



DERECHO PENAL Y CONSTITUCIÓN

Libro en Memoria
del Dr. Luis Paulino Mora Mora

Daniel González Álvarez
Javier Llobet Rodríguez
(Coordinadores)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
ASOCIACIÓN DE CIENCIAS PENALES DE COSTA RICA
MAESTRÍA EN CIENCIAS PENALES DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

VOLUMEN II

DERECHO PENAL Y CONSTITUCIÓN
LIBRO EN MEMORIA DEL DR. LUÍS PAULINO MORA MORA

DERECHO PENAL JUVENIL 421

Frieder Dünkel (Catedrático de la Universidad de Greifswald, Alemania) y Álvaro Castro Morales (Doctorante de la Universidad de Greifswald, Alemania, Académico de la Universidad Diego Portales de Chile). Sistemas de Justicia Juvenil y Política Criminal en Europa. 421

Carlos Tiffer Sotomayor (Profesor de la Maestría en Ciencias Penales de la UCR y abogado litigante). El dilema de la edad de la responsabilidad penal juvenil 453

Álvaro Burgos Mata (Profesor Catedrático de la Maestría en Ciencias Penales de la UCR y Juez de Juicio). El Caleidoscopio para la fundamentación sancionatoria en materia penal juvenil en Costa Rica..... 475

DERECHO PENAL INTERNACIONAL..... 493

Kai Ambos (Catedrático de la Universidad de Göttingen, Alemania). La Corte Penal Internacional y el propósito común: ¿Qué tipo de contribución es requerida por el artículo 25(3)d del Estatuto de Roma? 493

Alfredo Chirino Sánchez (Decano de la Facultad de Derecho de la UCR y Profesor Catedrático de la Maestría en Ciencias Penales). Los principios del debido proceso y de valoración de la prueba a la luz de la Sentencia Lubanga de la Corte Penal Internacional. Con especial referencia a la prueba obtenida por medio de intermediarios. 509

DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL..... 537

Francisco Castillo González (Profesor Catedrático de la Maestría en Ciencias Penales de la UCR y abogado litigante). El retiro de cosas muebles en el Código Penal vigente..... 537

Federico Campos (Profesor de la Facultad de Derecho de la UCR y abogado litigante). La libertad de prensa frente a la tutela penal del bien jurídico “honor” (en una democracia respetuosa de la dignidad humana). 553

DERECHO PROCESAL PENAL 577

Julio Maier (Profesor de la Universidad de Buenos Aires, Argentina). Carta a Luis Paulino Mora sobre la víctima y el sistema penal..... 577

Juan Luis Gómez Colomer (Catedrático de la Universidad Jaume I de Castellón, España). La protección civil de la víctima del crimen en el sistema adversarial norteamericano: viejos anacronismos, nuevas tendencias. 589

Javier Llobet Rodríguez (Coordinador de la Maestría en Ciencias Penales de la UCR y Presidente de la Asociación de Ciencias Penales). Proceso Penal y Constitución.607

Daniel González Álvarez (Director de la Revista de la Asociación de Ciencias Penales y exmagistrado de la Sala Tercera de la Corte Suprema). El Código Procesal Penal de 1996-1998. Logros, pendientes y desafíos.....	633
Gustavo Chan Mora (Juez de Apelación de Sentencia y Profesor de la Maestría en Ciencias Penales de la UCR). Vigencia de los Derechos y Garantías Fundamentales en el Proceso Penal: A Propósito de algunos autoengaños de los Jurista.	667
Elías Carranza Lucero (Director de ILANUD). Las personas presas sin condena en América Latina y el Caribe.	677
Mario Houed Vega (Exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia). Los mecanismos alternativos para la solución de conflictos en la legislación procesal penal costarricense. Origen y aplicación.	689
Danilo Rivero García (Profesor de la Universidad de la Habana, Cuba). La huella de la Ley Enjuiciamiento Criminal española en el proceso penal cubano.	731
PENAS, MEDIDAS DE SEGURIDAD Y DERECHO PENITENCIARIO	743
Teresa Aguado Correa (Profesora de la Universidad de Sevilla, España). La “prisión permanente revisable”: un eufemismo del siglo XXI para la cadena perpetua o la “muerte en vida	743
Vicente Gimeno Sendra (Catedrático de Derecho. Procesal de la UNED, España, Magistrado emérito del Tribunal Constitucional de España). La doctrina “Parot” y el principio de legalidad.....	769
Eduardo Demetrio Crespo (Catedrático de la Universidad de Castilla la Mancha, Toledo, España). Medidas penales post-penitenciarias de control de la peligrosidad del delincuente imputable y Derechos Fundamentales.....	781
Erick Gatgens Gómez (Profesor de la Maestría en Ciencias Penales de la UCR y abogado litigante). Principio de proporcionalidad y determinación de la pena	791
Roy Murillo (Profesor de la Maestría en Ciencias Penales y Juez de Ejecución de la Pena). Uso excesivo de la prisión en Costa Rica y urgencia de un nuevo modelo punitivo.	809
Mario Alberto Víquez Jiménez (Profesor de la Maestría en Ciencias Penales de la UCR). ¿Una nueva reforma penitenciaria en Costa Rica?.....	825
POLÍTICA CRIMINAL	837
Cecilia Sánchez Romero (Consultora Internacional y exfuncionaria judicial). Política criminal. Una impostergable decisión	837
Carlos Elbert (Profesor de la Universidad de Buenos Aires). Medios de comunicación, seguridad y delito.	849
APÉNDICE	853

Discurso del Presidente de la Corte Suprema de Justicia Dr. Luis Paulino Mora Mora con motivo de la no reelección del magistrado Dr. Fernando Cruz Castro por la Asamblea Legislativa..... 855

Voto redactado por el magistrado Dr. Luis Paulino Mora Mora en el que se declara que es inconstitucional la inclusión de Costa Rica dentro de los países que apoyan la guerra de Irak. 857

Voto salvado del magistrado Dr. Luis Paulino Mora Mora en que acoge la inconstitucionalidad de la pena de cincuenta años de prisión como máxima, establecida en el artículo 51 del Código Penal. 873

Declaratoria de inconstitucional de las medidas de seguridad a delincuentes habituales y profesionales, redactada por el magistrado Dr. Luis Paulino Mora Mora..... 877

Voto redactado por el magistrado Dr. Luis Paulino Mora en que se declara la inconstitucionalidad de la medida de seguridad en los casos de tentativa inidónea. 887

DERECHO PENAL JUVENIL

SISTEMAS DE JUSTICIA JUVENIL Y POLÍTICA CRIMINAL EN EUROPA

Frieder Dünkel¹,

Catedrático de la Universidad de Greifswald, Alemania

Álvaro Castro Morales²

Doctorante de la Universidad de Greifswald, Alemania

Académico de la Universidad Diego Portales de Chile

En los últimos 25 años los sistemas de justicia juvenil³ han presentado considerables cambios, particularmente en los países de orientación socialista de Europa del Oeste y Central. También diferentes y a veces contradictorias políticas de justicia juvenil han emergido en Europa del Este. Las llamadas tendencias neo-liberales⁴ pueden ser vistas particularmente en *Inglaterra* y *Gales*, como también en *Francia* y en *Holanda* (Cavadino and Dignan 2006: 215 ff; 2007: 284 ff; Goldson 2002: 392 ff; Tonry 2004; Muncie y Goldson 2006; Bailleau y Cartuyvels 2007; Muncie 2008; Cimamonti, di Marino y Zappalá 2010). En otros países, tales como, *Alemania* y *Suiza* se ha mantenido un sistema moderado de intervención mínima con prioridad en la diversión y en las medidas educativas (Dünkel et. al. 2011). En muchos países han sido implementados elementos de justicia restaurativa.

El presente capítulo⁵ evalúa las políticas de justicia juvenil y las prácticas en Europa desde una perspectiva comparada.⁶ El focus del artículo está en las tendencias de las legislaciones en materia de justicia juvenil y en las prácticas de los fiscales y jueces de las cortes juveniles. También está puesta la atención en los tradicionales modelos de justicia juvenil "Tutelar" y de "Justicia" y cómo ellos han sido entrelazados en las modernas prácticas europeas. El reclamo en torno a un "nuevo punitivismo" como una estrategia prevaleciente, es cuestionado, en atención a las prácticas de muchos sistemas de justicia juvenil, las cuales parecen ser bastante resistentes a las políticas neo-liberales. *Sonja Snacken* recientemente ha

1 Profesor de la Universidad de Greifswald, Alemania.

2 Doctorante de la Universidad de Greifswald, Alemania, Académico de la Universidad Diego Portales de Chile.

3 En el presente artículo se utilizan los términos *justicia de menores* así como *justicia Juvenil* en el mismo sentido. El término "jóvenes" está en el uso de varios instrumentos internacionales, europeos y nacionales, donde por lo general se refieren a personas menores de 18 años. Sin embargo, la Convención de los Derechos del Niño usa el término, "niño" para referirse a cualquiera menor de edad de 18 años. En este artículo no se utilizará el concepto "de niño", ya que no siempre es apropiado en este contexto. Finalmente, se usa aquí el término "jóvenes adultos", para referirse a personas entre las edades de 18 hasta 21 años, quienes, deberían ser tratados como jóvenes o menores, como es propuesto por las Reglas europeas para Delincuentes Juveniles Sujetos a Sanciones o Medidas (Rec. (2008) 11), véase la Regla 17.

4 El sentido de la palabra "neo-liberal", que se deriva del concepto utilizado en "la cultura del control" de Garland, contiene diferentes aspectos que van más allá del aumento de las penas o aumento de las condenas: ver a Crawford y Lewis 2007: 30 siguientes. También incluyen la criminalización del comportamiento antisocial (el ASBO'S), uso aumentado de la custodia juvenil, "managerialism" y la reducción del riesgo a través de la exclusión social.

5 El presente artículo es una versión inspirada en la discusión sobre "nuevo punitivismo" (Pratt et al. 2005) y las llamadas orientaciones neo-liberales que se pueden observar en algunas jurisdicciones europeas y anglosajonas (ver entre los otros Tonry 2004) al contrario de países como los escandinavos que pueden ser caracterizados bajo la etiqueta de 'exceptionalism penal', ver a Pratt 2008; 2008a y Lappi-Seppälä en este volumen. El presente trabajo mostrará que no sólo los países escandinavos, sino que muchos otros, han resistido el movimiento punitivo en Europa. (Snacken y Dumortiers 2012).

6 La comparación está basada en gran parte en una investigación de 34 países realizada por el Centro de Criminología y Derecho Penal de la Universidad de Greifswald: Dünkel et al. 2011. El proyecto fue financiado por la Unión Europea (AGIS-programa) y por el Ministerio de Educación del Estado federal de Mecklemburg-Pomerania en Alemania.

buscado explicar porqué los países europeos continentales en general han tenido éxito en la resistencia contra el “populismo penal”. En la conclusión del presente artículo este razonamiento será aplicado para los sistemas de justicia juvenil en particular.

2. TENDENCIAS CONTEMPORÁNEAS EN LAS POLÍTICAS DE JUSTICIA JUVENIL

A través de Europa permanecen vigentes o emergiendo nuevamente políticas basadas en las nociones de subsidiaridad y proporcionalidad en las intervenciones estatales contra jóvenes infractores, si no en todos, en casi todos los países. Sin embargo, en algunos países europeos, también hemos sido testigos de desarrollos que se han adoptados en un sentido diferente. Esos desarrollos intensifican las intervenciones de la justicia juvenil a través del aumento de las penas y la introducción de formas adicionales de control y seguridad en la detención. Las reformas de justicia juvenil en *Holanda* en 1995 y en algunos aspectos en *Francia* en 1996, 2002 y 2007 podrían ser mencionados en este contexto, como también las reformas en *Ingllaterra y Gales* en 1994 y 1998 (Kilchling 2002; Cavadino y Dignan 2007: 284 ff.; 2006: 215 ff.; Junger-Tas y Decker y Cartuyvels 2007; Junger-Tas y Dünkel 2009; Dünkel et. al. 2011). Las causas en el aumento de las perspectivas represivas o neo-liberales en algunos países son variadas. Es probable que las tendencias punitivas en *Estados Unidos*, con el énfasis en la retribución o en la prevención general, hayan tenido un impacto considerable en algunos países europeos, particularmente en *Ingllaterra y Gales*.

Este desarrollo a nivel nacional, el cual será el objeto primario del presente capítulo, tiene que ser entendido con el telón de fondo de los instrumentos y estándares internacionales y regionales en materia de justicia juvenil. Relevante en este sentido es la Convención de los Derechos del Niño de 1989, Tratado que ha sido ratificado por todos los países Europeos. Con él se hace claro que el principal objetivo de la justicia juvenil son las acciones que buscan el mejor interés del niño, definido éste como una persona menor de 18 años, la entrega de educación, soporte y la integración de cada uno ellos. Estas ideas fueron desarrolladas tempranamente en el año 1985 con los Estándares mínimos para la administración de la justicia juvenil y en nivel europeo en las Recomendaciones del Consejo Europeo, en particular las “Recommendation regarding new ways of dealing with juvenile offending” de 2003 (Rec 2003 20) y las “Rules for juvenile offenders subject to sanctions or measures (Rec 2008 11; Dünkel 2009; Dünkel et. al. 2011: 1861 ff).

En los últimos años un apreciable cambio hacia el ideal educativo de la justicia juvenil puede ser observado en países que en los 90 y en el 2000 eran impulsores de las ideas neo-liberales, tales como *Ingllaterra y Gales*, y recientemente (2014) *Holanda*. Fuera de Europa un verdadero renacimiento de las ideas tradicionales de la justicia juvenil puede ser observado en *Estados Unidos*.

2.1 RESPONSABILIZAR Y NEOLIBERALISMO

En *Ingllaterra y Gales* el concepto “responsabilizar” ha sido una categoría fundamental para la justicia juvenil.⁷ La Responsabilidad no es restringida a los jóvenes infractores sino que también a los padres, los cuales son responsables por las conductas criminales de sus hijos.⁸ Hacer a los padres responsables puede tener un impacto positivo. Estudios empíricos han demostrado que el entrenamiento parental, combinado con un temprano soporte y cuidado del niño tiene positivos efectos preventivos (Lösel et.al. 2007). Sin embargo la criminalización de los padres no es necesaria. Idealmente el entrenamiento parental

7 Ver la crítica de Crawford y Lewis 2007: 27, y Cavadino y Dignan 2006: 68 sgs en cuanto al “managerial” y el enfoque “de la mano dura”.

8 Ver, por ejemplo, el llamado al cuidado parental de los hijos en *Ingllaterra y Gales* o medidas similares en *Bélgica, Bulgaria, Francia, Grecia, Irlanda o Escocia: Pruin 2011: sgs de 1559*.

podría ser ofrecido por agencias Familiares (como es el caso en *Alemania* y los países Escandinavos) y no ser forzado a través de la sanción penal (Junger-Tas y Dünkel 2009: 255f).

Un positivo efecto que ha generado el responsabilizar a los jóvenes infractores es la expansión de la reconciliación (en Alemán los llamados *Täter-Opfer-Ausgleich*), mediación y reparación. En el contexto inglés, sin embargo, el responsabilizar ha sido más problemático porque ha sido acompañada con la abolición de la presunción de inocencia de los menores entre 10 y 14 años de edad que no tenían capacidad criminal. Aunque en la práctica la presunción ha sido fácilmente defendida, la formal abolición de 1998 es una clara señal que busca la responsabilidad de los jóvenes infractores en temprana edad. Las tendencias de la justicia juvenil inglesa pueden ser observadas como un síntoma de la orientación neo-liberal, la cual puede ser caracterizada con los términos responsabilidad, restitución (reparación), justicia restaurativa y retribución. Las llamadas “4 R” han desplazado a las “4 D” (diversión, descriminalizar, desinstitucionalizar y debido proceso) que moldearon el debate de la década de los 60 y 70 (Dünkel 2008). El carácter retributivo del nuevo discurso es ejemplificado con el requerimiento de intervenciones comunitarias “más duras” y “creíbles”. Por ejemplo, la “Comunidad de tratamiento” de la década de los 60 fue remplazada por la “comunidad de la sanción” en la década de los 80 y 90. *Cavadino y Dignan* atribuyen estos cambios al llamado “modelo neo-correccionalista” que ha venido dominando la política criminal inglesa oficial (Cavadino y Dignan 2006: 210 ff; Bailleau and Cartuyvels 2007; Mancio 2008).

Como han explicado *Garland* y otros autores hay muchas razones para el incremento de las tendencias neo-liberales (Garland 2001; 2001a; Robert y Hough 2002; Tonry 2004; Pratt et. al. 2005; Muncie 2008). Algunas pueden ser fundadas en el renovado énfasis de las filosofías penales tales como la retribución e incapacitación, y en las políticas de juzgamiento que demonizan la violencia juvenil, a menudo a través de sentencias indeterminadas. Hay también en el trasfondo razones económicas. Muchas de las políticas represivas han ganado importancia en países con particulares problemas de juventud inmigrante o con miembros de etnias minoritarias que han tenido dificultades de integración dentro del mercado laboral y que viven segregados en las afueras de la ciudad. Personas que tienen escasas probabilidades de escapar de las “clases inferiores”, configurando un fenómeno que socava “la estabilidad social, cohesión social y crea mecanismos de exclusión social” (Junger-Tas 2006: 522 ff, 524). Ellos corren el riesgo de ser marginalizados y eventualmente criminalizados. En este contexto los infractores reincidentes reciben mayor atención con cambios legales restrictivos, por ejemplo, en *Inglaterra y Gales, Francia y Eslovaquia*.

Debería ser destacado que en la gran mayoría de los países europeo continentales no hay evidencia de una regresión de los objetivos y percepciones del derecho penal clásico del siglo 18 y 19. En todo ellos hay una continua adherencia a los principios de la prevención especial y educación, incluso elementos del sistema de justicia han sido reforzados. Se aprecia, sin embargo una evidente tensión entre los objetivos educativos y punitivos. Las reformas legales emprendidas en *Alemania* en 1990, en *Holanda* en 1995, en *España* en 2000 y 2006, en *Portugal* en 2001, en *Francia e Irlanda del Norte* en 2002, como también en *Lituania* en 2001, *República Checa* en 2003 o en *Serbia* en 2006 son ejemplos de éste dual acercamiento. Las reformas en *Irlanda del Norte* y en *Bélgica* son de particular interés, ya que han incorporado en la justicia juvenil elementos de justicia restaurativa, incluyendo las llamadas “conferencias familiares”, las que han contribuido a responsabilizar pero no necesariamente desde una perspectiva neo-liberal (Christiaens, Dumortier y Nuytiens en Dünkel et.al. 2011; O`Mahony y Campbell 2006; Doak y O`Mahony 2011).

Debe ser reconocido, que incluso en los países con moderadas y estables prácticas en la justicia juvenil, la retórica de los debates políticos es dominada por el populismo penal con distintos tonos neo-liberales. Sin embargo, esto no deber ser interpretado necesariamente como resultado de un cambio radical, como puede ser demostrado con el ejemplo alemán. A finales del 2007 varios crímenes en el metro (filmados

por cámaras automáticas) generaron un debate público sobre el necesario incremento de las sanciones contempladas en la ley penal juvenil. El líder de la “Democracia Cristiana” (partido político que en alemán se abrevia *CDU*), *Roland Koch*, en la campaña Parlamentaria de 2008 en Hessen utilizó como eslogan electoral ésta problemática prometiendo “Centros disciplinarios” (en inglés *boot camps*) y un aumento de las sanciones contra los delitos violentos. Además se refirió con comentarios xenofóbicos al origen inmigrante de los infractores. Pocos días antes de las elecciones alrededor de 1000 profesionales del sistema de justicia criminal y académicos firmaron un manifiesto contra el populismo penal y en enero de 2008 la Democracia Cristiana perdió las elecciones. La *CDU* había ido muy lejos. *Muncie* se refiere a este debate en *Alemania* y lo interpreta como un indicador del incremento del punitivismo (2008:109). En la actualidad, las prácticas de la justicia penal alemana son estables y las decisiones judiciales moderadas (*Heinz* 2009; 2010).

2.2 DIVERSION, INTERVENCIÓN MÍNIMA Y SANCIONES COMUNITARIAS

Si se observa el desarrollo de las reacciones que son aplicadas a los jóvenes infractores, se puede apreciar una clara expansión de la diversión. Éstas tienen una vinculación con medidas educativas u otras funciones validadas como medios de advertencias. En otras ocasiones la diversión significa un mínimo de intervención que significa un desvío del procesamiento que no conduce a ninguna medida o respuesta procesal.

En todas partes es aceptado que la privación de libertad debería ser una medida de último recurso. En la práctica el significado de la “última ratio” ha variado a través del tiempo y a través de las comparaciones nacionales. *Inglaterra* y *Gales* experimentaron, por ejemplo, un fuerte aumento de la población juvenil privada de libertad desde los 90 hasta los comienzos del 2000, pero la reducción inmediata de la prisión en un 45% desde 2007 a 2012 demostró un giro en la política criminal (*Horsfield* 2014). *España* y otros países también han mostrado aumentos en los últimos años del uso de la prisión juvenil, pero en general, recientes investigaciones indican que la tendencia va en otra dirección (*Dünkel, Pruin, Grzywa* 2011:1313 ff). Esto es bastante claro en los países de Europa Central y Oeste. En algunos de esos países, tales como, *Croacia, República Checa, Hungría, Lituania, Rumania y Eslovenia*, como recientemente *Rusia*, se ha logrado un alto nivel en la aplicación de la diversión y sanciones comunitarias, como una escasa aplicación de la sanción privativa de la libertad, emulando la tradición de los países escandinavos y de Europa del Este. Mientras que otros, como *Lituania y Eslovenia*, han priorizado la privación de la libertad, aunque no con la intensidad de los tiempos Soviéticos.

A la gran mayoría de los jóvenes imputados en Europa, con excepción de los que cometen delitos graves, les son aplicadas las medidas de diversión: por ejemplo en *Bélgica* 80%, *Alemania* cerca del 70% (*Dünkel, Pruin, Grzywa* 2011:1684 ff). En algunos países, tales como, *Croacia, Francia, Holanda, Serbia y Eslovenia*, esto es una consecuencia del reconocido principio de la “economía procesal”, que entrega al persecutor e incluso a la policía distintos grados de discreción. Excepciones, donde la diversión no es permitida, pueden encontrarse en algunos países de Europa Central y del Sur, pero en estos casos debe observarse, la aplicación de salidas alternativas, generalmente dirigidas para la criminalidad patrimonial de escasa cuantía. *Italia* por ejemplo, contempla el perdón judicial el cual tiene características propias de la diversión que es aplicado en las cortes juveniles.

Por lo tanto, hay una variedad de formas de no-intervención o de imposición atenuadas (informales o formales) de sanciones. Como también medidas constructivas, tales como los cursos de entrenamiento social (*Alemania*) y los llamados proyectos de sanciones de aprendizaje y trabajo (en *Holanda*), los cuales han sido exitosamente introducidos como una parte de la estrategia de diversión.

2.3 JUSTICIA RESTAURATIVA

Un aspecto común en los países de Europa del Este y Oeste es la aplicación de elementos de justicia restaurativa para los casos de jóvenes infractores. Reconciliación entre la víctima y el ofensor, mediación, o sanciones que requieren reparación, como también disculpas para la víctima, juegan un particular rol en las políticas de los últimos 15 años. Proyectos pilotos de mediación fueron introducidos en 1990 en países como *Eslovenia* (desde 1997) y en *República Checa*. Ellos son especialmente incorporados como salidas informales (diversión).

En algunos países las legislaciones prevén elementos de justicia restaurativa para ser usados como sanciones independientes en los tribunales juveniles. En *Inglatera y Gales*, por ejemplo, a través de las ordenes de reparaciones, y en *Alemania* con la reparación entre la víctima y el ofensor (las llamadas *Wiedergutmachungsaufgabe*), incorporadas como una medida educativa en los parágrafos §§10 y 15 de la Ley de Tribunales Juveniles. Las conferencias de grupos familiares, introducidas y aplicadas originalmente en *Nueva Zelanda*, han sido incorporadas en la reforma legal de 2007 en *Bélgica*. Estas conferencias son formas de mediación que buscan activar las redes sociales y familiares de ambas partes. Incluso antes de la reforma Belga de 2007, en *Irlanda del Norte* las Conferencias fueron introducidas y han estado siendo aplicadas como proyectos pilotos desde 2003. Adicionalmente incorpora la reforma de *Irlanda del Norte* las ordenes de reparación, que ya habían sido introducidas en 1998 en *Inglatera y Gales* (O Mahony y Campbell 2006; Doak and O Mahony 2011).

La influencia de los elementos de justicia restaurativa en las prácticas judiciales sólo puede ser determinada tomando en cuenta las distintas tradiciones y trasfondos jurídicos de cada país. La reparación entre la Víctima-Ofensor ha tenido una cuantitativa significancia en la praxis de las cortes juveniles de *Alemania y Austria* (8% de todas las sanciones juveniles impuestas). Y si consideráramos al trabajo o servicio comunitario como una sanción restaurativa el número de jóvenes y jóvenes adultos aumentaría en un tercio (*Heinz* 2012).

En *Italia* las reglas procesales introducidas para la justicia juvenil en 1988 se mueven desde una clásica perspectiva rehabilitadora-punitiva hacia una nueva concepción del proceso penal. Las medidas de justicia restaurativa han ganado mayor atención y la mediación entre el ofensor y la víctima puede ser aplicada en diferentes estadios del proceso: durante la investigación preliminar y en las audiencias preliminares cuando se considera la extinción del proceso a causa de la irrelevancia del delito o en combinación con la suspensión del procedimiento con supervisión a través del servicio de Probation (*Sospensione del processo e messa alla prova*).

En general se puede concluir que la idea de justicia restaurativa ha sido exitosamente implementada en Europa, pero que su aplicación es moderada. Mediación, ordenes de restitución cuantitativamente cubren sólo una pequeña parte de las reacciones de los sistemas de justicia juvenil (véase *Dünkel, Horsfield y Grzywa* 2014).

2.4 MODELOS DE JUSTICIA JUVENIL

Si se comparan los sistemas de justicia juvenil desde las tipologías, podría diferenciarse entre las clásicas orientaciones de los modelos de “Justicia” y “Tutelar”. Sin Embargo, es raro en la práctica encontrar éstos modelos en su forma pura. En *Alemania* y en variadas legislaciones de justicia juvenil europeas pueden ser encontrados variados ejemplos de sistemas mixtos.

En las recientes décadas hay una clara tendencia en las políticas de justicia juvenil que fortalecen las lógicas del modelo de justicia estableciendo o extendiendo garantías procesales. Esta tendencia incluye un estricto énfasis en los principios de proporcionalidad que busca evitar tanto las sentencias como la aplicación de medidas educacionales que sean severamente desproporcionadas.

En los modelos de justicia juvenil hay una clara diferenciación de las conductas que serán objeto de intervención de la justicia juvenil. En la gran mayoría de las leyes de justicia juvenil europeas la conducta criminal se encuentra definida en la legislación penal, pero en los países cuyos sistemas juveniles poseen un acento tutelar las conductas se encuentran tipificadas y juzgadas por la justicia de familia. El sistema tutelar, con un acercamiento al sistema de justicia, puede ser encontrado en Europa sólo en *Bélgica, Escocia y Polonia*.

Sin embargo, recientemente otros Estados han pasado a la legislación Civil determinados comportamiento (el llamado comportamiento “antisocial”), pero con una forma “escondida” de criminalización donde el propio derecho civil ordena el traslado, por ejemplo en *Bulgaria, Inglaterra y Gales, Irlanda, Irlanda del Norte* (ver en Pruin sumario 2011: Sigs de 1553).

Otras orientaciones que no necesariamente pueden ser basadas en las orientaciones del modelo de justicia o tutelar son importantes también. La justicia restaurativa por ejemplo ha sido mencionada recientemente. Tendencias hacia las intervenciones mínimas, que priorizan las respuestas informales (diversión), incluyendo la reconciliación víctima-ofensor y otras estrategias reparativas pueden ser consideradas como modelos de justicia juvenil independiente: modelo de la mínima intervención (Cavadino and Dignan 2006: 199 ff, 205 ff). *Cavadino and Dignan* identifican no sólo el modelo de la mínima intervención (que prioriza la diversión y la comunidad de sanciones), el modelo de la justicia restaurativa (que prioriza las reacción restaurativas y reparativas), sino que también el modelo neo-correccionalista, mencionado previamente y manifestación de las tendencias contemporáneas y del desarrollo en *Inglaterra y Gales*.

