individualizantes del declarante, como su rostro o su voz, garantizando siempre el interrogatorio de las partes.

El contenido agregado a la norma permite, entonces, que la persona declarante pueda ser presentada al tribunal con protecciones como el uso de cámaras especiales para impedir ser

observada directamente, con la distorsión de voz o con declaraciones rendidas al lado de la sala de juicios, por lo cual se afecta en forma importante ese contacto directo que deben tener el juez o la jueza y las partes con la prueba.

Por la misma razón, se procura que en el juicio solo se incorpore la prueba documental estrictamente necesaria, y el artículo 334 dispone que:

Solo podrán ser incorporados al juicio por su lectura: a) Las pruebas recibidas conforme a las reglas del anticipo jurisdiccional de prueba, sin perjuicio de que las partes o el tribunal exijan la reproducción, cuando sea posible. Se incorporará el anticipo que se haya hecho por la existencia de un riesgo para la vida o la integridad física de la víctima o el testigo, si ese riesgo no ha disminuido o si ha aumentado con motivo de la celebración del juicio y no existen condiciones para garantizar la recepción del testimonio en el debate.

Esta norma fue reformada por la ley de comentario, con lo cual se autorizaron leer o reproducir en juicio los testimonios anticipados recibidos a sujetos protegidos, con lo cual se priva el juicio de la presencia de la persona para ser interrogada por las partes.

b.- Debido proceso y jurisprudencia constitucional

La Sala Constitucional en múltiples pronunciamientos ha reiterado que el modelo acusatorio de proceso implica que el juicio debe darse con publicidad, oralidad e inmediación, con el fin de garantizar la confrontación de la prueba y la discusión.

1.- Oralidad e inmediación de la prueba

Una de las garantías elementales para toda persona es conocer la prueba de cargo y confrontarla, además de poder ofrecer prueba de descargo y que le sea recibida.

En la sentencia 1992-01739, estableció respecto de la prueba que:

G.c.- Principio de inmediación de la prueba: "Es necesario que todos los sujetos procesales reciban la prueba de una manera directa, inmediata y simultánea. Es necesario que las pruebas lleguen al ánimo del juez sin alteración alguna. A la hora de recibir la prueba el juez debe estar en comunicación directa con los demás sujetos del proceso. Se aplica la regla de la oralidad en la fase de juicio para hacer efectiva esa indicación.

2.- Prueba y derecho de defensa

Afirmó también que el derecho de defensa es parte del debido proceso y comprende el derecho al

[...] acceso irrestricto a las pruebas de cargo y la posibilidad de combatirlas, particularmente repreguntando y tachando o recusando a testigos y peritos, lo cual comporta además, que los testimonios y dictámenes deben presentarse en presencia del imputado y su defensor, por lo menos, salvo absoluta imposibilidad material –como la muerte de un testigo–; el derecho a un proceso público, salvo excepciones muy calificadas [...]. (Considerando X.D).

De lo expuesto se deriva que la ley vigente restringe o modifica las garantías procesales que les asisten a las partes, pues en los términos en que aparece redactada la sentencia constitucional, parece inflexible la posición delineada, de manera que impediría aplicar la restricción de la identidad de testigos en la fase de juicio.

Conclusiones

La protección de los y las testigos, víctimas y sujetos del proceso penal surge como un mecanismo necesario para garantizar el derecho de las víctimas y de los que administran justicia, y asegurar de esa forma un marco de garantías para su integridad.

Su aplicación se encuentra sujeta a la necesidad particular de cada caso y al control jurisdiccional; pero inevitablemente modifica el rito procesal, restringiendo a las partes el acceso a los datos físicos o nominales de las víctimas, o usando los medios tecnológicos para alterar su identidad. Esta situación puede verse compensada para la defensa, al poder acceder al contenido de las declaraciones para ejercer la defensa en forma adecuada.

El problema mayor es que la normativa autoriza restringir la presencia de la persona declarante en el juicio cuando el peligro persiste, lo cual afecta la garantía de la defensa de tener al o a la testigo en el juicio.

La Sala Constitucional ha considerado que es necesario que al recibir la prueba haya intermediación, y que la defensa debe tener acceso irrestricto a la prueba. Siguiendo esa misma línea, podría afirmarse que la aplicación de la ley en la forma dispuesta puede infringir la norma constitucional.

No concordamos con esa posición, pues en las fases preparatoria e intermedia, la defensa puede tener acceso al contenido de las informaciones y, al recibir la declaración anticipada, la defensa puede interrogar a las víctimas, de manera que en el juicio el tribunal también podría observar las grabaciones y valorar el testimonio con las restricciones necesarias para la seguridad de las víctimas. Estas nuevas formas de visualizar el proceso pueden llevar a reconducir el contenido de las resoluciones de la Sala Constitucional sobre el debido proceso.

Aunque lo deseable es que los y las testigos siempre estén presentes en juicio, estimamos que deben extremarse los casos en que no se lleve a juicio a la víctima a declarar. Pero debe buscarse un equilibrio entre el derecho de defensa y el derecho a la vida de las víctimas en el proceso.

La criminalidad organizada y el agente encubierto en la legislación penal costarricense

José Arnoldo González Castro¹

Introducción

La modernidad se impone en todos los campos del quehacer moderno, pero donde los cambios se han manifestado a pasos agigantados en la evolución que ha sufrido y sigue sufriendo, es sin duda alguna en el fenómeno de la criminalidad organizada y en el fenómeno de los actos terroristas, a tal grado que se habla en la actualidad de la internacionalización de la criminalidad, en el sentido de que a la par de la globalización de la economía moderna y de las telecomunicaciones, también la criminalidad organizada ha dado ese gran salto con las consecuentes secuelas que se producen con ello.

Por esta razón, la lucha contra la criminalidad organizada ha dejado de ser una cuestión local o atinente a las políticas de persecución penal de cada uno de los países, para convertirse incluso en una preocupación internacional, lo que ha generado diversos instrumentos normativos que tienen por misión estrechar los lazos de las diversas naciones, con la finalidad de conformar un solo frente en el combate de la criminalidad organizada. Sobre esta situación en particular, se indica en doctrina:

De manera conjunta con la actuación internacional, la lucha contra el crimen organizado precisa de unos adecuados medios de confrontación en el ámbito nacional. Las diferentes autoridades afrontan una delincuencia que, a diferencia de la delincuencia común, no solo compromete bienes jurídicos de titularidad individual, sino antes al contrario despliega sus efectos dañinos sobre el sistema social, financiero y político, y agravia entidades diversas, tales como la vida, el medio ambiente, la salud pública y la economía. Las organizaciones criminales disponen, además, de abundantes medios conducentes a la perpetración de ilícitos, cuentan con un entramado de difícil acceso para combatir los centros de decisión, tienen material altamente sofisticado y sujetos de comprobada eficacia delictiva. Recurren a la ingeniería financiera para ocultar el resultado de sus actuaciones y son el origen de nuevos tipos penales².

1 El autor es licenciado en Derecho y notario público por la Universidad de Costa Rica. Obtuvo los títulos de especialista y máster en ciencias penales en dicha casa de estudios superiores y es doctorando de la Universidad Estatal a Distancia. Se desempeña como defensor Público y, en la actualidad, labora para el Programa de Formación Inicial de la Defensa Pública.

2 Fonseca Herrero, Marta Gómez de Liaño. Criminalidad Organizada y Medios Extraordinarios de Investigación. Editorial Colex, Madrid, p. 39.

El avance de la criminalidad organizada en la dirección antes señalada ha obligado a poner en práctica nuevas modalidades de investigación policial, tratando con ellas, de estar más acorde con las nuevas necesidades investigativas. De esta forma, han surgido modalidades como la entrega vigilada y el agente encubierto, y es objeto de estudio en este trabajo la figura del agente encubierto.

La figura del agente encubierto surge como una novedosa modalidad de investigación policial, precisamente para tratar de combatir en forma adecuada y con mayor eficacia el fenómeno de la criminalidad organizada. Por lo general, estos nuevos instrumentos de investigación policial, tal es el caso del agente encubierto, surgen ante la necesidad de combatir con nuevos instrumentos la criminalidad organizada, especialmente en nuestro país la orientada al tráfico ilícito de drogas. Este fenómeno ha sufrido un vertiginoso avance, prueba de ellos son los cuantiosos decomisos de drogas que se han verificado últimamente en diversos sectores de nuestro país, a tal grado que ya no sorprende que se trate de grandes cantidades de kilos droga, sino de toneladas, lo que pone de manifiesto todo el cuantioso capital y el grado de organización que se encuentran al servicio de estas entidades delictivas.

En igual sentido, el proceso de trasiego propiamente de la droga desafía la inteligencia policial, pues día a día se descubren nuevas modalidades a través de las cuales se pretende camuflar la droga para tratar de enviarla a su destino final; por ejemplo, se coloca en el interior de tiburones congelados o en el interior de piñas. Aunque ello no implique el abandono de las modalidades tradicionales de trasiego, como lo son la utilización de los denominados burros, método que aún se mantiene. Por lo que surge como un hecho incuestionable todo el capital económico puesto al servicio de esta actividad ilícita que propicia tanta destrucción para la sociedad en general y para el ser humano en especial.

En nuestro país, la legislación de drogas prevé la utilización de agentes encubiertos como instrumentos de investigación policial. No obstante, a pesar de las buenas intenciones de quienes concibieron a nivel legislativo la necesidad de su creación, como un instrumento para combatir la delincuencia, a través de la puesta en práctica de dicha figura de investigación policial, se afectan o por lo menos se pueden ver afectados derechos fundamentales de aquellas personas que son investigadas mediante esta modalidad policial.

Atendiendo estas circunstancias, en otras legislaciones la figura del agente encubierto ha sido considerada con previo cumplimiento de una serie de requisitos para su efectiva aplicación, al concebírsele como un arma eficaz en la lucha contra la criminalidad organizada; pero también con la clara conciencia de que su empleo por parte de la Policía puede afectar derechos fundamentales.

En nuestra legislación, la situación es muy distinta, pues prácticamente desde la primera vez que surgió en la legislación de drogas, se ha mantenido casi inalterable, con una regulación sumamente deficiente, sin control jurisdiccional y con la posibilidad de que se utilice en cualquier tipo de delito, lo que contradice la forma cómo se le ha concebido en el derecho comparado.

Se realiza el análisis del tema tratando de establecer la relación que existe entre lo que es la criminalidad organizada, como un mal que carcome a la sociedad moderna y la figura del agente encubierto, en su función de instrumento de investigación policial que precisamente se utiliza en la lucha de dicho fenómeno criminal. La incursión en esta temática tiene por objetivo establecer en primera instancia la forma cómo se ha regulado en nuestro ordenamiento jurídico la figura del agente encubierto, e indagar si las recientes leyes de Fortalecimiento contra el Terrorismo y la Ley contra La Criminalidad Organizada han tenido algún impacto sobre la forma cómo se ha regulado esta modalidad de investigación policial.

Para los anteriores efectos, este trabajo desarrolla inicialmente una definición de lo que constituye la criminalidad organizada; luego se señalan aspectos generales de la figura del agente encubierto; posteriormente, se presenta un ligero repaso de la forma cómo ha sido regulada en otras legislaciones, para finalmente examinar la forma cómo se ha regulado en nuestra legislación.

Capítulo Primero: Conceptualización de la criminalidad organizada y el agente encubierto

Sección A.- Conceptualización de criminalidad organizada o crimen organizado

En un mundo globalizado como el actual, se presenta un vertiginoso cambio en todos los campos del quehacer humano. Sin embargo, no todos estos cambios se originan para lograr el bienestar de la humanidad y una mejor condición de vida, pues muchos de ellos generan destrucción, dolor y degradación del ser humano, tal es lo acontecido con la actividad delictiva que ha avanzado hasta lo que hoy se denomina criminalidad organizada o crimen organizado. Pero ¿cuáles son las características que permiten identificar este fenómeno? Para dar respuesta adecuada a esta interrogante, se debe conceptualizar este fenómeno.

Debe indicarse, en primera instancia, que encontrar una definición adecuada en cuanto a lo que constituye la criminalidad organizada o crimen organizado no es tarea fácil, así lo señala en forma reiterada la doctrina³ e incluso es un tema sobre el cual se ha debatido en forma extensa en foros

3 Delgado Martín, Joaquín. El Proceso Penal Ante la Criminalidad Organizada. El Agente Encubierto, En: Problemas Actuales de la Justicia Penal, José María Bosch Editor, Barcelona, 2001, p. 94.

internacionales, además de los elementos que una definición de este fenómeno debe considerar. En cuanto a esta dificultad, para conceptualizar el crimen organizado, también se ha indicado:

Una definición conceptual clara del crimen organizado resulta esencial. De ninguna manera podremos medir, ni combatir el crimen organizado si no nos ponemos de acuerdo en la realidad que esta etiqueta captura (Maltz, 1994). Sin embargo, aunque han existido diversas definiciones de crimen organizado elaboradas tanto por comisiones encargadas de combatirlo como por parte de autores interesados en su estudio, aún no existe un concepto claro y consensuado de lo que crimen organizado es (Kenney y Finkenauer, 1995). Esta circunstancia complica ambos, su estudio y su control.

Los diversos intentos de acotación conceptual de este fenómeno han estado fundamentalmente orientados a la elaboración de una serie de atributos o características que en mayor o menor grado están presentes en todo grupo de personas que puede considerarse bajo la rúbrica de crimen organizado. Semejante proceder sugiere que el crimen organizado no puede ser definido exclusivamente en función de unos actos, sino que debe también referirse a las personas que trabajan juntas como grupo para cometer dichos actos⁴.

Es reiterada la doctrina en cuanto a la dificultad de encontrar una definición de lo que constituye el crimen organizado. Tal y como se indica en la cita anterior, requiere tomar en consideración diversos aspectos y no solo algunos, de lo contrario puede arribarse a criterios equivocados. Y la necesidad de lograr una conceptualización adecuada de este fenómeno adquiere real importancia en virtud de que para combatirse, se requiere conocer sin duda alguna de qué se trata, pues se vuelve imposible de combatir lo que se desconoce.

Sin embargo, en el esfuerzo de realizar una conceptualización de dicho fenómeno, se afirma en doctrina:

Como fuere, ya despecho de sus imprecisiones, es claro que el fenómeno presenta ciertos aspectos sensibles al horizonte de interés del saber jurídico, lo cual permite desarrollar una primera aproximación al problema. Un aspecto del fenómeno –que le da parte de su nombre– guarda relación con el sujeto activo del delito: ni autor individual ni mero concierto de voluntades, sino un verdadero grupo organizado. El término organización engloba una serie de factores, todos ellos necesarios. Organización implica así un comportamiento conjunto medianamente homogéneo y dirigido a la prosecución de alguna finalidad. También implica una determinada cantidad de integrantes, parámetro que permite diferenciar el

4 Medina Ariza, Juan J. Una Introducción al estudio Criminológico del Crimen Organizado, En: Delincuencia Organizada: Aspectos penales, procesales y criminológicos, Juan Carlos Ferré Olivé y Enrique Anarte Borralló, Editores, Universidad Huelva Publicaciones, España, 1999, p. 111.

grupo –que se interpreta basto– de un accionar meramente conjunto, por ejemplo, entre dos personas. Al encontrarnos ante una agrupación amplia que exhibe un comportamiento coordinado, organización implica también una suerte de régimen regulador en la toma de decisiones: las más de las veces, bajo la forma de una estructura jerárquica. Un nuevo predicado de la dimensión del grupo suele encontrarse en la diferenciación de roles, rasgo que –al igual que en los procesos productivos modernos– aumenta el grado de eficacia en el cumplimiento de los cometidos fijados. Finalmente todos estos atributos deben mostrar además cierta permanencia temporal, sin la cual no resultaría posible su desarrollo⁵.

Del criterio anterior, si bien no es una definición o una conceptualización, en el sentido estricto de la palabra, de lo que constituye la criminalidad organizada o el crimen organizado, se identifican claramente varios elementos que permiten la determinación de una organización delictiva de esta naturaleza: entre ellos se apunta a la existencia de un grupo organizado con una finalidad concreta, la cual es delinquir. Se señala, además, la presencia de una estructura jerárquica de poder en cuanto a la toma de decisiones, lo que implica la existencia de repartición de roles o funciones en la organización y lo cual supone una mayor eficacia en el cumplimiento de las diversas tareas que se deben realizar, a efecto de alcanzar los objetivos propuestos. Y finalmente, no puede faltar un elemento que es consustancial a la presencia del grupo criminal mismo, el cual es la permanencia temporal de las diversas personas integrantes de dicha agrupación, lo que pone de manifiesto un sentimiento de permanencia de los diversos individuos que conforman dicha organización.

Las anteriores características permiten definir la criminalidad organizada como la conformación de un grupo de personas jerárquicamente estructuradas con repartición de funciones, con la finalidad de realizar conductas delictivas y el cual se caracteriza por la permanencia de sus integrantes en el tiempo.

En la doctrina nacional sobre el fenómeno de la criminalidad organizada, se indica:

El concepto de delincuencia organizada es de difícil precisión, tal y como lo ha enfatizado Raúl Zaffaroni (Zaffaroni. El crimen..., pp.49-86). Dicho término es, al igual que el de criminalidad violenta, de carácter criminológico, ello a pesar de que Zaffaroni dice que los criminólogos se han ocupado del mismo por imposición del poder. (Cf. Zaffaroni (El crimen...p.57). No obstante la existencia de falta de acuerdo con respecto al concepto de delincuencia organizada, no se debe constituir en un obstáculo al menos para intentar una definición de lo que constituye la delincuencia organizada. A nivel nacional, se ha tratado

5 Orsi, Omar Gabriel. Sistema Penal y Crimen Organizado, Estrategias de aprehensión y criminalización del conflicto. Del Puerto, 2007, p. 5. En igual sentido, se manifiestan muchos otros autores y autoras, Véase en este sentido: Delgado Martín, óp. cit. p.93.

de caracterizar el crimen organizado como una particular forma de participación criminal colectiva, caracterizada por una estricta división jerárquica, así como por un procedimiento mercantil, planeado y controlado. (Así; Kerner. *Organisiertes Verbrechen*, p. 377). En Costa Rica se relaciona el crimen organizado principalmente con el tráfico internacional de drogas, aunque en los últimos tiempos tomó importancia en lo atinente al robo de vehículos, el que también tiene conexiones internacionales [...]⁶.

Esta definición que brinda el Dr. Llobet no dista mucho de la señalada anteriormente, con la diferencia de que introduce un nuevo elemento que permite aclarar un poco más el concepto y es precisamente señalar, en el crimen organizado, la existencia de un procedimiento de naturaleza mercantil, planeado y controlado que atiende precisamente a la naturaleza propia de la criminalidad organizada, ya que la finalidad que se persigue con la comisión del delito es alcanzar un lucro mercantil a través de la actividad comercial ilícita que se ejecuta.

Como queda claro, la criminalidad es un fenómeno que involucra muchas variantes que la hacen difícil de definir. Entre ellas se indica que implica organización y la búsqueda de una finalidad concreta y se detalla como algo que va más allá de un concurso de voluntades, pues además requiere de la permanencia en el tiempo de los sujetos involucrados en dicha organización ilícita. Con lo cual, se quiere indicar que no se trata de una comunión transitoria de parte de sus integrantes.

Finalmente es oportuno señalar que a pesar de la discusión generada en la doctrina en torno al concepto de qué es la criminalidad organizada o el crimen organizada, ya el ordenamiento jurídico costarricense cuenta con su propia definición de lo que constituye este fenómeno, y se hace a través de la reciente promulgación de la Ley contra la Criminalidad Organizada, la cual indica en su artículo 1:

Interpretación y aplicación: Entiéndase por delincuencia organizada, un grupo estructurado de dos o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves⁷.

Veamos cómo esta norma introduce cambios sustanciales conforme al concepto señalado con anterioridad, pues refiere que la mera participación de dos o más personas puede dar origen a delitos de delincuencia organizada. Es claro que la regulación patria del fenómeno de la criminalidad organizada introduce un cambio sustancial, pues al establecer que la sola

6 Llobet Rodríguez, Javier. *Proceso Penal Comentado*. 1ª edición, San José, Editorial Jurídica Continental, 2003, p. 89.

7 Ley contra la Delincuencia Organizada N.º 8754, publicada en Alcance 29 de La Gaceta N.º 143, del viernes 24 de julio de 2009.

presencia de dos personas o más originan la existencia de un delito de los denominados como de delincuencia organizada, se abre entonces más el abanico de posibilidades para encasillar una serie de hechos delictivos dentro de esta categoría, en los cuales solo tengan intervención dos personas, lo cual en la práctica podría prestarse a arbitrariedades, otorgando la calidad de delito de criminalidad organizada a hechos delictivos que carezcan de los elementos o requisitos que lo identifican como tal, además de las consecuencias más gravosas que se pueden manifestar en la imposición de la pena, precisamente al otorgársele la categoría de crimen organizado.

La forma de concebir el delito de delincuencia organizada en la legislación patria, en cuanto a la cantidad de participantes, contradice incluso lo señalado por la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en cuyo artículo 2 se define así:

Para los fines de la presente Convención: a) Por “grupo delictivo organizado” se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material⁸.

Véase cómo la definición que adopta la persona legisladora costarricense prácticamente es una copia de la definición que estableció la Convención, con la salvedad de que en lugar de tres o más personas (requisito para la existencia de la organización criminal), conforme lo regula la convención, se realiza una variación en tal sentido en la ley nacional, la cual indica que la criminalidad organizada, como grupo delictivo, está conformada por dos o más personas.

De las anteriores definiciones, incluyendo la definición que se realiza en la ley nacional de lo que es la criminalidad organizada, se deducen varias características que permiten identificar este fenómeno, entre ellas que se trata de la existencia de dos o más personas que tienen una relación de jerarquía y que actúan con el previo acuerdo de voluntades para cometer delitos y obtener beneficios de naturaleza económica con dicha actividad y, que como organización, se mantiene en el tiempo.

Las características que identifican la delincuencia organizada son el acuerdo de dos o más personas para delinquir; la existencia de una relación jerárquica; la pretensión de obtener ganancias con dicho actuar ilícito y la permanencia en el tiempo de sus integrantes. Sobre la delincuencia organizada se ha indicado en la jurisprudencia nacional:

8 Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Artículo 2, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 15 de noviembre de 2000, mediante resolución A/RES/55/25.

La concurrencia de personas para realizar un mismo delito es denominada criminalidad colectiva u organizada. Estructuralmente presenta las mismas características que identifican una empresa lícita: rangos jerárquicos, división de funciones, división de áreas, etc. [...] Pues, esta característica (la analogía con la empresa lícita) fundamenta el contenido del término posesión. En la empresa narcotraficante, como también sucede en la lícita, es posible observar la ausencia de relación y conocimiento entre personas que realicen trabajos diferentes dentro de la estructura organizativa del negocio [...] Lo anteriormente indicado implica y significa que todos los sujetos acusados tenían posesión sobre sustancias ilegales, conocimiento de la actividad en que participaban, y voluntad de trasegar con sustancias controladas; todo lo cual fue verificado no solo por el proceso de interceptación de los canales de comunicación ya citados, sino además por vigilancias, seguimientos, incautación del objeto material del delito, de dinero y bienes producto del trasiego. Cabe aclarar que de acuerdo con la estructuración criminal, el decomiso de droga en los sitios donde ocurrió apareja necesariamente la comprobación de la delincuencia, y la demostración de que la totalidad de miembros de esta estructura criminal, tenían disponibilidad sobre sustancias ilegales⁹.