Aquí los límites no son claros, la mayoría de los países incorporan en sus sistemas de justicia juvenil no sólo elementos de las clásicas filosofías “justicia” y “tutelar”, sino que también de mínima intervención, justicia restaurativa y elementos de neo-correccionalismo (por ejemplo, aumentando la responsabilidad de los infractores y sus parientes). En todo caso sólo puede concluirse que la justicia juvenil europea se mueve hacia el modelo mixto que combinan los elementos clásicos, como las tendencias mencionadas anteriormente.

3. ESTRATEGIA Y REFORMAS

En este marco influenciado por una variedad de ideas viejas y actuales, combinadas con modelos algo fracturados, se pueden identificar varias estrategias de reforma.

En muchos países de Europa del Este tales estrategias fueron relativamente bien planeadas. Con un diseño originado desde la práctica fueron introducidas en *Austria, Alemania y Holanda*, en las reformas de 1988, 1990 y 1995, la comunidad de sanciones y elementos de justicia restaurativa. De acuerdo con aquellas experiencias se pudo aprender que la implementación a nivel nacional de reformas de esa envergadura depende de la verificación empírica previa, de su funcionalidad y aceptación. El proceso de prueba y de generar aceptación, especialmente a través de los jueces y fiscales del Ministerio Público, es clave y toma su tiempo. La continua capacitación es necesaria y puede hacerse difícil en los tiempos de cambios sociales, como ha sido visto en los casos de Europa Central y del Este. En todo caso, las reformas

encabezadas desde y a través de la práctica (como la desarrollada en *Alemania* en los 80) aparecen preferibles a las reformas “desde arriba”, las cuales frecuentemente fallan y se aplican sin una adecuada infraestructura y capacitación.

Como resultado de los profundos cambios políticos ocurridos a finales de los 80, los países de la Europa Central y del Oeste necesitaron iniciar drásticas reformas en sus sistemas de justicia. Este fenómeno fue generalizado en la región, pero no uniforme, distinguiéndose dos grupos de países. Un grupo, bajo la influencia soviética, *Bulgaria*, *Rumania* y en algunos grados la *República Democrática Alemana* y *Checoslovaquia* incorporaron prácticas y políticas de justicia juvenil con una orientación punitiva. Por otro lado, países como *Hungría*, *Polonia* y *Yugoslavia*, los cuales presentaban cifras moderadas en las prácticas del sistema juvenil, incorporaron elementos educacionales.

Los desarrollos emprendidos en la Europa Central y del Oeste desde 1990 han sido caracterizados por un claro incremento de la criminalidad juvenil. La necesidad de reforma de los sistemas de justicia juvenil, fue aceptada en casi todos los países de la región, en el Oeste como una forma de reemplazar los viejos sistemas legales de influencia soviética, y en el Este para incorporar los estándares contenidos en las Recomendaciones del Consejo de Europa y las Naciones Unidas. Este proceso ha sido llevado a cabo a través de diferentes estrategias y política criminal.

Desde los 90 ha habido un dinámico movimiento de reformas a través de leyes y prácticas. Esto puede ser ejemplificado no sólo, a través de numerosos proyectos de ley, constitución de comisiones mandatadas para reformar leyes, sino en las reformas legales llevadas a cabo, por ejemplo, en *Estonia*, *Lituania*, *Serbia*, *Eslovenia* y *Republica Checa*.

Por una parte se desarrollan sistemas independientes de justicia juvenil, véase por ejemplo, el desarrollo de los países *Bálticos*, *Croacia*, *República Checa*, *Rumania*, *Rusia*, *Serbiay Eslovaquia*, como también *Turquía*. En esas reformas ha sido reconocida la importancia de las salvaguardias procesales, tomadas en consideración en las especiales necesidades educativas de los jóvenes infractores. En estos países, sin embargo, no se consideraron Cortes Juveniles independientes. En *Rusia* el primer modelo de Cortes Juveniles independientes se implementó en *Rostow* y en otras pocas ciudades (Shchedrin in Dünkel et.al 2011). Tales proyectos también han sido establecidos en *Rumania* in *Brasov* (*Parosanu* in Dünkel et. al. 2011). Sin embargo, en general, la infraestructura requerida para la introducción de enfoques modernos, sociales y pedagógicos en la justicia juvenil y de bienestar ha sido insuficientes.

En orden a detener la reincidencia y la criminalidad juvenil violenta, algunas de las nuevas legislaciones no sólo incorporaron la comunidad de sanciones y posibilidades de diversión, sino que también la sanción privativa de libertad. Lamentablemente la inapropiada infraestructura y la escasa aceptación de la comunidad de sanciones han hecho prevalecer la aplicación de las sanciones privativas de libertad. Sin embargo en *Rusia*, por ejemplo, se muestra un interesante disminución en la aplicación de éste tipo de sanciones, antiguamente más del 50% de los jóvenes infractores era sentenciado a prisión, pero en la actualidad la aplicación de formas de probation están siendo cuantitativamente más común y frecuente.

Un aspecto común en casi todos los países de Europa Central y del Oeste ha sido la creciente importancia que ha tomado el principio de la cárcel como *ultima ratio*. Esto se aprecia en la aplicación reducida de las sanciones privativas de libertad. Sin embargo, debe ser considerado que en la *Ex-Yugoslavia*, *Hungría* y *Polonia* la no aplicación de sanciones privativas de libertad ha sido una práctica que se arrastra con anterioridad de las reformas legales de la década del 90.

Si observamos a la comunidad de sanciones, son claras las dificultades en su aplicación producto de la escasa infraestructura. Pero el gran problema en este respecto ha sido la escasa capacitación de los trabajadores sociales y funcionarios. Una excepción en este sentido ha sido *Polonia* donde el trabajo social tiene una larga tradición y *Ex-Yugoslavia* donde los trabajadores sociales son capacitados y sometidos a una estricta supervisión.

El concepto de responsabilidad criminal “*relativa*” (relacionado con la madurez del infractor o su capacidad de discernimiento) considerado en la ley Alemana e Italiana, ha sido recientemente adoptado en *Estonia* (2002), *República Checa* (2003) y *Eslovaquia* (para los 14 años, véase Pruin 2011: 1566 ff). Este es otro interesante desarrollo que refleja la influencia que han tenido los sistemas de justicia juvenil alemán y austriaco, como los estándares internacionales en las reformas de los países de Europa Central y del Oeste.

4. DIMENSIONES DE LA JUSTICIA JUVENIL

En Europa se puede afirmar, con cautela, que existe una emergente filosofía en materia de justicia de menores, que incluye por un lado la observancia de salvaguardias procesales, elementos de educación y rehabilitación, y por otro, la consideración de las víctimas, a través de la mediación y restauración. Sin embargo, hay algunas cuestiones en las cuales no hay claridad. En este aspecto consideramos no sólo la edad de la responsabilidad criminal y su corolario, sino además la edad en la cual los jóvenes adultos pueden ser tratados como adolescentes. Cuestión que también levanta la pregunta en torno a si debería haber algún mecanismo para lo opuesto, a saber, permitir que menores sean procesados en juzgados de adultos.

4.1 EDAD DE RESPONSABILIDAD CRIMINAL

No hay ninguna indicación de una armonización de la edad de la responsabilidad criminal en Europa. En efecto, las reglas europeas para delincuentes juveniles sujetos a sanciones o medidas (2008) no recomiendan ninguna edad en particular, especificando sólo que alguna edad se debería especificar según la ley y que “no debe ser demasiado baja” (Artículo 4).

El mínimo de responsabilidad criminal varía en Europa entre 10 años (*Inglaterra y Gales, Irlanda del Norte y Suiza*), 12 (*Holanda, Escocia y Turquía*), 13 (*Francia*), 14 (*Austria, Alemania, Italia, España* y numerosos países de Europa Central y del Oeste), 15 en *Grecia* y países Escandinavos) o 18 años (*Bélgica*). Después de las recientes reformas en Europa Central y del Oeste, la edad más común de responsabilidad son los 14 años. (Véase la tabla Nr.1).

Tabla N°1
Comparación de la edad de responsabilidad criminal
y rango de edad para la privación de libertad.

Países	Mínima edad para medidas educativas en los tribunales de familia (Leyes de menores)	Edad de responsabilidad criminal para los adolescentes (Leyes penales juveniles)	Responsabilidad criminal para los adultos (el código penal puede/debe ser aplicado; ley penal juvenil o sanciones de la ley penal juvenil pueden ser aplicadas)	Rango de edad para la prisión juvenil/custodia o formas similares de privación de la libertad
Alemania		14	18/21	14-24
Austria		14	18/21	14-27
Bélgica		18	16 ^b /18	Sólo instituciones tutelares o de bienestar
Belorusia		14 ^c /16	14/16	14-21
Bulgaria		14	18	14-21
Croacia		14/16 ^a	18/21	14-21
Chipre		14	16/18/21	14-21
Dinamarca^{d1}		15	15/18/21	15-23
Escocia	8 ^e	12 ^e /16	16/21	16-21
Eslovenia		14/16 ^a	18/21	14-23
Eslovaquia		14/15	18/21	14-18
España		14	18	14-21
Estonia		14	18	14-21
Finlandia^d		15	15/18	15-21
Francia	10	13	18	13-18 + 6 m./23
Grecia	8	15	18/21	15-21/25
Holanda		12	16/23	12-24
Hungría		12 ^c /14	18	14-24
Inglaterra/ Gales		10/12/15 ^a	18	10/15-21
Irlanda		10/12/16 ^a	18	10/12/16-18/21
Irlanda del Norte		10	17/18/21	10-16/17-21
Italia		14	18/21	14-21
Kosovo		14	18/21	16-23
Letonia		14	18	14-21

Pauses	Mínima edad para medidas educativas en los tribunales de familia (Leyes de menores)	Edad de responsabilidad criminal para los adolescentes (Leyes penales juveniles)	Responsabilidad criminal para los adultos (el código penal puede/debe ser aplicado; ley penal juvenil o sanciones de la ley penal juvenil pueden ser aplicadas)	Rango de edad para la prisión juvenil/custodia o formas similares de privación de la libertad
Lituania		14 ^C /16	18/21	14-21
Macedonia		14 ^C /16	14/16	14-21
Moldova		14 ^C /16	14/16	14-21
Montenegro		14/16 ^a	18/21	16-23
Noruega^d		15	18	15-21
Polonia	13		15/17/18	13-18/15-21
Portugal	12 ^e		16/21	12/16-21
República Checa		15	18/18 + (sentencias atenuadas)	15-19
Rumania		14/16	18/(20)	14-21
Russia		14 ^C /16	18/21	14-21
Serbia		14/16 ^a	18/21	14-23
Suecia^d		15	15/18/21	15-21 ^g
Suiza		10/15 ^a	18 ^f	10/15-22
Turquía		12	15/18	12-18/21
Ucrania		14 ^C /16	18	14-22

- a- Responsabilidad Criminal que resulta de una detención juvenil (encarcelamiento juvenil o custodia, sanción bajo el régimen del Ministerio de Justicia).
- b- Sólo para delitos de tráfico y excepcionalmente para delitos muy serios.
- c- Sólo para delitos serios.
- d- Sólo condenas atenuadas sin legislación de justicia de menores separada.
- e- La edad de persecución penal es 12, pero para niños de 8 hasta la edad de 16 se aplica el sistema de audiencias de niños, previniendo así procedimientos penales más formales.
- f- el Artículo 61 del Código penal suizo asegura una forma especial de reclusión en condenas de prisión de infractores adultos jóvenes de 18-25 años, las cuales se ejecuta en instituciones separadas de los adultos, los reclusos pueden permanecer allí hasta que alcancen la edad de 30 años de edad.
- g- Custodia Juvenil. También están los departamentos especiales para infractores jóvenes en el sistema carcelario general (para jóvenes adultos hasta aproximadamente 25 años de la edad).

Las edades de responsabilidad criminal pueden ser definidas de la siguiente manera: En algunos países se puede hablar de una considerable baja de edad de responsabilidad criminal, por ejemplo en *Inglaterra* y *Gales*, y en muchos países las Cortes de Familia o Juveniles aplican sanciones educativas a temprana edad sin exigir la responsabilidad penal (por ejemplo *Francia* y *Grecia*). Por ejemplo en *Suiza* la Corte Juvenil puede imponer sólo medidas educativas entre los 10 a 14 años. En algunos países las sentencias privativas de libertad son restrictivas para determinadas edades, no inferior a 15 años. Es el caso de las repúblicas de la Ex-Yugoslavia: *Croacia*, *Kosovo*, *Serbia* y *Eslovenia*. Algunos países, tales como *Lituania* y *Rusia* emplean una escala gradual de responsabilidad criminal, de acuerdo con la cual sólo los más graves delitos pueden ser perseguidos desde la edad de 14 años, mientras que el mínimo de edad de responsabilidad criminal es de 16 años (Véase Pruin 2011). Sin embargo, esta graduación de la edad de responsabilidad criminal debe ser criticada, ya que es contraria a la filosofía de la justicia juvenil que sanciona no sólo en consideración a la gravedad del delito, sino que además, en consideración al desarrollo individual, salud, capacidades, madurez y otros rasgos de la personalidad.

Las notables diferencias en los rangos de edad de responsabilidad pueden ser correlatadas con las variaciones en las sanciones. Por ejemplo, en un sistema basado solamente en lo tutelar, el envío a un Hogar y Residencia de cuidado (particularmente en la forma de centros de seguridad o cerrado de *Inglaterra* y *Gales* o *Francia*) puede ser tan intensivo como una sentencia privativa de libertad. Por otro lado, las distintas edades de responsabilidad criminal no entregan necesariamente indicaciones de un acercamiento “tutelar” o de “justicia” o si son más o menos punitivos. Lo que sucede en la realidad frecuentemente difiere considerablemente del lenguaje empleado en las reformas y debates (Doob and Tonry 2004. 16 ff). Los cambios legales que hacen los países son muchas veces el resultado de cambios que provienen desde la práctica. Los efectos de esos cambios varían demasiado. También la dramatización de determinados eventos a través de los medios de comunicación puede provocar reformas legales, pero debemos decir, que a menudo hay en los países, *Alemania* por ejemplo, una continuidad notable y un nivel de estabilidad en la práctica de justicia de juvenil (Dünkel 2006; 2011).

4.2 JÓVENES ADULTOS

Un creciente número de países está aplicando el catálogo de sanciones diseñado originalmente para los adolescentes a los jóvenes adultos. Históricamente, sin embargo, muchas de estas leyes no han tenido el mismo impacto en la práctica. Mientras que en *Alemania* la ley penal juvenil es aplicable a más del 90% de los casos concernientes a los jóvenes adultos que cometen delitos graves (véase Dünkel en Dünkel et. al. 2011) en otros países la aplicación de los estatutos juveniles a los jóvenes adultos es una excepción. Una razón es que en *Alemania* la jurisdicción de las cortes juveniles ha sido extendida a los jóvenes adultos, mientras que en otros países son las cortes criminales de adultos las encargadas de decidir la imposición de sanciones que están reservadas a los adolescentes (por ejemplo en la reforma de 1960 en *Yugoslavia*: Densing 2011). La experiencia de *Yugoslavia* es un buen ejemplo de cómo las leyes procesales y materiales han sido armonizadas en orden para prever efectos contraproducentes. Es por esta razón que en 1998 *Croacia* y en 2001 *Austria*, transfieren la jurisdicción a las cortes juveniles y con ello la decisión de aplicación de la ley penal juvenil a los jóvenes adultos.

En otras instancias los jóvenes adultos son mantenidos en el derecho penal de adultos, pero no significa que puedan en la práctica ser tratados un poco más como adolescentes. En *Holanda* por ejemplo, el Código Penal prevé un abanico de sanciones alternativas, las cuales pueden ser vistas como sanciones rehabilitadoras o educativas (por ejemplo el trabajo comunitario) y que no son previstas, como en *Alemania*, para los adultos.

El Consejo de Europa ha desarrollado nuevas consideraciones acerca de la necesidad de prolongar la fase de transición de los jóvenes adultos. Esto es claro en su Recomendación “New ways of dealing with juvenile offenders and the role of juvenile justice” de 2003 (Rec. (2003)20) y en las “European Rules for Juvenile Offenders Subject to Sanctions Measures (ERJOSSM) de 2008 (Rec. (2008) 11). Por ejemplo, en la Regla 11 de las Recomendaciones (2003) 20 se lee lo que sigue: *“En consideración a la extendida transición hacia la adultez, debería ser posible para los jóvenes adultos bajo la edad de 21 años, que fueran tratados como adolescentes, si los jueces consideran que no son lo suficientemente maduros y responsables por sus acciones como los adultos.”*

En septiembre 2004 la Asociación internacional de ley penal (AIDP) realizó un congreso mundial en Beijing, China. La resolución final del Congreso enfatizó que la etapa de la adolescencia puede ser prolongada dentro de la primera adultez (hasta 25 años) y que como consecuencia las legislaciones necesitan ser adaptadas para los jóvenes adultos de forma similar a la realizada con los adolescentes. La edad de responsabilidad criminal de un adulto podría ser fijada desde los 18 años y el mínimo no debería ser inferior a los 14 años (Véase Nr. 2 de la Resolución). Bajo el Nr. 6 de la Resolución: *“Concerniente a los crímenes cometidos por personas sobre 18 años, deberían ser extendidas las especiales reglas para los adolescentes hasta la edad de 25 años”*.

El 5 de Noviembre de 2008, el Comité de Ministros del Consejo de Europa aprobó las mencionadas Recomendaciones European Rules for Juvenile Offenders Subject to Sanctions Measures (ERJOSSM). Como parte de los principios básicos, la Regla 17 establece: *“Los jóvenes adultos infractores podrían en su caso ser considerados como adolescentes y así ser tratados”*. *El proceso de educación e integración dentro de la vida social de los adultos ha sido prolongado y sería más apropiado aplicar reacciones que consideren la particular problemática de los jóvenes adultos, las cuales pueden ser encontradas en la justicia juvenil (Consejo de Europa 2009: 42).*

4.3 TRANSFERENCIA DE LOS ADOLESCENTES A LA JURISDICCIÓN DE LAS CORTES CRIMINALES

Así como existen tendencias en torno a la posibilidad de extender la justicia juvenil para los jóvenes adultos, también existen tendencias contrarias, desarrolladas en USA y también encontradas en algunos países europeos, tendientes a juzgar a los adolescentes en cortes de adultos.

En algunos países europeos, tales como *Escocia* y *Portugal*, infractores juveniles desde la edad de 16 años pueden ser ingresados como criminales adultos en el sistema de justicia criminal (Stump 2003; Bishop 2009; Weijers et. al. 2009; Beaulieu 1994: 329 ff; Goldson y Muncie 2006^a: 91 ff; Keiser 2008). Mientras que en otros países, los jóvenes infractores pueden ser transferidos a las cortes de adultos por determinados delitos (los llamados “waiver”). En la práctica esto significa una limitación en la aplicación del derecho penal juvenil y una disminución de la edad mínima para aplicar el derecho penal de adultos.

Algunos países prevén la aplicación de la ley penal de adultos para los delitos graves, por ejemplo, en *Bélgica* para los jóvenes mayores de 16 años imputados por robo, asalto agravado, delitos sexuales agravados y homicidios calificados. Sin embargo desde la reforma de 2006 son las cortes juveniles las que tienen la competencia en tales procesos. En *Holanda*, las cortes juveniles también tienen competencia, pero la ley penal de adultos puede ser aplicada en los 16 y 17 años de edad. En 1995 los requisitos fueron relajados. La gravedad del delito, la personalidad del joven infractor, las circunstancias bajo las cuales la conducta fue cometida podían bastar para la aplicación de la ley penal adulta. La ley entregó a los jueces una gran discreción. En muchos casos la sola gravedad del delito bastaba para la aplicación de la ley penal

de adultos. En *Inglaterra y Gales*, jóvenes, incluso desde la edad de los 10 años, podían ser transferidos a las cortes de adultos (Crown Court), si eran imputados por delitos graves (incluido el homicidio calificado y crímenes que traían aparejada una pena privativa de libertad superior a 14 años). En esos casos, son escasas las reglas especiales, que la Corte puede aplicar para la protección de los jóvenes infractores.

En *Serbia* y en *Irlanda del Norte*, la transferencia a las cortes de adultos está reservada para los casos de homicidio o para los casos de coautoría con un infractor adulto. En el primer caso hay una interesante alternativa, donde el joven infractor puede ser devuelto a la corte juvenil si en la sentencia es declarado culpable (O` Mahony 2011). En *Irlanda*, en casos excepcionales como traición o delito contra la seguridad de la nación los jóvenes son juzgados por la Corte en lo penal.

En *Francia*, en contraste, las ofensas menos serias, mejor dicho clasificadas de fechorías, son llevadas ante un juzgado de adultos. Desde 1945 en casos de fechorías (contraventions des quatre premières classes) los delincuentes juveniles eran juzgados por el Tribunal policial que podía aplicar reprimendas o multas. Desde 2002 la competencia del tribunal policial se ha conferido a un “juez”, que no es ni un abogado, ni un especialista de justicia juvenil, pero tiene la competencia para “sancionar” a menores hasta cierto nivel (Castaignède y Pignoux en Dünkel et al. 2011).

En *Escocia* no hay waiver o transferencias, pero el mismo efecto puede ser logrado de otra manera. En los casos más graves los jóvenes infractores no son trasladados al sistema de audiencias familiares. Formalmente, este no es un caso de transferencia a las cortes de adultos, porque la corte criminal tiene originalmente competencia para conocer todos los casos. Sin embargo, en *Escocia*, se mantiene la idea de que en los casos graves los infractores deberían permanecer en el sistema criminal de adultos.

Países como los escandinavos no tienen una jurisdicción especializada para los adolescentes, y por lo mismo no es propio hablar de una transferencia. Pero podría ser enfatizado, en general, que las regulaciones existentes se aplican de la misma forma para los delitos graves y las ofensas normales.

La aplicación de la ley de adultos para los jóvenes a través de los “waiver” o transferencias debe ser criticada. La normal aplicación de la ley juvenil depende de la edad del ofensor y no del tipo o gravedad del delito cometido. La idea fundamental de una reacción diferente en torno a los delitos que son cometidos por los jóvenes infractores se basa en la edad, su nivel de madurez o en su capacidad de discernimiento. Por otra parte, la introducción de “leyes de transferencia” hace exactamente a estos delincuentes totalmente responsables, quienes a menudo carecen de la madurez (social) para abstenerse del delito o incluso distinguir totalmente de lo bueno o lo malo. Además, es difícil suponer que el mismo adolescente se consideraría como “falto de madurez” cuando fuera acusado de un delito “normal”, pero “totalmente responsable” o “suficientemente maduro” en un delito grave. Como *Weijers y Grisso* (2009: 67) lo han explicado: “Un adolescente tiene el mismo nivel de capacidad para formar su intención criminal, sea cual sea el delito que desee cometer. Un enfoque sistemático exige tratar a todas las ofensas o delitos igualmente”.

Países con el sistema de transferencia o waivers frecuentemente argumentan que este sistema está justificado en virtud del efecto preventivo general (Deterrent Effect) de las sanciones más graves que se aplican a los jóvenes infractores. Además ellos consideran al waivers como una necesaria “válvula de seguridad” (Weijers et.al. 2009) para las Cortes Juveniles porque la ley no provee respuestas adecuadas para los casos más graves. Sin embargo, estas justificaciones son cuestionables, dado que investigaciones criminológicas no han encontrado evidencia de efectos positivos en el sistema de transferencia. En los hechos las investigaciones han sugerido que la transferencia de los jóvenes infractores a las cortes de adultos tiene negativos efectos en la prevención del delito, incluyendo un aumento de la reincidencia.

El argumento de la “válvula de seguridad” también podría cuestionarse, dado que ni la propia ley penal de adultos provee adecuadas opciones o reacciones para la criminalidad grave. La ineficacia en la prevención de los delitos futuros es clara, en particular con la clásica reacción que el sistema de justicia criminal de adultos prevé para los delitos graves, esto es, las sentencias privativas de libertad de larga duración (Killias y Villettaz 2007: 213). Por otro lado, la evidencia empírica demuestra que una mínima intervención en el sistema de justicia juvenil es más efectiva en la prevención de delitos futuros que una activa y punitiva intervención (Smith 2005: 192 ff).

En la práctica, el sistema de la transferencia en Europa tiene una moderada significancia. En *Holanda* el número de transferidos a las cortes de adultos se ha ido reduciendo considerablemente: En 1995, un 16% de todos los casos conocidos por la corte criminal de adultos y sólo un 1.2% en 2004 (Weijers et al. 2009: 110). En *Bélgica* el uso de la transferencia es muy limitado, un 3% de todos los juzgamientos (Weijers et al. 2009: 118). En *Irlanda*, las cortes criminales de adultos son competentes en menos del 5% de todos los casos contra adolescentes infractores. En *Polonia*, desde 1999 a 2004 el número de casos transferidos al Ministerio Público aumentó de 242 a 309, lo cual es 0.2-0,3% de todos los casos conocidos por la Corte de Adultos.

Aun cuando las renuncias y las leyes de transferencia tienen poco significado en la práctica de la mayor parte de los países, éstos son sin embargo defectos sistémicos que minan las normas especiales para los infractores juveniles. Y las salvaguardias adicionales en juzgados de adultos son incapaces de compensarlas (Keiser 2008: 38). Por lo tanto el Comité de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño recomienda abolir todas las provisiones que permiten que infractores menores de 18 años se traten como adultos, a fin de conseguir la realización plena y no discriminatoria de las reglas especiales de la justicia de menores a todos los menores menor de edad de 18 años (Comité de los Derechos del Niño 2007: párrafos. 34, 36, 37 y 38; Doak 2009: 23).

5. TENDENCIA DE LA JUSTICIA JUVENIL EN CADA UNO DE LOS PAÍSES

El siguiente análisis de las tendencias de las reformas nacionales puede ser resumido en las siguientes orientaciones:

- Reformas procesales tendientes a fortalecer las garantías procesales, el debido proceso y ampliar la revisión de las sentencias. Ampliación de las Community sanctions),
- Reformas orientadas hacia el principio de mínima intervención, particularmente en la extensión de las estrategias de diversión,
- Reformas orientadas hacia la introducción de elementos de justicia restaurativa tales como la mediación, conferencias familiares, y finalmente,
- Reformas orientadas hacia estrategias “neo-liberales” con aumento de las sanciones, intensificación del control social y también medidas civiles (ASBO, parenting orders etc.) (véase Dünkel, Grzywa, Pruin y Selih en Dünkel et al. 2011: 1851 ff).

Austria en 1998 experimentó una de sus mayores reformas expandiendo las posibilidades de diversión y justicia restaurativa (mediación). Durante el 2001 la aplicación de las medidas procesales juveniles fue extendida a los jóvenes adultos. La edad de responsabilidad criminal es de 14 años y las cortes juveniles

pueden conocer casos con imputados con 20 años. La diversión y la comunidad de sanciones son para las cortes juveniles una prioridad. Cerca del 90% de los jóvenes infractores y un 75% de los jóvenes adultos son objeto de una medida de diversión y un pequeño porcentaje no superior al 3% es objeto de una sanción privativa de libertad.

Bélgica, un clásico ejemplo del modelo tutelar en Europa, desde la reforma de 2007 ha expandido en su nuevo Código Juvenil la justicia restaurativa a través de la mediación y las conferencias familiares. El principio de proporcionalidad y las garantías procesales han sido fortalecidos y la detención en instituciones cerradas ha sido limitada. Por otra parte, en delitos graves se prevé la transferencia de los infractores desde los 16 años para las cortes de adultos y la aplicación de sanciones más represivas. La facultad de la transferencia, sin embargo, es raramente usada (Véase Christiaens y Dumortiers in Dünkel et al, 2011).

Bulgaria enfrenta su mayor reforma en 1996, la cual por una parte refuerza las garantías procesales y el principio de proporcionalidad en la determinación de las sanciones privativas de libertad, y por otro lado incorpora tendencias neo-liberales dirigidas hacia al control del crimen y ordenes de conductas antisociales. Una segunda reforma, en 2004, volvió a fortalecer las garantías procesales y entregó a los jueces la facultad de decidir las sanciones privativas de libertad. Además introdujo la Probation y nuevas sanciones alternativas. Las sentencias de prisión han disminuido considerablemente en los jóvenes menores de 16 años, mientras que al mismo tiempo se introdujeron las órdenes de parientes y se ha incrementado la aplicación de las órdenes de conductas antisociales.

Croacia, bajo la influencia del sistema alemán y austriaco, implementa en 1998 una legislación de justicia juvenil que considera los estándares del debido proceso, diversión y medidas educativas que consideran la mediación. Posteriores reformas en 2002 y 2006 introducen un endurecimiento en las condenas, pero sólo para jóvenes adultos (18 a 20 años de la edad).

En 2003 *República Checa* incrementa la diversión y las sanciones educativas, en las cuales se incorpora la mediación. 2009 el acercamiento educativo fue limitado a través de sanciones más represivas y la ampliación de la prisión preventiva en los casos de delitos graves.

En *Dinamarca* no existe un sistema especial para los jóvenes infractores, los cuales son juzgados por los tribunales penales ordinarios. Sin embargo, existen disposiciones especiales para los adolescentes, las cuales han sido ampliadas y desarrolladas en las reformas de 1998 y 2001. Por ejemplo, el “contrato juvenil” puede ser visto como una forma de procedimiento abreviado, la “sanción juvenil” como una respuesta rápida del sistema que incorpora una dimensión de custodia y trabajo comunitario. En términos generales estas respuestas incorporan claras orientaciones rehabilitadoras.

Inglaterra y Gales, representantes del prototipo neo-liberal, han introducido en sus reformas de 1994 y 1998 drásticas sanciones y trasladado la responsabilidad criminal de los 14 a 10 años. Para los adolescentes entre 10 a 14 años se han introducidos centros cerrados de Familia y Justicia, las ordenes de conductas antisociales y la comunidad de sanciones. La práctica de las decisiones judiciales se ha centrado, mucho más que en otros países, en las sentencias privativas de libertad. Por otro lado, se han incorporado una serie de agencias multidisciplinarias, las cuales no necesariamente deben ser vistas como una manifestación de la tendencia neo-liberal, sino que más en la clásica línea educativa o del trabajo para prevenir la reincidencia, por ejemplo los equipos de jóvenes infractores. Tampoco el énfasis de las ordenes de reparación o de mediación deben ser vistas como una manifestación de punitivismo. Una calibración de las políticas y prácticas ha sido una demanda de la esfera académica durante mucho tiempo, la cual ha sido recogida recientemente en 2010 bajo el título de “A new Responce to Youth Crime” de

David Smith, que plantea la necesidad replantearse la política criminal juvenil. También algunas ciudades en 2011 se han planteado la necesidad de desarrollar nuevas estrategias que restrinjan las sanciones privativas de *Estonia* desplazó la edad de la responsabilidad criminal desde los 13 a los 14 años. En 2002 la legislación penal juvenil expandió la diversión, las sanciones comunitarias e incluyó elementos de justicia restaurativa (reparación y mediación). En el mismo año una enmienda del código procesal penal entregó a los jueces la decisión de internamiento de los menores con problemas conductuales en “escuelas de tratamiento especial”.

Finlandia, como los otros países escandinavos, no tiene un sistema especial para los adolescentes infractores. Sin embargo existen algunas particularidades en el código penal. En 1989 las sentencias privativas de libertad fueron restringidas a los casos excepcionales y se dio más énfasis a la suspensión condicional de la sentencia con supervisión. Producto de la política criminal finlandesa se ha logrado una de las tasas más bajas de privados de libertad en el mundo y la tendencia política criminal juvenil se dirige en esa misma dirección con un modelo de intervención mínima. Una particularidad del sistema finlandés está en que el control social se concentra en los niños entre 10 y 14 años y los jóvenes entre 15 y 17 años, a través de un sistema tutelar. Es interesante que el sistema tutelar ha experimentado similares reformas liberales como los sistemas de justicia, reduciendo considerablemente el internamiento en las instituciones Tutelares y reforzando en la reforma de 2006 las garantías procesales.

Como algunas de las reformas de los últimos años, en *Francia* encontramos un approach “neo-liberal”. La aceleración de los procesos con una imposición inmediata de sanciones y la negativa a atenuar las sanciones para los adolescentes entre 16 y 17 años pueden ser vistas en esa dirección. Sin embargo, las reformas de 2002, 2004, 2007 y 2008 mantienen la orientación educativa de la ley de 1945 y también mejoran el sistema de supervisión en la comunidad (la llamada protección judicial). Desde el 2002 medidas educativas pueden ser impuestas desde los 10 hasta los 12 años de edad de los infractores. En lo que se refiere a los centros cerrados de carácter tutelar y las prisiones, debe reconocerse el fuerte enfoque rehabilitador y la alta calidad y equipamiento de los recintos, los cuales son muy superiores al desarrollado en los otros países.

Alemania aprobó una importante reforma en 1990. Se ampliaron las posibilidades de diversión, las llamadas nuevas “alternativas”, que habían sido desarrolladas por los operadores del sistema en los años ochenta fueron formalmente consideradas en la ley. Por ejemplo, se implementaron: la mediación, cursos de formación social, servicio comunitario y especial cuidado y supervisión por parte de los trabajadores sociales. Las Alternativas a la prisión preventiva fueron ampliadas, incluyendo la defensa legal obligatoria de los menores detenidos. Sin embargo, luego vienen otras reformas con una clara orientación hacia la intensificación de las condenas: En 2006 se introdujo en el Ley de tribunales juveniles la posibilidad de que la víctima pueda interponer una querrela, pero a diferencia del procedimiento penal general, sólo en determinados delitos. En 2008 se introduce la custodia de seguridad o internamiento preventivo⁹ para los casos de adolescentes que han cumplido una pena de prisión juvenil de al menos 7 años, sin duda una de

⁹ *El Tribunal constitucional federal alemán en su decisión del 4 de mayo de 2011 (2 BvR 2365/09) consideró que todas las formas indeterminadas de custodia de seguridad o internamiento preventivo que se imponen después haber cumplido una condena de prisión violan la Constitución. Por tanto el legislador debió hasta el 1 de mayo de 2013 introducir nuevas reformas para la custodia de seguridad, las cuales hacen su aplicación una absoluta excepción, (extrema ultima ratio) y su ejecución claramente distinta a las de las normales condenas de prisión. La custodia de seguridad debe ser rehabilitadora en su naturaleza (Véase el art. 66c del Código Penal de 2012). La nueva legislación ha restringido la aplicación de la custodia de seguridad para los adolescentes entre 14 y 18 años, condenados por delitos violentos o sexuales a penas no menores de 7 años de encarcelamiento y de 5 años en caso de jóvenes adultos (18-21 años de la edad), además ésta debe ser prevista al momento de la condena. Se puede imponer sólo en consideración a la peligrosidad, la cual se debe ser analizada al final de haber cumplido la condena de prisión en una nueva audiencia del tribunal. En toda Alemania sólo un delincuente adulto joven está en custodia de seguridad (2014).*

las más simbólicas reformas legales. En el mismo año la regulación del artículo 2 de la Ley de tribunales juveniles formula con claridad el objetivo de la justicia juvenil: priorizando estrictamente la prevención de la reincidencia y la reinserción de infractores juveniles y jóvenes adultos dentro de la sociedad.

La reforma de la Ley griega de 2003 (similar a la reforma alemana de 1990) introduce la diversión, la mediación y otras nuevas sanciones comunitarias, amplía las reglas del debido proceso y limita aún más la prisión juvenil dejándola como una medida de último recurso. Se suprimieron además las medidas y sanciones indeterminadas. En 2010 la edad de responsabilidad penal se trasladó de 13 a 15 años.

Hungría tiene regulaciones especiales para los menores en el código penal de adultos. La reforma legal de 1995 enfatiza la reinserción en la sociedad (prevención especial) como el objetivo de la justicia juvenil. Las garantías procesales fueron reforzadas y la prisión juvenil restringida como medida de último recurso. En 2000 la ley general de mediación enfatiza elementos de justicia restaurativa, que fueron ampliados por la reforma de la ley de procedimiento penal en 2007 (se extienden las posibilidades de diversión y mediación). En 2011 nuevamente se amplió el alcance para el uso de la mediación y procedimientos restaurativos. Desde el año 2009 varias reformas en el derecho penal general intensificaron la condena para los adultos. Sin embargo, los jóvenes y adultos jóvenes fueron exentos de estos cambios de política. Por otro lado, según una reforma de la ley de 2010 ciertos delitos menores y administrativos pueden generar una detención de corto plazo, de hasta 90 días. Esto también se aplica a los menores. El nuevo Gobierno conservador está discutiendo actualmente una reducción de la edad de responsabilidad penal, pero aún no se ha alcanzado una decisión.

Después de casi cien años desde la introducción de la justicia de menores, la legislación Irlandesa introdujo una importante reforma legal en 2001 dando prioridad a la justicia restaurativa (mediación, conferencias de grupo familiar), diversión y sanciones comunitarias. La Prisión por debajo de los 18 años de edad fue suprimida. La edad de responsabilidad penal se aumentó de 7 a 12 años, pero en 2006 bajó otra vez a 10, pero sólo para casos muy graves como el homicidio calificado. Las órdenes de comportamiento antisocial fueron introducidas también en 2006, pero también se amplió la discreción para la diversión en esta área. La última gran reforma en *Italia* fue la enmienda de la ley de procedimiento penal general en 1988 (DPR N° 488/88, con algunas reglas específicas para el procedimiento penal juvenil), la cual se abre a la posibilidad de la diversión, la mediación y sanciones alternativas. El nuevo procedimiento penal juvenil y adulto significó un cambio de sistema, de inquisitivo a un modelo acusatorio. En 1998, una reforma general afectó también a los infractores juveniles: la evaluación o diagnóstico en cárceles o centros de detención ya no es necesaria y las penas de prisión menores de tres años pueden ser suspendidas inmediatamente.

Letonia aprobó en 1998 la ley sobre protección de los derechos del niño. La orientación en las garantías procesales y el principal objetivo en la reinserción de los infractores juveniles son expresados con claridad en el propio título de la ley. En el año 2002 dos reformas adicionales consolidaron la idea de diversión y de ampliar el alcance de las sanciones comunitarias, tales como la reparación y servicio comunitario.

En *Lituania* la importante reforma del Código Penal de 2003 incluyó la ampliación de medidas educativas y sanciones comunitarias para los infractores juveniles. Diversión, mediación y las sanciones comunitarias se convirtieron en el emblema del movimiento de reforma, pero también se dieron énfasis a las garantías procesales y a otras restricciones de privación de libertad. Otra reforma de ley de 2007 profundizó las medidas educativas y la supervisión de los infractores juveniles.

La reforma de 1995 en los Países Bajos trajo por un lado una mezcla de sanciones ambulantes incluyendo diversión y por otro el traslado a tribunales de adultos en casos de condenas por hasta dos años de prisión

juvenil y un castigo más severo para los infractores entre 16 y 17 años de edad en los casos graves. En 2001 fueron suprimidas las medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva y también la reforma de 2005 con una aplicación más estricta y más dura de las sanciones comunitaria puede ser caracterizada como una reforma de carácter “neoliberal”. Una dirección totalmente nueva es seguida por la reforma de la ley del 1 de abril de 2014: la edad de responsabilidad penal aumentó de 12 a 15 años y se extiende el alcance de la justicia juvenil hasta los 23 años. Esta reforma se basó fundamentalmente en la nueva evidencia científica aportada por la neurociencia sobre la maduración del cerebro, en la cual se constata que el pleno desarrollo de las funciones importantes, tales como prever las consecuencias del propio comportamiento y otras funciones superiores de la corteza frontal del cerebro se alcanzan alrededor de los 25 años de edad (véase Loeber et al 2012 con otras referencias). Las medidas adoptadas por los Países Bajos están en total consonancia con las recomendaciones del Consejo de Europa para ampliar la justicia juvenil a los adultos jóvenes mayores de 21 (véase 4.2 anterior).

La ley de los niños de 1995 (*Irlanda del Norte*) trajo una separación entre los procedimientos tutelares y de justicia, por tanto, una orientación hacia el modelo de justicia mediante el fortalecimiento de las garantías procesales para los infractores juveniles. Al mismo tiempo se ampliaron la diversión y la gama de sanciones comunitarias. La reforma de 1996 consolidó las ideas de medidas educativas para los jóvenes. En 2001 se creó la base legal de las conferencias de los grupos familiares, cambiando así la justicia juvenil hacia un modelo de justicia restaurativa. Por último, los menores de 17 años de edad fueron incluidos en el sistema de justicia juvenil.

Polonia en 1982 llevó a cabo una importante reforma legal en materia de justicia juvenil. El énfasis fue puesto en un modelo tutelar y se focaliza en los infractores de 13 a 17 años de edad. Sin embargo, en los casos de delitos muy graves pueden los infractores mayores de 15 años ser sentenciados según el derecho penal general. La ley privilegia estrictas medidas educativas y restringe la privación de libertad. Las normas procesales son de mayor importancia en los procedimientos relativos a menores infractores (en contraste con los menores procesados por fenómenos de “desmoralización”), particularmente cuando la detención es en una institución correccional. La Reconciliación es acentuada por la ley de mediación de 2000.

En *Portugal*, la reforma legislativa en materia de justicia juvenil del año 1999 buscó extinguir las peores consecuencias del modelo tutelar que prevalecía desde 1925. El enfoque educativo se mantuvo al igual que las consecuencias penales por un delito penal y se introdujo garantías procesales. En consecuencia, desde el año 2001 Portugal sigue un enfoque educativo para los infractores entre 12 y 15 años de edad. El adolescente es considerado responsable de sus actos, pero no en un sentido penal. La corte, después de aplicar un procedimiento que sigue reglas similares de un procedimiento penal para adultos, impone medidas educativas obligatorias, pero no hay sanciones penales. Los infractores entre los 16 a 21 años de edad son completamente responsables penalmente, pero pueden ser aplicadas atenuantes, en 2007 se introdujo el arresto domiciliario (incluyendo monitoreo electrónico) como una alternativa especial para este grupo de edad.

En 1992 una reforma del Código Penal en *Rumania* introdujo medidas educativas para los infractores juveniles, pero también contempló castigos más severos. La reforma de 1996 estaba en consonancia con el enfoque educativo mediante la ampliación de las sanciones comunitarias. La ley sobre la protección y la promoción de los derechos del niño de 2004 fortaleció las garantías procesales y la orientación del modelo de justicia conforme a estándares internacionales. Mediación se convirtió en una cuestión importante después de la ley de mediación de 2006 y una posterior reforma de la ley en 2009 (que entró en efecto en 2011).

La reforma general del Código Penal en *Rusia* en 1996 trajo medidas educativas especiales para menores de edad, incluyendo diversión y sanciones comunitarias (por ejemplo, servicio a la comunidad). Las

garantías procesales fueron consolidadas a través de los principios básicos de los jóvenes infractores, aprobada en 1999, pero también se ampliaron las medidas de diversión. En el año 2001 mediación y reparación aumentaron su aplicación práctica con la reforma de la ley del menor.

En 1995 las regulaciones estatutarias escocesas del sistema de audiencias juveniles fueron aplicadas entre los 8 a 15 años de edad. El enfoque es de justicia restaurativa incluyendo mediación y reparación.

En 2004 se introdujeron las órdenes de comportamiento antisocial y de crianza, pero la práctica parece ser menos intensa que en *Inglaterra y Gales*. En 2010 la edad de procesamiento penal se incrementó de 8 a 12 años, la competencia del sistema de audiencias juveniles se mantuvo sin cambios.

Serbia tiene desde 2006 una ley de justicia penal juvenil independiente y separada de la de familia. Esta ley está fuertemente orientada en las normas internacionales, con los principios de educación, intervención mínima y de proporcionalidad. Diversión y elementos de justicia restaurativa se acentúan especialmente. La reforma eslovaca de 2005, por un lado, está en consonancia con la orientación europea de justicia y tutela mediante la ampliación de la gama de sanciones comunitarias, pero por otro lado, represivas tendencias pueden ser identificadas claramente. Las condenas para los reincidentes y delitos violentos se incrementaron y la edad de responsabilidad penal se redujo de 15 a 14 años, sin embargo con 14 años sólo son responsables los infractores si han actuado con discernimiento.

Eslovenia llevó a cabo en 1995 una importante reforma en el Código Penal. En ella se prioriza la diversión, mediación y reparación, así como el trabajo comunitario. También se han fortalecido las garantías procesales. Curiosamente las reformas de la ley general en 1999, 2004 y 2008 que aumentaron las sanciones del código penal para adultos (inter alia –“legislación de los tres-strikes”) dejó a fuera a los jóvenes.

España creó en 1992 una ley juvenil orientada al grupo de edad de 12 a 15 años de edad. En 1995 la legislación fue modificada y los jóvenes infractores de 14 a 17 años de edad fueron sometidos a la legislación Penal adulta. En 2000 fue aprobada una nueva ley de justicia juvenil, la cual incorporó elementos de diversión y de justicia restaurativa (mediación, reparación). En 2006, sin embargo, se produce un endurecimiento de la ley. Los Adultos jóvenes que deberían haber sido objeto de medidas educativas fueron excluidos del sistema penal juvenil.

La legislación sueca se basa tradicionalmente en una orientación tutelar mediante la transferencia regular de los infractores juveniles (de 15 a 17 años) a las autoridades de bienestar. Las sanciones del código penal y particularmente la pena de prisión, se han convertido en un verdadera última opción para los jóvenes de 15 a 17 años (véase también Dünkel y Stańdo-Kawecka 2011). En 1999 se amplió la transferencia a las autoridades de Bienestar Social como una especie de diversión. Con ello se establecieron instituciones de atención de la juventud como alternativa al encarcelamiento de los jóvenes infractores. En relación con el principio de proporcionalidad y normas específicas de derechos humanos (principio de certeza y de proporcionalidad), han sido implementadas en el 2007 para ampliar el control de la Corte sobre los servicios de bienestar. La reforma de 2007 también intenta reducir las multas para los jóvenes infractores mediante la introducción de sanciones juveniles especiales, por ejemplo con el servicio juvenil y la atención o cuidado de la juventud. El Servicio juvenil consiste en trabajo no remunerado (entre 20 a 150 horas), además de la asistencia a programas de trabajo o de educación. La Atención de la juventud puede significar diversas formas de tratamiento, las cuales son organizadas por las autoridades de bienestar.

La reforma *Suiza* se produce en 2007 con la aprobación de una ley de justicia juvenil. Esta reforma está conforme con los estándares internacionales y enfatiza el carácter educativo, diversión y una gran variedad

de sanciones comunitarias, incluyendo la mediación y reparación. También se acentúan las garantías procesales, así como los principios de mínima intervención y proporcionalidad. El encarcelamiento de jóvenes es considerado como un recurso de ultima ratio y en su lugar tiene lugar la detención en hogares de bienestar, que en su mayoría son abiertos. Aunque la pena de prisión juvenil máxima ha aumentado a 4 años (para los infractores de 16 años de edad) el sistema de justicia juvenil suizo puede caracterizarse como un enfoque moderado, educativo y de justicia.

Turquía aprobó en 1992 la reforma a la ley de procedimiento penal, fortaleciendo con ello algunas garantías procesales para los adolescentes infractores. En 2003 se modificó la ley de tribunales de los niños (1979) ampliándose el alcance de la justicia de menores de 12 a 18 años de edad. La ley de protección infantil de 2005, por su parte amplió la diversión en los procedimientos (referidos a las agencias de bienestar) y la gama de sanciones comunitarias (reparación y servicio a la comunidad).

En *Ucrania* la reforma del Código Penal de 2001 incorpora especiales sanciones educativas para los infractores juveniles de 14 a 17 años de edad, incluyendo la diversión, órdenes de servicio de reparación y comunidad. Las reformas en *Ucrania* – como en otros países de Europa Central – fueron motivadas para cumplir con los requisitos de las normas internacionales de justicia juvenil como con las recomendaciones del Consejo de Europa y las Naciones Unidas.

En su conjunto, demuestra la comparación internacional actual, que en la mayoría de los países en realidad no hay un cambio en los objetivos educativos y el objetivo predominante de prevención de la reincidencia. También los países que se movieron hacia el paradigma neo-liberal, mantienen éste enfoque y su orientación general de lidiar con los adolescentes infractores de forma diferente que con los adultos. Las Reformas más severas están restringidas regularmente a jóvenes delincuentes reincidentes o delitos violentos (Véase *Inglaterra y Gales, Francia, los Países Bajos, Rumania o Eslovaquia*).

También puede considerarse como internacionalmente aceptado, la idea de que mientras menos intensas las intervenciones, incluyendo diversión (reconciliación, reparación y otras intervenciones socialmente constructivas), mejor es la integración de los jóvenes infractores (que se caracteriza por la naturaleza episódica de su ofensa) que las intervenciones (represivas) intensivas como el encarcelamiento (véase Dünkel y pruina 2009 y Dünkel, pruina, Grzywa 2011).

Por otro lado, se aprecia en los países que el carácter educativo no es ilimitado. Restricciones a través de la proporcionalidad entre al delito y el hecho son necesarias, especialmente respecto a las penas privativas de libertad. No hay ninguna justificación para extender las penas privativas de libertad por “necesidades educativas”, aquello conduciría a intervenciones desproporcionadas.

6. DESARROLLO DE LAS DECISIONES CONTRA LOS JÓVENES INFRACTORES

Aunque la evolución de las reformas legales en materia de justicia juvenil no confirma un giro punitivo, sería posible que las prácticas de las decisiones judiciales, estén incorporando en algunos países, enfoques más duros a través de sanciones más severas, para satisfacer las demandas del público en torno a la reacción contra la delincuencia juvenil. Evaluar esta hipótesis es difícil, ya que se observa una falta general de datos comparativos y longitudinales confiables. En muchos países los datos sobre las prácticas de las sentencias no son completos, comparables o incluso accesibles, en particular en lo que dice relación con las reacciones informales (derivación etc.). Esto es importante porque si los datos sobre el uso de la diversión no están claros, las estadísticas de sentencias de los tribunales son difícilmente interpretables.

Para evaluar la hipótesis de un aumento “punitivo” puede ser suficiente evaluar los datos nacionales en una perspectiva longitudinal para examinar los cambios en el tiempo. La disminución del encarcelamiento de jóvenes puede estar relacionada a una disminución de la violencia juvenil y no necesariamente a una práctica de penas más leve. La siguiente presentación por lo tanto sólo puede dar algunos indicios a favor o posturas en contra de la hipótesis de un “nuevo punitivismo” (ver en más detalle Dünkel, Pruin y Grzywa 2011:1684 ff).

En *Bulgaria* con las reformas de 1996 y 2004 se ha disminuido la imposición de sanciones privativas de libertad, mientras que los acuerdos víctima-delincuente- aumentaron considerablemente (más del 40% de todas las decisiones de la corte). Aproximadamente una cuarta parte de los infractores juveniles son condenados formalmente, casi la mitad de ellos a una pena privativa de libertad (antes de las reformas casi el 90% de las decisiones de la Corte imponían sanciones privativas de la libertad).

En *Croacia* en la década de 1980 la proporción de los menores condenados a prisión fue tres veces mayor (16-22 %) que en la actualidad. Al igual que en otros países la privación de libertad se ha convertido en una excepción y representa sólo un 2-3% de todas las sanciones informales y formales impuestas a los adolescentes.

En *Dinamarca* la jurisprudencia no ha cambiado significativamente después de la introducción del llamado contrato juvenil en 2002.

En la *República Checa* disminuyó la proporción de penas privativas de libertad de un 14% en 1995 a 7% en 2006. El número de jóvenes presos correspondientemente disminuyó de 300 a 100.

Inglaterra y Gales mostraron una tasa fuertemente creciente de la población penal juvenil durante la década de 1990 y hasta mediados de la década de 2000. La práctica de las sentencias punitivas incluyó también la imposición de penas más largas y una disminución de las tasas de diversión, producto del llamado sistema de la “Advertencia final” de 1998 que prohibía la diversión para el tercer delito. La filosofía imperante de “la prisión funciona” fue trasladada a la estrategia empleada contra los adolescentes infractores durante los años noventa y principios del año 2000. Sin embargo, este enfoque se ha revertido en la ley de 2012 (*Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act*) eliminando las restricciones del sistema de la advertencia final y expandiendo la diversión. Debe observarse que en la práctica las sentencias se estaban atenuando antes de que el cambio legislativo entrara en vigor.

La práctica de las sentencias ha cambiado considerablemente: el número de condenados a prisión de entre 10 a 17 años había aumentado de 4.719 en el año 1994 a 7.653 en el año 1999, lo que significaba un incremento del 62%. Desde entonces se han reducido los números anuales a 4.104 en 2012, es decir una disminución de 46%. Esta disminución es en parte resultado de los cambios demográficos. Paradójicamente bajo el nuevo gobierno conservador se discutió un cambio en las sentencias “neoliberales” y la restricción de la custodia inmediata (principalmente debido a las restricciones presupuestarias). Los resultados son sorprendentes: como se mencionó anteriormente los números de custodia inmediata (incluyendo detención preventiva) se han reducido. La población penal juvenil de 15 a 17 años de edad encerrada disminuyó de 2007 a 2012 en un 43% y para el grupo de edad de 10-14 años sólo en un tercio (ver Horsfield 2014). En noviembre de 2012 sólo 1.485 adolescentes fueron privados de su libertad (-49%, comparado con los 2.933 cinco años antes). La reducción fue similar para la detención y la orden de entrenamiento (-45%), la prisión preventiva (-40%) y las penas de menos de dos años impuesta por el Tribunal de la Corona (-41%, de 533 en 2008 bajó a 313 en 2012, ver Horsfield 2014).

En *Estonia* desde la reforma de 2002, la proporción de medidas de diversión (transferencia a los llamados comités de juventud) se ha triplicado y hasta la fecha representan más del 80%. Aunque los datos estadísticos no son siempre claros, se puede desprender una disminución considerable del número de sanciones privativas de la libertad.

En *Finlandia* la imposición de penas de prisión ha disminuido durante los años. Mientras que en 1980 el 3,5% de los casos tratados por los tribunales resultó en prisión, en el año 2006 sólo un 0,8%. Esto comprueba el fuerte compromiso de *Finlandia* en la aplicación de la prisión solo como un último recurso. Según *Lappi-Sepällä* estas reformas tienen un carácter neoclasicista humano (véase *Lappi-Sepällä* en *Dünkel et al.*, 2011). Las reformas legales en *Finlandia* han fortalecido las garantías judiciales y el objetivo general de eliminar las medidas represivas. En las sentencias, los principios de proporcionalidad y de certeza se han convertido en los valores centrales. La población parece estar de acuerdo con estos objetivos y no ha expresado ninguna demanda por castigos más severos, incluso en casos de delitos graves. La sanción más frecuentemente usada en *Finlandia* es la multa, que es bastante excepcional en comparación con la situación legal y la práctica en otros países europeos. Las Multas representan el 74% de las sentencias judiciales emitidas contra los adolescentes entre 15 a 17 años. En segundo lugar, la sanción más relevante en *Finlandia* es la suspensión condicional de la sanción privativa de libertad, la cual, representa más del 17% de todas las sanciones en el 2005. En general, se puede concluir que *Finlandia* sigue una estrategia de intervención mínima, y que no han habido indicios en la práctica en torno a un endurecimiento.

Tradicionalmente, el sistema de enjuiciamiento penal francés se basa en el principio de la oportunidad. El fiscal tiene las facultades de perseguir o no. En 2006, casi el 60% de los casos fueron descartados. El porcentaje de condenas de prisión, entre todas las sentencias, aumentó de un 8% en 1980 a casi un 14% en 2003, pero posteriormente cayó otra vez al 10% en 2006. Hay que considerar como positivo el aumento del control social en el ámbito de las sanciones comunitarias, el que ha aumentado con las formas de supervisión (protección judicial), que incluyen, en algunos casos, el monitoreo electrónico. Sin embargo, estos cambios cuantitativamente son difíciles de medir.

En *Alemania* en la década de 1980 se produjo un importante movimiento hacia la diversión y nuevas sanciones educativas de carácter alternativo. Las cifras en torno a utilización de la diversión se incrementaron considerablemente de un 40% en la década de 1980 hasta un 70% en 2008. Aunque un número considerable de delitos violentos y más graves entró en el sistema de justicia juvenil a principios de la década de 1990 sigue siendo la práctica de la sanción de una estabilidad increíble. La sanción privativa de libertad sigue siendo sólo el 2-3% del total de las sanciones informales (Fiscales) o formales (tribunales juveniles después de un juicio) aplicadas a los jóvenes-adultos de 14-20 años. Sin embargo, otro 5% de los adolescentes y de los adultos jóvenes es objeto de la medida disciplinaria de detención de corto plazo (hasta cuatro semanas, en *Alemania* *Jugendarrest*). Globalmente se puede afirmar que la práctica de las sentencias se orienta hacia el modelo de la mínima intervención (incluyendo algunos elementos restaurativos, de mediación y órdenes de servicio comunitario).