La criminalidad organizada es un fenómeno que tiene plena vigencia en la realidad nacional, y el agente encubierto surge como una nueva modalidad policial para investigar estos hechos delictivos. Con el inconveniente de que en la práctica judicial, a nivel jurisprudencial no se le ha dado la importancia que debería dársele, a pesar de los derechos fundamentales que pueden verse afectados con su aplicación.

Debo hacer una necesaria aclaración y es que si bien el presente trabajo tiene como objetivo poner al descubierto las falencias que la regulación del agente encubierto presenta, tal situación no implica de ninguna forma que esté de acuerdo con las acciones ejecutadas por la criminalidad organizada, específicamente en materia de drogas, lo que sucede es que un país constitucional y de derecho, como se precia de ser el nuestro, no puede so pretexto de sancionar a quienes delinquen, poner en funcionamiento prácticas de investigación policial, como ocurre con la o el agente encubierto, que, a todas luces, afecta los derechos fundamentales, lo cual tiene su explicación en una inadecuada regulación legislativa de este instituto, por cuanto no se encuentra sujeta a un ámbito restrictivo de aplicación. Esta situación es precisamente la finalidad primordial de esta investigación: poner de manifiesto que la regulación que presenta la figura del agente encubierto es escasa; pero además deficiente y no encuentra límites de ninguna especie cuando se decide ponerla en práctica.

9 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución número 1031 de las diez horas con cuarenta minutos del 17 de noviembre de 2003.

Debe tomarse en consideración que si bien es necesaria la creación de estos medios de investigación, los mismos no pueden bajo ninguna forma o circunstancia ir en detrimento de la plena vigencia de los derechos y principios fundamentales, no solo de la o las personas investigadas a través de ella, sino que incluso de sus familias que se ven afectadas con dichas actuaciones policiales.

Sección B.- Conceptualización de agente encubierto

Existen muchas conceptualizaciones que en doctrina se dan sobre el agente encubierto. No obstante, se pueden definir dichas figuras señalando que responden a una técnica investigativa que permite penetrar de afuera hacia adentro en una organización dedicada al tráfico ilícito de estupefacientes, a través de la infiltración de un agente, con la finalidad de obtener información para desbaratar esa organización criminal. Se trata pues de una verdadera investigación encubierta, en virtud de la cual se infiltra un agente policial en el seno de dicha organización delictiva, obviamente con una identidad falsa y con la pretensión de obtener información sobre sus integrantes, funcionamiento, conexiones, financiamiento, etc.¹⁰.

La táctica del agente encubierto es tan solo una forma de investigación policial que pretende hacer más eficaz el sistema penal en la persecución de aquellas conductas que giran alrededor del tráfico de sustancias ilícitas (aunque su utilización no es exclusiva de este tipo de delitos). Por ello la puesta en práctica de este sistema de investigación presupone la existencia de una investigación en curso iniciada por una autoridad judicial con objetivos claramente delimitados.

La regulación del agente encubierto, como una forma válida de investigación en este tipo de delitos, obedece a un criterio de política criminal, en virtud del cual se persigue dotar a la Policía de medios adecuados para combatir el flagelo de la droga. Tal y como se señaló líneas atrás, el avance vertiginoso de la criminalidad organizada obliga a crear nuevos instrumentos de combate de este tipo de organizaciones criminales. Así el agente encubierto ha sido definido de la siguiente forma en doctrina:

10 Edwards, Carlos Enrique. El Arrepentido, el Agente Encubierto y la Entrega Vigilada. Buenos Aires, Ad-Hoc, p.53. En igual sentido, se ha indicado: "Como punto de partida hay que señalar que, de modo genérico, la infiltración es una técnica para la investigación y el descubrimiento de determinados hechos, es decir, para procurarse información. Más en concreto, una definición de momento genérica y amplia de la infiltración podría ser la siguiente: la acción de aquél, que para obtener una información que no es de acceso general y le es necesaria para un propósito concreto, oculta tanto su identidad real como sus intenciones, y, bien directamente, bien a través de un tercero, entra en contacto con las personas aparentemente susceptibles de suministrársela, estableciendo con ellas una falsa relación de confianza que, con el transcurso del tiempo, le permita obtener la información deseada". Gascón Inchausti, Fernando. Infiltración Policial y "Agente Encubierto". En: Estudios de Derecho Comparado. Granada, Editorial Comares, 2001, p. 10.

Se entiende por agente encubierto el miembro de la policía judicial que se infiltra en una organización criminal participando del entramado organizativo bajo identidad supuesta, para detectar la comisión de delitos e informar sobre sus actividades con el fin de obtener pruebas inculpatorias y proceder a la detención de sus autores¹¹.

También se ha señalado sobre el agente encubierto:

Ante este tipo de delincuencia organizada los medios tradicionales de investigación se muestran insuficientes, al menos para llegar al corazón de las organizaciones y acercarse a los auténticos jefes y promotores. Por ello en los últimos años se está empleando, especialmente en las investigaciones relativas a casos de narcotráfico organizado, la técnica de la investigación consistente en que funcionarios de Policía Judicial penetren de forma encubierta o se infiltren en el entramado organizativo de estos grupos al objeto de obtener pruebas sobre la ejecución de los hechos delictivos, determinar la estructura de la organización, los campos delictivos en que opera, los circuitos de distribución de la sustancia estupefaciente y de las ganancias obtenidas, para finalmente proceder a la aprehensión de la droga, la incautación del dinero y la detención de los autores¹².

De acuerdo con lo anterior, por agente encubierto se debe entender aquel integrante de la Policía que se infiltra en una organización delictiva, haciéndose pasar por uno de ellos, con la finalidad de obtener toda la información posible con respecto a la forma cómo opera dicha organización delictiva, quiénes son sus integrantes, cómo se realizan las diferentes acciones delictivas, etc. para recolectar toda la prueba posible para posteriormente presentar a los integrantes del grupo delictivo ante los tribunales de justicia y lograr su condenatoria. El agente realiza dicha actuación utilizando una identidad falsa, pues precisamente debe ocultar que es un policía, ya que es la única forma posible de lograr la aceptación en el grupo criminal, para lo cual debe fingir ser uno de ellos. Esa identidad falsa con la que se presenta ante los y las integrantes del grupo criminal ha despertado una serie de críticas en la doctrina, pues se ha señalado que la actuación engañosa del agente encubierto pone al descubierto una actuación también delictiva del estado del cual el agente encubierto forma parte.

Atendiendo a la severidad de estas críticas, por la forma cómo actúa el agente encubierto en la práctica, en doctrina tal figura de investigación policial ha recibido serios cuestionamientos y, en esta investigación es necesario destacarlo brevemente. Así se ha indicado:

11 Espinoza de los Monteros, Rocío Zafra. El Agente Encubierto en el Ordenamiento Jurídico Español, Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla-La Mancha, localizable en <http://www.cienciaspenales.net>

12 Delgado García, María Dolores. El Agente Encubierto: Técnicas de Investigación. Problemática y Legislación Comparada. En: La Criminalidad Organizada ante la Justicia,_(Faustino Gutiérrez-Alvis Conradi (Director), Sevilla, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1996, p. 69.

La naturaleza del agente encubierto se nos presenta problemática, atento los dos valores en pugna. Por un lado, el empleo de un agente infiltrado evidencia que el Estado se vale de un medio inmoral en la represión del narcotráfico, ya que el agente encubierto utilizará la, mentira y la traición, como medios para descubrir los delitos y desbaratar a la organización. A su vez este agente encubierto puede llegar a cometer delitos en el desempeño de su función, como consecuencia de las actividades delictivas de la organización de narcotráfico, o incluso para ganar la confianza de los integrantes de la misma; es decir que el Estado, a través del agente infiltrado, estaría delinquir; se combatiría así el delito con otro delito, poniéndose al mismo nivel que los delincuentes. Pero por otro lado, nos encontramos con el valor eficacia; si queremos luchar eficazmente en la represión de la narcocriminalidad debemos contar con los medios idóneos para penetrar y conocer la intimidad de una delincuencia tan compleja, organizada y ramificada, como el narcotráfico. La manera más eficaz para ello es introducir un agente estatal en el corazón mismo de la organización. Son dos, entonces, los valores en pugna: la moralidad y licitud de los medios que emplea el Estado en la lucha contra la criminalidad, y la eficacia en esa lucha. A la luz de la política criminal, el legislador debe optar entre estos dos valores; tanto a nivel internacional, como ahora en el plano nacional, se inclinaron por la eficacia del sistema penal en combatir la narcocriminalidad, atento a la gravedad y al aumento de ese flagelo mundial. El fundamento de esta figura radica, entonces, en una cuestión de política criminal, que incluso llega a justificar ciertos delitos que cometa el agente encubierto¹³.

Se manifiesta así la gran lucha que se ha generado a nivel doctrinal en torno a la figura del agente encubierto. La forma cómo actúa bajo una identidad falsa genera en criterio de muchas personas una actuación inmoral que es repudiada. Pero, por otro lado, se debate la necesidad de implementar dicho instrumento en contra de un mal que causa tanto daño, como lo es la criminalidad organizada, en el caso concreto aquella dedicada al trasiego de droga. Sin duda alguna, las posiciones en contra y a favor del agente encubierto son difíciles de conciliar. Sin embargo, considero que al ser de imperiosa necesidad su creación, se debe establecer una adecuada regulación legal de la misma para evitar abusos con su práctica.

En el sentido apuntado, también se indica:

[...] reconocidos juristas a nivel Latinoamericano se han pronunciado en contra del agente encubierto como modalidad investigativa de delitos, en esta forma lo hizo entre otros el Dr. Maier cuando en Argentina se discutía el proyecto de lo que posteriormente fue la ley número 24.424, Ley de Estupefacientes, y que introducía por primera vez en dicha legislación esta figura, en aquella oportunidad el reconocido jurista Dr. Maier: "Se manifestó en contra

13 Edwards, *óp.cit.*, pp. 53-54.

del agente encubierto, argumentando que por primera vez en nuestra legislación se daba la posibilidad de que el juez mandara a una persona autorizándola a cometer delitos y con una amplitud que prácticamente no era conocida en el derecho comparado, lo que transformaba al magistrado en autor mediato de los delitos que se cometían. En términos similares, El Dr. Sancinetti, por su parte, expuso que en el nombre de la eficacia pagada con la ilegitimidad de los procedimientos, el propio Estado se vestía de delincuente y se lanzaba a participar en el delito, introduciendo de esta forma criminales autorizados a delinquir por resolución fundada del juez como autor mediato. A través del agente encubierto el Estado se asociaba con el delito, perdonándose a sí mismo pero penando a sus socios. Al referirse al aspecto ético se preguntó cómo podría reconocerse a sí misma la sociedad como ente moral, si al decir que combatía del delito, se transformaba en delincuente¹⁴.

En iguales términos, los tribunales españoles han señalado:

En este sentido la STS de 15-11-1984 señala que las fuerzas policiales para el cumplimiento de sus funciones cuentan con el procedimiento de la infiltración, de incógnito y sin revelar su identidad ni su condición pública, en las huestes delictivas o en el medio ambiente o entorno social frecuentado por infractores de la ley, con el fin de conocer sus planes, de abortarlos, de descubrir a los autores de los hechos punibles y de procurar su detención. Y las STS de 4-3-1992, 2-7-1993, entre otras consideran lícita la actuación policial, aunque se utilicen procedimientos engañosos y se finjan intenciones irreales, cuando no se origina un delito inexistente, sino que tal proceder sirve para descubrir aquel que ya se había cometido con anterioridad y por tanto la infiltración orientada a poner de manifiesto anteriores actuaciones delictivas es práctica policial que no ofrece ningún reparo¹⁵.

En fin, como puede analizarse, los cuestionamientos que se le han realizado a la figura del agente encubierto son muy serios, en la medida que se cuestiona que, a través de dicho instrumento de investigación policial, el Estado, más propiamente el juez o la jueza, que faculta la actuación de un agente encubierto, se convierte en autor mediato de los delitos que ejecute el agente. Los criterios se generan tanto a favor como en contra de la figura del agente encubierto a nivel doctrinario.

No obstante, en nuestro país, ni en la escasa doctrina que se ha originado sobre el tema ni a nivel jurisprudencial, se han manifestado en contra de la actuación del agente encubierto, a pesar de la forma cómo se ha dispuesto la regulación de este instituto en nuestra legislación, pues dicha regulación está desprovista de requisitos que de alguna forma se pueda restringir o frenar su aplicación.

14 Rendo, óp. cit., pp. 5-6.

15 Delgado García, óp. cit., p. 70.

Capítulo Segundo: Regulación del agente encubierto en el derecho comparado y en la legislación nacional

Una vez que se han establecido las bases conceptuales necesarias para tener claro lo que se debe entender por agente encubierto, corresponde a este apartado de la investigación analizar la forma cómo tal figura investigativa está regulada, primero en el derecho comparado para, posteriormente, con bases claras revisar cómo dicha figura de investigación policial ha sido contemplada en nuestra legislación, tratando de destacar si la misma es acorde con las necesidades que implican su puesta en vigencia. Y finalmente, se analizará cómo nuestra jurisprudencia se pronuncia con respecto al agente encubierto y se examinarán los alcances que se le dan a esta forma de infiltración policial.

Sección A.- La regulación del agente encubierto en el derecho comparado

Con respecto a la regulación en el derecho comparado de la figura del agente encubierto, la autora española, María Dolores Delgado García, señala:

La figura del agente encubierto no se cuestiona como método eficaz para combatir un determinado tipo de delincuencia. Sin embargo, a excepción de la normativa de la República Federal de Alemania en la que se delimitan los requisitos, presupuestos y formas de proceder del agente encubierto, otros ordenamientos jurídicos –Francia, Italia, Estados Unidos– se limitan a establecer la inmunidad de los funcionarios policiales que en el ejercicio de las competencias que le son propias y legalmente tengan atribuidas, realicen actos de posesión, transporte, transmisión, etc. de sustancias estupefacientes, acciones que en otro caso serían delictivas¹⁶.

Queda claro que la forma de regular la técnica investigativa del agente encubierto depende de cada una de las legislaciones y de los problemas que con dicha figura investigativa se desea combatir. Tal circunstancia permite entender por qué la regulación varía tanto de un ordenamiento jurídico a otro.

Para los efectos que interesan, se cita brevemente la forma cómo algunas legislaciones han regulado lo concerniente al agente encubierto, para lo cual se analizará la regulación en el ordenamiento argentino y alemán en forma muy puntual, lo que permitirá contar con mayores elementos y se podrá realizar un análisis más riguroso sobre la forma cómo se encuentra regulada la figura del agente encubierto en nuestra legislación.

¹⁶ Ibid., p. 72.

A.1.- Regulación del agente encubierto en la legislación argentina

En la legislación argentina, la figura del agente encubierto se encuentra prevista en la Ley de Estupefacientes N.º 24.424, para lo cual se indica en el artículo 6:

Incorpórase como artículo 31 bis a la ley 23.737, el siguiente: Artículo 31 bis.- Durante el curso de una investigación y a los efectos de comprobar la comisión de algún delito previsto en esta ley o en el artículo 866 del Código Aduanero, de impedir su consumación, de lograr la individualización o detención de los autores, partícipes o encubridores, o para obtener y asegurar los medios de prueba necesarios, el juez por resolución fundada podrá disponer, si las finalidades de la investigación no pudieran ser logradas de otro modo, que agentes de las fuerzas de seguridad en actividad, actuando en forma encubierta: a)-Se introduzcan como integrantes de organizaciones delictivas que tengan entre sus fines la comisión de los delitos previstos en esta ley o en el artículo 866 del Código Aduanero; b.-Participen en la realización de alguno de los hechos previstos en esta ley o en el artículo 866 del Código Aduanero. La designación deberá consignar el nombre verdadero del agente y la falsa identidad con la que actuará en el caso, y será reservada fuera de las actuaciones y con la debida seguridad. La información que el agente encubierto vaya logrando, será puesta de inmediato en conocimiento del juez. La designación de un agente encubierto deberá mantenerse en estricto secreto. Cuando fuere absolutamente imprescindible aportar como prueba la información personal del agente encubierto, éste declarará como testigo, sin perjuicio de adoptarse, en su caso, las medidas previstas en el artículo 31 quinqués¹⁷.

Véase en primera instancia, la amplitud de la regulación del agente encubierto en la legislación argentina. Surge como un aspecto importante que en la legislación argentina le corresponde a la autoridad judicial disponer la utilización de este tipo de técnica investigativa, la cual no solo va a decidir su aplicación en una investigación concreta, sino además va a realizar un control jurisdiccional sobre la actuación del agente encubierto, durante todo el período que dure el proceso de infiltración que ejecuta el encubierto.

17 Ley de Estupefacientes 24.424, Modificación de la Ley N.º 23.737, sancionada el 7 de diciembre de 1994, promulgada el 2 de enero de 1995 y publicada el 9 de enero de 1995, Buenos Aires, artículo 6. En igual sentido, en doctrina sobre la regulación del agente encubierto en la legislación argentina, se ha indicado: "La ley parte de un presupuesto inicial: la existencia de una investigación en curso iniciada por la autoridad judicial. Esto quiere decir que la designación de un agente encubierto debe tener lugar dentro de la instrucción de un sumario, con objetivos precisos de acuerdo a lo prescrito por el art. 193 del Código ritual, lo que significa que no están permitidas las llamadas "expediciones de pesca". Además, la ley requiere de otros presupuestos para la designación de un agente encubierto, ya que exige que sea necesario: a) la comprobación de un delito; b) impedir la consumación de un delito; c) La individualización de los autores, partícipes o encubridores; d) la detención de los mismos; y e) la obtención y aseguramiento de los medios de prueba." Rendo, óp. cit., p. 1.

Dentro de esta misma orientación y siempre dentro de la legislación argentina, se ha indicado que:

La ley establece asimismo que tal designación debe tener lugar “si las finalidades de la investigación no pudieran ser logradas de otro modo”, lo cual significa que el juez debe haber agotado previamente todas las alternativas investigativas posibles antes de recurrir a esta técnica, por lo que deberá evaluar, en el caso concreto, si no cuenta con otras técnicas investigativas que aseguren el éxito de la instrucción, sin necesidad de recurrir a la figura del agente encubierto. La jurisprudencia ha indicado que es el juez que dirige la instrucción quien debe sopesar la posibilidad de lograr su cometido mediante aquellos medios de prueba que podemos llamar “tradicionales” y, en caso de que estime que éstos no resultarán eficaces, echar mano al cauce investigativo que autoriza el art. 31 bis de la ley de estupefacientes. La ley exige que la resolución por la cual se dispone la intervención de un agente encubierto sea debidamente fundada, radicando la fundamentación en la necesidad de la misma, sin perjuicio de ser ésta una exigencia propia de toda resolución judicial¹⁸.

Es incuestionable el poder de decisión que la ley le otorga al juez o a la jueza de instrucción en la legislación argentina, en cuanto a la puesta en práctica de un agente encubierto; pero además la obligación que recae sobre dicha autoridad jurisdiccional de brindar tal autorización, mediante una resolución fundamentada, dando por ello los motivos por los cuales es procedente tal figura investigativa y señalando las razones concretas por las cuales las finalidades de la investigación no se pueden lograr de otro modo. En igual forma, dicha ley señala la obligación que recae sobre el agente encubierto de suministrarle al juez o a la jueza que autorizó la infiltración toda la información que vaya recabando durante todo el proceso que dure la infiltración.

A.2. Regulación del agente encubierto en la legislación alemana

El Código de Procedimiento Penal alemán regula en sus artículos 110 a) a 110 e), introducido por la Ley de Criminalidad Organizada que entró en vigor el 22-9-1992, los requisitos, presupuestos y formas de proceder del agente encubierto, los cuales son señalados por la jurista española María Dolores Delgado García, para lo cual indica:

Es posible el empleo de agentes encubiertos cuando existan indicios suficientes de que se ha cometido un importante acto delictivo en el marco del tráfico de estupefacientes o de armas; de falsificación monetaria, documentos o valores; en materia de la seguridad del Estado; en forma profesional o habitual; y por un miembro de una banda o grupo organizado (art. 110

18 Rendo, *óp. cit.* p.2. Sobre el mismo tema, véase: Guariglia, Fabricio. “El Agente encubierto ¿Un nuevo protagonista en el procedimiento penal?”. En Revista de Ciencias Penales de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, año 8, número 12, diciembre de 1996, pp.27-32.

a); b/ Se les autoriza a utilizar una identidad modificada, con la documentación necesaria y a participar en las relaciones jurídicas (art. 110 a); c/ La actuación debe ser autorizada por la Fiscalía, pero en los casos de urgencia se puede comenzar a actuar debiendo cesar si al cabo de tres días no ha conseguido tal autorización (art. 110 b); d/ Se requiere autorización del Juez cuando la investigación del agente encubierto se dirija contra determinado acusado o vaya a ingresar en una vivienda particular (art. 110 b); e) La identidad del agente encubierto puede ser ocultada después de su actuación, e incluso durante el propio proceso penal en los casos de existir riesgo para la integridad física del propio agente encubierto o cuando pelagra la posibilidad de emplear al agente encubierto en otra ocasión (art. 110 b) [...] ¹⁹.

Sobre la regulación del agente encubierto, en la legislación alemana se ha señalado:

El legislador alemán justifica el empleo de agentes encubiertos pensando precisamente en la narcocriminalidad internacional organizada, como uno de los métodos más eficaces para conocer la estructura y composición de las organizaciones de la droga. Limita, no obstante su utilización a supuestos específicos y bajo las siguientes premisas:

- Actuación solamente en delitos de importancia y cuando otros medios de investigación resulten ineficaces.
- Dependencia de la autorización fiscal y/o judicial.
- Prohibición de cometer delitos²⁰.

De la regulación del agente encubierto en la legislación alemana, deben destacarse varios aspectos: se establecen expresamente los delitos para los cuales es permitida la puesta en práctica de un agente encubierto; debe estar autorizada por la Fiscalía, aunque puede iniciar sin dicha autorización y puede cesar, si al cabo de tres días, no se ha logrado la misma; se requiere de autorización judicial, si la investigación del agente se dirige contra determinada persona acusada o si se debe ingresar a una vivienda particular. Lo cierto del caso es que la regulación que realiza la legislación alemana, al igual que sucede con la argentina, es establecer una serie de requisitos para que puedan ponerse en práctica, ejemplo que no es una posibilidad abierta a cualquier delito, sino a los que expresamente señala en la ley, y debe existir vigilancia ya sea de parte del o de la fiscal o de la persona juzgadora.

Tenemos aquí dos ejemplos de derecho comparado (Argentina y Alemania), en los cuales la figura del agente encubierto recibe una adecuada regulación, señalándose en primera instancia cuándo es procedente tal técnica investigativa; estableciéndose para cuáles delitos en forma expresa pueden infiltrarse agentes encubiertos; una autoridad jurisdiccional es la que decide cuándo es

¹⁹ García Delgado, *op. cit.*, pp. 74-75.