En algunos aspectos la práctica de las condenas en *Grecia* es diferente de los países que se han tratado hasta ahora. Sanciones informales (diversión), que sólo están vigentes desde el año 2003, se aplican raramente. Con respecto a las sentencias formales, se aprecia que las medidas educativas desempeñan un papel fundamental, con aproximadamente el 75% de los casos. Más específicamente, la más común de estas medidas es la amonestación, representando más del 50% de todas las disposiciones del Tribunal. Posteriormente sigue el encarcelamiento, como la segunda sanción más aplicada en *Grecia*. Más del 20% de todas las disposiciones son sentencias de prisión. El 90% de las sentencias privativas de libertad tienen menos de 6 meses de duración. Esto significa que las penas cortas son claramente las predominantes.

Por otra parte, estas se ejecutan muy raramente, porque a menudo se suspenden (similar a la libertad condicional). También es interesante que casi nunca se emitan multas contra menores. Según los datos obtenidos de las sentencias no hay indicios de una intensificación o endurecimiento en la práctica griega. Obviamente el sistema griego enfatiza la advertencia a través de procedimientos formales y con sanciones que en realidad no son muy invasivas.

En *Irlanda*, a pesar de las pobres pruebas estadísticas se hace claro que, con la reforma de la ley de los Niños de 2001, el uso de condenas de prisión ha disminuido y el alcance de medidas educativas y restaurativas se ha ampliado. En conformidad con esta política, los números de menores detenidos en escuelas reformativas e industriales, muestran una tendencia a la baja de 159 en 1978 a 41 en 2005.

En *Hungría* la proporción de la diversión (generalmente combinada con una reprimenda) ha aumentado del 16% en 1980 al 34% en 2007. Otras formas de diversión son el aplazamiento de una acusación y la remisión hacia esquemas de mediación. El resultado de esta orientación dirigida a reacciones informales consiste en que la proporción de acusaciones disminuyó de casi el 84% al 58%. La praxis de las sentencias de la Corte, también, muestra una tendencia clara hacia castigos menos severos. La proporción de condenas de prisión juveniles cayó del 34% en 1980 al 27% en 2007. Al mismo tiempo la proporción de condenas condicionales (suspendidas) aumentó del 47% al 74%. En otras palabras sólo el 6.3% de todos los menores condenados recibió una condena de prisión en 2007 (la cifra correspondiente en 1980 era de 18%). Es claro que *Hungría* ha hecho grandes progresos dirigidos hacia la armonización del derecho interno con los estándares internacional que enfatizan una intervención mínima y sanciones comunitarias.

Aunque los datos estadísticos están raramente disponibles y no siempre validados parece que es evidente que el sistema de justicia penal italiano todavía puede ser caracterizado por su indulgencia específica y moderada práctica de condenas, de las cuales resultan un encarcelamiento extraordinariamente bajo, sobre todo para los infractores juveniles (ver en el general *Nelken* 2009). La retórica populista que de vez en cuando surge en los debates políticos (*Berlusconi* y otros) no cambia este cuadro. La reforma de 1988 ha llevado a cabo una significativa extensión de las medidas de diversión judiciales (*perdono giudiziare*).

Letonia tenía una práctica bastante estable de condenas en los años 1990, pero con la introducción del servicio comunitario en 1999 y sanciones comunitarias adicionales, como la mediación en 2005, se han reducido los adolescentes privados de libertad de 438 en 2000 a 149 al 1 de enero de 2010 (es decir, un 66%).

En *Lituania* la reforma legislativa de 2003 todavía no ha tenido demasiado impacto. Aproximadamente el 30% de los menores condenados recibe sanciones privativas de libertad. Sin embargo, esta proporción es mucho más baja que en los tiempos soviéticos.

En los *Países Bajos* desde mediados de los años 1980 se introdujo un enfoque represivo que ha reducido la diversión. La reforma legal de 1995 ha introducido sanciones privativas de libertad más largas (entre uno o dos años en vez de 6 meses), que han tenido poco impacto en la práctica de las decisiones judiciales. Sin embargo, la proporción de la diversión es de alguna manera confusa. Por lo tanto la proporción relativamente grande de un 30% de sanciones privativas de libertad es a nivel de la Corte difícil de interpretar.

En *Irlanda del Norte* dan mucho énfasis a los esquemas de la diversión aplicada por la policía, la cual ha tenido mucho éxito en disminuir al mínimo el número de jóvenes procesados a través de los tribunales (O'Mahony en *Dünkel et al.* 2011: 971). Los números de menores condenados por los tribunales disminuyeron de 1.254 en 1987 a 722 en 2004, la proporción de sanciones privativas de libertad dictadas por los tribunales

disminuyó de 21 al 10%. Las conferencias juveniles (introducidas en 2004) han incrementado las sanciones alternativas reduciendo la privación de libertad.

En *Polonia* también desde 1990 la proporción de sanciones privativas de libertad se ha reducido a un nivel muy bajo, aproximadamente sólo el 2% de todas las medidas aplicadas por el tribunal de familia.

En *Rumania*, la diversión se usa extensivamente. Mientras que en 1995 sólo el 28% de los casos con menores fue objeto de diversión, el porcentaje se elevó al 53% en 1999 y alcanzó el 81% en 2007. Acerca de las disposiciones del tribunal, las condenas de prisión son aplicadas relativamente. Mientras que en 1996 casi la mitad de los menores eran condenados a prisión. En los años siguientes el número de menores condenados a prisión cayó, configurando solo un cuarto de todas las sanciones de 2006. En 2002 se crea el servicio de Probation, el cual contribuyó a aumentar la aplicación de la libertad condicional.

Una tendencia en el uso de sanciones alternativas es visible en *Rusia*, también. En tiempos soviéticos el 30-50% de las decisiones comprendía las sanciones privativas de libertad. Hasta 2005 la proporción disminuyó a sólo un 24%, lo cual refleja aún una práctica de castigo severo (más que la diversión con aproximadamente el 25%, con un papel todavía marginal).

El desarrollo en *Escocia* se puede ver en contraste con *Inglaterra* y *Gales*. Las sanciones privativas de libertad para los infractores entre 16-21 años disminuyeron entre 1990 y 2006, y también la categoría de edad bajo los 16 años ha sido beneficiada con sanciones alternativas.

Serbia ha ampliado la diversión en la reforma de 2005, sin embargo, datos estadísticos exactos escasean. Sin embargo ya antes de la reforma legal era observable una reducción de condenas de prisión.

De manera interesante la práctica de condenas en *Eslovaquia* no ha cambiado muchísimo, aunque la política criminal oficial enfatizara el castigo más severo de los infractores juveniles.

Eslovenia pertenece a los países con una práctica moderada de condenas. Desde 1980 la proporción de condenas de prisión disminuyó.

Los datos longitudinales sobre *España* no han estado disponibles. Sin embargo, hay indicadores que indican una práctica de condenas más resistente en Cataluña con una proporción aumentada de condenas de prisión en 2000.

La política criminal en *Suecia* evita el encarcelamiento para los infractores entre 15 -17 años y en el caso de los jóvenes adultos entre 18 a 20 años la aplican sólo como último recurso. Las últimas reformas legales han generado una práctica menos extensa de la diversión. El resultado no es el castigo más severo, pero si un aumento de las transferencias a las instituciones de Asistencia social (2008: dos tercios de todas las causas penales).

En *Suiza*, también, las condenas de prisión permanecen como una excepción absoluta. De manera interesante las pocas condenas de prisión juveniles son muy cortas (casi el 80% bajo el mes). Las cifras demuestran que la práctica de las condenas en *Suiza* no es punitiva en absoluto.

Los datos sobre la práctica de las condenas en *Ucrania* no son fácilmente accesibles y completos. Un indicador del cambio en la práctica de las condenas de los tribunales se puede ver en la reducción de presos de las llamadas colonias juveniles (prisiones juveniles) desde 2000. Durante los años 1990 el número era aproximadamente 3.300-3.900 por día, y en 2007 disminuyó a aproximadamente 1.900.

7. SUMARIO Y CONCLUSIONES

Los sistemas de justicia de menores en Europa se han desarrollado en varias formas y con orientaciones diferentes. Una rápida mirada en las sanciones y medidas revela que la tendencia general es la extensión de la diversión, combinada en algunos países con medidas educativas o de otro carácter que pretenden mejorar la conformidad entre la conducta juvenil y la norma. La mediación, la reconciliación o las conferencias familiares son buenos ejemplos de tales estrategias de diversión. Por otra parte, desde una comparación internacional, los sistemas basados únicamente en la tutela o bienestar de la juventud y el niño están en marcha atrás. Esto no es tan evidente en Europa, donde aún existen sistemas con enfoques tutelares como en *Bélgica* y *Polonia*, pero sí lo es en los países latinoamericanos, que tradicionalmente se orientaron al enfoque de bienestar clásico (Tiffer-Sotomayor 2000; Tiffer Sotomayor, Llobet Rodríguez y Dünkel 2002; Zegada 2005; Gutbrodt 2010).

A través de Europa los elementos de justicia restaurativa han sido puestos en práctica, incluso en países que han adoptado enfoques neo-liberales o neo-correccionales, como en aquellos con una orientación de bienestar relativamente fuerte. Además, las medidas educativas que tratan de mejorar las competencias sociales de los infractores jóvenes, como cursos de formación sociales y formación cognoscitiva, se han desarrollado más extensamente. Estos desarrollos están acordes con los estándares internacionales en materia de justicia juvenil. La recomendación de 2003 del Consejo de Europa sobre los nuevos modos de tratar la delincuencia juvenil, claramente enfatiza el desarrollo de nuevas y más constructivas sanciones comunitarias, también para los reincidentes y otros grupos de infractores problemáticos. Esto mantiene la idea tradicional de la justicia de menores basada como un sistema “educativo” especial, de intervención mínima diseñada para prevenir la reincidencia.

Aunque el principio de la pena privativa de libertad como “ultima ratio” para los adolescentes ha sido respetado a través de Europa, no se puede negar que en algunos países las orientaciones “neo-liberales” han influido en la política de justicia de menores y, también en la práctica (ver Muncie 2008 con referencias adicionales). El ensanchamiento de las medidas privativas de libertad en *Inglatera* y *Gales*, *Francia* y *Holanda* se puede interpretar como una “vuelta punitiva”. En efecto, los reclusos adolescentes en estos países aumentaron bastante en los años 1990, sin embargo, estas tendencias se han invertido en los últimos años.

Esta conclusión refleja sólo una faceta de la realidad. Una realidad diferente surge cuando uno considera la práctica de fiscales, tribunales, trabajadores sociales, agencias de bienestar juveniles y proyectos como la mediación. Éstos siguen funcionando de un modo razonablemente moderado y resisten al populismo penal. La privación de la libertad permanece realmente como un último recurso en Escandinavia (von Hofer 2004; Storgaard 2004; Haverkamp 2007). Este cuadro diferenciado de una “nueva complejidad” (Habermas 1985) es el mensaje principal que entregan las investigaciones comparadas en materia de legislación, práctica y decisiones judiciales en materia de justicia juvenil en Europa (Dünkel et al. 2011). Sin ir más lejos, éste capítulo está en gran parte basado en una investigación comparada (ver detalladamente Dünkel, Pruin y Grzywa 2011; Dünkel, Grzywa, Pruin y 2011 Šelih).

Sonja Snacken ha procurado explicar por qué muchos países europeos han resistido al populismo penal y punitivo (Snacken 2010; 2012; Snacken y Durmontiers 2012). Ella ha subrayado que los estados europeos son democracias constitucionales fuertemente orientadas hacia el estado de bienestar, democracia y derechos humanos. Estas orientaciones fundamentales, que se pueden encontrar más claramente en muchos estados continentales de la Europa Occidental y en particular en Estados escandinavos (Lappi-Seppälä 2007; 2010 y en este volumen), sirven de “factores protectores” contra el populismo penal (también ver a Pratt 2008; 2008a).

Es una verdad innegable que el populismo penal no se detiene en las puertas de la justicia juvenil (Pratt et al. 2005; Ciappi 2007; también ver a Garland 2001; 2001a; Roberts y Hough 2002; Tonry 2004; Muncie 2008). Con todo, se ha logrado mantener la diferencia entre ofensa juvenil y la de adultos. Y su naturaleza episódica le ha otorgado más tolerancia y reacciones moderadas.

La relativa resistencia de la justicia juvenil contra las tendencias punitivas es reforzada por el fuerte marco de los estándares internacionales y europeos de derechos humanos que se aplican a ella. Más expresamente, estos instrumentos también enfatizan la extensión de salvaguardias procesales, por una parte, y la limitación o la reducción de la intensidad al momento de condenar, por otra parte.

También hay desafíos por enfrentar. Claramente en la actualidad existen tanto a nivel europeo como internacional algunas necesidades para tomar en cuenta, este capítulo ha destacado tres áreas importantes para ser consideradas en las reformas futuras:

- Un paso importante debería consistir en levantar la edad de la responsabilidad criminal al menos al promedio europeo de 14 o 15 años.
- Un segundo paso debería considerar las interesantes iniciativas que aumentan la edad máxima para aplicar el derecho penal juvenil a los adultos jóvenes y permitir con ello su inclusión y tratarlos como si fueran adolescentes. Esta reforma podría lograr avances importantes para proteger un grupo potencialmente vulnerable y evitar una carrera criminal en la plena adultez. La reciente reforma de abril de 2014 en los Países Bajos que aumentan el alcance de la justicia juvenil hasta la edad de 23 puede ser vista como el precursor en la reforma de justicia de menores en este aspecto.
- En tercer lugar, la tendencia contraria que consiste en tratar a los jóvenes como adultos debe ser resistida. Ella no es sólo doctrinalmente dudosa, como hemos explicado más arriba, además contiene el riesgo de aumentar directamente el impacto de los peores rasgos del sistema de justicia penal de los adultos en los jóvenes infractores.

En suma, la política de justicia juvenil, como refleja la legislación y práctica de la mayoría de los países europeos, ha resistido con éxito el giro punitivo. Sin lugar a dudas existe mucho trabajo que hacer, sobre todo en aquellas dimensiones donde la política criminal no es clara, pero es realista esperar que los enfoques neo-liberales se continúen moderando. Los signos importantes en esta dirección se pueden observar en *Inglaterra y Gales* o los *Países Bajos* donde estos enfoques han sido retóricamente prominentes en las décadas pasadas. Por lo tanto, hay algunos indicios que indican que el ideal de la inclusión social y reintegración será el Leitmotiv para las reformas de justicia juvenil del siglo veintiuno en Europa y también en otros continentes.

LITERATURA

- Albrecht, H.-J. and Kilchling, M. (2002) (eds), *Jugendstrafrecht in Europa*, Freiburg i. Br., Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht.
- Bailleau, F. and Cartuyvels, Y. (2007) (eds), *La Justice Pénale des Mineurs en Europe – Entre modèle Welfare et inflexions néo-libérales*, Paris: L'Harmattan.
- Bishop, D. M. (2009), *Juvenile Transfer in the United States*. In: Junger-Tas, J. and Dünkel, F. (eds), *Reforming Juvenile Justice*. Dordrecht: Springer: 85-104.
- Bishop, D. M., Feld, B. C. (2012): *Trends in Juvenile Justice Policy and Practice*. In: Feld, B. C., Bishop, D. M. (Hrsg.): *The Oxford Handbook of Juvenile Crime and Juvenile Justice*. New York: Oxford University Press: 898-926.
- Bonnie, R. J., Chemers, B. M., Schuck, J. (2012) (eds.), *Reforming Juvenile Justice: A Developmental Approach* Washington, D. C.: National Research Council of the National Academies.
- Bruckmüller, K. (2006), *Austria: A Protection Model*. In: Junger-Tas, J., Decker, S. H. (eds), *International Handbook of Juvenile Justice*. Dordrecht: Springer: 263-294.
- Cavadino, M., Dignan, J. (2006), *Penal Systems. A Comparative Approach*, London, Thousand Oaks, New Delhi: Sage.
- Cavadino, M. and Dignan, J. (2007), *The Penal System: An Introduction*, 4th ed, London: Sage.
- Ciappi, S. (2007): *La nuova punitività – Gestione dei conflitti e governo dell'insicurezza*. Soverina Mannelli: Università Rubbettino.
- Cimamonti, S., di Marino, G. and Zappalà, E. (2010) (eds), *Où va la justice des mineurs? (Allemagne, Espagne, France, Italie, Russie)*. Torino: G. Ciappichelli Editore.
- Crawford, A. and Lewis, S. (1987), *Évolutions mondiales, orientations nationales et justice locale: les effets du néo-libéralisme sur la justice des mineurs en Angleterre et au Pays de Galles*. In: Bailleau, F. and Cartuyvels, Y. (eds.), *La Justice Pénale des Mineurs en Europe – Entre modèle Welfare et inflexions néo-libérales*. Paris: L'Harmattan: 23-43.
- Doak, J. and O'Mahony, D. (2011), *Developing mediation and restorative justice for young offenders across Europe*. In: Dünkel, F., Grzywa, J., Horsfield, P. and Pruin, I. (2011) (eds.), *Juvenile Justice Systems in Europe – Current Situation and Reform Developments*. 2nd ed., Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg: 1717-1746.
- Doob, A. N. and Tonry, M. (2004), *Varieties of Youth Justice*. In: Tonry, M., Doob, A. N. (eds.), *Youth Crime and Justice*. Chicago, London: University of Chicago Press (Crime and Justice Vol. 31): 1-20.
- Dünkel, F. (1997), *Jugendstrafrecht in Europa – Entwicklungstendenzen und Perspektiven*. In: Dünkel, F., van Kalmthout, A. and Schüler-Springorum, H. (eds.): *Entwicklungstendenzen und Reformstrategien des Jugendstrafrechts im europäischen Vergleich*. Bonn: Forum Verlag Godesberg: 565-650.

Dünkel, F. (2006), Juvenile Justice in Germany – Between Welfare and Justice. In: Junger-Tas, J. and Decker, S. H. (eds.), *International Handbook of Juvenile Justice*. Doordrecht: Springer: 225-262.

Dünkel, F. (2008), Jugendstrafrecht im europäischen Vergleich im Licht aktueller Empfehlungen des Europarats. *Neue Kriminalpolitik* 20: 102-114.

Dünkel, F. (2011), Werden Strafen immer härter? Anmerkungen zur strafrechtlichen Sanktionspraxis und zur Punitivität. In: Bannenberg, B. and Jehle, J.-M. (eds): *Gewaltdelinquenz. Lange Freiheitsentziehung. Delinquenzverläufe*. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg: 209-243.

Dünkel, F. (2014), Jugendkriminalpolitik in Europa und den USA: Von Erziehung zu Strafe und zurück? In: DVJJ (Hrsg.): *Jugend ohne Rettungsschirm? Dokumentation des 29. Deutschen Jugendgerichtstags*. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg.

Dünkel, F., Grzywa, J., Horsfield, P. and Pruin, I. (2011) (eds.), *Juvenile Justice Systems in Europe – Current Situation and Reform Developments*. 2nd ed., Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg (cited Dünkel et al.).

Dünkel, F., Grzywa, J., Pruin, I. and Šelih, A. (2011), Juvenile justice in Europe – Legal aspects, policy trends and perspectives in the light of human rights standards. In: Dünkel, F., Grzywa, J., Horsfield, P. and Pruin, I. (eds): *Juvenile Justice Systems in Europe – Current Situation and Reform developments*. 2nd ed., Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg: 1839-1898.

Dünkel, F. and Pruin, I. (2011): Young adult offenders in the criminal justice systems of European countries. In: Dünkel, F., Grzywa, J., Horsfield, P. and Pruin, I. (eds.), *Juvenile Justice Systems in Europe – Current Situation and Reform Developments*. 2nd ed., Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg: 1583-1606.

Dünkel, F. and Pruin, I. (2012), Young adult offenders in the criminal justice systems of European countries. In: Lösel, F., Bottoms, A. and Farrington, D. (eds.): *Young adult offenders Lost in Transition?* London, New York: Routledge: 11-38.

Dünkel, F., Pruin, I. and Grzywa, J. (2011), Sanctions systems and trends in the development of sentencing practices. In: Dünkel, F., Grzywa, J., Horsfield, P. and Pruin, I. (eds.): *Juvenile Justice Systems in Europe – Current Situation and Reform Developments*. 2nd ed., Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg: 1649-1716.

Dünkel, F. and Stańdo-Kawecka, B. (2011), Juvenile imprisonment and placement in institutions for deprivation of liberty – comparative aspects. In: Dünkel, F., Grzywa, J., Horsfield, P., Pruin, I. (eds.): *Juvenile Justice Systems in Europe – Current Situation and Reform Developments*. 2nd ed, Mönchengladbach: Forum-Verlag Godesberg: 1789-1838.

Garland, D. (2001), *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*. Chicago: The University of Chicago Press.

Garland, D. (2001a) (ed.), *Mass Imprisonment. Social Causes and Consequences*. London: Sage.

Gensing, A. (2011), Jurisdiction and characteristics of juvenile criminal procedure in Europe. In: Dünkel, F., Grzywa, J., Horsfield, P. and Pruin, I. (2011) (eds), *Juvenile Justice Systems in Europe – Current Situation and Reform Developments*. 2nd ed., Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg: 1607-1648.

- Goldson, B. (2002), New punitiveness. The politics of child incarceration. In: Muncie, J., Hughes, G and McLaughlin, E (eds), Youth Justice. Critical Readings. London, Thousand Oaks, New Delhi: Sage: 386-400.
- Goldson, B. (2011), 'Time for a Fresh Start', but is this it? A Critical Assessment of The Report of the Independent Commission on Youth Crime and Antisocial Behaviour. Youth Justice 11: 3-27.
- Goldson, B. and Muncie, J. (2006), Youth, crime and justice. London, Thousand Oaks, New Delhi: Sage.
- xGutbrodt, T. (2011), Jugendstrafrecht in Kolumbien. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg.
- Habermas, J. (1985), Die neue Unübersichtlichkeit. Frankfurt/Main: Suhrkamp.
- Hartjen, C. A (2008), Youth, Crime and Justice. A Global Inquiry. New Brunswick/N. J., London: Rutgers University Press.
- Haverkamp, R. (2007), Neuere Entwicklungen im Jugendstrafrecht in Schweden und Finnland. Recht der Jugend und des Bildungswesens 55: 167-190.
- Heinz, W. (2009), Zunehmende Punitivität in der Praxis des Jugendkriminalrechts? Analysen aufgrund von Daten der Strafrechtspflegestatistiken. In: Bundesministerium der Justiz (ed.), Das Jugendkriminalrecht vor neuen Herausforderungen? Jenaer Symposium. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg: 29-80.
- Heinz, W. (2011), Neue Straflust der Strafjustiz – Realität oder Mythos? Neue Kriminalpolitik 22: 14-27.
- Heinz, W. (2011a), Neue Lust am Strafen. Gibt es eine Trendwende auch in der deutschen Sanktionierungspraxis? In: Kühl, K., Seher, G. (eds.): Rom, Recht, Religion. Symposium für Udo Ebert zum 70. Geburtstag. Stuttgart: Mohr Siebeck: 435-458.
- Heinz, W. (2012), Das strafrechtliche Sanktionensystem und die Sanktionierungspraxis in Deutschland 1882 - 2010 (Stand: Berichtsjahr 2010) Version: 1/2012. Internet-Publication <http://www.uni-konstanz.de/rff/kis/sanks12.pdf>.
- Horsfield, P. (2014), Jugendkriminalpolitik in England und Wales – Entwicklungsgeschichte, aktuelle Rechtslage und jüngste Reformen. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg.
- Jensen, E. L. and Jepsen, J. (2006) (eds.), Juvenile Law Violators, Human Rights, and the Development of New Juvenile Justice Systems. Oxford, Portland/Oregon: Hart Publishing.
- Junger-Tas, J. (2006), Trends in International Juvenile Justice – What Conclusions Can be Drawn? In: Junger-Tas, J. and Decker, S. H. (eds.): International Handbook of Juvenile Justice. Doordrecht: Springer: 505-532.
- Junger-Tas, J. and Decker, S. H. (2006) (eds.), International Handbook of Juvenile Justice. Doordrecht: Springer.
- Junger-Tas, J. and Dünkel, F. (2009) (eds.), Reforming Juvenile Justice. Doordrecht: Springer.
- Kaiser, G (1985), International vergleichende Perspektiven zum Jugendstrafrecht. In: Schwind, H.-D. et al. (eds.): Festschrift für G. Blau. Berlin, New York: Walter de Gruyter: 441-457.

Keiser, C. (2008), Jugendliche Täter als strafrechtlich Erwachsene? Das Phänomen der 'Adulteration' im Lichte internationaler Menschenrechte. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 120: 25-67.

Killias, M. and Villettaz, P. (2007), Rückfall nach Freiheits- und Alternativstrafen: Lehren aus einer systematischen Literaturübersicht. In: Lösel, F., Bender, D. and Jehle, J. M. (eds.), *Kriminologie und wissenschaftsbasierte Kriminalpolitik*. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg: 207-225.

Lappi-Seppälä, T. (2007), Penal Policy in Scandinavia. In: Tonry, M. (ed.): *Crime, Punishment, and Politics in Comparative Perspective*. *Crime and Justice*. vol. 36. Chicago, London: The University of Chicago Press: 217-295.

Lappi-Seppälä, T. (2010), Vertrauen, Wohlfahrt und politikwissenschaftliche Aspekte – International vergleichende Perspektiven zur Punitivität. In: Dünkel, F. et al. (eds.), *Kriminalität, Kriminalpolitik, strafrechtliche Sanktionspraxis und Gefangenenraten im europäischen Vergleich*. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg: 937-996.

Loeber, R., Hoeve, M., Farrington, D. P., Howell, J. C., Slot, W., van der Laan, P. H. (2012), Overview, Conclusions, and Policy and Research Recommendations. In: Loeber, R., Hoeve, M., Slot, W., van der Laan, P. H. (eds): *Persisters and Desisters in Crime from Adolescence into Adulthood. Explanation, Prevention and Punishment*. Farnham Surrey: Ashgate: 335-412.

Muncie, J. (2008), The 'Punitive Turn' in Juvenile Justice: Cultures of Control and Rights Compliance in Western Europe and in the USA. *Youth Justice* 8: 107-121.

Muncie, J., Goldson, B. (2006) (eds), *Comparative Youth Justice*. London, Thousand Oaks, New Delhi: Sage Publications.

Nelken, D. (2009), Comparative criminal justice: Beyond ethnocentrism and relativism. *European Journal of Criminology* 6: 291-311.

Nelken, D. (2010), *Comparative criminal justice – making sense of difference*. Los Angeles et al.: Sage.

O'Mahony, D. and Campbell, C. (2006), Mainstreaming Restorative Justice for Young Offenders through Youth Conferencing: The Experience in Northern Ireland. In: Junger-Tas, J. and Decker, S. H. (eds.), *International Handbook of Juvenile Justice*. Doordrecht: Springer: 93-115.

O'Mahony, D. and Doak, J. (2009), Restorative Justice and Youth Justice: Bringing Theory and Practice Closer Together in Europe. In: Junger-Tas, J., Dünkel, F. (eds), *Reforming Criminal Justice*. Berlin, New York: Springer: 165-182.

Patané, V. (2007) (ed.), *European Juvenile Justice Systems*. First vol., Milano: Giuffrè Editore.

Pratt, J. (2008), Scandinavian Exceptionalism in an Era of Penal Excess. Part I: The Nature and Roots of Scandinavian Exceptionalism. *British Journal of Criminology* 48: 119-137.

Pratt, J. (2008a), Scandinavian Exceptionalism in an Era of Penal Excess. Part II: Does Scandinavian Exceptionalism have a Future? *British Journal of Criminology* 48: 275-292.

Pratt, J., et al. (2005) (eds.), *The New Punitiveness. Trends, theories, perspectives*. Cullompton: Willan Publishing.

Pruin, I. (2007), *Die Heranwachsendenregelung im deutschen Jugendstrafrecht. Jugendkriminalologische, entwicklungspsychologische, jugendsoziologische und rechtsvergleichende Aspekte*. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg.

Pruin, I. (2011), *The scope of juvenile justice systems in Europe*. In: Dünkel, F., Grzywa, J., Horsfield, P. and Pruin, I. (eds.), *Juvenile Justice Systems in Europe – Current Situation and Reform Developments*. 2nd ed., Mönchengladbach: Forum-Verlag: 1539-1582.

Pruin, I. and Dünkel, F. (2014), *Young Adult Offenders in Europe: Interdisciplinary Research Results and Legal Practices*. Greifswald, Department of Criminology: Expertise for the Cadbury Trust.

Roberts, J. and Hough, M. (2002) (eds.), *Changing Attitudes to Punishment. Public opinion, crime and justice*. Cullompton: Willan Publishing.

Smith, D. J. (2010) (ed), *A New Response to Youth Crime*. Cullompton: Willan Publishing.

Snacken, S. (2010), *Resisting punitiveness in Europe?* *Theoretical Criminology* 14: 273-292.

Snacken, S. (2012), *Conclusion: Why and How to Resist Punitiveness in Europe?* In: Snacken, S. and Dumortiers, E. (eds.), *Resisting Punitiveness in Europe? Welfare, human rights and democracy*. London, New York: Routledge: 247-260.

Snacken, S. and Dumortiers, E. (2012) (eds.), *Resisting Punitiveness in Europe? Welfare, human rights and democracy*. London, New York: Routledge.

Storgaard, A. (2004), *Juvenile Justice in Scandinavia*. *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention* 5: 188-204.

Stump, B. (2003), *'Adult time for adult crime' – Jugendliche zwischen Jugend- und Erwachsenenstrafrecht*. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg.

Tiffer-Sotomayor, C. (2000): *Jugendstrafrecht in Lateinamerika unter besonderer Berücksichtigung des Jugendstrafrechts in Costa Rica*. Mönchengladbach: Forum Verlag Godesberg.

Tiffer-Sotomayor, C., Llobet Rodríguez, J. and Dünkel, F. (2002), *Derecho Penal Juvenil*. San José/Costa Rica: DAAD.

Tonry, M. (2004), *Punishment and Politics*. Cullompton: Willan Publishing.

Tonry, M. and Doob, A. N. (2004) (eds.), *Youth Crime and Justice*. Chicago, London: University of Chicago Press (Crime and Justice vol. 31).

von Hofer, H. (2004), *Crime and Reactions to Crime in Scandinavia*. *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention* 5: 148-166.

Weijers, I., Nuytiens, A. and Christiaens, J. (2009), Transfer of Minors to the Criminal Court in Europe: Belgium and the Netherlands. In: Junger-Tas, J. and Dünkel, F. (eds), Reforming Juvenile Justice. Doordrecht: Springer: 105-124.

Weijers, I. and Grisso., T. (2009), Criminal Responsibility of Adolescents: Youth as Junior Citizenship. In: Junger-Tas, J. and Dünkel, F. (eds.), Reforming Juvenile Justice. Doordrecht: Springer: 45-67.

Zegada, M. (2005): Jugendstrafrecht in Bolivien. Freiburg: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht.

EL DILEMA DE LA EDAD DE LA RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL¹

Carlos Tiffer Sotomayor
Profesor de la Maestría en Ciencias Penales
Universidad de Costa Rica
Abogado litigante

DEDICATORIA A MI PROF. DR. LUIS PAULINO MORA MORA

Don Luis Paulino como cariñosamente siempre le llame fue mi Profesor de Derecho Penal General, en una época muy importante de mi formación. Precisamente al inicio de mis estudios de Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. También para don Luis Paulino eran sus inicios en la Facultad, luego de regresar de sus estudios doctorales en España, con el prestigioso tratadista, José María Rodríguez Devesa. Cuando uno inicia, como en mi caso, los estudios de Derecho a muy temprana edad, saliendo del Colegio, todavía un adolescente, encontrarse con un Profesor como don Luis Paulino definitivamente deja una huella profunda. Es de esos privilegios y regalos que la vida le ofrece. Tener un Profesor como don Luis Paulino, no solo para este servidor, sino para todas las generaciones de estudiantes que tuvimos ese privilegio, nos permitió conocer a un ser humano excepcional, bueno, humilde, generoso, honesto, sincero y probo, siempre dispuesto a ayudar a los demás, comprometido con las mejores causas. Lo que pudimos confirmar en el transcurso del tiempo, ya como profesionales, Don Luis Paulino, siempre se mostró interesado en ayudar, en escuchar y apoyar a sus ex alumnos. Pero tuvimos otra ventaja especial, conocer y entender el Derecho Penal, como un medio, no un fin en sí mismo. Un Derecho Penal humanista, democrático y sobre todo respetuoso de la dignidad humana. Un instrumento necesario para la convivencia pacífica y necesaria en la sociedad. Como tan bien lo decía don Luis Paulino; "Un instrumento al servicio del Sistema Democrático de Derecho".

A mi Maestro don Luis Paulino quien durante toda su carrera, como Abogado, Juez, Profesor y especialmente integrante de la Sala Constitucional, fue el mejor luchador de las garantías de todos los ciudadanos, especialmente de los más débiles e indefensos, dedico este pequeño artículo.²

Gracias Maestro.

1 Este artículo se confeccionó a partir de la Conferencia impartida por el autor en la Universidad de la Republica, Uruguay, el 3 de junio de 2013, dentro del Ciclo de Conferencias Internacionales sobre Justicia Penal Adolescente, organizado por UNICEF Uruguay.

2 Don Luis Paulino también se ocupó del derecho penal juvenil. Incluso fue un promotor de la reforma legislativa de 1996, en donde participó activamente. Lo mismo que como Magistrado de la Sala Constitucional, mostró su preocupación por los Derechos y Garantías de Niños y Adolescentes. Un año después de aprobada la Ley de Justicia Penal Juvenil, don Luis Paulino participó en el seminario taller de análisis de este primer año de vigencia y manifestó lo siguiente: "Existe consenso en que la Ley de Justicia Penal Juvenil nos permitió dar un paso necesario hacia una justicia más humana en la materia, pero lo más importante es que vino a adecuar nuestro sistema de justicia penal juvenil a la ideología de nuestro sistema político, es decir, de un sistema democrático de derecho" Mora Mora, L.P., "Análisis e impacto de la ley de justicia penal juvenil en Costa Rica. Contexto nacional y comparado." En: Seminario Taller. Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica. Un año de vigencia. Memoria., UNICEF, San José, 1998, Pág. 28.

1. PRESENTACIÓN

Realmente para mí siempre es un placer y un gusto venir a un país como Uruguay. Uruguay es un país muy conocido, un país muy admirado por Costa Rica. Es un país con el que Costa Rica siempre se le compara en el cumplimiento de los estándares internacionales. Es un país de referencia siempre para los costarricenses y de ahí entonces, que tener la oportunidad de venir para mí es muy importante. Además resulta curioso e interesante el ver cómo dos países que están tan alejados geográficamente, comparten una historia común, una estructura social y una estructura jurídica similar, que nos hace ser siempre dos países de referencia.

Deseo en este espacio abordar un tema de mucha relevancia y actualidad, como es el tema de la edad de la responsabilidad penal juvenil partiendo del siguiente índice general. Inicio exponiendo sobre aspectos introductorios, aquí vamos a tratar específicamente dos temas que son relevantes y de gran interés actual: la vinculación de la delincuencia juvenil y la seguridad ciudadana. Posteriormente vamos a presentar algunos mitos y realidades sobre este fenómeno delictivo juvenil. Después expondré sobre los criterios de la determinación de la edad de la responsabilidad penal juvenil, donde vamos a analizar los tres criterios que históricamente se han aplicado. Lo anterior porque en Uruguay están justamente discutiendo sobre estos últimos temas. Luego vamos a analizar algunas características del modelo de justicia penal juvenil, que se desprenden de la Convención de los Derechos del Niño, por ser el modelo no solamente vigente sino también vinculante y obligatorio para países como Uruguay o Costa Rica, que han incorporado este instrumento internacional. Luego vamos a tratar el tema de la edad y la culpabilidad. Porque es imprescindible cuando se habla del tema de la culpabilidad, relacionarlo con la edad de la responsabilidad penal juvenil, exponiendo una presentación de la edad mínima y la edad máxima de la responsabilidad y algunas ideas de las tendencias de política criminal en América Latina. Especialmente sobre el tema de la política criminal juvenil. Para finalizar presentando unas tablas comparativas de la edad, tanto de América Latina como de los países de Europa.

2. EL CARÁCTER PRIMORDIAL DE LA SEGURIDAD CIUDADANA EN URUGUAY Y COSTA RICA

Lo primero que me parece importante mencionar, es que en Uruguay, al igual que en la mayoría de los países de nuestra región, el tema de la seguridad o inseguridad ciudadana tiene un carácter de relevancia social primordial. Este carácter de relevancia primordial ha sido medido por las encuestas en casi todos nuestros países y ocupa un lugar destacado, incluso a veces un lugar tan destacado dentro de la ciudadanía, superando otros temas de relevancia social como podrían ser el empleo, la educación o el tema de la vivienda³. Al ser un tema tan relevante socialmente también despierta el interés de todos los sectores sociales y particularmente el interés de los políticos.⁴

3 *Una muestra de la importancia del tema de la seguridad ciudadana en nuestro país, es el informe “Construyendo una agenda de desarrollo para Costa Rica, suscrito entre el PNUD y el Ministerio de Planificación de Costa Rica del año 2013 y la cual se encuentra en el siguiente enlace <http://www.pnud.or.cr/images/stories/MundoqQueremosWeb-FINAL.pdf> En dicha encuesta, el 59,1% de las personas entrevistadas considera que la seguridad ciudadana es peor que hace 15 años, mientras que el 44,7% de las personas considera que la seguridad ciudadana empeorará en los próximos 15 años. Razón por la cual los costarricenses consideran que el problema de la seguridad ciudadana no es solo presente sino incluso es un problema del futuro, más grave que la pobreza, en donde solo el 27,4% de las personas considera que hoy en día la situación es peor que hace 15 años; o la desigualdad social, en la cual solo el 26,6% de la población considera que el problema es más grave que hace 15 años.*

4 *El tema de la seguridad ciudadana es quizás el de mayor relevancia actualmente en la mayoría de países de la región. Superando otros temas sociales, como el empleo, la vivienda o la educación. Uno de los estudios más serios y actuales es el del PNUD titulado Seguridad Ciudadana con Rostro Humano. Diagnóstico y propuestas para América Latina, 2013, consultable*

El debate sobre el tema de la seguridad es un muy actual, no sólo en Uruguay, sino en todos los países de la región. Se percibe a la sociedad actual como altamente violenta o a la violencia como una característica actual de la sociedad y esta se aprecia como una sociedad con violencia individual, con violencia grupal, con violencia intrafamiliar, con presencia del crimen organizado, del narcotráfico y de las armas de fuego. Esta característica de la sociedad actual como una sociedad violenta, forma parte de lo que posteriormente voy mencionar, como uno de los mitos sobre la seguridad ciudadana y el delito. Para decidir que la sociedad actual es más violenta que la sociedad del pasado, es muy difícil su cuantificación. Lo importante es que se vincula ese tema de inseguridad ciudadana al tema de la violencia y ante esta violencia se demanda un mayor incremento de la punibilidad o del castigo, se proponen estrategias simplistas para la búsqueda de la solución a la violencia y al delito. Omitiendo un análisis realmente explicativo del fenómeno de la violencia.⁵

Las principales propuestas que se escuchan se podrían resumir en cuatro estrategias: i. un mayor incremento en el número de conductas delictivas, es decir penalizar las conductas que antes no eran delito, aunque quedan muy pocas conductas que no son delito. Pero siempre se encuentra la idea de incrementar las conductas delictivas, por ejemplo en el tema de la violencia intrafamiliar. ii. El incremento de las penas de prisión, generalmente como una estrategia de política criminal que centra la respuesta al delito en la pena privativa de libertad, iii. La reducción de las garantías judiciales, por ejemplo en el tema de la prisión preventiva, ordenarla automáticamente por algún tipo de delito, la prolongación de los plazos de la prisión preventiva e incluso la reducción de la utilización de los recursos legales. También dentro de estas estrategias se encuentra el tema de esta conferencia, iv. El rebajo de la edad de la responsabilidad penal. Precisamente por el involucramiento de personas menores de edad en delitos violentos.

El rebajo de la edad de la responsabilidad penal se presenta como parte de las propuestas de solución al tema de la violencia y el delito. Este tema ha sido debatido y ha sido discutido en varios países de América Latina y en Costa Rica hubo un proyecto de ley que intentó rebajar la edad de responsabilidad penal. Afortunadamente los diputados llegaron a la conclusión de que el rebajo de la edad era incompatible con la Convención de los Derechos del Niño y además con las interpretaciones del Tribunal Constitucional, entonces el proyecto se archivó.⁶

La realidad del delito en general resulta compleja. El delito y la violencia no suceden en el vacío y es el resultado de los diferentes factores de riesgo sobre los cuales se debería centrarse la acción del Estado, en lugar de favorecer la represión. Lo anterior porque el delito es una consecuencia o un resultado de la convergencia de factores de riesgo con una conducta determinada. Quizás esta idea se entiende mejor con un ejemplo, si sabemos que el fumado es un factor de riesgo para producir cáncer del pulmón, deberíamos de centrarnos en estrategias para reducir el fumado y consecuentemente reducir el riesgo de cáncer en el pulmón. Entonces, las verdaderas estrategias que puedan prevenir el delito, son las estrategias que se centran en precisamente los factores de riesgo, en esta dirección es que la política criminal debería orientarse, aunque la realidad nos indica que la dirección de esta política criminal es otra.

en: <http://www.latinamerica.undp.org/content/dam/rblac/img/IDH/IDH-AL%20Informe%20completo.pdf>

5 *Sobre estudios de la violencia en particular con un visión integral y con una importante contribución metodológica así como propuestas de intervención y prevención, ver; Campos Santillices, Armando, Violencia Social, Editorial Universidad Estatal a Distancia, ILANUD, San José, 2010.*

6 *Aunque también se escuchan y reciben propuestas serias, con correctos diagnósticos y líneas estratégicas de intervención en la dirección adecuada. Sin embargo, con poca y nula aplicación, tal es el caso en Costa Rica de la denominada propuesta Polsepaz, Política Integral y Sostenible de Seguridad Ciudadana y Promoción de la Paz Social. PNUD, San José, 2010. Además, referente a este proyecto de ley que pretendió reformar la ley penal juvenil y aplicar el Código Penal de los adultos, a los adolescentes, ver Tiffer C. Juzgar a los Adolescentes como adultos. La Nación 28 de octubre del 2010.*

3. ALGUNOS MITOS SOBRE LA PARTICIPACIÓN DE LOS MENORES DE EDAD EN EL DELITO

Como parte de las ideas introductorias me gustaría también explicarles algunos mitos sobre la violencia y la participación de las personas menores de edad en el delito. En realidad la concepción social sobre el delito está elaborada con fundamento en algunos de estos mitos, lo cual es muy interesante no solamente desde el punto de vista estrictamente jurídico, sino desde el punto de vista de la psicología social y de la construcción de la realidad. Algunos de estos mitos son los siguientes: ⁷

El primer mito que me gustaría mencionar es que **la sociedad actual es más violenta** (el pasado siempre fue mejor). Esto generalmente uno lo escucha, lo dice, especialmente cuando uno se está haciendo viejo y tenemos la percepción de que el pasado siempre fue mejor, entonces decimos: *“la sociedad actual es más violenta, antes no sucedía esto en Montevideo o en San José”* y entonces se percibe el tiempo como un condicionante importante y que establece diferencias. Lamentablemente también hay que reconocer que la violencia es una marca indeleble en la historia de la humanidad, la violencia siempre ha existido, lo que en realidad existe son diferentes manifestaciones de violencia dependientes de la época y de la estructura social.⁸

Otro mito es que **sólo ciertos individuos y ciertos lugares son proclives para la violencia**. Socialmente ciertos individuos se encuentran estigmatizados como individuos violentos. También ciertos lugares en todas las ciudades están estigmatizados como lugares violentos. Por ejemplo, en Europa se percibe a los extranjeros como personas violentas o algunos lugares donde habitan se identifican como lugares violentos, en todas nuestras ciudades hay barrios o zonas, los cuales se perciben como lugares peligrosos. Eso también es un mito, porque la violencia sucede en todos los estratos sociales y también sucede en cualquier lugar y con cualquier individuo y el ejemplo más claro de esto son los centros educativos. Los centros educativos deberían ser los lugares más seguros, cuando dejamos a nuestros hijos en el centro educativo creemos que están en un lugar seguro, pero realmente los centros educativos son centros donde hay una alta cantidad de violencia, no solamente violencia entre los estudiantes sino también violencia entre los estudiantes y los educadores y entre los mismos educadores. Por lo que es un mito creer que solo ciertos individuos o lugares son proclives a la violencia.

Otro mito es que **los adolescentes son los responsables del aumento de la violencia**. Hay sectores sociales que les sirve hacer creer que los responsables de la inseguridad y de la violencia son los adolescentes, cuando en realidad habría que decir que el delito que cometen los adolescentes es un delito que estadísticamente por lo general en los países no supera el 10%. Incluso en ocasiones mucho menos. Pero se les atribuye la responsabilidad por el aumento la violencia y del delito que se genera en forma violenta. Quizás debería contarles que ayer un periodista me preguntaba cuando yo le explicaba esta idea, ¿y por qué es que se percibe que los adolescentes son responsables del aumento de la violencia? La respuesta fue la siguiente: los delitos que cometen los adolescentes es un delito que produce mayor alarma social que el que cometen los adultos. Cuando un adulto comete un homicidio, estoy hablando

7 *Más que estos mitos, que pueden tener valor interpretativo de las construcciones sociales, se debe poner énfasis en los verdaderos factores de riesgos que inciden en la comisión de delitos, tales como por ejemplo; la pertenencia de los niños a familias desestructurales (broken homes), la agresión infantil, la marginación socioeconómica o pobreza, la deserción y el fracaso escolar, el desempleo, tanto de los padres como de los jóvenes en edad laboral, el consumo de drogas y sustancias tóxicas, entre otros. Además, de las propuestas de intervención específicas que buscan precisamente incidir y reducir estos factores de riesgo. En detalle al respecto puede consultarse. Tiffer, C., “Factores de riesgo que inciden en la comisión de delitos juveniles”. En: Revista Estudios de la Niñez y la Adolescencia, No. 2, San José, 2008, págs. 23-26.*

8 *Un estudio que resulta indispensable hacer referencia, el cual contiene una visión global de la problemática de la violencia en la que se encuentran las personas menores de edad es el excelente trabajo de Pinheiro, P. G., Informe Mundial sobre la violencia contra los niños y niñas, localizable en [http://www.unicef.org/lac/Informe_Mundial_Sobre_Violencia_1\(1\).pdf](http://www.unicef.org/lac/Informe_Mundial_Sobre_Violencia_1(1).pdf)*

que mañana si los medios de comunicación lo divulgan no produce el mismo efecto que si ese mismo delito, ese mismo homicidio lo comete un adolescente, es decir, produce mayor alarma social el homicidio cometido por el adolescente. Entonces lo interesante es por qué produce mayor alarma social. Mi profesor en Alemania, el profesor Kaiser se responde a esa pregunta y dice él, que produce mayor alarma social porque la sociedad percibe no solamente el delito juvenil presente, sino que también lo percibe como un delito del futuro, precisamente por la edad en la que se encuentra el adolescente.⁹

No voy a poder explicar todos estos mitos. Son muy interesantes, por **ejemplo el tema de la impunidad**, a pesar que existen leyes como aquí en Uruguay y muchos países en donde se castiga, donde realmente hay una sanción, pero la sociedad percibe de que los adolescentes actúan impunemente, lo mismo que las sanciones alternativas no funcionan y que la única sanción eficaz es la sanción privativa de libertad.

Otro mito para concluir esta parte, es **considerar los responsables de que los adolescentes comentan delitos a sus familias y a sus maestros o que las políticas cero tolerancia o mano dura son las más exitosas**. Para lo anterior voy a presentarles al final una filmina de países en donde se han aplicado estas políticas de cero tolerancia, o políticas altamente represivas para que observen de que en realidad no se produce una mayor seguridad en estos países ni que tampoco hay que aplicar la ley penal de los adultos a los adolescentes, rebajando la edad de la responsabilidad penal para lograr mayor seguridad ciudadana. Estos son algunos de los mitos, como señalé no los puedo explicar todos pero en realidad ninguna de estas ideas o estos presupuestos que están aquí establecidos, han sido sometidos a algún tipo de comprobación seria o una comprobación empírica que realmente produzca lo que se estaría buscando que es mayor seguridad ciudadana.

4. CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DE LA EDAD DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

La doctrina, no solo la doctrina jurídica, sino que también otros saberes como la filosofía, la teología, historia, se han planteado el tema de la responsabilidad. Sobre todo preguntándose a partir de cuándo considerar a un sujeto responsable de sus actos. El primer criterio que se encuentra codificado es el criterio de discernimiento. Sobre el criterio del discernimiento es muy importante señalar que este coincide con un modelo punitivo o una etapa penal indiferenciada, que significa que no había ninguna diferenciación con respecto a la responsabilidad de una persona menor de edad y la responsabilidad de un adulto. Esto corresponde a los conceptos de la escuela clásica del Derecho Penal. El discernimiento funcionó para determinar la responsabilidad penal en España, en donde se incorporó en el Código Penal de 1822, época en que casi todos los países de América Latina estaban adquiriendo la independencia o recientemente la habían adquirido. Por lo que el Código español de 1822, que es la recepción del Código Penal francés de 1810, influyó en todos los Códigos Penales de los países de América Latina. Costa Rica por ejemplo, obtuvo su independencia en 1821 y España acababa de aprobar un Código Penal, razón por la cual lo más sencillo fue simplemente copiarlo. Imagino que en la mayoría de los países de nuestra región sucedió lo mismo. Esta idea coincide con lo que el profesor Zaffaroni llama el primer desembarco de Códigos Penales, que explica en su libro sobre *“Los Códigos Penales de los Países de América Latina”*.¹⁰

9 Kaiser, G. *Kriminologie. Ein Lehrbuch. 3 Auflage. C. F. Mueller Verlag, 1996, pág. 565. También puede consultarse la versión española de la obra del profesor Kaiser, G. Introducción a la Criminología. 7 edición, Editorial Dykinson, Madrid, 1989, págs. 265-287.*

10 *Una explicación detallada de la genealogía de los diferentes Códigos Penales de América latina; se encuentra en este importante trabajo del Profesor Zaffaroni, en donde se detallan cuatro desembarques de textos en los que se expone no solo el desarrollo histórico, sino datos de la realidad y los intereses legislativos en la criminalización de determinadas conductas y sujetos. Ver Códigos Penales de América Latina. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Instituto latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del delito y Tratamiento del delincuente ILANUD/Comisión Europea. México, 2000.*

En los primeros desembarcos de Legislación se consignaba el criterio de discernimiento, para el año 1822. Quisiera hacer énfasis al tema histórico porque al estar ustedes planteando aquí en Uruguay, la aplicación del criterio del discernimiento, yo lo veo como estar volviendo a 1822. Este criterio fue utilizado en todos los países de América Latina y Chile fue el último país que lo mantuvo vigente hasta el año 2005 y en ningún otro país de América Latina que conozca, se encuentra actualmente regulado. Es un criterio que se utilizó en todos los países latinoamericanos y hay una frase de Jiménez de Asúa, que todos conocemos que dice “es la piedra angular de la inimputabilidad de los menores” y esa expresión de Jiménez de Asúa la tiene en un trabajo que precisamente tiene como lugar de publicación aquí Montevideo en 1929 el cual se titula “Delincuencia juvenil y tribunal de los niños”. En esa publicación Luis Jiménez de Asúa, que considero uno de los penalistas de lengua castellana que más ha escrito, se fundamenta precisamente en el discernimiento y lo menciona como una piedra angular de la inimputabilidad de los menores.¹¹

El discernimiento funcionó entonces como un criterio delimitador de la responsabilidad penal. La definición de discernimiento no es sencilla, precisamente fue por eso que este concepto se eliminó, ya que involucra aspectos sociales, psicológicos, morales, legales, incluso religiosos como el libre albedrío. No existe en realidad un consenso sobre el significado del discernimiento y en realidad se trata casi de un sistema de libre apreciación de parte del tribunal, es decir, es el ejemplo más claro de la mayor discrecionalidad posible porque es el tribunal, es decir el juez es el que va a decir si la persona actuó o no con discernimiento. Este concepto ha sido cuestionado, sobre todo en países como los nuestros. ¿Cómo establecer un criterio de discernimiento de un adolescente? imaginémonos por ejemplo, un adolescente de una zona urbana, un adolescente de una zona rural, un adolescente indígena, un adolescente de padres académicos u obreros. En fin, es sumamente impreciso, es un concepto completamente inseguro y ese fue uno de los cuestionamientos por los cuales ese criterio se consideró superado.

Este criterio del discernimiento en realidad consideraba a los niños como adultos pequeños y los niños eran sometidos a las mismas reglas de las personas adultas, con la excepción de la atenuación de las penas, dentro de una concepción retributiva de la ley penal y desde luego no se consideraba ningún tipo de garantía judicial para los niños.

El segundo criterio que se utilizó para el tema de la responsabilidad de carácter penal es el que se ha denominado de anormalidad personal. Este coincide con un modelo de justicia juvenil que todos conocemos que es el modelo tutelar. En este modelo tutelar las personas menores de edad son consideradas como personas incompletas, anormales, necesitadas de asistencia. Precisamente por eso necesitaban de una medida tutelar o asistencial, es decir una medida que tiene teóricamente una connotación de carácter positiva. Además este modelo, es el reflejo de la ideología del positivismo, el juez médico, que en realidad va a sanar o a curar precisamente todas las anormalidades de la persona y en este caso de los menores. Este criterio de la anormalidad personal se caracteriza también, entre otros aspectos, porque la intervención de los jueces no tiene ningún límite inferior de edad, todos los niños podían ser sujetos de la jurisdicción tutelar y de la imposición de estas medidas tutelares. Como ustedes saben tiene como base la conocida “*situación irregular*” y esta situación irregular, además de la comisión de un delito, podía ser cualquier condición socialmente adversa de los niños. Esto lo definirían muy bien las mismas legislaciones, las que se referían a una “*ausencia material y moral*” en que se encontraban los niños. Este modelo no reconoce ningún tipo de

11 Jiménez de Asúa distinguió cuatro orientaciones para el concepto discernimiento. El jurídico basado en la inteligencia de la antijuridicidad del acto; el moral, entendido como la inteligencia para diferenciar el bien del mal y también lo justo de lo injusto; un tercer criterio que combina los anteriores, moral y jurídico, y por fin el discernimiento social basado en el carácter e instintos del menor y su entorno. Cfr Jiménez de Asúa, L. / Anton Oneca, J. *Derecho Penal conforme al Código Penal de 1928. Parte General*, t1, Madrid, 1929 págs. 238 y ss. Citado por: Batista Sposato, K. “Desafíos duraderos en la legislación brasileña de responsabilidad de menores de edad: Un estudio crítico a la luz de los 18 años de vigencia y del modelo español”. En: *Justicia y Derechos del Niño*, No.10, Bogotá, 2008, pags.113-131.

garantías propias de un Estado democrático de Derecho y este modelo, desde un punto de vista formal, dejó de tener vigencia desde la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño en el año 1989.¹²

El otro criterio, es el criterio actualmente vigente y que proviene del acervo del sistema de las Naciones Unidas, es el criterio “del sujeto de derecho” y consiste en entender a los niños y a los adolescentes en general, no solo para la responsabilidad penal, como sujetos de derecho. Esto coincide con el modelo de Justicia, un modelo de responsabilidad y que precisamente se caracteriza, no solamente por otorgar derechos a las personas menores de edad, sino por reconocer una capacidad de responsabilidad por los hechos de carácter delictivo. Esta concepción de sujeto de derecho superó dos aspectos fundamentales y de enorme discusión en el Derecho Penal, que son los temas de la imputabilidad y el tema de la capacidad de culpabilidad. Tradicionalmente se decía “*los niños son inimputables*” y consecuentemente no podían ser declarados culpables y no son sujetos del Derecho Penal. La misma Convención de los Derechos del Niño establece que los Estados pueden acusar y declarar culpables a los niños, cuando infringen las leyes penales. Esto significa consecuentemente que se les reconoce como imputables y con capacidad de culpabilidad¹³. Ahora bien, la construcción de esa imputabilidad y de esta culpabilidad, es diferente a la de las personas mayores de edad. No se trata de la misma imputabilidad y culpabilidad pero este modelo, establece claramente este principio de responsabilidad.