²⁰ *Ibid.*, p. 75.

factible la utilización de un agente encubierto, como medio o instrumento de investigación que se infiltrará en una organización criminal. En ambas legislaciones, argentina y alemana, una persona juzgadora tiene a su cargo la vigilancia de la labor que despliega el agente encubierto y se establece la obligación para el infiltrado de suministrar toda la información que obtiene a través de su labor encubierta, a la autoridad judicial encargada de la infiltración.

Sección B.- Regulación del agente encubierto en la Legislación penal costarricense

En la legislación costarricense, la figura del agente encubierto, como modalidad investigativa, se encuentra regulada únicamente en los artículos 10 y 11 de la Ley N.º 8204, denominada: "Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de uso no Autorizado, Actividades Conexas, Legitimación de Capitales y Financiamiento al Terrorismo (nombre que fue modificado a través de la Ley N.º 8719, Ley de Fortalecimiento de la Legislación contra el Terrorismo) para lo cual se indica:

Artículo 10.— En las investigaciones que se conduzcan, relacionadas con los delitos tipificados en esta Ley, las autoridades policiales y judiciales podrán infiltrar a oficiales encubiertos para que comprueben la comisión de los delitos.

Artículo 12.— Los policías encubiertos o los colaboradores policiales, nacionales o extranjeros, que participen en un operativo policial encubierto, deberán entregar al Ministerio Público, para el decomiso, las sumas de dinero, los valores o los bienes recibidos de los partícipes en actos ilícitos, como retribución por la aparente colaboración en el hecho. El fiscal levantará un acta y pondrá el dinero, los valores o los bienes a disposición del Instituto Costarricense sobre Drogas, salvo en casos de excepción debidamente fundamentados²¹.

La técnica que eligió la persona legisladora para regular la actuación del agente encubierto es muy sencilla, tan solo refiere que las autoridades policiales y judiciales podrán infiltrar a oficiales encubiertos para que comprueben la comisión de los delitos. En primera instancia, llama la

21 Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de uso no Autorizado, Actividades Conexas, Legitimación de Capitales y Financiamiento al Terrorismo N.º 8204, publicada en La Gaceta N.º 8 del 11 de enero de 2002. Sobre el agente encubierto en la doctrina nacional se ha señalado: "Las dificultades de investigación propias de la clandestinidad o las "dobles fachadas" del crimen organizado ha propiciado el uso cada vez más frecuente de "agentes encubiertos"; es decir, de sujetos designados por una autoridad para infiltrarse, por tiempo determinado y bajo una identidad alterada, en una organización delictiva con el exclusivo propósito de conocer su estructura, funciones, modos de operación e integrantes, así facilitar el descubrimiento de las circunstancias en que sucedió el delito, o impedir su consumación, y lograr la individualización de los partícipes. Rodríguez Campos (Alexánder). El Arrepentido y la Investigación Penal Encubierta. Aspectos Problemáticos de la Persecución del Crimen Organizado. En: Una Oportunidad Para Reflexionar: XXV Aniversario del Ministerio Público, San José, Costa Rica, Departamento de Publicaciones del Poder Judicial, 2000, pp. 302-303.

atención el hecho de que la puesta en práctica del agente encubierto en nuestra legislación se decida tan solo a nivel policial, sin ningún control judicial (de parte de una persona juzgadora o un o una fiscal). Tampoco se establece la existencia de algún tipo de vigilancia por parte de autoridad judicial alguna para que monitoree la actuación del agente encubierto, una vez que se esté dando el proceso de infiltración. Además, debido a que la infiltración se decide a nivel policial, no existirá resolución que decida la procedencia o no de la implementación de la participación del agente encubierto, a pesar de que en el proceso penal actual al Ministerio Público le corresponde la dirección funcional de la investigación²².

En el artículo 12 de la ley de comentario, tan solo se limita a establecer la obligación que tiene el agente encubierto de entregar al Ministerio Público, la sumas de dinero, valores o bienes que reciban de los y las partícipes en los actos ilícitos, lo cual es lógico por cuanto constituye prueba material para acreditar los delitos que se están investigando.

En resumen, la regulación de la figura del agente encubierto en nuestra legislación se limita a dos normas en la Ley N.º 8204 en sus artículos 10 y 12. En la primera, regula la posibilidad que tiene la Policía de infiltrar agentes encubiertos para investigar los delitos relativos a drogas, y la ley no da ninguna participación para que una autoridad judicial intervenga y analice la conveniencia o no de autorizar la actuación de un agente encubierto. En tal circunstancia, pueden originarse actuaciones policiales arbitrarias, autorizándose la implementación de un agente encubierto en casos donde la naturaleza del hecho que se investiga no requiere la implementación de un recurso investigativo de esta naturaleza.

Sin duda alguna, la figura del agente encubierto en nuestra legislación presenta una escueta y deficiente regulación, si se toma en consideración que es una técnica investigativa de avanzada y, por las implicaciones que puede acarrear su implementación, debió ser sometida a una regulación más estricta y, por ende, más amplia, con la finalidad de evitar que con su aplicación se vulneren derechos fundamentales de la ciudadanía, como por ejemplo, la inviolabilidad del domicilio.

Ante estas circunstancias, se puede afirmar que la decisión de autorizar o no un agente encubierto debió estar librada a una autoridad judicial y no a la Policía, quien mediante resolución debidamente fundamentada (artículo 142 del Código Procesal Penal), se debe pronunciar sobre la conveniencia o no de autorizar la puesta en práctica del agente encubierto²³, y la Policía incluso puede solicitar la autorización para llevar a cabo la infiltración del agente encubierto.

22 Resulta bastante extraño por cuanto el Código Procesal Penal que establece la dirección funcional de la investigación penal en manos del Ministerio Pública está vigente desde el 1º de enero de 1998.

23 Tal autorización podría ser conocida por el juez o la jueza de la etapa preparatoria, quien en la actualidad es la persona encargada de conocer las solicitudes de allanamientos, por ejemplo.

Además, llama la atención que una vez que se ha puesto en práctica la técnica del agente encubierto y que se ha procedido a la infiltración, tampoco nuestra normativa establece ningún tipo de supervisión por parte de autoridad judicial de la actuación del agente infiltrado; ni siquiera señala la ley que la persona encargada de recibir la información que va a suministrar el infiltrado, sea una autoridad judicial.

No existe norma en nuestra ley de estupefacientes que obligue a dejar algún tipo de registro que identifique a la persona que actuó como agente encubierto, por lo cual se da total imposibilidad para controlar si la infiltración fue en realidad de un policía o de un particular, lo cual es importante porque la ley faculta solo a infiltrar como oficiales encubiertos a personas que laboren como policías.

Para apuntar en forma clara los requisitos que una adecuada regulación del agente encubierto debe considerar, es oportuno traer a colación lo que al respecto señala la española María Dolores Delgado García:

Las cuestiones que esta técnica de investigación suscita, que no son pocas, podrían esquematizarse distinguiendo:

A- FASE PREVIA A LA INFILTRACIÓN:

- Supuestos en que puede permitirse la actividad encubierta.
- Autoridad competente para autorizarla.
- Personas que pueden actuar como agente encubiertos.

B- FASE DE DESARROLLO DE LA INFILTRACIÓN:

- Autoridad competente para su control y modo para ejercerlo.
- Posible afectación de derechos fundamentales.
- Posibles delitos cometidos por el Agente Encubierto²⁴. (La mayúscula es del original).

Como se puede analizar, son varios los requisitos que una adecuada regulación del agente encubierto debe tomar en consideración, siendo que nuestra regulación ha olvidado la mayoría de éstos.

Es criticable que la regulación del agente encubierto en la ley de estupefacientes costarricense deje abierta su aplicación para cualquier delito relacionado con drogas, sin importar gravedad; que la autoridad competente para autorizarla, sea la policial y no la judicial; no existe control

24 Delgado García, María Dolores. La Criminalidad Organizada Ante La Justicia. Sevilla España, Universidad de Sevilla, 1996, p.70.

judicial sobre la actuación del agente encubierto, ni la forma de llevar a cabo dicha infiltración; al no preverse la participación de autoridad judicial que se pronuncie sobre la necesidad o no de la actuación del agente encubierto y al dejarse al arbitrio policial, pueden afectarse derechos fundamentales de la ciudadanía; existe total omisión de parte de la ley en cuanto a qué sucede con los delitos cometidos por el agente encubierto en su labor de infiltración. Todas estas interrogantes quedan sin respuesta, debido a una deficiente regulación del agente encubierto en nuestra legislación.

Sección C.- El agente encubierto en la jurisprudencia costarricense

Sobre el agente encubierto, la Sala Tercera y la Sala Constitucional han presentado en nuestro país diversos pronunciamientos. Este apartado de la investigación analiza algunos fallos de estos tribunales, tratando de destacar la forma cómo ha sido analizada al agente encubierto en la jurisprudencia nacional.

Sobre este tema en particular, la Sala Tercera ha señalado:

Sabido es que en esta materia resultan de utilidad, las llamadas compras controladas de drogas, en las cuales se utilizan colaboradores de la policía que actúan como “agentes encubiertos” es decir, personas que, ocultando su verdadera identidad, se hacen pasar por adictos para tratar de adquirir droga y reforzar, con estas diligencias, la investigación que se realiza. Ha sido reiterada la jurisprudencia, tanto de esta Sala como de la instancia Constitucional, que si bien reconoce la utilidad de este tipo de estrategia de investigación, sí señala que deben utilizarse y valorarse en el contexto de unas diligencias que al menos arrojen su necesidad y utilidad probatoria [...]²⁵ (Lo subrayado no es del original).

Se debe resaltar aquí que, contrario a lo que en doctrina se conoce como agente encubierto, como aquel agente policial que se infiltra en una organización narcocriminal, con la finalidad de obtener información sobre la forma cómo opera la misma, en nuestra jurisprudencia se le da tal título de agente encubierto a aquella persona que se hace pasar por drogadicta (que puede ser perfectamente un policía o un ex adicto), con la finalidad de comprar droga y, de esa forma, constatar el desarrollo o el despliegue de una actividad ilícita.

En igual sentido, en nuestra jurisprudencia se habla indistintamente de agente encubierto y de colaborador, obviando que la propia ley realiza una regulación diversa para cada una de

25 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución número 162 de las 11:17 h. del 20 de febrero de 1998. Véase también en este sentido, Sala Tercera, voto número 857-2000 de las diez horas con veinte minutos del treinta y uno de julio de dos mil.

dichas figuras y que se trata de aspectos totalmente diferentes. En el caso de marras, cuando se utiliza a una persona que va a comprar droga que puede ser un colaborador²⁶ de la Policía o un policía mismo que logra acreditar que efectivamente se está desplegando una actividad ilícita, se trata de un mero colaborador policial, pero nunca de un agente encubierto que tiene otras características.

En igual sentido, la Sala Tercera ha señalado equivocadamente:

Así si dentro de un operativo policial realizado con agentes encubiertos, la única prueba existente es precisamente el experimento realizado por el agente encubierto, corresponderá a los jueces penales en el caso concreto determinar si esa prueba es suficiente para acreditar el hecho delictivo que se investigaba, en el entendido de que nunca podía condenarse por el hecho experimental²⁷.

Nuevamente se vuelven a confundir términos; se denomina agente encubierto a lo que en realidad es un colaborador que es aquella persona que puede incluso ser un oficial policial o un particular y que es utilizada por la Policía para que realice una compra vigilada de droga y, de esa forma, verificar que se está desplegando una actividad ilícita.

En otra resolución de la Sala Tercera, luego de que se ha definido adecuadamente la figura del agente encubierto, se cae en los yerros antes señalados cuando se indica:

Pero en este caso no podemos hablar de provocador en sentido estricto, pues ya la persona contactada por la policía había optado por dirigir su comportamiento hacia el hecho delictivo, y en la mayoría de los casos ya había consumado una o varias veces ese mismo delito, y los funcionarios o los agentes encubiertos (puede ser un particular incluso) intervienen con el fin de ponerlo en descubierto y para procurar elementos de prueba indispensables para demostrar que ese sujeto se dedica a esa actividad ilícita²⁸. (Lo subrayado es propio).

Nuevamente se utiliza el término de agente encubierto para denotar la actividad de aquella persona que ha sido enviada a realizar una compra de droga controlada por la Policía; pero en realidad es un mero colaborador y nunca un agente encubierto. Además, se indica en el fallo que el agente encubierto puede ser un particular incluso, lo cual no es cierto, según lo que

26 Es decir se trata de una persona que presta colaboración a la Policía en actividades relacionadas a drogas, ejemplo, realizar compras vigiladas por la Policía.

27 Sala Tercera, voto número 857-2000 de las diez horas con veinte minutos del treinta y uno de julio de dos mil.

28 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución n.º 253-2000 de las diez horas trece minutos del dos de marzo de dos mil uno.

al respecto señala la Ley de Estupefacientes en su artículo 10, cuando faculta la infiltración de agentes policiales y nunca de particulares.

En la jurisprudencia nacional, también se ha indicado:

En otras palabras, es un mecanismo no convencional de investigación, útil y necesario para combatir delitos no convencionales. III.- Jurisprudencia reciente de ésta Sala ha señalado que: “[...] para tener por cierto que una persona vendió drogas a un agente encubierto enviado por la policía, es necesario que ésta última suministre a la autoridad jurisdiccional la identidad del comprador, con el fin de ser sometido al interrogatorio correspondiente en las distintas etapas del proceso, en especial durante el juicio. Para tales (sic) como regla general, no es suficiente la simple versión policial, cuando los policías sólo saben lo que les dijo el agente encubierto²⁹.

Asimismo, se vuelve a utilizar la denominación de agente encubierto para referirse a aquella persona, ya sea policía o particular que realiza una precompra de droga, como simple medio para constatar la realización de una actividad ilícita que como tal puede dar resultados negativos o positivos, según se logró comprar droga o no.

Sobre la utilización indiscriminada que se presenta en nuestra jurisprudencia del término agente encubierto, identificándolo con otras actividades diversas a las que en realidad ejecuta, en doctrina se ha señalado:

Es preciso diferenciar la figura descrita, agente encubierto, del funcionario policial que de forma esporádica y aislada, y ante un acto delictivo concreto, oculta su condición policial para descubrir un delito ya cometido, se trataría del denominado “comprador ficticio³⁰.

En resoluciones de la Sala Tercera, la figura del agente encubierto también ha sido asimilada a la del agente provocador, en este sentido:

Igualmente el que se hubiese actuado con agente encubierto tampoco descarta la realización del delito, pues como lo sostiene la doctrina mayoritaria al respecto y en otras oportunidades lo ha señalado la propia Sala Tercera, la provocación policial para descubrir un acto que ya de por sí es ilícito (como ocurre normalmente con los hechos relacionados con drogas y el peligro que presuponen para la salud pública) no es ilegal sino más bien un medio de investigación

29 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución n.º 583 de las 8:52 horas del 19 de junio de 1998.

30 Delgado García, *óp. cit.*, 1996, p. 69.

idóneo para la averiguación y constatación de tales delitos que de otro modo no podrían ser descubiertos³¹.

Además, la Sala Constitucional se ha pronunciado sobre la figura del agente encubierto en diversos fallos:

Los operativos que realiza la policía, no son en sí mismos delictivos, pues serían delito experimental en la mayoría de los casos, o bien, situaciones en que los oficiales o sus colaboradores actúan como “agentes encubiertos”, haciéndose pasar por terceros que concurren a corroborar que una persona ya se dedica a una determinada actividad delictiva, que en todo caso ya se producía o se había consumado con anterioridad a esa participación del agente policial. De ese operativo puede tenerse como resultado, suficientes indicios que permitan acreditar que la persona ya ha cometido un hecho delictivo, el que sólo se ve reforzado –desde el punto de vista probatorio– con el experimento. Por ejemplo, el policía que compra droga, esa venta en sí misma no es delito, porque no hay posibilidad alguna para que se lesione el bien jurídico protegido por la norma³².

La Sala Constitucional comete los mismos yerros que la Sala Tercera, en cuando a las denominaciones con que identifica la figura del agente encubierto. En este sentido, asimila agente encubierto con el simple colaborador, entendiendo por este al particular o al policía que realiza una compra controlada de droga, como medio para acreditar o desvirtuar si se está dando la venta de droga.

En otro extenso fallo del tribunal constitucional, en el cual se analizan diversos temas relacionados al narcotráfico, se señala:

Así, si dentro de un operativo policial realizado con agentes encubiertos, la única prueba existente es precisamente el experimento o lo realizado por el agente encubierto, corresponderá a los jueces determinar si esa prueba es suficiente para acreditar el hecho delictivo que se investiga, en el entendido de que nunca podría condenarse por el hecho experimental [...] ³³.

31 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución de las 9:20 horas del 28 de setiembre de 1990.

32 Sala Constitucional de la Corte, resolución de las dieciséis horas treinta minutos del veintinueve de julio de mil novecientos noventa y siete.

33 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución n.º 5573-96 de las once horas seis minutos del dieciocho de octubre de mil novecientos noventa y seis. Además del punto arriba señalado, en esta resolución se analizan las diferencias entre el delito experimental, el delito provocado y el agente encubierto, entre otros temas de interés. En igual sentido, puede verse: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución n.º 1427-96 de las quince horas treinta y tres minutos del veintisiete de marzo de mil novecientos noventa y seis.

La Sala Constitucional identifica al agente encubierto como el partícipe en un delito experimental que tiene por objeto acreditar la venta de droga en forma ilícita. No obstante, la utilización que se hace de agente encubierto no es la adecuada, por cuanto nada tiene que ver un agente encubierto dentro de una venta experimental o compra controlada por parte de la Policía, en la cual lo que se utilizan son colaboradores o propiamente agentes provocadores.

Sección D.- Agente encubierto y criminalidad organizada

Para finalizar este breve análisis, corresponde analizar la relación entre agente encubierto y la criminalidad organiza. Debe señalarse, en primera instancia, que la relación entre ambos es total, ya que la técnica del agente encubierto es utilizada como modalidad de investigación policial, precisamente motivada en la aparición del crimen organizado.

Debido a que la investigación de este hecho delictivo no puede combatirse con las modalidades tradicionales de investigación policial, se han tenido que crear y poner en vigencia lo que se conoce en doctrina como modalidades extraordinarias de investigación policial, entre las cuales se tiene al agente encubierto. En este sentido, el agente encubierto surge como una real necesidad de dotar a la Policía Administrativa y Judicial de nuevos métodos que permitan la investigación del fenómeno criminal; pero desde una posición diversa a la tradicional, precisamente desde el interior de la misma organización delictiva, ya sea a través de la infiltración que se produce con el agente encubierto. Esta situación obliga al agente encubierto a actuar con una identidad falsa, precisamente para lograr introducirse y ser aceptado en el seno del grupo investigado.

El fenómeno de la criminalidad organizada ha avanzado en tal forma que el mismo ha tomado una dimensión internacional a tal grado que ha dejado de ser una preocupación interna de los Estados para convertirse en una preocupación internacional, y ha generado en tal sentido, una serie de instrumentos de derecho internacional que tienen por finalidad combatir firmemente este fenómeno. Tal situación se ha descrito en doctrina de la siguiente forma:

De manera conjunta a la actuación internacional, la lucha contra el crimen organizado precisa de unos adecuados medios de confrontación en el ámbito nacional. Las diferentes autoridades afrontan una delincuencia, que, a diferencia de la delincuencia común, no solo compromete bienes jurídicos de titularidad individual, sino antes al contrario despliega sus efectos más dañinos sobre el sistema social, financiero y político, y agravia entidades jurídicas diversas, tales como la vida, el medio ambiente, la salud pública y la economía. Las organizaciones criminales disponen, además, de abundantes medios conducentes a la perpetración de ilícitos, cuentan con un entramado de difícil acceso para combatir los

centros de decisión, tienen material altamente sofisticado y sujeto de comprobada eficacia delictiva, recurren a la ingeniería financiera para ocultar el resultado de sus actuaciones y son el origen de nuevos tipos penales³⁴.

En nuestro país, el fenómeno de la criminalidad organizada se ha visto fortalecido con la reciente Ley N° 8754, publicada en el Alcance 29, de La Gaceta N° 143, del viernes 24 de julio de 2009. Pero contrario a lo esperado a pesar de que su tema de regulación es la criminalidad organizada, no se refiere ni directa ni indirectamente a la figura del agente encubierto, con lo cual se ha perdido una estupenda oportunidad para poner a derecho esta modalidad de investigación policial.

Lo anterior no implica olvido, sino más bien me atrevo a señalar, premeditación de nuestras autoridades policiales e, incluso, de aquellas encargadas de propugnar desde el mismo Poder Judicial de nuestro país, legislaciones de esta naturaleza. Sostengo tal afirmación señalando que una regulación tan endeble y deficiente de la figura del agente encubierto, como la que tenemos actualmente favorece su utilización sin restricciones de ninguna especie, no existe control de ninguna autoridad judicial ni siquiera del Ministerio Público y no se requiere una resolución judicial que faculte su implementación. Es decir, contrario a lo que acontece en otras legislaciones, el agente encubierto en nuestro país tiene plena libertad para actuar, a pesar de que su actuación provoque la vulneración de principios y derechos fundamentales de las personas que son investigadas mediante esta modalidad policial. Por tanto, no es rentable en la lucha contra la criminalidad organizada, reestructurarla para establecer una serie de requisitos que de alguna forma la hagan acorde con un sistema constitucional de derecho como es el nuestro.

Tampoco la Ley de Fortalecimiento de la Legislación contra el Terrorismo, Ley N.º 8719 se refirió a la figura del agente encubierto, a pesar de que introdujo 22 modificaciones a la Ley de Reforma Integral de la Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no Autorizado y Actividades Conexas del 26 de diciembre de 2001, en la cual se encuentra regulada la figura del agente encubierto.

34 Fonseca-Herrero, Marta Gómez de Liaño, óp. cit., p. 39.

Conclusiones

La regulación que presenta la Ley Sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no Autorizado, Actividades Conexas, Legitimación de Capitales y Financiamiento al Terrorismo N° 8204, en su artículo 10 de la figura del agente encubierto es claramente deficiente, en virtud de que la implementación de esta técnica policial queda en manos de la Policía.

Tal y como está regulado en la ley de psicotrópicos, la puesta en práctica de un agente encubierto no está supeditada a ningún grado de gravedad, tal y como lo está en legislaciones como la argentina y la alemana. Legalmente solo está autorizada para delitos relacionados con el trasiego de drogas, por lo que es cuestionable incluso su práctica en otro tipo de delitos. El tratamiento jurisprudencial que se ha realizado en la práctica judicial tampoco es el adecuado, por cuanto se suele confundir con otras técnicas de investigación policial, como por ejemplo, el colaborador o se le confunde con aquel policía que tan solo se limita a realizar compras de droga para poner de manifiesto el ejercicio de una actividad ilícita.