También tiene este modelo un criterio más objetivo de la determinación de la responsabilidad penal, fijándola por medio de una edad cronológica.¹⁴ Es un criterio jurídico normativo y la tendencia de los

12 *Un clásico para el estudio de la intervención histórica de la infancia en América Latina, en donde se detalla la vigencia de este modelo tutelar es el libro organizado por Emilio García Méndez y Elías Carranza, en donde se presentan los casos de Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Uruguay, Venezuela, y un recuento de los Congresos Panamericanos de Niño ver: Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases para una reforma legislativa. Editorial Galerna. Buenos Aires, 1992.*

13 *Sobre la culpabilidad de las personas menores de edad, el artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece: “1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad. 2. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular: a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron; b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente: i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley; ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa; iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales; iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad; v) Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley; vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado; vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento. 3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales; b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales. (...)”*

14 *Aunque la Convención de Derechos del Niño no fija una edad mínima, el Comité Internacional de los Derechos del Niño ha establecido como límite para esta responsabilidad los 12 años. Debajo de esta edad, no se considera válido fijar ninguna responsabilidad de carácter penal y para la franja de 12 a menos 18 años de edad, debe establecerse una responsabilidad penal juvenil, diferenciada de la responsabilidad de los adultos.*

países de América Latina es fijar a partir de los 12 años, esta capacidad de imputabilidad y de culpabilidad especial, diferente al de los adultos y como frontera, los menores de 18 años de edad. En Europa la tendencia es a partir de los 14 años de edad. Este criterio de la edad puede ser cuestionados y discutido, porque no hay un consenso internacional con respecto a estas edades. Es producto de un consenso que podría variarse y que demuestra la preponderancia de la política criminal frente a la dogmática. Se trata de un verdadero dilema de la política criminal de cada Estado. Es importante que este criterio de la edad produce seguridad jurídica y reduce la discrecionalidad y la arbitrariedad de carácter judicial, cuando se empleaban criterios como el discernimiento o el grado de madurez suficiente y el libre albedrío. La edad es un criterio de carácter objetivo para fijar la responsabilidad penal juvenil y cumplir con un objetivo primordial de la justicia; la seguridad jurídica.

5. ALGUNAS CARACTERÍSTICAS DEL MODELO DE JUSTICIA JUVENIL

Podemos mencionar primero que se fundamenta en la Convención de los Derechos del Niño pero no solamente en esto sino que en reglas y directrices que el Sistema de Naciones Unidas elaboró antes de la Convención de 1989. También es importante dentro de nuestro continente la Convención Americana de Derechos Humanos. En este modelo se da un acercamiento a la Justicia penal de los adultos, pero con respecto a los derechos y a las garantías con un reforzamiento de estas garantías para los menores de edad. Se refuerza la posición legal de los adolescentes en comparación a la de los adultos. La privación de la libertad es posible dentro de este modelo, solo de manera realmente excepcional y por el menor tiempo posible, tanto como medida cautelar o de detención provisional, como sanción penal juvenil.¹⁵

Se considera al adolescente con capacidad para infringir las leyes penales con posibilidad de ser declarado culpable. Se superan estos dos importantes criterios históricos y además se reconoce una capacidad de culpabilidad especial y diferente a la culpabilidad de los adultos. También es importante que esta Justicia Juvenil fundamentada en el acervo del Sistema de las Naciones Unidas, debe entenderse como una justicia autónoma en comparación a la justicia penal de los adultos. No puede ser una justicia penal dentro de la justicia de los adultos y esta autonomía está relacionada con un principio muy importante, que es el principio de la especialización que manda el acervo del sistema de las Naciones Unidas. Es una justicia especializada dentro de la justicia ordinaria. No se trata de otra justicia. Es solo justicia ordinaria especializada para personas menores de 18 años. Lo que significa entre otras cosas Policías, Fiscales, Defensores, Jueces, funcionarios de la ejecución, especializados en materia penal juvenil. Uruguay tiene una excelente oportunidad, porque sé que en la última reforma el Legislativo le ordena al Ejecutivo la elaboración de un proyecto de ley, el cual me parece una muy buena oportunidad para desarrollar un verdadero sistema de justicia penal juvenil especializada, acorde con los estándares internacionales de los Derechos Humanos y el derecho internacional.

Algunas ideas importantes de tipo procesal de este modelos es la fijación de un proceso limpio, transparente, o como lo conocemos nosotros un debido proceso. Porque no se podría concebir en el Estado democrático la posibilidad de la imputabilidad y la posibilidad de la declaración de culpabilidad de personas menores de edad, sin que exista precisamente, un proceso en donde se cumpla con las garantías que internacionalmente se reconocen por ejemplo, el derecho a conocer de la acusación, el derecho a la defensa, el derecho a los recursos legales, la prohibición de la autoincriminación y todas las garantías procesales que ustedes conocen.

15 *Un análisis sobre los diferentes instrumentos internacionales de Naciones Unidas, desde la Convención de los derechos de Niño, así como las declaraciones y directrices sobre justicia juvenil y su incorporación en el modelo de justicia juvenil de Costa Rica, se encuentra en Tiffer, C./ Llobet, J./Dünkel, F. Derecho Penal Juvenil. Editorial Mundo Gráfico. San José, 2002, pág. 55 y sigs.*

Es importante también que este modelo establece un amplio catálogo de sanciones penales juveniles. Si analizamos los catálogos de las legislaciones penales de adultos, o los Códigos Penales, vemos que todos los delitos tienen pena de prisión, tal vez la pena de multa o tal vez una pena específica como la inhabilitación. Una característica del modelo de justicia penal juvenil especializada es un catálogo amplio de sanciones, las cuales tienen una finalidad primordialmente socioeducativa y que se orientan bajo una prevención especial positiva. Es decir, la reinserción social y familiar de los adolescentes infractores de la ley penal.

En este modelo se establecen límites inferiores de edad de la responsabilidad, en los cuales se considera que no existe una capacidad de culpabilidad. El sistema de las Naciones Unidas no ha establecido un límite inferior de edad, pero sí es importante mencionar, que hay un pronunciamiento del Comité Internacional de los Derechos del Niño que considera que la franja es de los 12 años, como el límite mediante el cual debería establecerse la responsabilidad penal y resultaría inaceptable una responsabilidad penal inferior al límite de 12 años de edad.¹⁶ En algunos países de América Latina el límite es de 12, 13 o 14 años. Sin embargo hay algunos países, especialmente del Caribe, que tienen una tradición jurídica inglesa que establecen un límite de responsabilidad, incluso inferior a los 12 años. Hay un consenso sobre los límites superiores, al establecerse la mayoría de la responsabilidad penal a los 18 años de edad.¹⁷

En este modelo también es importante que se limita la intervención de la Justicia Penal. No es que la Convención de los Derechos del Niño promueva una idea de responsabilidad penal. Todo lo contrario, más bien obliga a los Estados a tomar medidas para evitar que los conflictos delictivos incidan o sea dirigidos hacia la Justicia Penal.¹⁸ Esto se fundamenta en los principios de intervención mínima y de subsidiariedad a través de la desjudicialización. El cual es un concepto muy importante que consiste en todas las estrategias que se deben de utilizar para evitar que los conflictos que han llegado al sistema judicial terminen con una sentencia. Por ejemplo, el criterio de oportunidad, los archivos fiscales, el desistimiento, también en el ámbito jurisdiccional las conciliaciones, la suspensión del proceso a prueba, la reparación de los daños. Es decir, implementar una estrategia desjudicializadora del conflicto para evitar que la mayoría de los conflictos penales lleguen a una sentencia y consecuentemente a una posible condena.¹⁹

En la mayoría de los países de América Latina se ha incorporado formalmente este modelo y estos criterios, ya que todos los países de América Latina han suscrito todos los instrumentos y los convenios internacionales de Naciones Unidas referente a la justicia juvenil. Pero eso no significa que sean una

16 *Al respecto de la edad mínima de responsabilidad penal, el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General N° 10 del año 2007, estableció lo siguiente: "32. En la regla 4 de las Reglas de Beijing se recomienda que el comienzo de la EMRP (edad mínima a efectos de responsabilidad penal) no deberá fijarse a una edad demasiado temprana, habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual. De acuerdo con esa disposición, el Comité ha recomendado a los Estados Partes que no fijen una EMRP demasiado temprana y que si lo han hecho la eleven hasta un nivel internacionalmente aceptable. Teniendo en cuenta estas recomendaciones, cabe llegar a la conclusión de que el establecimiento de una edad mínima a efectos de responsabilidad penal inferior a 12 años no es internacionalmente aceptable para el Comité. Se alienta a los Estados Partes a elevar su EMRP a los 12 años como edad mínima absoluta y que sigan elevándola. 33 Al mismo tiempo, el Comité insta a los Estados Partes a no reducir la EMRP a los 12 años. (...)"*

17 *Referente a la edad de la responsabilidad penal juvenil en los diferentes modelos de justicia. Ver; Dünkel, F. "El futuro de la justicia juvenil. Perspectivas europeas". En: Revista Estudios de la niñez y la adolescencia. No. 2, 2008, San José, págs. 27-37.*

18 *Precisamente por esto la Convención de los Derechos de los Niños, claramente establece que " Los Estados Partes tomaran todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicas para los niños de quienes se alegue que han infringido esas leyes, y en particular... Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales". Artículo 40.3.b.*

19 *La desjudicialización debe ser considerada dentro de las políticas de persecución y en todo los casos de infracción a la ley penal, en los que estén involucrados personas menores de edad, dejar solo para los casos graves la judicialización de los conflictos que realmente lo ameriten. Ver; Tiffer, C., Llobet, J., Dünkel, F. Derecho Penal Juvenil. Editorial Mundo Grafico. San José, 2002, pág. 307-363.*

realidad o que se encuentren vigentes. Por lo anterior en este punto se afirma que legislativamente este modelo ha sido incorporado siguiendo esas directrices, pero esto no significa que se haya implementado o que se esté implementando. De ahí que se mantiene esta dicotomía en nuestros países, de lo que las legislaciones dicen y lo que en la práctica o la realidad sucede. Existe falta de compromiso y de recursos, de los cuales siempre se habla, pero que realidad se trata de inconsistencias y contradicciones entre la política criminal, local o doméstica y los convenios internacionales.

6. LA EDAD Y LA CULPABILIDAD PENAL JUVENIL

Primero habría que mencionar que la culpabilidad es un principio fundamental en el Estado de Derecho, tanto para el derecho penal de adultos como para el Derecho Penal Juvenil. Para este último resulta de enorme importancia la incorporación del principio de la culpabilidad. Dentro de la culpabilidad se encuentran también inmersas todas las teorías de la pena o las teorías de la sanción, dependiendo de qué concepción tengamos o en qué teoría se hable de la sanción, por ejemplo teorías absolutas, estableciendo el castigo por el castigo, o las teorías relativas en las cuales se establecen fines de prevención general o fines de prevención especial o teorías integradoras que combinan los aspectos de la prevención general y la prevención individual. Es importante que la culpabilidad debe reconocerse como una garantía, de ahí que toda sanción supone la necesaria demostración de la culpabilidad y la sanción no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad. (Prohibición de rebasamiento de la culpabilidad). La culpabilidad se determina por el hecho (derecho penal del acto).

En la Justicia Penal Juvenil hay que hacer algunas precisiones al respecto de la culpabilidad. La culpabilidad es una superación del modelo tutelar y por supuesto de la situación irregular, y además, tiene que entenderse que la sanción puede ser inferior a la culpabilidad. Incluso Roxin propone “*que la disminución de la sanción puede llegar hasta tanto lo permitan los criterios preventivos*”.²⁰ Es decir, aquí Roxin nos está guiando sobre lo que anteriormente mencionaba sobre los fines que se establecen, es decir los fines de carácter preventivos especiales positivos, que deben de considerarse para efectos de la disminución de la sanción y particularmente en la Justicia Penal Juvenil.²¹

En el derecho penal juvenil la culpabilidad debe de complementarse con el principio de la proporcionalidad.²² En especial los subprincipios de la necesidad y la idoneidad. A través del subprincipio de la necesidad debe buscarse la sanción menos gravosa para la obtención de los fines y a través del subprincipio de la idoneidad, debe establecerse la sanción que mejor satisfaga los fines preventivos especiales positivos. Por ejemplo, si se dice que la sanción tiene que cumplir una finalidad de carácter educativo, debe demostrarse que esa sanción y a través de esa sanción, se va a cumplir la finalidad y solamente si la sanción cumple con los principios de la proporcionalidad, es una sanción que se ajusta a la Constitución. Una sanción que no se ajuste a la proporcionalidad resulta contraria a Constitución por ser un principio de carácter constitucional. Esto se debe utilizar también en el razonamiento del Juez, porque si el Juez impone una sanción privativa de libertad debería demostrar la necesidad de esa sanción privativa de libertad y además que esa sanción privativa de libertad cumple los fines, es decir cumple el subprincipio de la idoneidad, porque a la base de esto existe también una concepción muy importante, decir que todo el Derecho en realidad es un

20 Roxin, C. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Editorial Civitas, Madrid, 1997, pag. 791 y sigs.

21 Una explicación clara y detallada de las diferentes teorías de la pena, así como fines retributivos, especiales y generales de la pena en Roxin, C. *Idem*, pags. 78-103, ver también; Roxin, C. *Política Criminal y Estructura del delito*. PPU, Barcelona, 1992

22 Para una visión muy completa del principio de la proporcionalidad, tanto de su finalidad como los subprincipios de idoneidad y necesidad, en el ámbito constitucional y penal, ver González-Cuellar Serrano, N. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Editorial Colex, Madrid, 1990.

instrumento, en realidad el Derecho es un medio para buscar un fin, no un fin en sí mismo. La sanción y el Derecho no son un fin en sí mismo y ¿cuál es el eje central de todo un sistema democrático de un Estado de Derecho? la persona. Me gusta reafirmarlo por la naturaleza que debe de tener la determinación de una sanción, más tratándose de personas menores de edad en proceso de formación, el cumplimiento no solo del principio de culpabilidad sino de proporcionalidad, resulta fundamental.

Muy importante es el tema de la determinación de las sanciones y aquí me gusta siempre mencionarlo y hacer partícipes sobre todo a los Jueces quienes son lo que deciden el tipo de la sanción y el “quantum” de la sanción.²³

Para la determinación de la sanción deben de considerarse no solo las condiciones objetivas, como la gravedad del hecho y la reprochabilidad que se puede hacer al adolescente en la Justicia Juvenil. Deben de considerarse particularmente el tipo de delito y muy importante considerar al delito juvenil como de carácter episódico. Es decir un delito que cometen los adolescentes no es el mismo delito que cometen los adultos. Ese carácter episódico del delito juvenil es considerar el delito de un adolescente como una experiencia dentro del desarrollo de su personalidad, por eso yo siempre he estado tan opuesto a los Registros de Sentenciados Juveniles. En Costa Rica tenemos un debate en el cual no nos ponemos de acuerdo, referente a registrar las condenas de las personas menores de edad ni mucho menos utilizar las condenas para la edad adulta, porque registrar las condenas y utilizarlas en la edad adulta es realmente inscribir a un adolescente en una carrera delictiva. Hay que entender el delito juvenil como un episodio, como un capítulo dentro de su proceso de desarrollo que el adolescente puede superar.²⁴

Es algo también importante para entender la culpabilidad juvenil y es relevante en la justicia penal juvenil, centrarse también en los aspectos de carácter subjetivo. La culpabilidad debe estar orientada a los fines como anteriormente mencionamos y todo el derecho penal juvenil se justifica precisamente por la condición de los sujetos a los cuales va dirigido, adolescentes que son personas en formación, es decir no son adultos. Lo importante en el principio de la culpabilidad referente a adolescentes, es el tema de la exigibilidad, la motivación y el juicio del reproche. No puede ser el mismo análisis que se realice a una persona adulta.

Para el análisis de estos tres aspectos en un adolescente, debe considerarse especialmente su situación social, que la mayoría de ocasiones se trata de situaciones sociales difíciles y adversas. En las cuales la mayoría de estos adolescentes se encuentran y que forman parte de los infractores de la ley penal. Es una característica que se encuentra en todos los perfiles sociales que se realizan en este tipo de infractores penales. Es decir, la escasa vigencia de este tipo de derechos, tales como derechos económicos, derechos sociales, derechos de carácter cultural. Incluso ya se ha mencionado un concepto de responsabilidad de carácter social. El profesor Zaffaroni lo dice en palabras muy sugestivas, como un verdadero ideólogo del Derecho Penal. El cual habla de una “co-culpabilidad de la sociedad”²⁵ la que tiene gran relevancia

23 *Sobre el concepto de determinación de la pena en forma breve pero correcta según Ziffer, “La determinación de la pena puede ser definida como el acto mediante el cual el juez fija las consecuencias de un delito. En contra de lo que parece indicar su designación no se trata únicamente de la elección de la clase y monto de la pena sino que el concepto hace referencia también a cuestiones que se relacionan con el modo de ejecución de la pena establecida, tales como la suspensión de la ejecución, la imposición de deberes especiales, la indemnización del daño o la forma de pago de la multa, entre otras. Se trata de un acto complejo, en el cual, según las disposiciones legales, se debe dar cumplimiento a las diferentes funciones de la reacción penal estatal frente a la comisión de un hecho punible”. Ziffer, P. Lineamientos de la Determinación de Pena. Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires, 1996, pág. 23. Referente a la determinación de las sanciones penales juveniles ver: Tiffer, C. “Fines y determinación de las sanciones penales juveniles.” En: Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales, N° 4, 2012, págs. 323-368.*

24 *Referente a la concepción del delito juvenil y su carácter episódico ver: Kaiser, G. Ob Cit. Introducción... pág. 285.*

25 *Referente a este concepto de co-culpabilidad social expuesto por el profesor Zaffaroni y las circunstancias sociales que deben de considerarse a la hora de determinar la responsabilidad penal ver: Zaffaroni, R. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo IV. Editorial EDIAR, Buenos Aires. 1999. Págs. 65-66.*

en la delincuencia juvenil en relación a las carencias afectivas, educativas y sociales que ha tenido el joven en su vida. Esto resulta muy bien e interesante, debería de consignarse más que en un discurso, en una sentencia por parte de los jueces, al momento de la determinación de la sanción. Lo importante es que para determinar la culpabilidad de un adolescente, no se puede dejar de considerar la escasa vigencia de otros derechos y además, el proceso de selección que tiene el mismo proceso penal y el fenómeno de la criminalización. Que es un fenómeno diferente al crimen o al delito. Ya que en todas nuestras ciudades se da el fenómeno de individuos que están criminalizados y en los cuales las policías juegan un rol muy importante en su selección. Esto pasa en San José y me imagino igual en Montevideo. Pasan tres adolescentes y la policía los detiene, les cuestiona y a veces los requisa. Pasan uno o dos adultos y nadie los detiene y menos los requisa y esto es precisamente la construcción social del joven como un joven criminalizado socialmente.

Por último es muy importante para el principio de la culpabilidad el concepto de la autonomía progresiva²⁶, que se ha establecido en la Convención de los Derechos del Niño, porque la responsabilidad tiene que ser gradual, no puede ser una misma responsabilidad de un adolescente de 13 años que la de un adolescente de 15 o 16 o 17 años. Esos aspectos son los que tienen que considerar los jueces al momento de determinar una sanción, es decir escoger el tipo de sanción y el *quantum*, siempre considerando los fines de la sanción penal juvenil.

7. LA EDAD DE LA RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL

A continuación analizaremos un tema actual y de interés, el tema de la edad de la responsabilidad penal. Vamos a empezar con la edad máxima de la responsabilidad penal. La Convención de los Derechos del Niño define al niño como toda persona que no ha cumplido los 18 años, es decir la Convención no establece el concepto propiamente de la adolescencia, solamente define a los niños como las personas de 0 a menos 18 años de edad.²⁷ La Corte Interamericana de Derechos Humanos adoptó este criterio de la Convención.²⁸ Lo anterior es importante ya que, posteriormente mencionaré un caso que ha sido sometido a la jurisdicción de la Corte. Existe un consenso internacional sobre la mayoría de edad a los 18 años cumplidos. Lo cual está acorde con la observación general número 10 del Comité Internacional de los Derechos del Niño²⁹. Consecuentemente existe una obligación de parte de los Estados de establecer un régimen especial de responsabilidad penal para las personas menores de 18 años. Es decir, los 18 años se convierten en una frontera, en un límite, en el cual bajo de esa edad hay una obligación internacional de establecer un sistema de responsabilidad especializado diferente a los adultos o las personas mayores de 18 años de edad.

26 Al respecto de la autonomía progresiva, señala el autor Miguel Cillero Bruñol lo siguiente: "El principio de protección y promoción de la autonomía tiene una importante manifestación en el deber de orientación y dirección de sus padres, y se fundamenta en que el niño tiene "derecho" a desarrollar progresivamente el ejercicio de sus derechos, superando el argumento tradicional de sentido inverso, esto es, que los padres tienen poderes sobre la niñez, debido a que las niñas y los niños carecen de autonomía. Esto significa que los deberes jurídicamente reconocidos de los padres -que a su vez son límites a la injerencia del Estado, es decir derechos de los padres frente al Estado- no son poderes ilimitados sino funciones jurídicamente delimitadas hacia un fin: el ejercicio autónomo progresivo de los derechos del niño que, en casos calificados de incumplimiento, deben ser asumidos por el Estado". Cillero Bruñol, Miguel, "Infancia Autonomía y Derechos: una cuestión de principios", Revista Infancia, Boletín del Instituto Interamericano del Niño, n.º 234, también disponible on line en www.iin.oea.org/Infancia_autonomia_derechos.pdf

27 El artículo 1º de la Convención sobre Derechos del Niño señala: "Artículo 1: Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad."

28 Ver Opinión Consultiva OC-17/2002, emitida el 28 de agosto de 2002, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, párrafos 38-42.

29 En detalle sobre los contenidos de la observación general Nº 10 visitar http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/GC10_sp.doc

Algunos países tienen como límite superior para la aplicación de un sistema de justicia juvenil, límites inferiores a los 18 años de edad. Es el caso de los Estados Unidos de América. En algunos Estados de este país, como por ejemplo en Nueva York, y Carolina del Norte, la edad es a partir de los 16 años, mientras que es a los 17 años en Estados como Illinois, Louisiana, Massachusetts, New Hampshire, Texas, Georgia, Michigan, Missouri, South Carolina y Wisconsin. Es decir, a los niños menores de 18 años se les procesa como adultos y en algunos Estados, los Jueces tienen la potestad de decidir si a estos niños se les juzga como niños o como adultos.³⁰ Incluso los someten a condiciones como el cumplimiento de algunos programas, como en el Estado de La Florida. En donde pude observar un programa muy interesante que se llama en español “*El rancho de la última oportunidad*”. El juez envía a ciertos adolescentes a cumplir este programa y en caso de que lo incumplan, el juez puede decidir si ese caso lo somete a la Justicia Penal de los adultos. También algunos países o Estados caribeños el límite superior de responsabilidad es de 16 años o menos.

Someter a las personas menores de 18 años a la Justicia Penal de los Adultos desde mi punto de vista, es una violación al Derecho Internacional. Lo anterior es importante y se debe dejar sentado como premisa, de que se trata de una violación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos de los niños, que no autoriza a un Estado a juzgar a una persona menor de 18 años como si fuera un adulto. Considero más bien que por el contrario, como sucede en Alemania y Austria, las leyes de los jóvenes pueden aplicarse en algunos casos a los adultos. En estos dos países existe un criterio que permite a los adultos beneficiarse de las leyes penales juveniles, por ejemplo para los jóvenes desde los 18 y hasta los 21 años, el juez puede aplicar la ley de justicia penal juvenil dependiendo del delito. A estos jóvenes se les denomina como “*jóvenes adultos*”. Esto responde a la idea de que realmente el desarrollo de una persona es algo mucho más amplio que simplemente cumplir la edad de 18 años. Por lo que la justicia juvenil se extiende hasta edades superiores. Lo anterior resulta muy beneficioso y deberíamos alentar a nuestros sistemas penales para establecer la posibilidad del juzgamiento según la justicia juvenil, a personas entre 18 y menos 21 años de edad.

Al contrario de la edad máxima, el tema problemático y de constante discusión es el tema de la edad mínima de la responsabilidad penal juvenil. Lo primero que me gustaría mencionar es que no todos los niños menores de 18 años deben de ser sometidos al Sistema de Justicia Juvenil. Todo lo contrario, la Convención establece que debe establecerse una edad mínima de responsabilidad, en el artículo 40 del párrafo tercero, inciso A³¹, así como la regla 4 de Beijing³². Existe una obligación de parte de los Estados de promover una edad mínima de responsabilidad penal, fijando una presunción de inimputabilidad. Actualmente se presenta una falta de consenso de carácter internacional, a pesar de la Observación General número 10 del Comité Internacional de los Derechos del Niño, dice que no debe establecerse edades de responsabilidad muy tempranas y que resulta inaceptable someter a personas menores de 12 años a alguna responsabilidad penal. La falta de un presupuesto esencial para tener capacidad de infringir la ley penal no significa que la acción debiera quedar sin respuesta. La reacción debe ser fuera del sistema

30 *En detalle sobre la edad de la responsabilidad penal juvenil en los Estados Unidos ver: Bowman, L., Hart, G., Lee, S.J., Montecalvo, K., Wilcox, M., The Minimum Age of Criminal Responsibility. A Study of the Implications of Treating Seventeen-Year-Olds as Adults in the New Hampshire Criminal Justice System, 2011, En: http://rockefeller.dartmouth.edu/shop/juvenile_justice_prsreportfinal_061411.pdf*

31 “Artículo 40: (...) 3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales; (...)” Conforme a lo anterior, se evidencia que la Convención no tomó una posición sobre la edad mínima de la edad responsabilidad penal juvenil y dejó a cada Estado parte de la Convención, que estableciera esta edad mínima de responsabilidad.

32 *En el mismo sentido de la Convención, también las reglas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia Juvenil, estableció en su regla 4: “4. Mayoría de edad penal. 4.1 En los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan la madurez emocional, mental e intelectual.”*

de justicia penal juvenil, con una orientación eminentemente socioeducativa y no represiva, tomando en cuenta sobre todo el interés superior del niño, el principio del desarrollo integral del niño y el respeto indispensable de las garantías de un debido proceso.³³

La tendencia de la mayoría de los países de América Latina es establecer la edad de la responsabilidad penal a partir de los 12 años, estamos en el límite inferior según la Observación General número 10 antes mencionada. Aunque también en América Latina se presentan casos extremos como son los países de Granada, Trinidad y Tobago, donde el límite de la responsabilidad es de 7 años. Otro ejemplo es el caso de Argentina que establece como límite mayor los 16 años. Argentina es un caso especial porque no solamente está juzgando a personas mayores de 16 años y menores de 18 como adultos, sino que también les ha impuesto sancione de adultos, como las penas privativas de libertad perpetuas. Por este caso de imposición de sanciones perpetuas, Argentina está siendo juzgada ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte ha anunciado que pronto va a dictar la sentencia con respecto a este tema.³⁴ Sería importante para cualquier país, incluso para Uruguay, si está pensando hacer algún tipo de reforma, esperar ese pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos porque podría, posteriormente, verse en exigencias de carácter internacional.

La disminución de la edad de la responsabilidad penal ha sido un tema de discusión, como es el caso ahora de Uruguay, lo ha sido en Perú y en Costa Rica. Como les dije en Costa Rica se discutía un proyecto de ley que fue rápidamente retirado de la Asamblea Legislativa. Importante de señalar es que una vez fijada la edad mínima de la responsabilidad penal, no podría rebajarse. Como sucedió en Panamá en el año 2010, que paso de 14 a 12 años de edad. Es una política contraria a los estándares internacionales y al principio de progresividad y no de regresividad de los Derechos Humanos, es decir, hay prohibición contra la disminución de la protección ya acordada. Estos dos principios son muy importantes para un país como Uruguay, que siempre se ha distinguido por ser un país progresista y democrático, un país respetuoso de los Derechos Humanos. Por lo que rebajar la edad de responsabilidad penal, significaría contrariar este principio de la progresividad y no de regresividad.

Este principio de no regresividad significa que el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo están limitados en las posibilidades de la reglamentación de los derechos de las personas menores de edad y los derechos que ya están adquiridos no podrían, posteriormente reducirse o eliminarse. Por el contrario, debe procurarse más bien la realización de los derechos ya consagrados, sin que existan retrocesos. Hay una prohibición de la reducción de sus niveles de protección en la aplicación de los derechos ya existentes e incluso de derogar los derechos ya vigentes. Se puede considerar la definición de la edad mínima de la responsabilidad penal, como un derecho adquirido y vigente. Consecuentemente hay una prohibición de derogar ese derecho o de adoptar en general, políticas o medidas que empeoren la situación jurídica de las personas que disfrutaban de ese derecho. Lo anterior por cuanto, este derecho fue adquirido como un reconocimiento al incorporar un tratado internacional como la Convención de los Derechos del Niño, así como sus mejoras progresivas para garantizar su reconocimiento y su tutela. Uruguay al haber adoptado la Convención de los Derechos del Niño e incorporado sus derechos en la legislación interna, no podría establecer limitaciones o derogaciones a los derechos ya reconocidos.