Sin duda alguna, la regulación existente en nuestra Ley de Estupefacientes de la figura del agente encubierto pasa por alto las verdaderas implicaciones que puede producir la puesta en práctica de dicha técnica de investigación, por lo que en momentos como los actuales cuando la narcocriminalidad alcanza dimensiones internacionales, figuras como la estudiada debe ser fortalecida para sacarle el máximo provecho posible y esto solo se puede lograr a través de una adecuada regulación que no olvide la protección de derechos fundamentales de los ciudadanos y las ciudadanas que son investigados mediante la puesta en práctica de esta modalidad de investigación policial. Tampoco se observa una preocupación legislativa para poner a derecho al agente encubierto, ya que la recién promulgada Ley Contra la Delincuencia Organizada y la Ley de Fortalecimiento Contra del Terrorismo no se refirieron de ninguna forma a ella.

No cabe la menor duda de la necesidad de realizar una profunda reforma de la figura del agente encubierto para que su implementación no vulnere los principios y los derechos fundamentales de todas aquellas personas que son investigadas por medio de esta. Así en conclusión, se propone como *lege ferenda* la siguiente: se considera que el artículo 10 de la Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de uso no Autorizado, Actividades Conexas, Legitimación de Capitales y Financiamiento al Terrorismo N° 8204 siguiente forma (sic):

En las investigaciones que se realicen con relación a los delitos tipificados en esta ley, se podrán infiltrar a agentes policiales, previa resolución debidamente fundamentada de Juez que así lo ordene y solo en aquellos casos en los cuales no se puede lograr la investigación mediante otras modalidades investigativas, previstas en la presente ley. Dicha solicitud

deberá ser planteada por escrito o en forma oral por un fiscal de la República. Analizada la solicitud correspondiente el Juez emitirá una resolución fundamentada en la cual autoriza o deniega la solicitud planteada. De autorizar la infiltración, el juez será el encargado de recibir la información que obtenga el agente y vigilar todo el proceso que dure la infiltración, término que nunca podrá sobrepasar el año.

De esta manera, se logran solventar los vacíos legales que la técnica del agente encubierto presenta en la actualidad, y se logra en primera instancia que la designación de la misma esté a cargo de una persona juzgadora, quien deberá velar para que tal figura investigativa solo se aplique en aquellos casos donde no sea posible realizar la investigación de otra manera. Así mismo, la presencia del juez o de la jueza tiene por objeto vigilar que la actuación del agente encubierto no conculque derechos constitucionales fundamentales a la vez que supervisa todo el proceso de la infiltración³⁵.

Bibliografía

[http: www. El Dial.com](http://www.ElDial.com). Rendo (Angel Daniel), Agente Encubierto, Revista Prudentia, Nº 53.

Delgado García, María Dolores., El Agente Encubierto: Técnicas de Investigación. Problemática y Legislación Comparada. En: La Criminalidad Organizada ante la Justicia (Faustino Gutiérrez-Alvis Conradi (director), Sevilla, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1996.

Delgado Martín, Joaquín. El Proceso Penal Ante la Criminalidad Organizada. El Agente Encubierto. En: Problemas Actuales de la Justicia Penal, José María Bosch Editor, Barcelona, 2001, p. 94.

Edwards, Carlos Enrique. El Arrepentido, el Agente Encubierto y la Entrega Vigilada. Buenos Aires, Ad-Hoc.

Espinoza de los Monteros, Rocío Zafra. El Agente Encubierto en el Ordenamiento Jurídico Español. Publicaciones del Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales, Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional, Universidad de Castilla-La Mancha, localizable en <http://www.cienciaspenales.net>

35 Por la brevedad de este artículo, se ha tenido que dejar de lado una serie de temas de vital importancia en relación con el agente encubierto, por ejemplo: diferenciación con otras modalidades policiales, tales como: el arrepentido, colaborador, el agente provocador; la afectación de derechos fundamentales que se pueden producir con el agente encubierto, etc.

Fonseca- Herrero, Marta Gómez de Liaño. Criminalidad Organizada y Medios Extraordinarios de Investigación. Editorial Colex, Madrid, p. 39.

Guariglia, Fabricio. El Agente encubierto ¿Un nuevo protagonista en el procedimiento penal? En: Revista de Ciencias Penales de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, año 8, número 12, diciembre de 1996, pp. 27-32.

Llobet Rodríguez, Javier. Proceso Penal Comentado. 1ª edición, San José, Editorial Jurídica Continental, 2003, p. 89.

Medina Ariza, Juan J. Una Introducción al estudio Criminológico del Crimen Organizado. En Delincuencia Organizada: Aspectos penales, procesales y criminológicos, Juan Carlos Ferré Olivé y Enrique Anarte Borralló, Editores, Universidad Huelva Publicaciones, España, 1999, p. 111.

Orsi, Omar Gabriel. Sistema Penal y Crimen Organizado, Estrategias de aprehensión y criminalización del conflicto. Del Puerto, 2007, p. 5. En igual sentido, se manifiestan muchos otros autores y autoras. Véase en este sentido: Delgado Martín, óp. cit. p. 93.

Rodríguez Campos, Alexander. El Arrepentido y la Investigación Penal Encubierta. Aspectos Problemáticos de la Persecución del Crimen Organizado. En: Una Oportunidad Para Reflexionar: XXV Aniversario del Ministerio Público, San José, Costa Rica, Departamento de Publicaciones del Poder Judicial, 2000, pp. 302-303.

Leyes

Ley de Estupefacientes 24.424, Modificación de la Ley N.º 23.737, sancionada el 7 de diciembre de 1994, promulgada el 2 de enero de 1995 y publicada el 9 de enero de 1995, Buenos Aires, artículo 6.

Ley N.º 8754 Ley Contra la Delincuencia Organizada, publicada en Alcance 29 de La Gaceta N° 143 del viernes 24 de julio de 2009.

Ley sobre Estupefacientes, Sustancias Psicotrópicas, Drogas de Uso no Autorizado, Actividades Conexas, Legitimación de Capitales y Financiamiento al Terrorismo N.º 8204 entró a regir a partir de su publicación en La Gaceta N° 8 del 11 de enero de 2002.

Ley de Fortalecimiento de la Legislación Contra el Terrorismo N.º 8719.

Jurisprudencia

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución n.º 5573-96 de las once horas seis minutos del dieciocho de octubre de mil novecientos noventa y seis.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución número 1427-96 de las quince horas treinta y tres minutos del veintisiete de marzo de mil novecientos noventa y seis.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución de las dieciséis horas treinta minutos del veintinueve de julio de mil novecientos noventa y siete.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución de las 9:20 horas del 28 de septiembre de 1990.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución n.º 583 de las 8:52 horas del 19 de junio de 1998.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución n.º 162 de las 11:17 horas del 20 de febrero de 1998.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto n.º 857-2000 de las diez horas con veinte minutos del treinta y uno de julio de dos mil.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución n.º 1031 de las diez horas con cuarenta minutos del 17 de noviembre de 2003.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución n.º 253-2000 de las diez horas trece minutos del dos de marzo de dos mil uno.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto n.º 857-2000 de las diez horas con veinte minutos del treinta y uno de julio de dos mil.

Convenciones

Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, artículo 2, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 15 de noviembre de 2000, mediante Resolución A/RES/55/25.

La acción civil resarcitoria en el proceso penal. Problemas de aplicación

Rafael Ángel Sanabria Rojas¹

I. Introducción

Este artículo tiene como objetivo evidenciar algunos problemas que se presentan en el trámite de la acción civil resarcitoria y el consecuente incumplimiento de las disposiciones legales sobre esta materia. Los resultados obtenidos reflejan la necesidad de realizar algunos cambios importantes, a efecto de utilizar los procedimientos adecuados para resolver los conflictos civiles que se plantean en sede penal.

El trabajo se relaciona con un análisis de sentencias emitidas durante el 2004, por los Tribunales de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José, del Segundo Circuito Judicial de San José, del I Circuito Judicial de Alajuela, del Tribunal de Juicio de Heredia y el Tribunal de Juicio de Cartago.

Siguiendo un criterio de experto (Ary, Jacobs y Razavieh, 1997: 140-141), se tomó en cuenta un 20% de las sentencias dictadas por los tribunales penales en todo el país durante el citado año, relacionadas con reparación civil en el proceso penal.

De la totalidad de tribunales de juicio ubicados por provincia, a saber: San José, Alajuela, Cartago, Heredia, Guanacaste, Puntarenas y Limón, se seleccionaron los principales de la Gran Área Metropolitana. Se valoró para esta decisión que son los despachos que más fallos emiten sobre acción civil. De tal forma que el resultado del estudio reflejó lo que está sucediendo en el resto del país.

Para determinar el porcentaje de expedientes, se tomaron en cuenta las sentencias que contenían un pronunciamiento sobre acción civil, dictadas por los citados tribunales. Así se estudiaron, para el I Circuito Judicial de San José, 44 expedientes (27% de la muestra); en el II Circuito Judicial de San José, 21 (13%); en el I Circuito Judicial de Alajuela, 33 (21%); en el Tribunal de Juicio de Cartago, 28 (18%), y en el Tribunal de Juicio de Heredia, 33 (21%). En total son 159 causas que representan el 20% de la totalidad de sentencias con acción civil, dictadas durante el 2004 en todo el país (781), a saber el 100%, según el informe del Departamento de Estadística del Poder Judicial.

1 Doctor en Derecho por la Universidad Estatal a Distancia de Costa Rica; especialista en reparación civil extracontractual de la Universidad Castilla-La Mancha; magíster en Ciencias Penales y especialista en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica; juez de casación penal y magistrado suplente de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia; profesor de la Universidad de Costa Rica y del Colegio de Abogados de Costa Rica y presidente de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica.

II. Resultados obtenidos

1. Requisitos del escrito de acción civil resarcitoria

Se parte de la base de los requisitos establecidos por el artículo 112 del Código Procesal Penal (en adelante CPP).

1.1. Nombre y domicilio de la persona física o jurídica actora civil

El artículo 112 del Código Procesal Penal establece que debe indicarse el nombre de la persona que solicita ingresar al proceso en calidad de actora civil. En la muestra se respetó esta exigencia, pues en todas las sumarias examinadas se indicaron el nombre y el domicilio de la persona física o jurídica que pretendía constituirse como actora civil.

1.2. Nombre y domicilio de la persona física o jurídica demandada, así como el vínculo

El artículo 112 regula que deben mencionarse el nombre y el domicilio de la persona física o jurídica demandada, así como el vínculo. La norma hace referencia a la persona tercera civil responsable, dado que nuestra legislación realiza una distinción injustificada entre esas personas y la persona imputada que se tiene como parte civil. Esta regulación dispone que cuando no se mencione el nombre de la persona encartada que se demanda, se entiende que la acción civil resarcitoria se emprende contra todas las personas que aparezcan en la causa.

Este requisito se observó en los 159 casos. En todos, la acción civil se emprendió contra personas físicas y, en veintitrés de estos, también se incluyó a personas jurídicas. Se cumplió con el requisito de indicar el nombre de ambas personas demandadas, así como sus domicilios. En dos causas no se justificó el vínculo, es decir, no hubo mención de las razones por las cuales esa persona jurídica respondería conjuntamente con la persona imputada. Esto debió originar una prevención para subsanar el defecto, conforme con lo regulado en el artículo 15 del Código Procesal Penal; pero no se hizo por medio del Ministerio Público ni por el juzgado penal.

En los citados veintitrés procesos donde se demandó a personas jurídicas, únicamente se citó el nombre de la persona representante en doce causas y solo se aportaron nueve personerías. El Ministerio Público y el juzgado Penal no ordenaron la subsanación de este defecto, lo cual implica que no se está cumpliendo con las exigencias legales (art. 15 CPP). Es decir, los actores o actoras y las personas demandadas civiles deben acreditar sus respectivas personerías, presentando la prueba documental respectiva. Bajo ninguna circunstancia, los juzgados penales o bien los o las representantes del Ministerio Público deben suplir esa obligación de las partes civiles (art. 317 del Código Procesal Civil).

1.3. Indicación del proceso

El artículo 112 también establece que debe identificarse el proceso donde se pretende la constitución como parte civil. El estudio reveló que, en todos los casos, se identificó el proceso, señalando el delito, el nombre de las partes, el número de causa, así como el despacho del Ministerio Público o el tribunal de juicio, ante los cuales se presentó el escrito de acción civil resarcitoria. De tal forma, este requisito se cumplió a cabalidad en la muestra examinada.

1.4. Motivos en que la acción se basa

Esta disposición obliga a los actores o las actoras civiles a consignar en el escrito una relación de hechos, relacionados con las pretensiones civiles que formulan. Si bien es cierto en todas las acciones civiles presentadas, se hacía alusión al reclamo de un daño moral o material, el problema generalizado que se observó fue la falta de una descripción detallada de hechos relacionados con el daño sufrido, haciéndose referencia a la cuestión penal.

Lo anterior tiene trascendencia desde el punto de vista civil, en tanto los hechos fijan la competencia de la persona juzgadora y constituyen la causa petendi. Las partes civiles deben tener especial cuidado en concentrarse en una delimitación clara, precisa y circunstanciada de los hechos donde sustentan sus pretensiones.

2. Patrocinio letrado

Las normas vigentes (arts. 111 y 124 del CPP) exigen al actor o a la actora y a la persona demandada civil actuar con patrocinio letrado. En todas las acciones civiles, se cumplió con este requisito, e intervinieron abogados y abogadas particulares, o bien fiscales de la Oficina de Defensa Civil de las Víctimas del Ministerio Público.

3. Traslados de la acción civil resarcitoria a las personas demandadas civiles

3.1 Traslado

Este trámite se cumplió casi en su totalidad. Solo en tres casos, no se les dio traslado del escrito de acción civil resarcitoria a las personas demandadas civiles.

3.2 Plazo del traslado

La legislación vigente no contiene, en los delitos de acción pública o de acción pública a instancia privada, un plazo determinado para el traslado de la acción civil a las personas demandadas.

Así existen tres opciones: una, utilizar los tres días que contemplan el trámite de excepciones (arts. 42 a 44 del CPP); otra, el plazo que fija el Código Procesal Civil; finalmente, el artículo 316 del CPP señala que al recibir la causa, el juzgado penal debe conceder una audiencia a las partes por cinco días, para los efectos del artículo 317 que contempla la oposición de excepciones. Esta última posibilidad les otorga mayor tiempo a las partes demandadas para formular la oposición a la acción civil.

De la muestra examinada, se obtuvo el siguiente resultado sobre los traslados: en 107 casos (67% de la muestra), no se indicó el plazo del traslado, entendiéndose que la persona demandada civil cuenta con todo el que abarque la fase de investigación, y que puede oponerse a la acción civil en la etapa intermedia, cuando el juez o la jueza penal le otorga audiencia sobre la acusación y las actuaciones del Ministerio Público (art. 316 del CPP).

El artículo 317 del Código Procesal Penal permite, entre otras opciones, oponer excepciones, de lo cual derivan, válidamente, los operadores del sistema penal, por lo que la persona demandada civil puede oponerse a la acción civil en ese instante.

En 43 causas (27% de la muestra), se otorgó un plazo de cinco días para contestar la acción civil. Si se toma en cuenta que de las 159 revisadas, solo 16 eran de acción privada, donde el plazo era de cinco días, quedan 27 casos (17% de la muestra) donde se escogió ese plazo que no estaba regulado en la ley.

En seis casos (4%), se estableció un plazo de traslado de tres días, probablemente derivado del trámite de excepciones penales que regula el Código Procesal Penal.

Finalmente, en tres causas (2%) no se dio traslado y, consecuentemente, tampoco se usó plazo sobre el particular. Esto resulta reprochable, pues denota desidia hacia una cuestión que, al igual que la penal, es esencial para los intereses de las víctimas que han sufrido un daño con ocasión de un hecho presuntamente delictivo.

De esta información, se extrae que es importante regular, para los delitos de acción pública y de acción pública a instancia privada, el plazo de traslado que bien podría ser de cinco días, como se establecía en el derogado Código de Procedimientos Penales, con el fin de lograr uniformidad al efecto.

En todo caso, lo importante es que si la persona demandada civil, debidamente notificada, no contesta la acción civil, conforme con el Código Procesal Civil (art. 310), debe presumirse que admite los hechos que contiene la acción civil. Sin embargo, esta presunción puede luego ser descartada a través de la aportación de prueba.

4. Respuesta a la acción civil resarcitoria por las personas demandadas civiles

4.1 Contestación a la acción civil

De acuerdo con lo mencionado en los puntos anteriores, de las 159 causas examinadas, únicamente en 156 (98% de la muestra), se otorgó traslado a las personas demandadas civiles. De estos solo hubo respuesta de las personas demandadas civiles en 65 asuntos (41%), y quedaron sin contestar 91 (59%).

Esto implica que no se está ejerciendo adecuadamente el derecho de defensa de las personas demandadas civiles, pues desaprovechan la audiencia para oponerse a la acción civil resarcitoria y formular excepciones. A este aspecto deben poner mayor atención los abogados y las abogadas particulares y los defensores y las defensoras públicos encargados de defender a las personas demandadas civiles, oponiéndose a los hechos y pretensiones del actor o de la actora civil, cuando lo estimen conveniente, y utilizando las excepciones civiles que contempla el artículo 298 del Código Procesal Civil (la falta de competencia, la falta de capacidad o la defectuosa representación, la indebida acumulación de pretensiones, el litis consorcio necesario incompleto, el acuerdo arbitral, la litis pendencia, la cosa juzgada, la transacción, la prescripción y la caducidad), entre otras.

4.2 Formulaciones de excepciones

La falta del ejercicio de defensa también se aprecia en la oposición de excepciones que contempla el artículo 298 del Código Procesal Civil, a la acción civil resarcitoria. De los 65 casos donde se contestó la acción civil, únicamente en 49 (75%) se presentaron excepciones. En estas prevalecieron las de fondo, como la falta de derecho (45), falta de legitimación (43), la falta de interés (12). De los citados 65 casos, en 16 (25%) no se opusieron excepciones, desaprovechando este instituto contemplado en la legislación procesal civil.

Como excepciones previas y de forma se opusieron: prescripción (3), caducidad (3), falta de competencia (1), defectuosa representación (1), litis consorcio pasivo necesaria (1), litis pendencia (1).

Este panorama refleja que no se están utilizando las excepciones como una forma de defensa contra la acción civil resarcitoria. La causa de lo anterior no es posible determinarla en este trabajo; pero sí es viable sospechar que se genera por desconocimiento de las posibilidades de defensa que brinda el ordenamiento jurídico.

5. Audiencia sobre la oposición a la acción civil resarcitoria

El Código Procesal Penal (art. 115) establece la obligación de hacer del conocimiento del actor o de la actora civil la oposición que formule la persona demandada civil a sus pretensiones. Ya se mencionó que en 65 casos, las personas demandadas civiles se opusieron a la acción civil resarcitoria. De estos solamente en 11 casos (17%), el Ministerio Público (en delitos de acción pública o de acción pública a instancia privada) o el tribunal de juicio (en delitos de acción privada) dieron traslado al actor o a la actora civil.

Esto implica que se incumplió con dicha exigencia en 54 causas (83%), lo cual es preocupante. Si son sumamente pocos los asuntos donde media oposición y en estos no se le da traslado al actor o a la actora civil sobre esa gestión de la persona demandada civil, queda claro que los jueces y las juezas de juicio y el Ministerio Público no están dando importancia al trámite de la acción civil resarcitoria.

De igual forma, en los once casos donde se concedió audiencia sobre la oposición, se utilizaron plazos variados: sin plazo (7), tres días (3), cinco días (1). En forma similar para el traslado, el Código Procesal Penal no regula un plazo para la audiencia sobre la oposición a la acción civil, cuestión que debe legislarse a efecto de brindar seguridad a las personas involucradas en el trámite de este instituto.

6. Formulación de pretensiones

Conforme con lo expuesto en este trabajo, formular las pretensiones implica describir, con claridad y precisión, el tipo de daño moral, daño material y perjuicios, cuya reparación se pretende, o bien mencionar el bien sobre el cual se pide la restitución. Además, cuando se busca una reparación, es necesario cuantificar el daño sufrido.

El Código Procesal Penal contiene una confusión en el artículo 308, pues señala que deben fijarse las pretensiones cuando el Ministerio Público otorga audiencia al actor o a la actora civil sobre la acusación y le fija cinco días al efecto. En realidad las pretensiones ya se han establecido en el escrito de acción civil, pues ahí debe describirse el daño sufrido, cuya reparación se pretende, es decir, la causa petendi. En la audiencia del artículo 308 del Código Procesal Penal, lo que debe realizarse es la cuantificación de ese daño. Sin embargo, ante la confusa legislación vigente y en aras de la tutela judicial efectiva, es factible, para los actores y las actoras civiles, formular y concretar pretensiones en el plazo que establece el artículo 308 ya citado.

En los casos investigados, se formularon pretensiones en 157 de ellos (98% de la muestra). En dos no se indicó nada al respecto, sin que el juzgado penal declarara el desistimiento, conforme correspondía, por así disponerlo, expresamente, el artículo 117 del Código Procesal Penal.

Prevalecieron la solicitud de reparación de daño material (139), daño moral (142) y el de perjuicios representados por la pretensión de pago de intereses legales (39). Únicamente en un caso se solicitó la indexación, probablemente por el desconocimiento de la posibilidad de hacerlo, establecida por la jurisprudencia del Tribunal de Casación (voto 190-F-99, del 4 de junio de 1999) y de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (voto 1016-F-04, de las 9:30 horas del 26 de noviembre de 2004).

Actualmente, en la Ley N° 8508 del 28 de abril de 2006, (Código Procesal Contencioso Administrativo), publicada en el Alcance N° 38, La Gaceta N° 120 del 22 de julio de 2006, la cual rige desde el 1° de enero de 2008, se establece la posibilidad de actualizar los montos en la sentencia en las deudas dinerarias, a fin de compensar la variación en el poder adquisitivo ocurrida entre el lapso que media entre la fecha de exigibilidad de la obligación y la de su extinción por pago, sin perjuicio de la indexación convencional (art. 123).

7. Ofrecimiento de prueba

En esta materia, está vigente el principio de carga de la prueba para la acción civil resarcitoria. Es decir, rige a plenitud lo estipulado por el artículo 317 del Código Procesal Civil, en el sentido de que el actor o la actora civil debe demostrar los hechos en que apoya sus pretensiones, y le corresponde a la persona demandada civil acreditar aquellos donde justifica su oposición y las excepciones formuladas contra la acción civil.

Esta posición fue respetada por el Ministerio Público, los juzgados penales y el tribunal de juicio, pues en ningún caso se ordenó prueba de oficio a favor de alguna de las partes civiles.

La citada obligación también ha sido comprendida por los actores y las actoras civiles, pues en 157 casos (98% de la muestra) de los estudiados, se ofreció prueba para justificar las pretensiones. Solamente en dos casos, no se realizó, pero el Ministerio Público y las personas juzgadas no intervinieron de oficio.

8. Constitución de partes y resolución sobre excepciones en la etapa intermedia

El trámite de constitución de partes (actor o actora y persona demandada civil), únicamente está previsto para los delitos de acción pública y de acción pública a instancia privada. En los delitos de acción privada, no se regula al respecto.

Le corresponde al juzgado penal, al resolver sobre la audiencia preliminar, determinar si admite o no como partes al actor o a la actora y a la persona demandada civil. En los casos estudiados (159), una vez eliminadas las causas por delitos de acción privada (16), el juzgado penal emitió un

pronunciamiento al respecto en 140 casos (98%) que aceptaba a las partes civiles. Esto implica que en tres procesos (2%), el juzgado penal no cumplió con la obligación de decidir sobre la constitución de partes, cuestión sobre la cual debe ponerse mayor atención.

Otro aspecto de interés que debe resaltarse es que el juzgado penal está obligado a pronunciarse únicamente sobre las excepciones previas formuladas por las partes. Las excepciones de fondo, tales como: la falta de derecho, de legitimación y de interés deben reservarse para la eventual sentencia posterior al juicio oral y público.

En la muestra investigada, en forma absolutamente irregular, los juzgados penales se pronunciaron en siete casos sobre las excepciones de fondo de falta de derecho y falta de legitimación, y las rechazaron. Esto evidencia un desconocimiento sobre la materia que también debe corregirse.

9. La sentencia

Con la sentencia culmina buena parte del trámite de la acción civil resarcitoria, restando los recursos y el proceso de ejecución; dos temas que no son objeto de tratamiento en este artículo.

En el trabajo de campo, se ha valorado, especialmente, la cuestión formal de los fallos y no los aspectos de fondo que involucran la acción civil resarcitoria, por lo que el principal esfuerzo se ha enfocado en ese sentido.

9.1 Resolución de los presupuestos materiales

Al resolver el tema civil, el tribunal debe ocuparse (de oficio) de determinar la presencia de los presupuestos materiales, a saber, la existencia del derecho (daño, relación de causalidad, criterios de imputación), la legitimación activa y pasiva y el interés actual. Es decir, aunque no se hayan opuesto las excepciones de falta de derecho, falta de legitimación, activa o pasiva, o bien la falta de interés por la persona demandada civil, las personas juzgadoras deben emitir un pronunciamiento al respecto, lo cual, a la vez, facilita enormemente la toma de una decisión.

De la muestra examinada, se cumplió con este requisito en once casos. Es decir, se realizó una valoración sobre la existencia del daño y la obligación legal de reparar; la relación entre la persona que solicitaba la indemnización y el derecho que le asistía; que se demandara a la persona que debía responder y sobre la exigibilidad de la obligación. Aunque no en todos esos once casos (7%) se hizo referencia expresa a estos requisitos, las personas juzgadoras pudieron extraer su valoración del contenido de la resolución.

Restados los casos en que se presentaron formas extraordinarias de conclusión del proceso (desistimiento (6) y conciliación (1), y (1) donde la acción se declaró inadmisibile en juicio), no hubo pronunciamiento sobre los presupuestos materiales en 140 casos (93%), lo que resulta realmente preocupante.

La anterior información refleja un sorprendente desconocimiento sobre la materia, lo cual debe ser tomado en cuenta en futuros cursos de la Escuela Judicial, del Ministerio Público, de la Defensa Pública y del Colegio de Abogados, y debe resaltarse que la última institución ya ha tomado medidas al respecto, ya que ha impartido cursos sobre la acción civil en diferentes partes del país, tales como: Pérez Zeledón, Liberia, Turrialba, Corredores, Puntarenas y Cañas, entre otros. Lo propio ha ocurrido en la sede central del Colegio de Abogados, entidad que en conjunto con la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, ha impartido cursos que contemplan los aspectos generales más importantes del tema. Lo propio ocurre con el Ministerio Público que, a partir de este año (2009), ha iniciado cursos de capacitación para los y las fiscales, relacionados con la reparación civil en el proceso penal.

9.2 Resolución sobre las excepciones

Como ya se indicó, de los 159 casos estudiados, siete se resolvieron por medio de formas extraordinarias de conclusión del proceso, y una acción civil se declaró inadmisibile en juicio por haber sido presentada en forma extemporánea. De tal forma, quedaron 151 causas sobre las cuales se emitió un fallo condenatorio o absolutorio en lo civil.

También se había mencionado que las personas demandadas civiles prácticamente no utilizaron las excepciones para combatir la acción civil resarcitoria, pues solo en 49 casos fueron presentadas.

Este problema se ha incrementado con la conducta de las personas juzgadas de juicio, quienes solo se pronunciaron en 19 casos (39%), de los 49 citados, sobre las excepciones formuladas por las personas demandadas civiles. Es decir, en 30 causas (61%), se dejó de resolver sobre el particular, con lo cual únicamente a través de la condena o absolutoria civil, era posible derivar su rechazo o admisión.

Esos 19 casos donde se resolvieron expresamente las excepciones se distribuyen de la siguiente forma: con lugar falta de derecho (5), falta de legitimación (1), falta de interés (1), litis pendencia (1). También se declaró inadmisibile una acción civil en juicio, por haber sido presentada en forma extemporánea. Sin lugar fueron declaradas: falta de derecho y falta de legitimación (7), falta de interés (1) y defectuosa representación (1).

Sobre este particular, también debe instruirse a los jueces y las juezas, pues tienen la obligación de pronunciarse en el fallo sobre todos los aspectos esenciales planteados en el juicio, así como de cuestiones formuladas con anterioridad, como lo relativo a las pretensiones y excepciones. De lo contrario, la sentencia podría resultar nula, por falta de motivación.

9.3 Resumen de las pretensiones

En lo concerniente a la acción civil resarcitoria, el fallo del tribunal de juicio debe contener, en los resultandos, como lo exige el Código Procesal Civil (art. 155), un resumen sobre las pretensiones de la parte actora civil.

Este requisito tampoco ha sido cumplido en la mayoría de la muestra examinada. De los 151 casos donde se emitió fallo condenatorio o absolutorio, solamente en 31 (20%), se mencionaron las pretensiones de las partes. Esto implica que se incumplió con este requisito en 120 casos (80%). De nuevo se insiste en la necesidad de instruir a los jueces y a las juezas sobre la obligación de observar las exigencias legales para el fallo sobre las cuestiones de la acción civil resarcitoria.

9.4 Hechos demostrados

Tanto la legislación procesal penal (art. 363) como la procesal civil (art. 155) exigen consignar en la sentencia una relación de los hechos tenidos por demostrados, de lo cual no escapan, por supuesto, los de la acción civil resarcitoria.

En cuanto a este requisito, solo en 22 casos (15%) de los 151 sobre los cuales se emitió fallo condenatorio o absolutorio, se incluyó una relación de hechos demostrados o no demostrados sobre el tema civil. En 129 causas (85%), no se cumplió con la exigencia, lo cual implica una ausencia de motivación fáctica importante en las sentencias relacionadas con la acción civil resarcitoria.

9.5 Fundamentación descriptiva, intelectual y jurídica en la sentencia

La investigación de campo también logró determinar algunas deficiencias en la motivación de las sentencias civiles en sede penal, desde el punto de vista jurídico.

En cuanto a la fundamentación descriptiva, consistente en la necesidad de transcribir en el fallo un resumen de la prueba oral recibida en la audiencia (art. 143 del Código Procesal Penal), no se apreciaron problemas, pues en la totalidad de la muestra (151 fallos absolutorios o condenatorios), se cumplió con este requisito.

Lo propio ocurre con la fundamentación intelectual, es decir, la valoración de la prueba. Hubo una satisfactoria valoración de la prueba, pues en la totalidad de la muestra, se analizaron los elementos de convicción recibidos en la audiencia. Sin embargo, se enfatizaron los aspectos penales. En importante utilizar mayor motivación intelectual en los aspectos concernientes al pronunciamiento civil.

El problema esencial se presentó en relación con la fundamentación jurídica. En 88 casos (55%), sí se emitió un pronunciamiento sobre las normas jurídicas, tanto de orden procesal como sustantivo, aplicables a la cuestión civil. En 71 casos (45%), los jueces y las juezas no se preocuparon por cumplir con este requisito. Debe aclararse que sobre este particular se toma en cuenta la totalidad de la muestra (159 causas), porque aun en los casos en que concluyó el proceso, por razones extraordinarias, siempre fue necesaria la justificación jurídica de la decisión.

De esta forma, también debe insistirse sobre la necesidad de observar este requisito fundamental del fallo, para lo cual resulta esencial instruir a las personas juzgadoras en temas de fondo involucrados en la acción civil, como los alcances del concepto de daño moral, daño material e intereses. Asimismo, es esencial que el pronunciamiento sobre la reparación civil tome en cuenta lo regulado, entre otros, en los artículos 103 del Código Penal, las normas vigentes sobre responsabilidad civil del Código Penal de 1941, los artículos 1045 y 1048 del Código Civil, el artículo 35 de la Ley 7472, la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor.

9.6 Sentencias condenatorias y absolutorias

Excluidas las causas donde se aplicó una forma extraordinaria de conclusión del proceso (8), en los 151 casos restantes, se dictó el siguiente tipo de sentencia: 69 absolutorias en lo civil (45%) y 82 sentencias condenatorias (55%).

9.7 Pronunciamiento sobre costas

Conforme con lo indicado, se dictaron sentencias condenatorias y absolutorias en lo concerniente a la acción. Se realizó una separación del pronunciamiento sobre costas, según cada tipo de las sentencias mencionadas.

En las 69 sentencias que declararon sin lugar la acción civil, hubo pronunciamiento sobre costas en 61 casos (88%). En 8 (12%), el tribunal incumplió con la obligación de resolver lo pertinente sobre ese rubro. De las 61 sentencias donde se emitió pronunciamiento, en 54 (89%) se absolvió de su pago al actor o a la actora civil, y en siete casos (11%) se condenó. De los citados 54 casos, en 30 (55%), la absolutoria obedeció a razón plausible para litigar, es decir, se motivó el pronunciamiento. En 24 (45%), no hubo fundamentación: no se indicaron en la sentencia las

razones por las cuales se eximía del pago de costas. Esto revela incumplimiento de lo estipulado por la legislación procesal penal sobre el particular.

Se decretó condenatoria civil en 82 sentencias. En estas no hubo pronunciamiento sobre costas en cinco casos (6%). En las restantes 77 (94%), el tribunal resolvió sobre este extremo. Las dos absolutorias no fueron fundamentadas y las condenatorias sí. Aunque el defecto es menor, no deberían presentarse casos donde no se justifique lo correspondiente a la condenatoria o absolutoria sobre este extremo.

10. Formas extraordinarias de conclusión del proceso

De las formas extraordinarias de conclusión del proceso, en la investigación se incluyeron el desistimiento, la conciliación y la transacción. En los 159 casos sometidos a estudio, se logró comprobar el uso de estos institutos en siete causas (4%). De estas, en seis concluyó la acción civil por desistimiento; dos expresos y cuatro por desistimiento tácito. De las cuatro citadas, las razones fueron porque no se concretaron pretensiones; no se presentó el actor o la actora civil a rendir declaración en el juicio; no acudió el actor o la actora civil a la primera audiencia del debate y porque no se formularon conclusiones. Solamente en una causa, se usó la conciliación para resolver el conflicto civil.

Resulta oportuno incrementar el uso de institutos de resolución alternativa al conflicto, lo cual incluye el aspecto civil, con la finalidad de que sean las partes las que lleguen a un acuerdo sobre el problema planteado, y que no sea la persona juzgadora quien imponga su criterio al respecto.

11. Medidas cautelares

Para efectos de este trabajo, solamente se incluyeron como medidas cautelares el embargo y la anotación de la demanda. La investigación de campo determinó que no se utilizó el embargo. En 49 casos (31%), se utilizó la anotación sobre bienes muebles, concretamente, sobre los asientos de vehículos automotores en el Registro Público, con fundamento en lo estipulado por los artículos 159 y 188 de la Ley de Tránsito por Vías Terrestres.

En diez casos (6%), se ordenó la anotación de la acción civil sobre los asientos de inscripción de bienes inmuebles. De estos, en seis (60%) se justificaron en lo establecido por los artículos 468 del Código Civil y 292 del Código Procesal Civil. En cuatro casos (40%), la anotación de la demanda fue decretada en contra de lo establecido por esas normas, pues no se discutieron aspectos de propiedad sobre los bienes objeto de anotación. Esto evidencia desconocimiento sobre la materia, cuestión que se debe tomar en cuenta para impartir futuros cursos a los operadores y las operadoras del sistema penal.

III. Conclusiones

De acuerdo con los datos obtenidos en esta investigación de campo, se han detectado deficiencias importantes en la tramitación de la acción civil resarcitoria.

Algunos y algunas fiscales y ciertos jueces y juezas penales no se han preocupado por exigir el cumplimiento de los requisitos establecidos por el artículo 112 del Código Procesal Penal, en el escrito de acción civil resarcitoria. Así, entre otros, no se ha prevenido a los actores y las actoras civiles que mencionen el vínculo jurídico que existe entre la tercera o el tercero civilmente demandando y el hecho atribuido a la persona imputada. Esto es importante para determinar la razón por la cual se estima que existe obligación de responder en forma solidaria con la persona imputada por los daños ocasionados.

Ese incumplimiento también se refleja en que no se previno a los actores y las actoras civiles que mencionen el nombre de los y las representantes de las personas jurídicas y que aporten las personerías correspondientes. Incluso, en algunos casos, se detectó que el Ministerio Público, de oficio, pedía esa información al Registro Público, lo cual es incorrecto, pues es la parte quien debe preocuparse por aportar esos datos.

Otro defecto que se observó en el escrito de acción civil, cuya corrección no fue ordenada por el o la fiscal o el juez o la jueza penal, es que en algunos no se detallaba el daño moral o material sufrido por la víctima. Sobre el particular, solo se mencionaba que se reclamaba daño moral o bien material; pero no se indicaba en qué consistía. Tampoco hubo prevención al respecto.

En cuanto al traslado de la acción civil resarcitoria al demandado o la demandada civil, se determinó que se utilizan diversos plazos. En la mayoría de casos, no se indicó el plazo y, en los restantes, se dio traslado por cinco o tres días. Es necesaria una reforma que unifique lo anterior, pues al no existir regulación expresa en la ley, se presenta la inseguridad por la incertidumbre en cuanto al tiempo con que se cuenta para contestar la acción civil.

Lo propio ocurre con el traslado de la oposición de la persona demandada al actor o a la actora civil. De los pocos casos en que la persona demandada civil contestó la acción civil (65), únicamente en once, el Ministerio Público dio traslado sobre esa oposición. Con lo anterior, se incumple abiertamente con lo regulado en el artículo 115 del Código Procesal Penal.

Se evidenció en el trabajo de campo, como se indicó en el punto anterior, que las personas demandadas civiles no utilizaban el derecho de defensa, pues en la mayoría de casos, no contestaron la acción civil (únicamente en 65). Y de estos, solo en 49, plantearon excepciones,

especialmente de fondo, tales como: la falta de derecho, falta de legitimación y, en menor medida, la falta de interés. Las excepciones previas brillaron por su ausencia. Aquí la inercia resulta atribuible a las personas demandadas civiles y, en especial, a sus defensores o defensoras, quienes no utilizaron los instrumentos que les facilita el ordenamiento jurídico para defender los intereses de las personas demandadas.

Es importante destacar que hubo un respecto absoluto al principio de la carga de la prueba, pues fueron las partes quienes la ofrecieron para demostrar los hechos en que justificaban sus pretensiones, o bien aquella que servía de base a la oposición o formulación de excepciones. En ningún caso intervino el Ministerio Público o los tribunales de oficio, con lo cual permanece incólume el principio de imparcialidad.

En cuanto a la labor del juzgado penal, en la etapa intermedia, se evidenciaron algunas irregularidades, como no pronunciarse sobre la constitución de partes, en tres causas. Además, se emitió un pronunciamiento sobre las excepciones de falta de derecho y falta de legitimación en siete casos en esa fase procesal, lo cual es irregular pues es una materia reservada para la sentencia posterior al juicio oral y público.

En lo concerniente a la sentencia, la investigación también reflejó algunas inconsistencias, pues no se observaron los requisitos correspondientes en la solución del conflicto civil. En primer término, solamente se hizo referencia expresa a los presupuestos materiales (derecho, legitimación e interés actual), en once causas. Tomando en cuenta que la muestra era de 159 casos, menos siete causas en que concluyó el proceso en forma extraordinaria, en 140 casos (93% de la muestra), no se analizó, al menos sucintamente, la presencia de los presupuestos materiales para resolver la acción civil resarcitoria.

Se observa una situación similar en el pronunciamiento sobre las excepciones planteadas. Ya se indicó que solo en 49 casos, las personas demandadas civiles formularon excepciones. De estos, solo en 19 (39%), se resolvió sobre las excepciones. Bien podría entenderse que al acogerse la demanda civil o al rechazarse, se estaba decidiendo sobre las excepciones, pero lo propio es que también exista un pronunciamiento expreso sobre el particular.

Los jueces y las juezas de juicio tampoco se preocuparon por hacer un resumen de las pretensiones del actor o la actora civil en los resultandos, pues solo en 31 casos, se cumplió con ese requisito. Igual conducta se apreció en cuanto a consignar en la sentencia la relación de hechos demostrados o no demostrados. Únicamente en veintidós fallos se observó esta exigencia.

La fundamentación jurídica también fue deficiente en las sentencias analizadas. En 88 casos (55%), no se indicó en el fallo el sustento normativo (de fondo o forma) tomado en cuenta para

resolver el problema civil planteado. En 71 causas (45%), sí consta en las sentencias la correspondiente motivación.

También se apreciaron deficiencias en el pronunciamiento sobre costas, pues en algunos casos, no se dispuso sobre el particular, a pesar de que la ley obliga a hacerlo. En otros tampoco se fundamentó lo relativo a la absolutoria en costas.

El estudio de campo permitió constatar el poco uso, en la fase de juicio, de las formas extraordinarias de conclusión de la acción civil resarcitoria. Solamente en una causa, se hizo uso de la conciliación. En otras, se decretaron el desistimiento tácito (4) y el desistimiento expreso (2).

Resulta oportuno incrementar el uso de institutos de resolución alternativa al conflicto, lo cual incluye el aspecto civil, con la finalidad de que sean las partes las que lleguen a un acuerdo sobre el problema planteado, y que no sea el juzgador o la juzgadora quien imponga su criterio al respecto.

Sobre las medidas cautelares, no se utilizó el embargo en las causas examinadas. En 49 causas, se anotó la acción civil sobre los asientos de los vehículos, conforme con lo establecido por los artículos 159 y 188 de la Ley de Tránsito por Vías Terrestres. En diez casos, se anotó la demanda sobre bienes inmuebles, de los cuales en cuatro resultaba improcedente la medida, pues no se estaba discutiendo en el proceso penal algún problema relacionado con esas propiedades, con lo cual se resolvió en contra de lo estipulado por los artículos 468 del Código Civil y 292 del Código Procesal Civil.

Todo lo expuesto ha permitido determinar que deben incrementarse, con la brevedad posible, cursos de capacitación por medio de la Escuela Judicial, el Ministerio Público, la Defensa Pública, el Colegio de Abogados de Costa Rica y las universidades estatales y públicas encargadas de la enseñanza del derecho, para solventar estos problemas. Con ello realmente nos estaremos preocupando por cumplir con el mandato constitucional de justicia no solo pronta, sino también cumplida (art. 41 de la Constitución Política), sobre todo tomando en cuenta que el norte del proceso penal gira en torno a la búsqueda de un equilibrio entre los derechos de la persona imputada y las víctimas.

Bibliografía

Abdelnour Granados, Rosa María. (1984). La responsabilidad civil derivada del hecho punible. San José, Editorial Juricentro.

Alsina (Hugo). (1961). Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial. Tomo IV. (2ª edición). Buenos Aires, Ediar Soc. Anón. Editores.

Arazi, Roland. (1997). Medidas Cautelares. Buenos Aires, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.

Arroyo Gutiérrez, José Manuel; Rodríguez Campos, Alexander. (2002). Lógica jurídica y motivación de la sentencia penal. (2ª edición). San José, Editorial Jurídica Continental.

Artavia Barrantes, Sergio. (2003). Derecho Procesal Civil. (2ª y 3ª Edición). Tomos I y II. San José. Editorial Jurídica Dupas.

_____. (2005). Derecho Procesal Civil. Tomo II. San José, Editorial Jurídica Dupas.

Ary, Donald; Jacobs, Lucy Cheser; Razavieh, Asghar. (1997). Introducción a la Investigación Pedagógica. (2ª edición). México, McGraw-Hill.

Calderón Cuadrado, María Pía. (1992). Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil. Madrid. Editorial Civitas.

Cervantes Villalta, Édgar. (1979). "La acción civil resarcitoria y los efectos del desistimiento". Revista Judicial, número 11, marzo, pp. 9-13.

Creus, Carlos. (1985). Acción resarcitoria en el proceso penal. Buenos Aires. Editorial Astrea.

Díez-Picazo, Luis. (2000). Derecho de daños. Madrid, Editorial Civitas.

_____. (1996). Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. 5ª edición. Volumen Segundo, Madrid, Editorial Civitas.

García de Enterría, Eduardo. (1995). La batalla por las medidas cautelares. (2ª edición). Madrid. Editorial Civitas, S.A.

González Álvarez, Daniel. (1984). "La acción civil resarcitoria en la jurisprudencia de la casación penal". Revista Judicial. Número 28, marzo, pp. 119-143.

Jinesta Lobo, Ernesto. (1995). La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso-administrativo. San José. Ediciones Colegio de Abogados de Costa Rica.

Lautayf Ranea, Roberto. Costas, Luis Félix. (2002). La acción civil en sede penal. Buenos Aires. Editorial Astrea.

Méndez Zamora, Jorge. (2002). La acción civil resarcitoria en Costa Rica. Guápiles. Editorial El Universo.

Montero Piña, Fernando. (2002). El daño moral. San José, Impresión Gráfica del Este S.A.

Moras Mom, Jorge R. (1996). La acción civil reparatoria y proceso penal. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

Núñez, Ricardo. (1982). La acción civil en el proceso penal. Córdoba. Editora Córdoba.

Orgaz, Alfredo. (1967). El daño resarcible (actos ilícitos). (3ª edición actualizada). Buenos Aires, Ediciones Depalma.

Parajeles Vindas, Gerardo. (2005). Introducción a la Teoría General del Proceso Civil. San José, Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Pérez Vargas, Víctor. (1991). Derecho Privado. (2ª ed.). San José. Litografía e Imprenta Lil S.A.

Rivero Sánchez, Juan Marcos. (1997a). Los sujetos de la acción civil resarcitoria. San José. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. En: Reflexiones sobre el nuevo proceso penal. Segunda Edición, pp. 379-402.

_____. (2001). Responsabilidad civil. (2ª ed.). San José, Ediciones Jurídicas Areté.

Salazar Murillo, Ronald. (2003). Justicia Pronta y Mecanismos Alternativos. San José. Investigaciones Jurídicas S.A.

Sáinz-Cantero Caparrós, María Belén. (1997). La reparación del daño ex delicto. Granada, Editorial Comares.

Sanabria Rojas, Rafael. Mora Arias, Patricia. (2003). "La conciliación en el proceso penal". Revista Ivstitia, números 203-204, pp. 21-32.