33 *Sobre el principio de interés superior ver: Cillero Bruñol, Miguel, "El Interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", En: Justicia y Derechos del Niño. Número 9, UNICEF, 2007, Págs. 125-142.*

34 *Para la fecha de la conferencia, La Corte Interamericana de Derechos Humanos no había dictado la sentencia en este caso y como se esperaba, Argentina fue condenada por el juzgamiento de personas menores de edad y la imposición de sanciones de carácter perpetuas. Ver la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Mendoza Y Otros Vs. Argentina, emitida el 14 de Mayo del 2013; y Tiffer, C, "Argentina Condenada" En: La Nación del 9 de agosto del 2013 y ver: Tiffer, C, "Argentina en su Laberinto. A propósito de la Privación de Libertad de Personas Menores de Edad." En: Revista Digital Maestría en Ciencias Penales. N° 1, Año 2009. San José, pp. 135-218.*

Rebajar la edad de la responsabilidad penal resulta incompatible con la Convención de los Derechos del Niño y afecta también el derecho a la no discriminación. Sería una medida discriminatoria porque afectaría el principio de la igualdad, que obliga al reconocimiento de las diferencias entre los niños y los adultos. Precisamente en eso se sustenta la obligación del Estado de establecer un régimen especial y diferente de juzgamiento para las personas menores de edad.

También resulta inaceptable la categorización de delitos graves para considerar excepciones a la edad mínima de la responsabilidad penal por infringir las leyes penales. En algunas propuestas legislativas se establece la posibilidad de someter a personas menores de edad de 12 años al sistema penal de adultos, solo cuando comenten determinados delitos, generalmente graves como por ejemplo: los delitos contra la vida, contra la libertad sexual, narcotráfico o terrorismo. Sin embargo, este trato diferenciado no se justifica y sería contrario a las obligaciones adquiridas por los Estados suscriptores de la Convención de los Derechos del Niño. Igualmente resultaría inaceptable la aplicación de la justicia ordinaria de los adultos, a los adolescentes entre la franja de 12 a menos 18 años de edad, cuando comentan estos delitos graves.

La Convención de los Derechos del Niño como ustedes saben, tiene muchas particularidades y una de estas es su carácter programático. Es decir, la Convención no quiere ser simplemente un enunciado de principios y de buenas intenciones, como otras convenciones internacionales. Los Estados tienen la obligación rendir cuentas al Comité Internacional de los Derechos del Niño, sobre la vigencia y la progresividad de los derechos reconocidos a los niños.

El establecimiento de la edad mínima debe darse de acuerdo a los estándares pero sobre todo a los objetivos del Sistema de Naciones Unidas, el cual establece como objetivo la integración familiar y social, no la exclusión social de los menores de edad. Es decir, una política criminal orientada a la inclusión social es la política acorde a los objetivos y a los fines del Sistema de Justicia Juvenil promovido por Naciones Unidas. Por lo que es importante no confundir los términos de responsabilidad con criminalización.

El otro tema que me gustaría explicar de manera muy resumida por razones de tiempo, es que si bien el Estado puede ejercer el poder punitivo contra las personas menores de edad que cometan un delito, esta potestad punitiva encuentra límites.³⁵ Es importante mencionar que es un valor jurídico y social el tema de la seguridad ciudadana. Me parece apropiado y correcto que los políticos y el Estado se preocupen por la seguridad ciudadana, porque todos los ciudadanos merecemos vivir en seguridad y vivir en paz. No es que estamos desvalorando un valor social tan importante como es la seguridad, pero también es importante reconocer que el Estado tiene límites para ejercer su potestad punitiva y debemos entender la función del Derecho Penal. Por lo menos en un Estado democrático, su función básica, no solamente es el establecimiento de conductas punitivas y de sanción, sino la racionalización del poder punitivo. Por lo que el Estado se encuentra limitado por importantes principios que solo voy a mencionar. Como el principio de humanidad, el principio de la racionalidad, de la legalidad, de la proporcionalidad, la culpabilidad y la protección de los bienes jurídicos indispensables. Solo cuando el Estado reconoce estos límites y posteriormente ejerce el poder punitivo, es que este poder se encuentra legitimado dentro de una concepción democrática. Es el dilema del Estado democrático que para otorgar seguridad a sus ciudadanos, debe restringir derechos. Por eso, su poder punitivo no resulta irrestricto, sino por el contrario se encuentra limitado. Más cuando se trata del juzgamiento de personas menores de edad.

35 *Un estudio amplio y detallado sobre los límites del Poder Punitivo, especialmente en relación al principio de proporcionalidad con datos empíricos del Uruguay se encuentra en el trabajo colectivo de Silva Balerio, D. Cohen, J. Terra, F. Brunet, N., Límites al Poder Punitivo. Análisis de la aplicación del principio de la proporcionalidad en el sistema penal juvenil uruguayano. UNICEF, Montevideo, 2008.*

8. TENDENCIAS DE LA POLÍTICA CRIMINAL EN AMÉRICA LATINA

La Organización de Estados Americanos está compuesta por 34 países, incluyendo a Estados Unidos y Canadá. Pese a una historia común de estos países latinoamericanos, las diferencias culturales, sociales y económicas también están bien marcadas. Las sociedades latinoamericanas muy lamentablemente se han caracterizado históricamente por ser sociedades violentas con conflictos sociales y políticos permanentes. Las formas de Estado autoritarias o totalitarias han sido la regla y la democracia es débil e incipiente. Esto puede considerarse como un enfoque crítico y cuestionable. Pero considero que el Estado Democrático de Derecho en la mayoría de nuestros países es todavía una aspiración. También nos encontramos muy lejos de ser verdaderos Estados sociales. Hay pocos países y Estados en el mundo que son realmente Estados sociales y también existen pocos Estados de Derecho en América Latina. Siempre se escucha hablar del hombre fuerte de Panamá o del hombre fuerte de Venezuela. Pero no se escucha la institución fuerte de Venezuela o de Panamá. Porque lo que realmente distingue a un Estado Democrático y de Derecho no son las personas, sino las instituciones. Hay que decirlo y lamentablemente el Poder Judicial no siempre ha estado al servicio de la ley, le guste o no le guste a algunas personas. En América Latina el Poder Judicial muchas veces ha estado al servicio del poder. Otra característica de estos Estados es su falta o débil política social. Incluso países como Costa Rica y Uruguay, que se caracterizaron por su amplia clase media, actualmente esta clase social tan importante se encuentra estancada. Precisamente por eso es una de las zonas del mundo con mayor desigualdad. Por ejemplo en el caso de Costa Rica, a pesar de que puede verse un poquito mejor, la política social sigue siendo débil y lamentablemente la desigualdad ha aumentado. Esta falta de política social y aumento de la desigualdad afecta especialmente y en forma más dura a mujeres, niños y adolescentes.

Con respecto a los niños existe mucho eufemismo y se ratifican instrumentos internacionales de Derechos Humanos, pero la realidad no cambia y por el contrario, se ejercen políticas altamente represivas contra niños y adolescentes. Como es el caso Argentino, al aplicar penas perpetuas para adolescentes o las políticas de exterminio de niños y adolescentes que han existido en Brasil, en Honduras, en El Salvador y en Guatemala. Continúa en América Latina la histórica dicotomía entre lo que la Ley dice y lo que realmente se ejecuta, en realidad son sociedades violentas con alta discriminación, exclusión, desempleo y también, lamentablemente racismo.³⁶

En América Central, particularmente en Honduras y El Salvador se han utilizado estas políticas represivas denominadas de mano dura, que han sido un completo fracaso ya que estos países son los que tienen las tasas más altas de homicidio y de encierro. Estas políticas orientadas en la mano dura o súper mano dura no producen mayor seguridad, sino todo lo contrario y el ejemplo es América Central. Pretender la solución al delito, a través del endurecimiento del Sistema Penal, con penas severas y disminución de la edad de la responsabilidad, no produce un efecto de mayor seguridad en los ciudadanos. Falta una cultura de paz y negociación en América Central. La ausencia de esta cultura de paz y de negociación es la consecuencia de conflictos sociales y militares concluidos recientemente. En Nicaragua en 1990, en El Salvador en 1992, en Guatemala en 1996 y Panamá tuvo una invasión militar en 1989, Belice, apenas obtuvo su independencia en 1981. Por esto he dicho que estos Estados se encuentran en formación y son débiles y están muy alejados de ser Estados sociales de Derecho. No debemos de olvidar el reciente golpe de Estado de Honduras y también el que ocurrió recientemente muy cerca del Uruguay, aquí en América del Sur.

³⁶ Sobre las condiciones de la niñez en el mundo y en particular de América Latina, con datos cuantitativos ver: *El Estado Mundial de la Infancia del 2014. Todos los niños y niñas cuentan. Revelando las disparidades para impulsar los derechos de la niñez.* En: https://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/emi_2014_0.pdf

9. EDAD DE LA RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL EN EUROPA

A continuación vamos a presentar las tablas comparativas de la edad de la responsabilidad penal en Europa y América Latina. En Europa, la tendencia en casi todos los países es establecer una edad de responsabilidad a partir de los 14 años, con la excepción de los países del Commonwealth como Inglaterra, Gales, e Irlanda, que tienen unas edades más bajas de responsabilidad. Aunque es interesante señalar que estos países tienen prohibiciones para el decreto de medidas privativas de libertad, es decir no se pueden imponer medidas privativas de libertad (ni como medidas cautelares ni como sanciones) por ejemplo, hasta los 16 o los 18 años de edad. La tabla muestra todos los países europeos ordenados alfabéticamente desde Alemania hasta Ucrania.

Tabla N°1: Comparación de la edad de responsabilidad penal en Europa³⁷

País	Medidas educativas de la familia/ corte juvenil (Ley de bienestar juvenil)	Edad de responsabilidad penal (Derecho penal juvenil)	Responsabilidad penal completa (Derecho penal adulto puede/ debe ser aplicado; derecho Juvenil o sanciones del Derecho juvenil pueden ser empleadas)*	Rango de edad para encarce lamiento/custodia o formas similares de privación de libertad
Alemania		14	18/21	14-24
Austria		14	18/21	14-27
Bélgica		18	16 ^b /18	Sólo instituciones de bienestar
Bielorrusia		14 ^c /16	14/16	14-21
Bulgaria		14	18	14-21
Croacia		14/16 ^a	18/21	14-21
Chipre		14	16/18/21	14-21
República Checa		15	18/18 + (mit. sent.)	15-19
Dinamarca ^d		14	14/18/21	14-23
Inglaterra/Gales		10/12/15 ^a	18	10/15-21
Estonia		14	18	14-21
Finlandia ^d		15	15/18	15-21
Francia	10	13	18	13-18 + 6 m./23
Grecia	8	13/15 ^a	18/21	15-21/25
Hungría		14	18	14-24
Irlanda		10/12/16 ^a	18	10/12/16-18/21
Italia		14	18/21	14-21
Kosovo		14	18/21	16-23
Latvia		14	18	14-21
Lituania		14 ^c /16	18/21	14-21
Macedonia		14 ^c /16	14/16	14-21
Moldova		14 ^c /16	14/16	14-21
Montenegro		14/16 ^a	18/21	16-23
Países Bajos		12	16/18/21	12-21
Irlanda del Norte		10	17/18/21	10-16/17-21
Noruega ^d		15	18	15-21
Polonia	13		15/17/18	13-18/15-21

³⁷ Dünkel, Frieder/ Grzywa, Joanna / Horsfield, Philip / Pruin, Ineke (Eds.), *Juvenile Justice System in Europe. Current Situation and Reform Developments*, Vol. 4, Forum Verlag Godesberg, Mönchengladbach, Alemania, 2010, pgs. 1767-1768.

Portugal	12		16/21	12/16-21
Rumania		14/16	18/(20)	14-21
Rusia		14 ^c /16	18/21	14-21
Escocia		8 ^e /16	16/21	16-21
Serbia		14/16 ^a	18/21	14-23
Eslovaquia		14/15	18/21	14-18
Eslovenia		14/16 ^a	18/21	14-23
España		14	18	14-21
Suecia ^d		15	15/18/21	15-21 ^g
Suiza		10	18 ^f	10-22
Turquía		12	15/18	12-18/21
Ucrania		14 ^c /16	18	14-22

- (*) El rango de edad de 21 también puede significar que las sanciones penales de la ley penal general son aplicables, pero que ciertas posibilidades existen para mitigar sentencias, dada la corta edad del adulto.
- (a) Mayoría penal con respecto a detención juvenil (encarcelamiento juvenil o sanciones similares privativas de libertad bajo el régimen del Ministerio de Justicia).
- (b) Solamente para infracciones de tráfico y excepcionalmente para delitos muy graves.
- (c) Sólo para delitos graves.
- (d) Sólo migración de sentencias sin legislación de justicia juvenil separada.
- (e) La edad de responsabilidad es de 8, pero hasta la edad de 16 aplica el Sistema de Audiencias Juveniles para así prevenir más procesos criminales formales.
- (f) El Derecho penal suizo para adultos provee como una forma especial de detención una sentencia de prisión para adultos jóvenes de 18 a 25 años, quienes son puestos en una institución para jóvenes adultos, ya que ellos pueden permanecer ahí hasta alcanzar los 30, ver art. 61 del Código penal suizo.
- (g) Detención de menores; existen también departamentos especiales para delincuentes juveniles en el sistema penitenciario (para adultos jóvenes hasta los 25 años de edad).

10. EDAD DE LA RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL EN AMÉRICA LATINA Y CANADÁ

La tabla comparativa de la edad de la responsabilidad penal juvenil en América Latina y Canadá, refleja los países de la Organización de los Estados Americanos. La confeccioné con base en el excelente informe del año 2011, realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Relatoría sobre los Derechos de la Niñez, titulado “*Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas*”. En la cual tuvo una destacada participación mi colega y amigo uruguayo el Dr. Javier Palummo. Este es un documento muy valioso y que recomiendo su lectura porque hace no solamente un análisis del sistema de justicia juvenil en América Latina, sino que informa sobre la vigencia o aplicación de los principios y garantías en el sistema de justicia juvenil en nuestro continente. De este documento se observa que la tendencia en la mayoría de los países es fijar la edad de la responsabilidad penal juvenil a partir de los 12 años, como es el caso de los países de Belice, Bolivia, Canadá, Costa Rica, Brasil, El Salvador, Ecuador, México, Panamá, Perú, Venezuela y Honduras. Mientras que cinco países fijan la edad en 13 años, entre los cuales está Uruguay. Otros países fijan la edad en 14 años como Chile, Colombia y Paraguay; y Argentina es un caso especial, en donde la edad mínima establecida es de 16 años.

Tabla N° 2: Edad comparativa de la responsabilidad penal juvenil en América Latina y Canadá³⁸

<u>Límite de Responsabilidad</u>	<u>País</u>	<u>País</u>	<u>País</u>
7 años de edad	Granada	Trinidad y Tobago	
8 años de edad	Antigua y Barbuda	Saint Kitts y Nevis	San Vicente / Granadinas
10 años de edad	Bahamas	Guyana	Suriname
11 años de edad	Barbados		
12 años de edad	Dominica	Brasil	México
	Santa Lucía	Canadá	Panamá
	Jamaica	Costa Rica	Perú
	Belice	Ecuador	Venezuela
	Bolivia	El Salvador	Honduras
13 años de edad	Haití	Guatemala	Nicaragua
	República Dominicana	Uruguay	
14 años de edad	Chile	Colombia	Paraguay
16 años de edad	Argentina		

11. REFLEXIONES FINALES

La Justicia Juvenil debe tener fines muy modestos, debe utilizarse como un último recurso y solamente para los casos realmente graves y que así lo ameriten. La problemática de la mayoría de estos jóvenes no se va a solucionar a través de la Justicia Penal. Deben privar los principios de subsidiariedad, intervención mínima y desjudicialización.

El estándar de 12 años de edad para adquirir una responsabilidad penal juvenil, aunque sea disminuida, es bajo en comparación de países europeos. Debería alentarse subir este límite a los 14 años, como sucede en países como Chile, Colombia y Paraguay y establecerse la categoría de los jóvenes adultos que les mencionaba (18-21 años), como el ejemplo de Alemania y de Austria, para extender la aplicación del Sistema de Justicia Juvenil, según el caso y el tipo de delito.

En ningún caso debería una vez fijada, rebajarse la edad de la responsabilidad penal, en perjuicio de los derechos del niño protegidos y reconocidos. La reducción o disminución de los derechos no significa beneficios como mayor seguridad y disminución del delito, por el contrario se va a aumentar la exclusión, va a aumentar la violencia y va a aumentar el delito.

¿Cómo debería ser la respuesta ante el delito juvenil? Yo la resumiría en tres ideas principales, enfocadas en primer lugar en políticas de prevención, con una mínima intervención judicial y con programas efectivos de reinserción familiar y de reinserción social. No debemos olvidar que las sociedades que tienen más derechos y más libertades son las sociedades más seguras.

³⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Relatoría sobre Derecho de la Niñez*. O.E.A. 2011.

12. BIBLIOGRAFÍA

BATISTA SPOSATO, K. "Desafíos duraderos en la legislación brasileña de responsabilidad de menores de edad: Un estudio crítico a la luz de los 18 años de vigencia y del modelo español". En: *Justicia y Derechos del Niño*, No.10, Bogotá, 2008, pags.113-131.

BOWMAN, L., HART, G., LEE, S.J., MONTECALVO, K., WILCOX, M., *The Minimum Age of Criminal Responsibility. A Study of the Implications of Treating Seventeen-Year-Olds as Adults in the New Hampshire Criminal Justice System*, 2011, En: http://rockefeller.dartmouth.edu/shop/juvenile_justice_prsreportfinal_061411.pdf

CAMPOS SANTILICES, Armando, *Violencia Social*, Editorial Universidad Estatal a Distancia, ILANUD, San José, 2010.

CARRANZA, E., GARCÍA MÉNDEZ, E. y, *Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases para una reforma legislativa*. Editorial Galerna. Buenos Aires, 1992.

CILLERO BRUÑOL, "Infancia Autonomía y Derechos: una cuestión de principios", En: *Revista Infancia, Boletín del Instituto Interamericano del Niño*, N.º 234, también disponible on line en www.iin.oea.org/Infancia_autonomia_derechos.pdf

—, "El Interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", En: *Justicia y Derechos del Niño*. Número 9, UNICEF, 2007, Págs. 125-142.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Relatoría sobre Derecho de la Niñez*. O.E.A. 2011.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observación General N° 10*, 2007, en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/GC10_sp.doc

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Opinión Consultiva OC-17/2002*, del 28 de agosto de 2002.

—, *Caso Mendoza Y Otros Vs. Argentina*, sentencia emitida el 14 de Mayo del 2013.

DÜNKEL, F. "El futuro de la justicia juvenil. Perspectivas europeas". En: *Revista Estudios de la niñez y la adolescencia*. No. 2, 2008, San José, págs. 27-37.

DÜNKEL, F., GRZYWA, J., HORSFIELD, P., PRUIN, I., (Eds.), *Juvenile Justice System in Europe. Current Situation and Reform Developments*, Vol. 4, Forum Verlag Godesberg, Mönchengladbach, Alemania, 2010.

GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Editorial Colex, Madrid, 1990.

JIMENEZ DE ASÚA, L. / ANTON ONECA, J. *Derecho Penal conforme al Código Penal de 1928. Parte General*, tI, Madrid, 1929.

KAISER, G. *Introducción a la Criminología*. 7 edición, Editorial Dykinson, Madrid, 1989.

—, *Kriminologie. Ein Lehrbuch*. 3 Auflage. C. F. Mueller Verlag, 1996.

MORA MORA, L.P., "Análisis e impacto de la ley de justicia penal juvenil en Costa Rica. Contexto nacional y comparado." En: Seminario Taller. Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica. Un año de vigencia. Memoria., UNICEF, San José, 1998.

ONU, Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), 1985.

—, Convención de los Derechos de los Niños, 1989.

PINHEIRO, P. G., Informe Mundial sobre la violencia contra los niños y niñas, localizable en [http://www.unicef.org/lac/Informe_Mundial_Sobre_Violencia_1\(1\).pdf](http://www.unicef.org/lac/Informe_Mundial_Sobre_Violencia_1(1).pdf)

PNUD, Política Integral y Sostenible de Seguridad Ciudadana y Promoción de la Paz Social. PNUD, San José, 2010.

—, Seguridad Ciudadana con Rostro Humano. Diagnóstico y propuestas para América Latina, 2013, consultable en: <http://www.latinamerica.undp.org/content/dam/rblac/img/IDH/IDH-AL%20Informe%20completo.pdf>

ROXIN, C. Política Criminal y Estructura del delito. PPU, Barcelona, 1992

—, Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Editorial Civitas, Madrid, 1997.

SILVA BALERIO, D. COHEN, J. TERRA, F. BRUNET, N., Límites al Poder Punitivo. Análisis de la aplicación del principio de la proporcionalidad en el sistema penal juvenil motevideano. UNICEF, Montevideo, 2008.

TIFFER, C., LLOBET, J., DÜNKEL, F. Derecho Penal Juvenil. Editorial Mundo Grafico. San José, 2002.

TIFFER, C., "Factores de riesgo que inciden en la comisión de delitos juveniles". En: Revista Estudios de la Niñez y la Adolescencia, No. 2, San José, 2008, págs. 23-26.

—, "Argentina en su Laberinto. A propósito de la Privación de Libertad de Personas Menores de Edad." En: Revista Digital Maestría en Ciencias Penales. N° 1, Año 2009. San José, pp. 135-218.

—, Juzgar a los Adolescentes como adultos. La Nación 28 de octubre del 2010.

—, "Fines y determinación de las sanciones penales juveniles." En: Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales, N° 4, 2012, págs. 323-368.

—, Argentina Condenada. La Nación 9 de agosto del 2013.

ZAFFARONI, R. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo IV. Editorial EDIAR, Buenos Aires. 1999. Págs. 65-66.

—, Códigos Penales de América Latina. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Instituto latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del delito y Tratamiento del delincuente ILANUD/Comisión Europea. México, 2000.

ZIFFER, P. Lineamientos de la Determinación de Pena. Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires, 1996,

EL CALEIDOSCOPIO PARA LA FUNDAMENTACIÓN SANCIONATORIA EN MATERIA PENAL JUVENIL EN COSTA RICA

Álvaro Burgos Mata
Profesor Catedrático de la Maestría en Ciencias Penales,
Juez de Tribunal Penal

Al Maestro Luis Paulino Mora In Memoriam

“...Hombre o mujer, que hoy sufre prisión... En cualquier parte del mundo en donde no tengas libertad, sé que sueñas, sufres, callas, esperas y tienes corazón. Y también que no te puedes defender...a los hermanos que se pudren en las cárceles del mundo donde no existe la esperanza...”
La Isla de los Hombres Solos
José León Sánchez

INTRODUCCIÓN

Con la superación, en nuestra actual Ley de Justicia Penal Juvenil, de la doctrina de la situación irregular y sus implicaciones, se modificaron, a la vez, las cuestiones relativas a la sanción del delito juvenil. La aseveración actual de que, en el derecho penal juvenil, la punición de las conductas se deriva de la culpabilidad del hecho (y no ya del autor), obligó en su momento al legislador a empapar del principio de legalidad a todo el derecho penal juvenil, estableciendo con claridad descriptiva y temporal, el tipo de sanciones que pueden ser dictadas por el juzgador en esta materia.

El cambio de paradigma devenido con la Declaración Universal de los Derechos del Niña (a) y la posterior materialización de sus principios y mandatos en la legislación natural, implican una renuncia de la sociedad a que la reacción ante el delito penal juvenil sea siempre la medida privativa de libertad y nos obliga a la apertura de otro tipo de medidas reactivas; medidas éstas que, lejos de cumplir con los fines de prevención general asignados a la pena, se preocupan y concentran en los fines de prevención especial.

La finalidad primordialmente educativa de la sanción -establecida en el artículo 123 de la LJPJ, es el principio rector que abarca tanto al tipo de sanciones, como el poder discrecional que el legislador dio al juez para determinar qué sanción específica elegir en un caso concreto; alejando al derecho penal juvenil de criterios de peligrosidad y gravedad del hecho, propias del derecho penal de adultos.

La sanción debe ser, entonces, especialmente individualizada; considerando no la gravedad del hecho cometido, sino las condiciones propias de la persona concreta sometida al proceso y sus posibilidades y expectativas para mantenerse, en el futuro, fuera de los conflictos con ley penal. Ése es núcleo axiológico de la sanción penal juvenil y el eje sobre el cual giran todas las opciones dadas por el legislador al juez.

¿MEDIDA O SANCIÓN?

En materia penal juvenil, la sanción contiene diversas características que la diferencian, en su esencia, de la pena de las penas de los adultos. En primer término, y como un elemento aparentemente tangencial, salta a la vista un tema terminológico: nuestra Ley de Justicia Penal Juvenil denomina sanciones, a las consecuencias del hecho punible, mientras que la denominación habitual, en materia de adultos, es pena. Aunque, en principio, la distinción podría considerarse inocua, lo cierto es que ha sido motivo de debate. Algunos autores consideran que, a pesar de que la doctrina moderna reconoce a los niños (as) y adolescentes, como sujetos penalmente responsables, éstos continúan manteniendo, en esencia, su condición de inimputables, en razón de las características propias de su edad y por encontrarse en un proceso de maduración y formación inconcluso. Esta condición singular de los sujetos, implica una condición singular de las consecuencias del hecho, que obliga a comprender la naturaleza distinta de dicha consecuencia, como una sanción educativa y no propiamente como una pena. La pena, se dice, es característica de la responsabilidad penal de los adultos, por ser imputables, mientras que la sanción se adecúa de forma más adecuada a la responsabilidad penal especial que se les ha adjudicado a los menores. Al efecto, manifiesta **BOLAÑOS GONZÁLEZ Mireya**¹: *En cambio, decir que de ahora en adelante los adolescentes son penalmente responsables aún cuando mantienen su condición de inimputables, sin mirar esta afirmación a la luz del modelo jurídico de los imputables, es reconocer verdaderamente, y no sólo teóricamente, que los adolescentes solo pueden ser sujetos de penas penales de naturaleza muy especial y en este aspecto juega un importante papel la cuestión de la naturaleza de las sanciones que consagra esta ley, las cuales se orientan a partir de un profundo sentido educativo. (...) La razón por la cual no pueden considerárseles imputables es porque su proceso de crecimiento físico, social o intelectual no ha alcanzado el nivel que permita adjudicarle una pena de carácter penal que pueda llegar a arrojar resultados satisfactorios*".

No obstante, a pesar de que nuestra legislación habla en su texto de sanciones y no de penas² y de que, la Convención de los Derechos del Niño, habla de "medidas"³, es lo cierto que lo impuesto es una pena, de ejecución obligatoria por parte del menor y cuyo cumplimiento implica la finalización absoluta de la intervención del aparato penal. La sanción comporta además un carácter negativo, en tanto limita los derechos del individuo y en ese sentido responde también a los criterios de la prevención general. ⁴Su incumplimiento, por el contrario, abre la posibilidad de imposición de penas más gravosas (en los casos en los que no se ha dispuesto la privación de libertad). La denominación eufemística de "sanción especial" o "medida", pareciera incongruente con el esfuerzo de transparencia y honestidad procesal y sustantiva que se ha pretendido con la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño y la posterior promulgación de la Ley de Justicia Penal Juvenil. No compartimos, entonces, la tesis que parte del sostenimiento de la inimputabilidad del menor, sujeto solamente de sanciones de naturaleza penal "especial"; mas no de penas. Admitir, como bien se ha hecho, que los niños (as) y adolescentes son sujetos penalmente responsables (en las edades y condiciones que establece la ley), a los cuales se les deben respetar los derechos y garantías procesales propios de un derecho penal democrático, nos obliga, a su vez, a admitir directamente que la consecuencia establecida por el Estado para los hechos típicos, antijurídicos y culpables realizados por un menor de edad es una pena.

1 Bolaños González, Mireya: *Naturaleza Jurídica de las Sanciones en el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente*. Revista Cenipec. 20. 2001. Enero - Diciembre. Venezuela.

2 Título IV de la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica, número 7576.

3 Artículo 40 in fine de la Convención sobre los Derechos del Niño.

4 Tiffer Sotomayor, Carlos: *Derecho Penal Juvenil*. Servicio Alemán de Intercambio Académico, citado por: Burgos Mata, Álvaro: *Manual de derecho penal juvenil*. Editorial Jurídica Continental, San José, 2011.