_____. (1998). "El desistimiento en la acción civil resarcitoria". Revista Ivstitia, números 136-137, pp. 40-44.

_____. (2008). Reparación civil en el proceso penal. San José, Editorial Editorama S.A.

Vélez Mariconde, Alfredo. (2005). Acción resarcitoria. Córdoba. Lerner M.E.L. Editor.

Algunas anotaciones a la Ley de Notificaciones Judiciales desde la perspectiva del derecho penal

William Serrano Baby

Como es conocido, desde el pasado primero de marzo de dos mil nueve entró en vigencia la Ley de Notificaciones Judiciales¹, la cual es de aplicación imperativa² en todas las materias, incluyendo la penal³. En virtud de los principios especiales que rigen esta disciplina, nos permitimos realizar una serie de comentarios sobre algunos aspectos prácticos de importancia para un adecuado entendimiento del nuevo marco jurídico penal de las notificaciones judiciales.

Estas breves consideraciones tienen como único fin promover una sana discusión sobre los efectos de la nueva ley en la materia penal, para lo cual no se intenta abarcar la totalidad de los tópicos relevantes, ni mucho menos brindar la última palabra en una reforma que apenas da sus primeros pasos.

A- Diferencias entre citaciones y notificaciones judiciales

Antes de entrar al fondo de nuestras anotaciones sobre la nueva Ley de Notificaciones Judiciales, se debe diferenciar claramente entre lo que debemos entender por notificación y por citación judicial.

La notificación es un acto jurisdiccional o administrativo que consiste en comunicar de oficio lo resuelto, poniendo en conocimiento un auto, providencia, resolución, sentencia o voto judicial a todas las partes interesadas⁴.

Por otro lado, las citaciones son los llamados de un despacho judicial o parte que requiere la presencia de una persona, las cuales son eminentemente informales y se pueden realizar por medio de una llamada telefónica, por mensajería de texto, remisión de una cita al lugar señalado

1 Ley N.º 8687 del 4 de diciembre de 2008, la cual rige a partir del primero de marzo de dos mil nueve.

2 Es una ley de orden público, de aplicación inmediata y de carácter procesal.

3 En este sentido, artículo 1 de la Ley N.º 8687: “[...] Esta normativa contiene disposiciones generales sobre notificaciones y será aplicable a todas las materias [...]”. La Ley hace algunas excepciones en materia de Pensión Alimentaria y Violencia Doméstica (Cfr. artículos 18, 34 y 58). Sin embargo, la ley respeta la especialización reservando para la normativa respectiva lo que no sea regulado expresamente por la Ley de Notificaciones Judiciales.

4 Sobre el concepto de notificación ver: Méndez Zamora, Jorge. La Notificación Judicial –Manual Sobre el Nuevo Régimen de Notificaciones–. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, Costa Rica, abril 2009, p. 15.

para estos efectos, carta certificada, telegrama, correo electrónico o fax. El único requisito es que se garanticen la autenticidad y la recepción del mensaje. Anteriormente eran reguladas por La Ley N.º 7637 de Notificaciones, Citaciones y otras Comunicaciones Judiciales⁵. Actualmente el artículo 165 del Código de rito⁶ es la norma vigente para las citaciones en materia penal.

La Nueva Ley de Notificaciones Judiciales bien hace en especializarse exclusivamente en el tema de notificaciones, dejando de lado las citaciones como lo abordaba la ley derogada, debido a que al ser una ordenanza de carácter general, cada materia se encarga de regular las citaciones según su naturaleza⁷. Por esta razón, nos limitaremos a comentar las notificaciones judiciales, único tema abordado en la ley bajo estudio.

B- Código Procesal Penal y la nueva Ley de Notificaciones Judiciales

El Código Procesal Penal⁸ regula las notificaciones⁹ y las citaciones judiciales, ya que dicha normativa no fue expresamente derogada en la Ley de Notificaciones Judiciales, como sí se dispuso para el ámbito civil¹⁰. De hecho, la única referencia a una excepción de derogatoria expresa en materia penal resulta un evidente yerro de la persona legisladora, ya que el artículo 62 inciso c) de la Ley N.º 8687 indica en lo que interesa:

5 Ley N.º 7637 del 21 de octubre de 1996, derogada por Ley N.º 8687: "Artículo 17.- Citaciones, comunicaciones y traslado de documentación interna: Las disposiciones anteriores serán aplicables, en lo compatible, a citaciones, comunicaciones y traslado de documentos y expedientes entre oficinas y dependencias del Poder Judicial en todo el país. Se autoriza a la Corte Suprema de Justicia para organizar y reglamentar lo relativo a esas formas de comunicación".

6 Código Procesal Penal: "Artículo 165. Citación. Cuando, para algún acto procesal, sea necesaria la presencia de una persona, la autoridad que conoce del asunto deberá ordenar su citación, mediante carta certificada, telegrama con aviso de entrega, teléfono o cualquier medio de comunicación que garantice la autenticidad del mensaje. En tal caso, deberá hacerse saber el objeto de la citación y el procedimiento en que esta se dispuso; además, se deberá advertir que si la orden no se obedece, sin perjuicio de la responsabilidad penal correspondiente, la persona podrá ser conducida por la fuerza pública y pagar las costas que ocasione, salvo justa causa".

7 Así por ejemplo, en materia civil, la parte interesada es quien debe citar a sus testigos, mientras que en materia penal existe incluso una oficina especializada en localización, citación y presentación de personas. (Ver en este sentido, artículo 146 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 9 de la Ley Orgánica del Ministerio Público).

8 Ley N.º 7594 del 28 de marzo de 1996, la cual entró a regir el primero de enero de 1998.

9 Código Procesal Penal, Libro II: Actos Procesales, Título I: Disposiciones Generales, Capítulo V: Notificaciones y Citaciones, artículos 155 al 166.

10 Sobre las derogaciones, artículo 62 de la Ley N.º 8687: "[...] Se derogan las siguientes disposiciones: a) Los artículos 173, 174 bis, 179, 180 y 181 del Código Procesal Civil; así como el artículo 185 y su interpretación auténtica, realizada por la Ley N.º 8125, de 16 de agosto de 2001[...]."

Artículo 62.- Derogaciones.

Se derogan las siguientes disposiciones: [...]

c) La Ley de notificaciones, citaciones y otras comunicaciones judiciales, N° 7637, de 21 de octubre de 1996, excepto, las reformas contenidas en el artículo 19 de esa Ley, concretamente, el punto [...] f) que reformó el artículo 129 del Código de Procedimientos Penales¹¹.

Sin embargo, resulta infructuoso mantener vigente el artículo 129 del Código de Procedimientos Penales, ya que el artículo 470 del actual Código Procesal Penal deroga expresamente el Código de Procedimientos Penales y todas sus reformas¹².

Estas circunstancias dejan subsistentes en apariencia dos cuerpos legales que regulan las notificaciones que, como se verá, son idénticos en algunos aspectos y se complementan en puntos específicos, pero resultan antagónicos en otros. Como tesis de principio, debemos interpretar que entre normas del mismo rango, la ley posterior y especial debe privar sobre la anterior y general, lo que obliga a concluir que, en materia de notificaciones, se debe aplicar la Ley de Notificaciones Judiciales en defecto del Código Procesal Penal, con las advertencias y excepciones que se indicarán.

Veamos a continuación algunos puntos en concreto, donde se regulan de forma disímil algunas figuras, así como la solución que se propone:

b.1 Lugar o medio para notificaciones

Uno de los cambios medulares de la Ley de Notificaciones es eliminar el lugar¹³ señalado para notificaciones judiciales y, en su defecto, establecer y consolidar los medios de notificaciones¹⁴. El espíritu de la reforma es utilizar los avances tecnológicos con que la sociedad cuenta actualmente y a futuro, para realizar el acto de comunicación a las partes, tanto en procesos judiciales como administrativos, superando la forma tradicional de llevar hasta la puerta del lugar la cédula

11 El artículo 129 del Código Procesal Penal, así reformado por la antigua Ley de Notificaciones, Citaciones y otras Comunicaciones Judiciales, disponía: “[...] Notificación por comisión. Cuando deba notificarse una resolución a una persona residente fuera del lugar del proceso, se hará por medio del juzgador del lugar en que aquella resida, a quien se dirigirá exhorto, con inserción de la resolución [...]”.

12 Código Procesal Penal: “Artículo 470.- Derogaciones. Se derogan expresamente el Código de Procedimientos Penales, Ley No. 5377, del 19 de octubre de 1973 y las leyes que lo adicionaron y reformaron, así como cualquier disposición que se oponga o contradiga lo preceptuado en este Código”.

13 Se debe entender por lugar: oficina, casa, dependencia o local comercial dentro del perímetro judicial.

14 Lo medios son: a.-) Correo electrónico, b.-) Fax, c.-) Casilleros, d.-) Estrados o e.-) Cualquier otra forma tecnológica que permita la seguridad del acto de comunicación. Sobre otros medios consultar artículo 7 de la Ley de Notificaciones Judiciales. Actualmente, se discute en la Comisión de Notificaciones del Poder Judicial la viabilidad de la plataforma tecnológica para notificar por mensajería de texto certificada.

respectiva. Con esto se alcanzarán mayor eficiencia y eficacia en las notificaciones judiciales, disminuyendo drásticamente los tiempos procesales y los costos del acto de notificación. Se ha indicado atinadamente que rompiendo este paradigma: [...] se cierra un ciclo en la historia de las notificaciones en Costa Rica [...]”¹⁵.

Los medios para notificar se encuentran regulados en la nueva Ley en el Capítulo III denominado: Notificaciones por Medio Señalado¹⁶, lo que se debe interpretar que con las salvedades de Pensiones Alimentarias y Violencia Doméstica, en todas las demás materias se deberá señalar un medio y no un lugar para recibir las notificaciones.

Contrario a esto el artículo 157 del Código Procesal Penal aún vigente indica:

Artículo 157.- Lugar para notificaciones.

- Al comparecer en el proceso, las partes deberán señalar, dentro del perímetro judicial, un lugar para ser notificadas.
- Cualquiera de los intervinientes podrá ser notificado en la secretaría del tribunal.
- Los defensores, fiscales y funcionarios públicos que intervienen en el procedimiento serán notificados en sus respectivas oficinas, siempre que estas se encuentren dentro del perímetro judicial.

En cuanto a la contradicción normativa apuntada, debe necesariamente ceder lo regulado en el Código Procesal Penal, porque existe en la nueva y especial Ley de Notificaciones Judiciales una expresa codificación al respecto que, acorde con su espíritu, resulta primaria y fundamental dentro de su estructura filosófica y legal. Así en materia penal, las partes no pueden señalar un lugar para ser notificadas¹⁷, sino tienen la obligación de señalar un medio conforme al artículo 36 de la Ley de Notificaciones¹⁸, so pena de quedar notificadas de forma automática¹⁹.

15 Parajeles Vindas, Gerardo. Ley de Notificaciones Judiciales Comentada y con índice alfabético. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, Costa Rica, marzo 2009, p. 18.

16 Se deben exceptuar las notificaciones personales y a personas jurídicas reguladas en los numerales 19 y 20 de la Ley de Notificaciones Judiciales.

17 Se deben exceptuar los procesos que para el primero de marzo de dos mil nueve ya se encontraban en trámite, los cuales pueden mantener el lugar señalado, sin perjuicio de que quieran señalar un medio.

18 Ley N.º 8687, “Artículo 36.- Medios simultáneos. Limitación: Autorízase señalar únicamente dos medios distintos de manera simultánea, pero la parte o el interesado deberá indicar, en forma expresa, cuál de ellos se utilizará como principal. En caso de omisión, corresponde al juez la elección. Para aplicar la notificación automática, es indispensable agotar el medio accesorio. Igual regla se aplicará cuando se propongan dos direcciones electrónicas, de fax o de casilleros”.

19 Ley N.º 8687, “Artículo 11.- Notificación automática: A la parte que, en su primer escrito o prevenida al efecto por el juez, no indique el medio conforme a esta Ley, las resoluciones posteriores le quedarán notificadas con el transcurso de veinticuatro horas de dictadas, incluidas las sentencias. Se producirá igual consecuencia cuando la notificación no se pueda efectuar por el medio señalado. En este caso, la resolución se tendrá por notificada con el comprobante de transmisión electrónica o la respectiva constancia, salvo que se demuestre que ello se debió a causas que no le sean imputables”.

Una excepción que se podría admitir en determinados casos por una interpretación armónica y razonable con los objetivos de la ley es considerar el párrafo tercero del artículo 157 del Código Procesal Penal, como una situación no regulada directamente por la persona legisladora en la Ley de Notificaciones Judiciales, diferenciando las partes (abogados y abogadas litigantes, defensores y defensoras particulares, querellantes, actores y actoras civiles, terceros y terceras interesados) de los funcionarios y las funcionarias públicos que intervienen en el procedimiento (fiscales y defensores y defensoras públicos), permitiendo que cuando sea conveniente, se notifique a estos funcionarios y funcionarias como indica el Código Procesal Penal, a saber en sus respectivas oficinas judiciales.

Si se acepta esta tesitura, se permitiría continuar notificando a la Fiscalía y a la Defensa Pública, lo que corresponde a un altísimo porcentaje de lo notificado, tanto por los juzgados penales como por los tribunales de juicio, tribunales de casación e, inclusive, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, de la misma forma que se ha venido haciendo, cuando sea oportuno, lo que a todas luces representa un ahorro en tiempo y recursos. Lo contrario resultaría un sinsentido, al exigir a los juzgados, por ejemplo, que notifiquen a la Fiscalía vía fax, teniendo el despacho al otro lado del pasillo.

Se considera que la jurisprudencia se debe decantar por esta línea; sin embargo, lo novedoso de la normativa no ha permitido llevar a los altos tribunales este tipo de hipótesis.

b.2 Entrega de la cédula de notificación

Para las notificaciones de índole personal, el artículo 4 de la Ley de Notificaciones Judiciales²⁰ establece que la notificación deberá ser entregada en defecto de la persona notificada a cualquier persona que aparente ser mayor de quince años. Nuevamente esta norma riñe con lo preceptuado en el guarismo 161 del Código Procesal Penal²¹, el cual indica que la persona debe ser mayor de dieciocho años.

20 Ley N.º 8687, "Artículo 4.- Entrega de la cédula de notificación: La notificación será entregada a cualquier persona que aparente ser mayor de quince años. Cuando se trate de zonas o edificaciones de acceso restringido, exclusivamente para efectos de practicar la notificación judicial al destinatario, la resolución ordenará permitir el ingreso del funcionario notificador; si el ingreso fuera impedido, se tendrá por válida la notificación practicada a la persona encargada de regular la entrada. En el acta se hará constar la entrega de la cédula y el nombre de la persona que la recibe, quien firmará con el notificador. Si no sabe, no quiere o no puede firmar, el funcionario o la persona autorizada consignará esa circunstancia bajo su responsabilidad. Al entregar la cédula, el notificador también consignará en ella la fecha y la hora. Queda facultado el juez para realizar todo tipo de notificación, o bien, delegar ese acto en un servidor del juzgado. Es válida la notificación recibida por la parte, su abogado director o apoderado en el despacho judicial o la oficina centralizada de notificaciones".

21 Código Procesal Penal: "Artículo 161.- Notificación a persona ausente. Cuando la persona por notificar no sea encontrada en el lugar, la copia será entregada a alguna persona mayor de edad que se encuentre allí o bien a uno de sus vecinos más cercanos, quienes tendrán la obligación de identificarse y entregar la copia al interesado".

Esta antinomia debe resolverse aplicando la norma establecida en la Ley de Notificaciones Judiciales por ser especial y posterior. No es de recibo alegar que, por las características especiales de la materia criminal, debería tenerse a lo más benigno para las partes, en especial para la persona imputada, considerándose esto la mayoría de edad de la persona que recibe la notificación, lo que brindaría mayor seguridad en el acto de comunicación.

Lo cierto es que nuestro ordenamiento jurídico considera a una persona menor de edad entre los doce y los dieciocho años como sujeto imputable y responsable jurídicamente, incluso en el plano penal, con mayor razón lo es una persona mayor de quince años para comprender la trascendencia del acto de notificación²².

Por tanto, en materia penal bastará con que la persona a quien se deja la cédula de notificación tenga capacidad volitiva y cognoscitiva, y aparente²³ ser mayor de quince años para que se cumpla con el requisito de ley.

b.3 Requisitos de la cédula de notificación y el derecho a la confidencialidad

El artículo 6 de la Ley de Notificaciones Judiciales²⁴ regula en lo que interesa los requisitos que la cédula de notificación debe contener, a saber: [] los nombres y los apellidos de las partes necesarias para su identificación [...]”. En el mismo sentido, cuando el artículo 59 de la Ley²⁵ establece las reglas que regulan las notificaciones por Estrados, indica que la lista exhibida en la Oficina Centralizada de Notificaciones o en el despacho deberá incluir el nombre de las partes.

22 López González, Jorge Alberto. Ley de Notificaciones Judiciales Comentada. Editorial Juricentro S.A., San José, Costa Rica, 2009, p. 18.

23 El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, en su versión digital, en la segunda acepción de aparentar define: “2. tr. Dicho de una persona: Tener el aspecto correspondiente a la edad expresada”. Así no es imperativo que la notificación se deje con una persona que efectivamente sea mayor de quince años, bastará para todos los efectos legales que su edad corporal parezca igual o mayor de quince años. www.rae.es

24 Ley N.º 8687, “Artículo 6.- Requisitos de la cédula: Toda notificación contendrá el número único de expediente, el nombre del tribunal, la naturaleza del proceso, los nombres y los apellidos de las partes necesarias para su identificación y la copia de la resolución que se comunica. Además, cuando se trate de notificaciones personales, se consignará el nombre de la persona a quien debe entregársele la cédula y el de quien la recibe, la cual siempre será firmada por el notificador, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4 de esta Ley. En el caso de acciones de inconstitucionalidad, consultas legislativas o judiciales, resoluciones de la Sala Constitucional, además, se indicarán las leyes, las normas o los actos recurridos.

Cuando se trate de personas con discapacidad, la cédula de notificación deberá ir acompañada de un documento en un formato accesible de audio, digital, electrónico, Braille o cualquier otro, conforme a los avances tecnológicos”.

25 Ley N.º 8687, “Artículo 59.- Exhibición de listas: La notificación en estrados se hará los días martes y jueves, mediante la exhibición de la lista de los procesos, de modo que se garantice su consulta. La lista debe incluir el número único del expediente, el nombre de las partes y la naturaleza del asunto. Si los días martes y jueves fueran inhábiles, la exhibición se hará al día siguiente hábil”.

En términos generales, estas exigencias de la Ley de Notificaciones no presentan problema alguno, tal y como se encuentra establecido. Sin embargo, una lectura minuciosa y garante podría señalar problemas en relación con la Etapa Preparatoria, ya que la misma es de carácter privado para terceros y terceras²⁶. Esta privacidad incluye los hechos que se investigan y las personas imputadas o detenidas que existan. Estos datos, según lo regulado por la Ley de Notificaciones Judiciales, deben exhibirse en una cédula de notificación públicamente.

Además, este aparente conflicto no es tal; los principios de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad vendrían a mediar para concluir que en penal de adultos, si se revelan estos datos en la cédula de notificación o en las listas, no se representaría una afectación al debido proceso o la privacidad de las actuaciones, pues en ningún momento se revelaría el contenido de lo resuelto que es, en definitiva, el núcleo duro de esta prerrogativa legal.

A una resolución diversa se arriba cuando las personas involucradas son menores de edad, tanto personas ofendidas como menores investigadas penalmente. La Ley N.º 7739, Código de la Niñez y Adolescencia, establece como principio rector el interés superior de la persona menor de dieciocho años, desarrollando entre otros el derecho a la integridad, la privacidad, al honor y a la imagen²⁷.

Incluso la Corte Plena aprobó en la sesión IXX-02 del 6 de mayo de 2002, una serie de directrices para reducir la revictimización de las personas menores de edad en los procesos penales, las cuales buscan dar cumplimiento efectivo al principio del interés superior de la niña o del niño y a la legislación aplicable²⁸.

En este orden de ideas, la directriz XII de la Corte Plena señala:

Derecho a la Confidencialidad: La autoridad judicial encargada deberá velar porque en las carátulas de los legajos en que aparezcan niños, niñas o adolescentes víctimas, se registren únicamente sus iniciales y nunca su nombre o apellidos completos, ni el sobre nombre con

26 Código Procesal Penal, "Artículo 295.- Privacidad de las actuaciones. El procedimiento preparatorio no será público para terceros. Las actuaciones sólo podrán ser examinadas por las partes, directamente o por medio de sus representantes. Los abogados que invoquen un interés legítimo serán informados por el Ministerio Público sobre el hecho que se investiga y sobre los imputados o detenidos que existan, con el fin de que decidan si aceptan participar en el caso. Las partes, los funcionarios que participen de la investigación y las demás personas que, por cualquier motivo, tengan conocimiento de las actuaciones cumplidas, tendrán la obligación de guardar secreto. El incumplimiento de esta obligación será considerado falta grave".

27 Ley N.º 7739, Código de la Niñez y Adolescencia, en este sentido, Cfr. artículos 5, 24, 25, 26 y 27.

28 Entre otros, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos; la Convención Sobre los Derechos del Niño; la Constitución Política de Costa Rica; el Código de la Niñez y la Adolescencia; el Código Penal; el Código Procesal Penal y la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia.

que se le conozca. Igualmente, los auxiliares judiciales, a la hora de llamarlos a declarar o a cumplir con cualquier diligencia judicial evitará hacer referencia a la causa o al delito que se investiga.

Aplicando esta directriz, debemos arribar a la necesaria consecuencia de que en los procesos penales donde estén involucradas personas menores de edad, tanto en las cédulas de notificación como en las listas emitidas para los estrados judiciales, deberán contener únicamente las siglas de las personas menores de edad y nunca sus nombres completos o sus alias. De igual forma, se evitará hacer mención expresa al delito que se está investigando.

Incluso, el criterio anterior debería ser utilizado en los procesos penales donde se investiguen delitos de carácter sexual o violencia doméstica para proteger a la parte ofendida de la revictimización que podría sufrir por la carencia de confidencialidad.

b.4 Plazo en que se debe notificar

La autoridad jurisdiccional deberá notificar sus resoluciones en un plazo no mayor a los cinco días hábiles después de que se dictaron, así se desprende del artículo 2 de la Ley de Notificaciones Judiciales²⁹. Sin embargo, el numeral 155 del Código Procesal Penal³⁰ contiene una regla general diversa donde estipula un plazo de veinticuatro horas después de dictada la resolución, incluso ese plazo podría ser disminuido a criterio del tribunal.

Este conflicto debe resolverse aplicando la norma establecida en la Ley de Notificaciones Judiciales por ser especial y posterior. Sin embargo, se podría válidamente alegar que por las características especiales de la materia criminal y los derechos involucrados, debería tenerse a lo más benigno para las partes, en especial para la persona encartada, considerándose por esto el plazo menor de veinticuatro horas en aras del principio constitucional de justicia pronta y cumplida³¹.

Lo cierto es que los plazos antes indicados son ordenatorios y no sancionatorios, por lo que no hay punición procesal por su incumplimiento, y se mantiene en meras sugerencias que su inobservancia a lo sumo conllevaría responsabilidades disciplinarias para el juez o la jueza.

29 Ley N.º 8687, "Artículo 2.- Deber de notificar: Las partes, con las salvedades establecidas en esta Ley, serán notificadas de toda resolución judicial. También se les notificará a terceros cuando lo resuelto les cause perjuicio, según criterio debidamente fundamentado del juzgador. Sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales, la notificación siempre deberá hacerse dentro de los cinco días siguientes al que se dictó la respectiva resolución".

30 Código Procesal Penal: "Artículo 155.- Regla general. Las resoluciones deberán notificarse a quien corresponda, dentro de las veinticuatro horas después de ser dictadas, salvo que el tribunal disponga un plazo menor. No obligarán sino a las personas debidamente notificadas".

31 Constitución Política de la República de Costa Rica, "Artículo 41.- Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes".

En todo caso, el juzgado deberá velar para que la notificación se realice en el menor tiempo posible, lo que con los medios que preceptúa la Ley de Notificaciones deberá ser más expedito. Debe recordarse que se mantienen vigentes las normas que ordenan darles prioridad a todos los casos donde haya reo o reo preso³².

C- Actividad procesal defectuosa, nulidades y notificaciones

Para que la notificación tenga efectos jurídicos, debe realizarse respetando la Ley de Notificaciones Judiciales, las normas subsistentes establecidas en el Código Procesal Penal y, en general, debe realizarse acorde con el ordenamiento jurídico vigente. En otras palabras, la notificación es un acto procesal que debe cumplir con las formas³³ establecidas en la ley, teniendo en cuenta que no es una resolución judicial³⁴.

Este punto debe complementarse con el numeral 159 del Código Procesal Penal³⁵, el cual especifica algunas formas imperativas de la notificación, cuando se realiza por medio de lectura o cuando la persona interesada se niegue a recibir la cédula de notificación.

El artículo 9 de la Ley de Notificaciones Judiciales³⁶ regula la consecuencia legal cuando el acto de notificación se hace al margen de lo ordenado, siempre y cuando cause indefensión a la parte notificada. La inobservancia de las formas procesales podría traer aparejadas la nulidad de la notificación, la rectificación o la consolidación, o bien podría no tener consecuencias jurídicas.

32 Reglamento sobre Reos Presos, "Artículo 1.- Los Tribunales Penales, deben darle prelación en la tramitación a los asuntos en que haya reo preso".

33 Por formas procesales debe entenderse el cumplimiento de protocolos que conservan un orden y especifican las condiciones de tiempo, modo y lugar a las que deben someterse los actos procesales, en lo que nos interesa las notificaciones judiciales. Indican cómo, cuándo y dónde se realiza la actividad jurisdiccional. En general, las formas procesales tienen el fin de proteger derechos y garantías de los sujetos intervinientes, las cuales están señaladas por ley.

34 Por esta razón, los recursos (revocatoria, apelación, aclaración y adición, etc.), no son la herramienta procesal que debe utilizarse para atacar un vicio en la notificación.

35 Código Procesal Penal: "Artículo 159.- Formas de notificación. Cuando la notificación deba practicarse por medio de lectura, se leerá el contenido de la resolución y si el interesado solicita copia se le entregará. En los demás casos, se practicará la notificación entregándole una copia de la resolución al interesado, con indicación del nombre del tribunal y el proceso a que se refiere. El funcionario dejará constancia del acto, señalará el lugar, el día y la hora de la diligencia y firmará juntamente con quien reciba la copia o indicará que se negó a hacerlo o que no pudo firmar. Cuando la diligencia no se practique por lectura y el notificado se niegue a recibir la copia, esta será fijada en la puerta del lugar donde se practique el acto, en presencia de un testigo que firmará la constancia correspondiente".

36 Ley N.º 8687, "Artículo 9.- Nulidad de las notificaciones: Será nula la notificación contraria a lo previsto en esta Ley, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente. En todo caso, la nulidad se decretará solo cuando se le haya causado indefensión a la parte notificada. Lo que concierna a la fe pública del notificador, será impugnabile por la vía incidental. De acudirse a la vía penal, no se suspenderá el trámite del incidente".

La terminología utilizada en la Ley de Notificaciones Judiciales es claramente desafortunada al mantener el concepto de nulidad, el cual ha sido superado por el proceso penal desde hace más de una década, lo que deviene en un retroceso jurídico inaceptable.

En primer lugar, como lo conceptualizaba el Código de Procedimientos Penales en el Libro I, Título VI, Capítulo VII, debe aclararse que las nulidades han evolucionado en el código vigente que estipula que la actividad procesal defectuosa es un medio novedoso, lo que va más allá de un simple cambio de la terminología que sustituye el concepto de nulidad como sanción de los vicios procesales.

Actualmente, la discusión gira en torno a que solo los actos evidentemente irregulares por la inobservancia de uno o varios procedimientos que son considerados esenciales para la existencia del acto o en la omisión de requisitos básicos para su validez, son susceptibles de ser rectificadas, siempre y cuando afecten los derechos de las partes. En pocas palabras, se intenta retomar en el proceso penal el principio jurisprudencial de vieja data de erradicar la nulidad por la nulidad.

El aspecto fundamental del sistema de actividad procesal defectuosa es el saneamiento del vicio que se deberá realizar, en lo posible, de forma inmediata, renovando la notificación, otorgando nuevamente el plazo, rectificando el error o cumpliendo el acto omitido de oficio o a petición de la persona interesada³⁷.

Los requisitos para alegar el vicio que debe cumplir la parte que considera que se ha cometido una actividad procesal defectuosa respecto a la notificación son los siguientes:

- Hacer la protesta oportuna del vicio en la notificación que se realiza inmediatamente o bien cuando tenga conocimiento de este.
- Proponer la solución. Se obliga a la parte que sugiera la forma en que se podrá corregir el acto impugnado. Normalmente esta solución será reponer la notificación o el plazo.

La declaratoria de invalidez conlleva la obligación para el tribunal de omitir cualquier referencia a la notificación para fundar una decisión.

Para comprender mejor el sistema que debe seguirse en materia penal para establecer la “nulidad de las notificaciones”³⁸, es necesario presentar una reseña de los principios que rigen la actividad procesal defectuosa.

37 El interés y el perjuicio efectivo determinan los legitimados para reclamar el defecto de la notificación.

38 Lo correcto en materia penal es hablar de la ineficacia del acto de notificación.

c.1 Principio de legalidad o especificidad

No es factible declarar la invalidez o nulidad de una notificación, sin que expresamente exista un texto legal que así lo ordene, según se regula en el artículo 175 del Código Procesal Penal³⁹. Este presupuesto se cumple con la norma establecida en el artículo 164 del Código Procesal Penal⁴⁰, texto legal que expone una lista de vicios que serán sancionados con la ineficacia del acto de comunicación judicial.

c.2 Principio de trascendencia

No existe ineficacia de la notificación sin perjuicio; el vicio solo tiene trascendencia en tanto tenga un contenido, por ello, no basta la simple infracción a la norma procesal, si no le ocasiona un perjuicio a la persona interesada.

En ese sentido, las partes solo podrán impugnar las notificaciones cuando por la forma utilizada les causen agravio en los casos y formas previstos por la ley, siempre que no hayan contribuido a provocar el vicio.

c.3 Principio de instrumentalidad o finalidad

Opera como límite al saneamiento; no se debe sanear un acto procesal defectuoso que no modifique el desarrollo del proceso ni perjudique la intervención de las personas interesadas, puesto que las formas procesales no constituyen un fin en sí mismas. Por ello, la invalidez de la notificación no debe declararse a menos de que vaya a producir una ventaja para alguna de las partes que haya sido indebidamente afectada. En sentido contrario, cuando la notificación, aunque defectuosa, haya cumplido el fin de comunicar lo resuelto, no debe anularse, invalidarse o declararse ineficaz.

39 Código Procesal Penal, "Artículo 175.- Principio General: No podrán ser valorados para fundar una decisión judicial ni utilizados como presupuestos de ella, los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones previstas en la Constitución, en el Derecho Internacional o Comunitario vigentes en Costa Rica y en este Código salvo que el defecto haya sido saneado, de acuerdo con las normas que regulan la corrección de las actuaciones judiciales".

40 Código Procesal Penal, "Artículo 164.- Vicio de la notificación: Siempre que cause indefensión, la notificación no surtirá efecto cuando:

- a) Haya existido error sobre la identidad de la persona notificada.
- b) La resolución haya sido notificada en forma incompleta.
- c) En la diligencia no conste la fecha o, cuando corresponda, la fecha de entrega de la copia.
- d) Falte alguna de las firmas requeridas.
- e) Exista disconformidad entre el original y la copia recibida por el interesado [...]"

c.4 Principio de convalidación

Todo acto procesal defectuoso es susceptible de saneamiento, pero no todo acto defectuoso puede ser convalidado⁴¹, solo las nulidades relativas. La convalidación de los actos procesales defectuosos opera como sanción procesal a las nulidades relativas, cuando las partes no hayan solicitado oportunamente su saneamiento, o cuando las personas interesadas hayan consentido expresa o tácitamente los efectos de la notificación, o cuando, pese a la irregularidad del acto, este haya alcanzado el fin de comunicar el contenido de la resolución con respecto a la persona interesada.

c.5 Principio de saneamiento

Este principio es derivado del principio constitucional de economía procesal, porque opera preventivamente evitando atrasos innecesarios. El saneamiento es el remedio procesal contra el acto procesal defectuoso. En lugar de la nulidad (invalidación del acto: efecto negativo) se busca el saneamiento (subsanción: efecto positivo).

Los supuestos de saneamiento de la notificación son tres:

- a) La renovación del acto.
- b) La rectificación del error.
- c) El cumplimiento de la forma omitida.

Estos principios servirán de guía para establecer cuando estamos ante una actividad procesal defectuosa en una notificación y, por lo tanto, cuando la incidencia debe ser declarada con lugar.

41 Código Procesal Penal: "Artículo 177.- Convalidación: Salvo los casos de defectos absolutos, los vicios quedarán convalidados en los siguientes casos:

a) Cuando las partes o el Ministerio Público no hayan solicitado oportunamente su saneamiento.

b) Cuando quienes tengan derecho a impugnarlo hayan aceptado, expresa o tácitamente, los efectos del acto.

c) Si, no obstante su irregularidad, el acto ha conseguido su fin respecto de los interesados o si el defecto no ha afectado los derechos y las facultades de los intervinientes.

El saneamiento no procederá cuando el acto irregular no modifique, de ninguna manera, el desarrollo del proceso ni perjudique la intervención de los interesados."

D- Domicilio registral: realidad social y seguridad de las víctimas, testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal

Uno de los paradigmas que busca superar la nueva Ley de Notificaciones Judiciales es revertir la carga procesal de la ubicación de las partes. El Poder Judicial ya no es el llamado a buscar incesantemente a la persona notificada de forma paternalista, ya que son más bien los ciudadanos y las ciudadanas quienes deben estar atentos y disponibles a las comunicaciones legales.

Para lograr lo anterior, la persona legisladora crea⁴², entre otras figuras, el domicilio registral⁴³ que es la obligación de mantener actualizada la dirección de la casa de habitación en el Registro Civil⁴⁴, so pena de que las notificaciones personales⁴⁵ puedan quedar notificadas de forma automática en el transcurso de veinticuatro horas de ser inexacto o inexistente el domicilio. Esta exigencia no entra a regir hasta el próximo primero de marzo de dos mil diez, según lo estipula el transitorio segundo de la Ley de Notificaciones Judiciales⁴⁶.

Fácilmente se puede vaticinar que concordando lo establecido para el domicilio registral, con la realidad socio-jurídica nacional, existirá una dificultad insuperable para una parte de la población que lamentablemente resulta sujeta del derecho penal.

42 Si bien es cierto el derecho procesal penal con anterioridad compele a la persona encartada a mantener actualizado en el expediente su domicilio y, en caso de que lo cambie sin previo aviso, podría declararse su rebeldía, este extremo es diverso al regulado en la Ley de Notificaciones Judiciales respecto al domicilio registral en su objeto, consecuencias y momento procesal. Ver en sentido contrario: Méndez Zamora, Jorge, *óp. cit.*, p. 60.

43 Ley N.º 8687, "Artículo 21.- Domicilio Registral: Las personas, físicas y jurídicas, para efectos de las notificaciones personales, deberán mantener actualizado su domicilio en el registro respectivo. Se entiende por domicilio, la casa de habitación de las personas físicas y la sede social para las jurídicas".

44 Sobre la fijación del domicilio registral, López González, Jorge Alberto, *óp. cit.*, p. 44.

45 Ley N.º 8687, "Artículo 19.- Notificación Personal: Las siguientes resoluciones se notificarán a las personas físicas en forma personal. Tendrán ese mismo efecto, las realizadas en el domicilio contractual, casa de habitación, domicilio real o registral.

a) El traslado de la demanda o auto inicial en cualquier clase de proceso, salvo que la parte demandada o interesada ya haya hecho señalamiento para atender notificaciones en el mismo expediente.

b) En procesos penales, el traslado de la acción civil resarcitoria, salvo que la persona por notificar se encuentre apersonada como sujeto procesal interviniente y haya indicado medio para atender notificaciones.

c) Cuando lo disponga excepcionalmente el tribunal, en resolución motivada, por considerarlo necesario para evitar indefensión.

d) En los demás casos en que así lo exija una ley.

En los casos previstos en este artículo, la notificación se acompañará de todas las copias de los escritos y documentos, salvo disposición legal en contrario".

46 Ley N.º 8687, "Transitorio II.- Domicilio Registral: Lo dispuesto en el artículo 21 sobre el domicilio registral, será aplicable doce meses después de que entre en vigencia esta Ley".

Tal y como lo establecen las estadísticas, un sector considerable de las personas usuarias del sistema penal son personas de escasos recursos que no poseen domicilio estable, pues viven en condiciones de pobreza, tales como: indigentes, personas que se hallan en tugurios o población flotante. Otra parte son inmigrantes, nacionales movilizados o comunidades indígenas que, en general, presentan falta de arraigo domiciliario. Lo anterior hace imposible aplicar indiscriminadamente este precepto en materia penal, y se debe analizar casuísticamente para establecer la viabilidad o no de la notificación automática por incumplimiento del artículo 21 de la Ley de Notificaciones.

Por otro lado, una de las preocupaciones más reiteradas en torno al tema del domicilio registral en materia penal está relacionada con el aumento del riesgo para las víctimas, testigos, fiscales, jueces, juezas, defensores, defensoras y otros sujetos intervinientes en el proceso, pues las bases de datos con el domicilio fijado serán de acceso público, información que si cae en manos inadecuadas, se convertiría en una herramienta poderosa al tener conocimiento del domicilio exacto y real de las víctimas o en general de las partes.

Dos soluciones podrían palear parcialmente el problema. En primer lugar, los grupos de riesgo o la ciudadanía en general, ante una situación especial, podrían optar voluntariamente por el domicilio virtual permanente, figura prevista en el artículo 3 de la Ley de Notificaciones Judiciales⁴⁷. Con esto, no sería necesario tener actualizado el domicilio en el Registro Civil, ya que las notificaciones de procesos futuros se harían en el correo electrónico fijado⁴⁸.

Además, se cuenta con la nueva Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás Sujetos Intervinientes en el Proceso Penal⁴⁹, la cual establece, en lo que interesa, una serie de medidas de protección procesales y extraprocesales que se aplicarán a las personas que se presuma fundadamente que corren un riesgo cierto para su vida o su integridad física, como consecuencia de su intervención o nexos con una persona que tiene injerencia en la investigación de un hecho penal⁵⁰.

Por último, respecto al domicilio registral, resulta interesante prever los alcances de esta norma con relación a la "víctima de domicilio conocido", ya que en teoría, todas las víctimas contarán con domicilio actualizado, y se deberá agotar la comunicación en el domicilio registral, en aras de aplicar los efectos jurídicos correspondientes.

47 Ley N.º 8687, "Artículo 3.- Fijación de domicilio electrónico permanente: Las personas físicas y jurídicas interesadas podrán señalar al Poder Judicial, una dirección única de correo electrónico para recibir el emplazamiento y cualquier otra resolución, en cualquier asunto judicial en que deban intervenir. Esta fijación podrá ser modificada o revocada en cualquier tiempo, por la persona interesada".

48 Sobre la fijación de domicilio electrónico permanente: Parajeles Vindas, Gerardo, *óp. cit.*, p. 35.

49 Ley N.º 8720 del 22 de abril de 2009.

50 Cfr. Ley N.º 8720, artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 11.

E- Notificaciones y oralidad

Costa Rica ha estado a la vanguardia en Latinoamérica en materia de oralidad y ha alcanzado con ello mayor celeridad en los procesos criminales, acortando el tiempo de respuesta a la ciudadanía y dando a la justicia rostro humano.

Desde hace algunos años, se ha venido aprobando una serie de reformas procesales que tienden a implementar el sistema judicial por audiencias y la oralidad en los procesos penales. Esta inclusión legal, jurisprudencial y doctrinaria de los principios orales ha permeado todos los estadios de nuestro proceso, haciendo imperativo que el tema de las notificaciones deba también ser analizado desde la perspectiva de la oralidad.

De hecho, un primer acercamiento al binomio notificaciones-oralidad nos permite extraer de ambas corrientes múltiples puntos en común que se complementan adecuadamente. Tanto la nueva Ley de Notificaciones Judiciales como las reformas que fomentan la oralidad comparten el fin de utilizar los recursos tecnológicos para agilizar el proceso, escuchando los argumentos de las partes y obligando a la persona juzgadora a resolver integralmente frente a las personas interesadas, resolución que deja en ese acto notificada a las partes, con el ahorro significativo de tiempo y recursos humanos que esto significa.

El marco jurídico legal, que regula las notificaciones y la oralidad en material penal, es el siguiente. En primer lugar, la norma general está dada por la Ley de Notificaciones Judiciales que, en su artículo 10 *in fine*⁵¹, indica que todas las partes y demás personas presentes en las audiencias⁵² quedarán notificadas de todas las resoluciones⁵³ dictadas en ella⁵⁴.

51 Ley N.º 8687, "Artículo 10.- Notificación que se tiene por realizada: Se tendrá por notificada la parte o la tercera persona interesada que, sin haber recibido notificación formal alguna, o recibida de manera irregular, se apersona al proceso, independientemente de la naturaleza de su gestión. Los plazos correrán a partir de la notificación a todas las partes.

Si se pide la nulidad, la parte deberá realizar el acto procesal correspondiente dentro del plazo legal, que se computará en la forma indicada. La eficacia de este acto quedará sujeta al resultado de la nulidad.

Las partes y demás personas presentes en las audiencias, quedarán notificadas de todas las resoluciones dictadas en ella. A los ausentes se les aplicará la notificación automática".

52 Debemos entender por audiencias, entre otras: las audiencias previas o tempranas realizadas en la etapa preparatoria, la audiencia preliminar, las vistas señaladas para analizar apelaciones, recursos de casación o revisión, los juicios orales y públicos, etc.

53 Debemos entender por resoluciones: autos, providencia, resoluciones, sentencias o votos.

54 Al respecto la Comisión de Asuntos Penales ha manifestado que si la resolución es oral debe indicarse que queda notificada en el acto. Si por excepción se lleva a cabo una resolución escrita, esta debe notificarse por los medios tradicionales.

Recientemente, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha avalado las sentencias orales y ha indicado que no son contrarias al principio de legalidad⁵⁵, siempre y cuando cumplan todos los requisitos de ley, pues como lo ha referido la jurisprudencia, el formato oral o escrito de los fallos no exime al tribunal del deber de cumplir con los elementos que la componen. En este sentido, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que al ser dictada una sentencia en formato oral no puede adolecer de superficialidad o ser incompleta⁵⁶.

Resulta importante subrayar que si una parte fue debidamente notificada del señalamiento a la audiencia y no se presentó sin justa causa, todo lo resuelto en ella le queda automáticamente notificado con el transcurso de veinticuatro horas después de dictada⁵⁷.

Para determinar cuáles resoluciones se deben tomar de forma oral e inmediata y cuáles se deben diferir, la regla será dictar la resolución una vez finalizada la audiencia⁵⁸, excepto cuando las cuestiones sometidas a conocimiento sean complejas o de una naturaleza tal que solo por medio del documento sentencia, se pueda resolver adecuadamente. Otra salvedad se establece para la audiencia preliminar, cuando por lo avanzado de la hora, el juzgado no tenga tiempo de resolver oralmente una vez finalizada la misma⁵⁹.

55 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 3117-09 de las tres horas tres minutos del 25 de febrero de 2009 “[...] La práctica judicial, de omitir la redacción de la sentencia documento, sustituyendo éste por una resolución emitida en forma oral, no es contraria al principio de legalidad, siempre y cuando se suministre a la parte el registro que le permita en ejercicio del principio de autonomía del ser humano, conocer de lo resuelto y se le provea en las instalaciones del Poder Judicial de los medios necesarios para accederla, en caso de que no cuente con los recursos propios para ello. Deben los jueces que utilicen esta práctica, tomar las previsiones del caso para asegurar que el registro del fallo se produzca efectivamente [...]”.

56 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto n.º 2009-00066 de las 10:02 horas del 30 de enero de 2009.

57 Cfr. Artículos 10 y 11 de la Ley de Notificaciones Judiciales.

58 Verbigracia: Código Procesal Penal: “Artículo 333.- Oralidad: La audiencia será oral; de esa forma deberán declarar el imputado y las demás personas que participen en ella.

Quienes no puedan hablar o no puedan hacerlo de manera inteligible en español, formularán sus preguntas o contestaciones por escrito o por medio de intérpretes, leyendo o traduciendo las preguntas o las contestaciones.

Las resoluciones del tribunal durante la audiencia se dictarán verbalmente; todos quedarán notificados por su pronunciamiento y se dejará constancia en el acta”.

59 Código Procesal Penal: “Artículo 319.- Resolución: Finalizada la audiencia, el tribunal resolverá inmediatamente las cuestiones planteadas, salvo que por lo avanzado de la hora o la complejidad de los asuntos por resolver, difiera la solución hasta por cuarenta y ocho horas.

El tribunal analizará la procedencia de la acusación o la querella, con el fin de determinar si existe base para el juicio o, en su caso, si corresponde total o parcialmente desestimar la causa o sobreseer al imputado.

El tribunal también podrá examinar, conforme al procedimiento establecido, si corresponde aplicar un criterio de oportunidad, el procedimiento abreviado, suspender el procedimiento a prueba o autorizar la aplicación de las reglas para asuntos de tramitación compleja.

Además, el tribunal resolverá las excepciones planteadas, ordenará los anticipos de prueba que correspondan y se pronunciará sobre la separación o acumulación de juicios.

(continúa en la siguiente página)

Debemos hacer especial mención sobre el tema respecto al procedimiento expedito para los delitos en flagrancia⁶⁰, el cual es completamente oral⁶¹. Esta norma obliga consecuentemente a realizar todas las notificaciones oralmente, extremo acorde con lo expedito del proceso.

Decidirá sobre la admisibilidad de la prueba ofrecida para el juicio. si las partes han llegado a algún acuerdo sobre la acción civil, ordenará lo necesario para ejecutar lo acordado.

En esta misma oportunidad, el tribunal deberá examinar la procedencia, ratificación, revocación o sustitución de las medidas cautelares. a la vez, se pronunciará sobre las solicitudes de protección de víctimas o testigos, o sobre el mantenimiento, la modificación o el cese de las medidas ya acordadas". Modificado por la Ley N.º 8720 del 17 de abril de 2009.

60 Código Procesal Penal; Libro II: Procedimientos Especiales, Título VIII: Procedimiento Expedito para los Delitos en Flagrancia, arts. 422 al 436.

61 Código Procesal Penal; "Artículo 422.- Procedencia. Este procedimiento especial, de carácter expedito, se aplicará en los casos en los cuales se trate de delitos en flagrancia e iniciará desde el primer momento en que se tenga noticia de la comisión de un hecho delictivo de tal especie. en casos excepcionales, aun cuando se trate de un delito flagrante, se aplicará el procedimiento ordinario, cuando la investigación del hecho impida aplicar aquel. Este procedimiento especial omitirá la etapa intermedia del proceso penal ordinario y será totalmente oral".

Bibliografía

Parajeles Vindas, Gerardo. Ley de Notificaciones Judiciales Comentada y con índice alfabético. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, Costa Rica, marzo de 2009.

López González, Jorge Alberto. Ley de Notificaciones Judiciales Comentada, Editorial Juricentro S.A., San José, Costa Rica, 2009.

Méndez Zamora, Jorge. La Notificación Judicial –Manuel Sobre el Nuevo Régimen de Notificaciones–. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, Costa Rica, abril de 2009.

Leyes

Constitución Política de la República de Costa Rica.

Ley N.º 7594 (Código Procesal Penal).

Ley de Notificaciones Judiciales N.º 8687.

Ley de Notificaciones, Citaciones y Otras Comunicaciones Judiciales N.º 7637.

Jurisprudencia

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto N.º 3117-09 de las tres horas tres minutos del 25 de febrero de 2009.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto n.º 2009-00066 de las 10:02 horas del 30 de enero de 2009.

Directrices para reducir la revictimización de las personas menores de edad en procesos penales, Corte Plena sesión IXX-02 del 6 de mayo de 2002.

Prisión preventiva y otras medidas cautelares, a la luz de la incorporación del artículo 239 bis del Código Procesal Penal

Nuria Villalobos Solano¹

Sumario: 1.- Introducción. 2.- Presupuestos contenidos en el artículo 239 del Código Procesal Penal. 3.- Incorporación de “nuevos” presupuestos en el artículo 239 bis del Código Procesal Penal. 4.- Conclusiones.

1.- Introducción

Como parte del desarrollo del programa de foros virtuales de la Escuela Judicial, se me asignó la tarea de moderar la discusión referente al tema de la prisión preventiva, a la luz de la incorporación del artículo 239 bis en el Código Procesal Penal, introducida por la Ley N° 8720, publicada en La Gaceta N° 77 del 22 de abril de 2009.

Así, gracias a la amplia discusión generada por este espacio virtual, quienes formamos parte día a día de la puesta en marcha del proceso penal, tuvimos la oportunidad de externar nuestros criterios sobre las implicaciones que trae consigo la reforma legal mencionada.

De las ideas analizadas en el foro, en general, me queda la grata impresión de que como aplicadores y aplicadoras del derecho, somos conscientes de que la prisión preventiva sigue siendo la excepción a la regla, y que debe imponerse en los casos estrictamente necesarios y siempre bajo los presupuestos establecidos por nuestra legislación procesal penal, en respeto de las garantías fundamentales de todas las partes intervinientes.

Para iniciar el desarrollo del tema propuesto, es importante que tengamos claro qué es la prisión preventiva, y me parece oportuno citar una sencilla y clara definición dada por el Dr. Javier Llobet hace ya algunos años, quien señala:

La prisión preventiva consiste en la privación de libertad ordenada antes de la existencia de sentencia firme, por el tribunal competente en contra del imputado, basada en el peligro de que se fugue para evitar la realización del juicio oral o la ejecución de la eventual sentencia condenatoria, o en el peligro de que vaya a obstaculizar la averiguación de la verdad.

¹ Jueza penal de San Joaquín de Flores.

De lege lata en Costa Rica abarca también la privación de libertad del imputado ordenada por el juez competente para evitar el peligro de reiteración delictiva².

Evidentemente, esta es una definición que en el 2009 debe complementarse con la afirmación de que el juez o la jueza competente también puede ordenar la prisión preventiva cuando exista peligro para la víctima, la persona denunciante o el o la testigo. Cuando la víctima se encuentre en situación de riesgo, la jueza o el juez tomará en cuenta la necesidad de ordenar esta medida, especialmente en el marco de la investigación de delitos atribuibles a una persona con quien la víctima mantenga o haya mantenido una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no.

Esta disposición al haberse incorporado mediante la Ley N° 8589 publicada en La Gaceta N° 103 del 30 de mayo de 2007, como un presupuesto para dictar la prisión preventiva, otorga una especial protección a la violencia contra las mujeres en el marco de la Ley de Penalización de la Violencia Doméstica.

Estos son los cuatro supuestos contenidos entonces en los incisos b y d) del artículo 239 del Código Procesal Penal, los cuales garantizan en sí mismos, la aplicación de la prisión preventiva o cualquier otra medida cautelar únicamente para fines procesales, lo cual es propio de un sistema democrático de derecho como el nuestro, y nunca como una pena anticipada.

Ahora bien, no es posible obviar al tratar un tema, como el que nos ocupa, la ya mencionada reforma del 22 de abril de 2009, la cual incorpora el artículo 239 bis en la ley anterior citada, y que para algunas personas otorga la posibilidad de nuevas causales o presupuestos para aplicar las medidas cautelares, y para otras, no es más que una ampliación de los ya contenidos en el artículo 239, y esta segunda posición, con la que desde ahora confieso, es con la que concuerdo.

2.- Presupuestos contenidos en el artículo 239 del Código Procesal Penal

El primero de los presupuestos que debe obligatoriamente verificar el juez o la jueza penal para interponer la prisión preventiva o cualquier otro tipo de medida cautelar menos gravosa³ es la existencia de elementos de convicción suficiente para tener a la persona imputada como autora o partícipe del hecho investigado. Es importante indicar que resulta siempre indispensable la

2 Llobet Rodríguez, Javier. La prisión preventiva (límites constitucionales). Editorial Universidad para la Cooperación Internacional. San José, Costa Rica, 1997. p. 37.

3 Sala Constitucional en su voto n.º 2291-99 que señala “para que se pueda dictar una medida menos gravosa que la prisión preventiva, necesariamente deben darse los presupuestos para dictar esta última, lo que sucede es que, atendiendo al principio de proporcionalidad, el tribunal -de oficio o a solicitud del interesado- debe elegir la o las medidas menos gravosas, siempre y cuando las presunciones que podrían motivar la prisión preventiva se puedan evitar razonablemente con la aplicación de esta últimas”.

presencia de un análisis de cada uno de los elementos probatorios, directos y/o indiciarios con que se cuenta para determinar esta probabilidad.

No podemos dejar de recordar que, en primer término, como jueces y juezas de garantías (y esta función es propia de todas las etapas del proceso, no solamente la preparatoria e intermedia), debemos verificar que cada uno de los elementos probatorios, donde se basa la solicitud de medidas cautelares son lícitos, o lo que es lo mismo, que no se trata de prueba espuria, porque ante prueba ilegal, lo procedente es, de oficio, declararla como ilegítima y, en consecuencia, no ser consideradas para la resolución que se pretende, ni para ninguna otra actuación procesal⁴.

En segundo término, es menester indicar que, para cumplir con este requisito, no es suficiente transcribir o repetir –en el caso de las resoluciones orales–, la relación de hecho que realiza el o la fiscal, y es indispensable que ese cuadro fáctico sea analizado a la luz de la totalidad de los elementos probatorios aportados por la Fiscalía, así como los haya ofrecido la defensa técnica y/o material.

De esta manera, una vez superado el primer nivel y determinándose la existencia de los elementos de convicción suficientes para tener a la persona acusada como autora o partícipe del ilícito, en mi criterio y por una cuestión de economía, debemos saltar al inciso c) de la norma en estudio y determinar si el delito por el cual se cuestiona a la persona encartada es sancionado con pena privativa de libertad, en razón de no realizar un desgaste innecesario con un análisis completo, si el delito no tiene pena de prisión, porque no contaríamos con el parámetro para la proporcionalidad de la medida cautelar que consideremos oportuna imponer.

Cuando la persona juzgadora haya realizado el análisis de los presupuestos anteriormente indicados, debe entonces abocarse a determinar si, en el caso en estudio, existe al menos uno de los supuestos de peligro procesal establecidos en los incisos b) y d). Nos referimos a la existencia de una presunción razonable por apreciación de las circunstancias del caso particular, acerca de que aquel no se someterá al procedimiento (peligro de fuga); la posibilidad de que en caso de que la persona encartada se encuentre en libertad obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de obstaculización); que si no se dicta la prisión preventiva continuará la actividad delictiva; o que exista peligro para la víctima, la persona denunciante o el o la testigo.

Cuando la víctima se encuentre en situación de riesgo, el juez o la jueza tomará en cuenta la necesidad de ordenar esta medida, especialmente en el marco de la investigación de delitos

4 Ver artículos 175 a 178 y 180 a 183 del Código Procesal Penal.

atribuibles a una persona con quien la víctima mantenga o haya mantenido una relación de matrimonio, en unión de hecho declarada o no⁵.

Está claro, ya la Sala Constitucional así lo ha dispuesto en múltiples resoluciones que, para imponer la prisión preventiva o cualquier otra medida alterna, será necesaria la existencia de al menos uno de los presupuestos descritos en el párrafo anterior. Además, es obligación de la persona juzgadora analizar en forma objetiva, en este caso, no solo los elementos probatorios existentes en la causa, sino también las condiciones personales de la persona encartada, tal y como lo indica el artículo 240 con respecto al peligro de fuga, y se debe considerar el arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto.

La falsedad, la falta de información o de actualización del domicilio de la persona imputada constituirán presunción de fuga; asimismo, el monto de la pena que podría llegarse a imponer en el caso; la magnitud del daño causado y el comportamiento de la persona imputada durante el procedimiento o en otro proceso anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse a la persecución penal.

No está de más señalar que debemos tener cuidado cuando fundamentamos el peligro de fuga, pues es bastante frecuente la tendencia de relacionarlo exclusivamente con la alta penalidad del delito que se imputa en ese momento, y este razonamiento no es posible como un aspecto exclusivo que se debe tomar en cuenta, ya que debemos recordar que aún estamos en presencia de una persona inocente, al no contarse con sentencia condenatoria firme que indique lo contrario.

Según lo ha establecido la jurisprudencia constitucional, también es indispensable considerar el resto de las condiciones personales de la persona imputada para establecer la presencia del peligro de fuga y la magnitud del mismo. Esta situación es relevante si pensamos que ante un peligro de fuga no siempre es necesaria la prisión preventiva, como medida cautelar más gravosa, sino que este riesgo podría controlarse en algunos casos con la imposición de la medida de impedimento de salida del país. Reiteramos que esta es la razón de la importancia de analizar a fondo y en forma objetiva cada uno de elementos contenidos en el caso, probatorios y personales.

Debemos realizar esta dinámica de análisis en todos y cada uno de los presupuestos que integran los incisos b y d del artículo 239 del Código Penal, y no por estar en presencia de uno de ellos, se nos exime de la obligación de estudiar el resto; al contrario, será siempre responsabilidad del juez

5 Esta última causal así se dispone mediante el artículo 45 de la Ley N.º 8589 del 25 de abril de 2007.

o de la jueza penal, analizarlos en su totalidad, a fin de fundamentar la imposición de la medida cautelar adecuada en el caso concreto.

Tal y como hemos indicado, además del artículo 239 del Código Procesal Penal, a raíz de una reforma legal que entró en vigencia el 22 de abril de 2009, se incorporó un artículo 239 bis a este mismo cuerpo normativo, y estas “nuevas” causales dan origen a la discusión promovida por la Escuela Judicial, y a las que nos referiremos a continuación.

3.- Incorporación de “nuevos” presupuestos en el artículo 239 bis del Código Procesal Penal

Dentro del foro de discusión, se introdujo como primer cuestionamiento, si es posible interpretar que el contenido de la reforma que introduce el artículo 239 bis al Código Procesal Penal les otorga a las personas juzgadoras la posibilidad de interponer la prisión preventiva en forma automática en algunos casos.

Establece la norma introducida que con la previa valoración y resolución fundada, el tribunal también podrá ordenar la prisión preventiva de la persona imputada, cuando se produzca cualquiera de las siguientes causales: el delito esté sancionado con pena de prisión y se cumpla el presupuesto establecido en el artículo 37 de la Constitución Política: a) Cuando haya flagrancia en delitos contra la vida, delitos sexuales y delitos contra la propiedad, donde medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas, y en delitos relacionados con estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas. b) El hecho punible sea realizado presumiblemente por quien haya sido sometido al menos en dos ocasiones a procesos penales donde medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas, en los cuales se hayan formulado acusación y solicitud de apertura a juicio por parte del Ministerio Público, aunque estos no se encuentren concluidos. c) Cuando se trate de personas reincidentes en la comisión de hechos delictivos, donde medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas. d) Se trate de delincuencia organizada.

Coinciden las personas participantes⁶, posición que compartimos, en que no es posible aplicar en forma automática la prisión preventiva, cuando estamos en uno de los supuestos señalados en la recientemente norma incorporada. Lo contrario sería incurrir en una práctica inconstitucional, por estar privando al individuo sometido al proceso de un análisis integral de los presupuestos

6 Dentro de los y las participantes se encuentran representantes de todas las partes del proceso penal: jueces y juezas penales y de juicio, defensores y defensoras públicos y fiscales.

por los cuales se ordenaría la prisión preventiva por uno de los delitos no indicados en dicho inciso a), o que no sea acusado como cometido en flagrancia o calificado como delincuencia organizada⁷.

Parece claro que la reforma responde a una campaña mediática que crea una presión social dirigida a pensar –o hacer creer– que la prisión y, específicamente, la prisión preventiva son la solución a todos los problemas de inseguridad que vive el país. Sin embargo, como administradores y administradoras de justicia, no podemos caer en una actitud cuyo norte sea complacer a las masas o a los medios de comunicación que introducen campañas dirigidas a la aplicación a priori de la medida cautelar más gravosa que existe, y esto lo logramos, solamente al ser juezas y jueces de garantías, que respetan los derechos de cada una de las partes intervinientes en el proceso y que analizan a conciencia los detalles que componen y que hacen único cada asunto que es sometido a su conocimiento.

Coincidimos con quienes señalan que el supuesto bajo análisis (introducción del artículo 239 bis CPP) podría contener vicios de constitucionalidad, rozando con el estado de inocencia, el principio de culpabilidad o con la no posibilidad de aplicar la prisión preventiva como una pena anticipada.

Sin embargo, considero que como jueces y juezas penales debemos garantizar una correcta aplicación de la ley en cada caso que se nos somete a conocimiento, buscando que con esa aplicación en ningún momento se violenten derechos y garantías fundamentales de las partes y, en este caso, del sujeto contra quien se está dirigiendo el ente acusador.

Solamente uno de las personas participantes en el foro indica que debemos aceptar que el numeral 239 bis es una disposición legal que claramente “tasa” causales de prisión preventiva, lo que probablemente lo hace inconstitucional –y si es del caso, así debe ser declarada–, pero no por ello debemos interpretarla como nos gustaría que fuera, contrariando su propia literalidad.

Respetando el criterio del compañero, consideramos que no es posible interpretar en forma literal y aislada el artículo 239 bis del Código Procesal Penal, cuando un caso se nos somete a nuestro conocimiento con una solicitud de prisión preventiva o medida cautelar. Al contrario, se debe buscar la interpretación acorde con los principios y garantías constitucionales –que además deben ser el norte de toda interpretación de la ley–, en conjunto con lo dispuesto en el artículo 239 ya estudiado.

7 Tómese en cuenta que ya fue aprobada la Ley N.º 8754 contra la Delincuencia Organizada que establece un procedimiento especial para los hechos considerados de este tipo especial de delincuencia y que, en la misma, se realizan cambios importantes en los plazos de prisión preventiva, los cuales amplía, así como en los períodos de prescripción de la acción penal.

Por tanto, se trata de que las resoluciones que ordenen una medida cautelar no se basen en una posición que busca la efectividad del proceso por sí misma, en detrimento de las garantías fundamentales, como lo es entre otras, el estado de inocencia que cubre a toda persona imputada.

Así respecto a las causales b) y c) del recién introducido artículo 239 bis, consideramos que en realidad realizan un desarrollo del peligro de reiteración delictiva ya contenida en el inciso b), in fine del artículo 239, y es evidente que ambos incisos se refieren a este mismo presupuesto procesal; pero otorgando circunstancias específicas que se deben valorar, al indicar que también deberá considerarse:

si el hecho punible sea realizado presumiblemente por quien haya sido sometido al menos, en dos ocasiones, a procesos penales en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas, en los cuales se hayan formulado acusación y solicitud de apertura a juicio por parte del ministerio público [sic], aunque estos no se encuentren concluidos⁸.

Así como que se trate de personas reincidentes en la comisión de hechos delictivos en los que medie violencia contra las personas o fuerza sobre las cosas.

Efectivamente, lo que realmente hace la persona legisladora es referirse nuevamente a la causal de reiteración delictiva que ya contemplaba el artículo 239, inciso segundo, solamente que la amplía indicando dos supuestos específicos, donde se considera que estamos en presencia de la misma.

Durante la discusión, se planteó el tema, como interrogante, de si desaparece la causal de peligro para la víctima y/o el peligro de obstaculización de la investigación, cuando la parte ofendida y/o los y las testigos son parte del régimen de protección a víctimas y testigos que crea la Ley 8720. Considero acertadas las intervenciones de los y las participantes del foro al respecto, en el sentido de que si se considera, bajo resolución fundada, que es necesario aplicar este régimen de protección, esto debe interpretarse como un indicio más que nos ayuda a determinar que estamos ante una de las causales indicadas anteriormente.

Sobre este tema, en nuestro criterio, la protección procesal a las víctimas puede verse como un elemento colaborador, con la finalidad de garantizar la integridad física de las personas que necesiten del mismo; pero no vendría, de ninguna manera, su aplicación en un caso concreto,

8 Esto no es otra cosa que las llamadas "pasadas" ante la Administración de Justicia que ya la Sala Constitucional ha validado como un parámetro que se debe considerar en el peligro de reiteración delictiva.

a hacer desaparecer el presupuesto de peligro para la víctima –inciso d), artículo 239 bis Código Procesal Penal incluido por la Ley de penalización de la violencia doméstica–, y/o de obstaculización de la verdad. Al contrario, en nuestro criterio, si es necesario la aplicación de este procedimiento especial, es un indicio más de la existencia de un peligro para la víctima en caso de que no se apliquen medidas cautelares a la persona encartada.

4.- Conclusiones

Como primer punto, no está de más recordar que según se establece en el Código Procesal Penal, y ha sido interpretado por la Sala Constitucional⁹, para imponer cualquier tipo de medida cautelar, entiéndase prisión preventiva o cualquier otra sustitutiva de acuerdo con el artículo 243 del Código Procesal Penal, el juez o la jueza tiene la obligación de verificar como primer punto de análisis la existencia de indicios comprobados de que la persona acusada es con probabilidad autora del delito, que el delito sea penado con prisión (revisar la proporcionalidad) y, posteriormente, debe analizar la existencia de algún riesgo procesal, o lo que es lo mismo, la existencia de la necesidad de la procedencia de la prisión preventiva o de la medida cautelar ordenada.

Además, no podemos ignorar la jurisprudencia de la Sala Constitucional que señala –variando así el criterio que sostuvo durante mucho tiempo–, que no es posible imponer ningún tipo de medida cautelar, llámese prisión o cualquier otra menos gravosa¹⁰. Este criterio, a todas luces, resulta acorde con el derecho a ser intimado o intimada¹¹ como parte del debido proceso, y que no puede ser vulnerado por la persona juzgadora, y que las partes deben siempre tener presente antes de solicitar cualquier tipo de medida cautelar.

Una vez realizado el análisis anterior, es posible, por tanto, llegar a las siguientes conclusiones en cuanto al tema de la prisión preventiva, y la trascendencia que al respecto ha tenido la incorporación del artículo 239 bis al Código Procesal Penal.

El nuevo artículo no modifica de ninguna manera el contenido del artículo 239. Dicha norma debe seguir siendo respetada en todos los casos donde se pretenda imponer una medida cautelar, aunque no se trate de la más gravosa que contempla nuestro sistema jurídico penal, como lo es la prisión preventiva.

9 Ver votos de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia: 11858-03 de las 12:01 del 17 de octubre de 2003, 2005-14276 de las 14:35 horas del nueve de octubre de 2005.

10 Ver votos: 17176-06 y 15335-07 ambos de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

11 Recordemos que esta garantía es el deber de la persona acusadora de poner en conocimiento de la persona acusada los hechos que se le acusan, así como de los elementos probatorios con que cuenta para fundamentar los mismos.

De la lectura e interpretación del contenido de la nueva norma, no se puede deducir que estemos ante causales “tasadas” para la imposición de la prisión preventiva. Al contrario, se trata de un desarrollo más amplio de algunos de los presupuestos ya contenidos en el artículo 239 del Código Procesal Penal. Como por ejemplo, en los incisos b) y c) del artículo 239 bis, se exponen casos específicos, donde estamos en presencia de un peligro de reiteración delictiva (mencionado en el inciso b) del artículo 239).

La normativa reciente sobre protección a las víctimas no modifica o elimina la presencia del peligro procesal contenido en el inciso d) del Código Procesal Penal. Esta posibilidad debe tenerse como un elemento colaborador, cuyo fin es garantizar la integridad física de las personas que necesiten del mismo; pero no vendría, de ninguna manera, su aplicación en un caso concreto, a hacer desaparecer el presupuesto de peligro para la víctima.

Se debe reiterar que las juezas y los jueces penales, desde la etapa preparatoria hasta la ejecución de la pena, seguimos siendo sobre todo juezas y jueces de garantías, y nuestra principal labor es, precisamente, garantizar, que cada uno de los casos que se nos presentan al respeto por los derechos de las partes; pero sobre todo, de quien, considerándose aún inocente, es sometido a la maquinaria de un proceso penal como acusado o acusada. Es importante tomar en este momento nuevas posibilidades que nos brinda el sistema para cumplir esta labor, como lo son la oralidad y la innegable humanización del proceso que ella permite.

Agradezco a la Escuela Judicial, en el espacio creado, esta importante discusión que sobre todo nos aporta la posibilidad de discutir las novedades introducidas en nuestro ordenamiento jurídico, y es responsabilidad de todos los operadores y las operadoras del derecho mantenernos al día con las mismas, así como con su estudio para una correcta interpretación al momento de su aplicación.



Poder Judicial
Departamento de Artes Gráficas
B. 35118