La singularidad de esa pena, por sus el logro de sus fines concretos y las específicas condiciones del sujeto infractor, son temas independientes que no deben llevarnos a error. La pena, en materia penal juvenil, en efecto, se encuentra inspirada en fines distintos que la pena de los adultos; su variedad y aplicación, ciertamente, es totalmente distinta a las penas establecidas a los adultos. Sin embargo, lo anterior no debe llevarnos a negar—erróneamente, en nuestro criterio—que se trata también de una pena. La negación de su carácter de pena, sustituyéndola por vocablos menos agresivos o eufemismos, pareciera sin duda alguna un resabio indeseable de la doctrina de la situación irregular que en nada conviene al desarrollo que se pretende de esta materia.

EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO EJE DE LA PENA

Desde los tiempos de vigencia de la doctrina de la situación irregular, ha imperado, en el derecho sancionatorio juvenil, el concepto del interés superior del niño o del menor. La diferencia con el cambio de paradigma hacia la doctrina de la protección integral, radica en el enfoque que ahora se mantiene acerca del contenido de eso que denominamos interés superior del menor.

En nuestro ordenamiento jurídico existen varias disposiciones normativas que, de forma expresa, indican la vigencia y obligatoria observación, en los casos concretos, del principio de interés superior del menor. En la materia de nuestro interés, la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 3, párrafo primero, indica:

En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Por su parte, la Ley de Justicia Penal Juvenil, expresamente lo contempla en su artículo 7, que reza:

*Serán principios rectores de la presente ley, la protección integral del menor de edad, su **interés superior**, el respeto a sus derechos, su formación integral y la reinserción en su familia y la sociedad. El Estado, en asocio con las organizaciones no gubernamentales y las comunidades, promoverá tanto los programas orientados a esos fines como la protección de los derechos e intereses de las víctimas del hecho.*

Igualmente, el Código de la Niñez y la Adolescencia⁵, en su artículo 5, expresamente indica:

*Toda acción **pública** o privada concerniente a una persona menor de dieciocho años, **deberá considerar su interés superior**, el cual le garantiza el respeto de sus derechos en un ambiente físico y mental sano, **en procura del pleno desarrollo personal**. La determinación del interés superior deberá considerar:*

- a) Su condición de sujeto de derechos y responsabilidades.*
- b) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales.*
- c) las condiciones socioeconómicas en que se desenvuelve.*
- d) La correspondencia entre el interés individual y el social.*

⁵ Aprobado por ley número 7739, publicada en La Gaceta número 26, de 6 de febrero de 1998.

Para Cillero Bruñol, la formulación actual en la Convención de los Derechos del niño –la cual es mantenida por la legislación costarricense– contiene las siguientes características:

- Es una *garantía* de que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos;
- Es de una *gran amplitud* ya que no solo obliga al legislador sino también a instituciones públicas y privadas y a las madres y padres;
- Es una norma de *interpretación* o de *resolución* de conflictos jurídicos;
- Es una *orientación o directriz* política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños, niñas, adultos, contribuyendo, al perfeccionamiento de la vida democrática.⁶

El principio del interés superior del menor adquiere especial importancia en el tema del presente trabajo, pues la pena, como consecuencia del hecho punible, debe estar encaminada a cumplir con los preceptos de este principio fundamental de la materia. La pena que se imponga a un menor de edad, si bien cumple las funciones de prevención general a través de la limitación de derechos fundamentales, debe dirigirse, especialmente, hacia la reinserción del sujeto en su familia y la sociedad, a través de penas que le permitan culminar con éxito su proceso de socialización e integración y logre mantener, en el futuro, un comportamiento conforme a Derecho. En ese sentido, el interés superior del niño actuaría como *garantía* para los menores, según lo expuesto anteriormente.

La pena, como reacción del Estado ante el delito, se convierte así en una acción de política pública, determinada y ejecutada por entes públicos. En ese sentido, la pena misma se encuentra, por disposición de normas internacionales y legales, sometida al control del cumplimiento del interés superior del menor.⁷ Se cumple así la función limitadora derivada de la *gran amplitud* de la obligación de respetar el principio. Sin duda, esta apuesta que el legislador hace por la niñez y la adolescencia, responde a la suprema necesidad de proveerles atención especial y el derecho de que a éstos se les proporcionen respuestas que favorezcan y atiendan su especial consideración de menores de dieciocho años de edad.⁸

El principio del interés superior del menor, da vida a su principio derivado: el principio educativo de la pena. Dicho principio empapa la acción del legislador en cuanto a los tipos de pena, su elenco, duración y supuestos de aplicación. Asimismo, alcanza al juzgador, quien debe considerarlo en el momento de elección de la pena para el caso concreto y lo propio puede indicarse respecto de las autoridades encargadas de la ejecución.

En relación con este principio medular de la justicia penal juvenil, existe reiterada y abundante jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal, que al respecto, ha dicho:

“Al respecto esta cámara considera que, las funciones que el artículo 136 de la LJPJ le otorga al Juez de Ejecución de la Pena tienen como finalidad de que durante el cumplimiento de la sanción

6 Cillero Bruñol, Miguel: *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En: Infancia, Ley y Democracia en América Latina. Editorial Temis, Buenos Aires, 1998.*

7 En ese sentido, indican Roxana Zapata y Sergio Cuarezma, en relación con la consagración de dicho principio en la legislación nicaragüense: “Este interés superior de la niña, niño y adolescente ha llegado a ser el centro de la actuación de las instituciones (públicas y privadas), que el legislador nicaragüense no ha querido que se vea perturbado o distorsionado con la aparición de otro interés diferente, como podría ser las decisiones de los jueces o los tribunales tomen en la jurisdicción penal de adultos y, por esta vía, afectar el interés superior de las niñas, niños y adolescentes.”

8 Zapata López, Roxana; Cuarezma Terán, Sergio: *Principios y garantías del proceso penal de adolescentes. Brevarios Jurídicos, editorial Hispamer, Managua, 2004.*

y en los casos que así lo ameriten, el juez de ejecución puede modificar, sustituir o cesar las sanciones impuestas **con el propósito de que se adecuen a los principios rectores de la Ley.** Se trata de **principios como la protección integral, el interés superior del menor de edad y el respeto necesario a sus derechos humanos.** El reconocimiento de estos derechos tiene como objetivo asegurar la formación integral del menor, es decir, una formación que abarque todos los ámbitos de su desarrollo, sea en los aspectos sociales, culturales, familiares, psíquicos y jurídicos. Este objetivo debe prevalecer en la aplicación de la ley, según lo establecen los principios de protección y formación integral. Por otro lado **resulta lógico concluir que la figura central del Derecho Penal Juvenil es, precisamente, el menor de edad.** Es por ello que, para la aplicación de las normas de la ley, se debe tener presente, en todo momento, el interés superior del joven o adolescente para su reinserción familiar y social.⁹

EL PRINCIPIO EDUCATIVO DE LA PENA

En materia penal juvenil, la pena tiene un fin eminentemente educativo. Se pretende, a través de ella –a razón de medio-fin- que la persona menor de edad pueda adquirir herramientas que le permitan lograr o culminar el proceso de socialización adecuado y se mantenga, en el futuro, libre de conflictos con la ley penal. No hablamos ya, de la función re-socializadora de la pena, en razón de que los niños (as) adolescentes no han culminado su proceso de desarrollo físico, psíquico y social, por lo que sería impropio hablar de re-socialización de una persona que no ha culminado ese proceso. Se reconoce, no obstante, que tras la comisión de un hecho delictivo y el paso por el sistema de justicia penal, la pena persigue la reinserción del sujeto a la familia y la sociedad. La sanción penal juvenil tiene un fin eminentemente pedagógico y el objetivo fundamental del amplio marco sancionatorio es el de fijar y fomentar las acciones que le permitan a la persona menor de edad su permanente desarrollo personal y la reinserción en su familia y la sociedad.¹⁰

Específicamente, a nuestro criterio, la **Finalidad Educativa de la Sanción**, se encuentra contemplada dentro de los denominados Principios Rectores de la Ley de Justicia Penal Juvenil en el **artículo 7**, cuando se refiere a su **“Formación Integral”**.

La finalidad educativa de la pena, se plasma desde la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su artículo 40, párrafo primero, indica:

Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

A partir de este postulado general establecido por la Convención, la Ley de Justicia Penal Juvenil recoge expresamente el principio de la finalidad educativa de la pena. En efecto, el artículo 123 de dicha ley, indica:

9 Entre muchas otras, Tribunal de Casación Penal de San José, resolución número 2000-00604, del 4 de agosto de 2000.

10 Burgos Mata, Álvaro: Manual de derecho penal juvenil. Editorial Jurídica Continental, San José, 2011.

*Las sanciones señaladas **deberán tener una finalidad primordialmente educativa** y aplicarse, en su caso, con la intervención de la familia y el apoyo de los especialistas que se determinen. La aplicación de las sanciones podrá ordenarse ya sea en forma provisional o definitiva. Las sanciones podrán suspenderse, revocarse o sustituirse por otras más beneficiosas. El Juez podrá ordenar la aplicación de las sanciones previstas en esta ley en forma simultánea, sucesiva o alternativa.*

La finalidad educativa de la pena, también ha sido desarrollada jurisprudencialmente, en un esfuerzo por darle más determinación y contenido a una frase que el legislador dejó imprecisa y que, sin duda, su ambigüedad puede prestarse a abusos y arbitrariedades. La resolución 2009-243 de las 15:55 horas del 4 de marzo de 2009, emitida por el Tribunal de Casación Penal, indicó:

*“En ese sentido, debe tomarse en cuenta que, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 123 y 133¹¹ de la Ley de Justicia Penal Juvenil, en esta materia las sanciones deben tener un finalidad primordialmente educativa, de modo que su ejecución debe **estar dirigida a establecer acciones sociales necesarias para permitirle al menor de edad su permanente crecimiento personal y el desarrollo de sus capacidades, así como la reinserción en la familia y la sociedad.**”*

La función o principio educativo de la pena en materia penal juvenil, implica su consideración y análisis, no sólo a efectos de su imposición, sino también en cuanto a sus consecuencias. La finalidad educativa de la pena adquiere especial trascendencia en el momento de su ejecución, momento procesal en el que se determina el cumplimiento o no de los fines de prevención general y especial.

El principio educativo obedece, principalmente, a funciones de prevención especial.¹² En efecto, la función primordialmente educativa de la pena, conlleva a que su naturaleza sea eminentemente preventiva y no represiva. Se trata de imponer penas que permitan la concientización del menor y su familia de que el hecho cometido es ilícito y evitar así la reiteración o continuación delictiva. En razón de ello se ha cuestionado desde la doctrina que las penas privativas de libertad –internamiento– contempladas en la Ley de Justicia Penal Juvenil costarricense (de hasta 10 años para los menores entre 12 y 15 años, y de hasta 15 años para los menores entre 15-menos 18 años), sean acordes al principio educativo y a los fines de la prevención especial. A este respecto, no pueden obviarse las preguntas: ¿Qué fin educativo concreto persigue una pena de 15 años de internamiento? ¿Qué herramientas está brindando el Estado a una persona menor de edad para que se reintegre a su familia y la sociedad, tras 15 años de internamiento? El fin preventivo pierde sentido y vigencia en el establecimiento de estas medidas. Tras 10 o 15 años de internamiento, en un Centro Especializado, primero, y luego en el sistema penal de adulto-joven y adultos; el sujeto ya concluyó su proceso de socialización dentro de la cárcel, lo cual, incrementa sensiblemente la posibilidad de que exista reiteración delictiva.

Al respecto, señala **LLOBET RODRÍGUEZ, Javier**¹³:

11 Artículo 33 de la Ley de Justicia Penal Juvenil: “La ejecución de las sanciones deberá fijar y fomentar las acciones sociales necesarias que le permitan al menor de edad, sometido a algún tipo de sanción, su permanente desarrollo personal y la reinserción en su familia y la sociedad, así como el desarrollo de sus capacidades.”

12 Al respecto indica con contundencia el Doctor Javier Llobet Rodríguez, en su artículo Once años de jurisprudencia en la justicia penal juvenil costarricense: “Así de acuerdo con la teoría de la sanción penal las sanciones que se imponen en el Derecho Penal Juvenil tienen primordialmente una finalidad educativa, lo que se asocia con la prevención especial positiva. Otros fines tienen carácter totalmente secundario.”

13 Llobet Rodríguez, Javier. Once años de jurisprudencia en la justicia penal juvenil costarricense. En: Humanismo y Derecho Penal, Editorial Jurídica Continental, San José, 2007.

*“En un aspecto trascendental la ley aprobada, como **consecuencia de los llamados de ley y orden**, que reclamaban por un endurecimiento de la reacción estatal con respecto a los hechos delictivos violentos cometidos por jóvenes, se apartó del proyecto. La reforma ha sido sujeto de grandes críticas, llegando a afirmarse que con esta medida nuestro país se convirtió en uno de los **más represivos** en materia penal juvenil”*

Por su parte, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia declaró la constitucionalidad de la pena prevista¹⁴, en una consulta planteada por un Juzgado Penal Juvenil, con apoyo de la Procuraduría General de la República, atendiendo, precisamente, a que dicha pena, es ajena al principio de proporcionalidad y contrario al principio educativo que rige la pena en materia de niños (as) y adolescentes. No obstante, el análisis jurídico realizado por la Sala se concentra respecto al tema de la proporción de la pena –en relación con la penalidad de los delitos en el derecho penal de adultos- y deja de lado el análisis del principio y finalidad educativa, así como los fines de prevención especial en esta materia.

EL PRINCIPIO DE FLEXIBILIZACIÓN Y LA DIVERSIDAD DE LAS PENAS

A diferencia del derecho penal de adultos, en el que la pena se sólo puede ser privativa de libertad o de días multa, en el derecho penal juvenil, impera lo contrario: la diversidad de penas creadas por el legislador. Es en ese amplio y diverso marco establecido por la Ley de Justicia Penal Juvenil, que debe moverse el juzgador a fin de establecer la que mejor se adecue a las condiciones del caso concreto, de conformidad con los requerimientos expresos de la ley y siempre con respeto a los principios medulares anteriormente expuestos.¹⁵

El sustento normativo de la diversidad de las penas en el derecho penal juvenil, aparece desde la Declaración de los Derecho del Niño, que en su artículo 40 in fine establece en relación con las penas: *Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación familiar los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.*

En el caso de la legislación costarricense, los tipos de sanciones que puede aplicar el juzgador se encuentran determinados en su artículo 121 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, que indica:

Verificada la comisión o la participación del menor de edad en un hecho delictivo, el Juez Penal Juvenil podrá aplicar los siguientes tipos de sanciones:

a) Sanciones socio-educativas.

Se fijan las siguientes:

- 1. Amonestación y advertencia.*
- 2. Libertad asistida.*
- 3. Prestación de servicios a la comunidad.*
- 4. Reparación de los daños a la víctima.*

¹⁴ Ver al efecto el voto 2743-99, del 16 de abril de 1999.

¹⁵ Al respecto véase Álvaro Burgos, *Manual de Derecho Penal Juvenil*: “A diferencia del sistema penal tradicional de adultos que se caracteriza por su rigidez, la justicia penal juvenil debería de identificarse por su flexibilidad y diversificación de la reacción penal”

b) *Ordenes de orientación y supervisión. El Juez Penal Juvenil podrá imponer las siguientes órdenes de orientación y supervisión:*

1. *Instalarse en un lugar de residencia determinado o cambiarse de él.*
2. *Abandonar el trato con determinadas personas.*
3. *Eliminar la visita a bares y discotecas o centros de diversión determinados.*
4. *Matricularse en un centro de educación formal o en otro cuyo objetivo sea enseñarle alguna profesión u oficio.*
5. *Adquirir trabajo.*
6. *Abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas, sustancias alucinógenas, enervantes, estupefacientes o tóxicos que produzcan adicción o hábito*
7. *Ordenar el internamiento del menor de edad o el tratamiento ambulatorio en un centro de salud, público o privado, para desintoxicarlo o eliminar su adicción a las drogas antes mencionadas.*

c) *Sanciones privativas de libertad. Se fijan las siguientes:*

1. *Internamiento domiciliario.*
2. *Internamiento durante tiempo libre.*
3. *Internamiento en centros especializados.*

Mediante la diversidad del elenco de sanciones imponibles, así como las consideraciones personales del autor del hecho, el juzgador puede y debe establecer la sanción que mejor contribuya a la educación y formación de la persona menor de edad y que le permita restablecer su vínculo con la familia y la comunidad. Se trata, en definitiva, de abandonar la arraigada idea de que la corrección de toda conducta delictiva se logra sólo mediante la privación de libertad.

Las sanciones son entonces de tres tipos:

- Sanciones socio-educativas, cuya finalidad es puramente preventiva.
- Órdenes de orientación y supervisión, cuya finalidad es lograr la prevención mediante la modificación o variación de condiciones perjudiciales en el entorno del menor.
- Sanciones privativas de libertad, cuya finalidad es mayormente represiva, mediante restricciones parciales o totales de la libertad.

La diversidad de las penas encuentra su fundamento en el denominado principio de flexibilización, que persigue, precisamente una reacción distinta, diversa y diferente por parte del sistema de justicia penal juvenil al delito, así como la celeridad en los trámites y gestiones de orden judicial. En relación con la pena, el fin primordial de la flexibilización y la diversidad, es evitar la imposición de penas privativas de libertad al menor de edad. Se trata de que el juzgador encuentre en la ley otras opciones menos lesivas y gravosas, mediante las cuales la persona menor de edad pueda encontrar las herramientas necesarias para su reinserción en la familia y la sociedad; entendiéndose que, en esta materia, la privación de libertad corre la suerte de *última ratio* dentro de la *última ratio*.¹⁶

Un sistema concebido así concebido tendría suficiente flexibilidad y variedad de la reacción penal que ayude a cumplir efectivamente con fines educativos, eso sí, esta flexibilización debería siempre de enmarcarse dentro de los principios de legalidad además de caracterizarse por ser un proceso limpio y transparente.¹⁷

16 *Al respecto ver Álvaro Burgos, Manual de Derecho Penal Juvenil: "Si, por ejemplo, las pruebas justificaran una condena, la ley tendría que prever que el juez tuviera una amplia gama de sanciones en donde priven las socioeducativas y que éstas se puedan interponer conjunta, sucesiva y/o alternativamente; de tal forma que se apliquen las que menos afectan los derechos del joven."*

17 *Burgos Mata, Álvaro: Manual de derecho penal juvenil. Editorial Jurídica Continental, San José, 2011.*

LA DETERMINACIÓN E INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

El juzgador en materia penal juvenil se encuentra claramente dirigido por el legislador respecto de cuáles son los elementos que debe sopesar a la hora de determinar la pena en el caso concreto. En efecto, el artículo 122 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, establece dichos lineamientos:

Para determinar la sanción aplicable se debe tener en cuenta:

- a) *La vida del menor de edad **antes** de la conducta punible.*
- b) *La comprobación del acto delictivo.*
- c) *La comprobación de que el menor de edad ha participado en el hecho delictivo.*
- d) *La capacidad para cumplir la sanción; asimismo, la proporcionalidad, racionalidad e idoneidad de esta.*
- e) *La edad del menor y sus circunstancias personales, familiares y **sociales**.*
- f) *Los esfuerzos del menor de edad por reparar los daños.*

Claramente los parámetros establecidos en la ley responden al imperio del interés superior del menor y, sobre todo, al principio o finalidad educativa de la pena. Nótese que, a diferencia del derecho penal de adultos, no se debe tomar en consideración, para la determinación de la pena, la gravedad del hecho ni el grado de participación del menor en el hecho delictivo.

Lo anterior, adquiere importancia meridiana pues se habilita al juzgador para imponer la menor de las sanciones aún en el caso de delitos de alta gravedad como el homicidio o la violación. La ley no establece en relación con las sanciones los delitos en que podrían ser dispuestas, de modo que serían aplicables a cualquier delito, siempre que no vulnere el principio de proporcionalidad, unido a que se le otorgue al principio educativo el carácter prioritario en la fijación.¹⁸

Al respecto, ha indicado la jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José:

*“Importante es que la sanción de internamiento en centro especializado, prevista en el Art. 131 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, **no es de aplicación “automática” cuanto se trata de delitos dolosos** sancionados en el Código Penal o leyes especiales, para mayores con pena de prisión superior a seis años, por ejemplo en los supuestos del delito de homicidio simple (Art. 111 del Código Penal). Así se señala en el artículo mencionado que dicha sanción “puede” ser aplicada en el supuesto indicado. Ello hace **necesario que el juzgador analice el por qué en el caso concreto corresponde aplicar la sanción de internamiento en un centro especializado y no otro tipo de sanción, tomando en cuenta el “carácter excepcional”** que expresamente le asigna el artículo 131 de la Ley de Justicia Penal Juvenil al internamiento. Debe indicarse que el Derecho Penal Juvenil se diferencia fundamentalmente del Derecho Penal de Adultos en el régimen de sanciones, puesto que **frente a la rigidez de montos máximo y mínimo de la pena privativa de libertad que existe en el Derecho Penal de Adultos, el Derecho Penal de Menores de lo que se ocupa en lo concerniente a la pena de internamiento es de fijar el monto máximo, pero no precisa montos mínimos, y ni siquiera prescribe, como se indicó arriba, que necesariamente deba imponerse una pena de internamiento en los supuestos de hechos dolosos sancionados en la legislación penal con pena superior de seis años, puesto que podría acudir a otro tipo de sanciones.**”*

¹⁸ Lobet Rodríguez, Javier. *Once años de jurisprudencia en la justicia penal juvenil costarricense. En: Humanismo y Derecho Penal*, Editorial Jurídica Continental, San José, 2007.

Lo que determinará entonces la sanción a imponer son las circunstancias del caso concreto y, en específico, las condiciones específicas del menor involucrado, atendiendo siempre a los principios de proporcionalidad, idoneidad y necesidad, lo cual de ninguna manera implica una relajación del deber del juzgador de fundamentar sus decisiones. Así lo ha ratificado el Tribunal de Casación Penal:

*“Tratándose de materia penal juvenil, es claro que los criterios para la determinación de la sanción deben ser lo suficientemente amplios para romper con los límites que existen en materia de responsabilidad penal para adultos **en el sentido de darle una respuesta individual y particular, según las circunstancias no sólo del hecho que se juzga sino, más aun, de las condiciones personales del joven imputado. En ese contexto es que debe entenderse el principio de interés superior del menor, que consagra el artículo 7 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, así como la búsqueda de alternativas para la reinserción del mismo a su familia y a la sociedad. Precisamente, es este marco orientador el que hace una diferencia sustancial respecto de los parámetros para la fijación de la pena en adultos, que se mantiene en límites mínimos y máximos fijos y que de por sí ya implican una valoración previa del legislador respecto a (sic) acción que se está reprimiendo. Lo anterior, sin embargo, no implica que el Juzgador no esté obligado a valorar todos los aspectos relevantes para justificar una sanción determinada. En concreto, el control de la casación versará, entre otros posibles aspectos, en verificar si los argumentos que se hayan utilizado están acordes o no con ese deber de fundamentación (...) No desconoce esta Cámara que se trató de un hecho grave en tanto fue un homicidio, pero, a su vez, las circunstancias del menor (sic) justificaban que se le diera otra oportunidad. La función del análisis de reprochabilidad en materia penal juvenil no consiste en dar un mensaje de prevención general o especial negativos sino en considerar elementos del caso concreto que permitan un pronóstico favorable a la persona en cuanto a su reinserción social y la oportunidad de alcanzar objetivos provechosos en un contexto de libertad.”***¹⁹

De tal suerte que, aunque en sentido estricto, delitos de alta gravedad podrían perfectamente merecer una pena socioeducativa, el juzgador debe siempre y en cualquier caso justificar su decisión en relación con las exigencias del artículo 122 de la Ley de Justicia Penal Juvenil. Ello deriva de la garantía reconocida a los menores de que se presuma su inocencia, lo cual conlleva a la correlativa obligación de los órganos jurisdiccionales de exponer los motivos por los cuales se considera destruida esa presunción. Ambos elementos, presunción de inocencia y deber de fundamentación en cuanto a la pena, responden a la adopción de la doctrina de la protección integral y de responsabilidad por el hecho y el consecuente abandono de la responsabilidad por el autor, propia de la doctrina de la situación irregular. Hemos de tener en cuenta que uno de los derechos o garantías fundamentales es que se le imponga una medida tras un juicio fundamentado “sobre las bases de la responsabilidad por el acto” y rige en este proceso el principio de culpabilidad o responsabilidad y de proporcionalidad.²⁰

Por las condiciones concretas del derecho penal juvenil y la exigencia de sus principios rectores (y sus derivados), la fundamentación de la pena exige, por parte del juzgador, la exhibición no solo de los motivos de orden jurídico que dieron a la decisión, sino también de las motivaciones de orden sociológico a los que debe atender la pena. En ese sentido, no es exagerado indicar que se trata de una fundamentación compleja, en la que el juez debe colmar los intereses jurídicos individuales y sociales propios de la materia que nos ocupa.

¹⁹ Tribunal de Casación Penal de San José, voto número 2008-0129 de las 15:20 horas del 8 de febrero del 2008

²⁰ Tapia Parreño, Jaime: *La Determinación de la Pena y la Elaboración de la Sentencia en la Jurisdicción Penal Juvenil. En: Textos de apoyo jurídico, número 13, Proyecto de Fortalecimiento de Capacitación Inicial y Continua de Operadores Jurídicos, San Salvador, 2006.*

Los parámetros de la vida y conducta **anterior** del menor, así como su realidad personal, familiar y social en el momento de ejecución de la sanción revelan la función educativa de la sanción y la preponderancia de las funciones de prevención especial de la pena, en la que se toman en consideración aspectos de carácter concreto individual del sujeto, así como su capacidad de cumplir la sanción impuesta y las circunstancias de su entorno que, eventualmente, podrían potenciar u obstaculizar el cumplimiento de la pena. En relación con el inciso a) del artículo 122 de la Ley de Justicia Penal Juvenil –relativo a conducta anterior al hecho-, conviene realizar un análisis más detallado.

La jurisprudencia establecida por el Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, ha establecido para la materia penal juvenil, **la teoría del no rebasamiento de la culpabilidad** en la determinación de la pena.²¹ De conformidad con dicha teoría la culpabilidad implica el establecimiento de una “techo” para la imposición de la pena, en respeto de la proporcionalidad entre hecho y sanción y el grado de reproche en el caso concreto. Lo anterior conlleva que, nada obsta y es perfectamente válido, que el juzgador imponga una pena inferior a la culpabilidad, pero nunca, la pena puede rebasar la culpabilidad. Esta teoría adquiere especial relevancia en nuestra materia, pues, en atención del principio educativo y los fines de la prevención especial de la pena, puede hacerse necesario, con relativa regularidad, imponer penas por debajo del grado de culpabilidad del sujeto.

Con base en la teoría del no rebasamiento de la culpabilidad el Tribunal de Casación Penal ha dicho que no puede considerarse la conducta anterior o posterior a hecho del joven, ello para agravarle la sanción, sino esa conducta solamente podría justificar una sanción menor.²² Nótese la importancia de este aspecto, pues, no es posible atender a argumentos de reiteración delictiva²³ para la fijación de la pena, pues ello sería utilizar la conducta anterior del individuo como agravante, rebasando así, la culpabilidad en el caso concreto.

DERECHO A UNA SENTENCIA JUSTA

El proceso penal de adultos en el momento de su creación ha sido enfocado para un objetivo final, como es la reinserción social del imputado, es una tarea indudablemente loable, lo cual se ha tratado de maximizar en materia de menores, con la amplia gama de sanciones que existen en la Ley de Justicia Penal Juvenil.

En este sentido expone Hassemer que:

“ ...Para simplificar el complejo fenómeno de la criminalidad se acostumbra a exponerlo en una estructura dualista : como relación entre delincuente y víctima...El actual Derecho Penal, es decir, el Derecho Penal del Estado, no es ya, a diferencia del Derecho penal primitivo, una relación entre delincuente y víctima ...”²⁴, lo cual nos hace reflexionar si verdaderamente esa relación debe conllevar un proceso, que finalice en una sentencia gravosa para un menor encausado.

21 Ver al efecto, el voto 781-F-97 de dicho Tribunal, de fecha 1 de octubre de 1997, que indica: “Lo anterior obedece a que en la imposición de sanciones en el Derecho Penal Juvenil **no solamente debe atenderse a la pena adecuada a la culpabilidad del menor, conforme al Art. 122 de la Ley Penal Juvenil, puesto que se puede imponer una pena inferior a la que correspondería a la culpabilidad del menor tomando en cuenta la finalidad primordialmente educativa que deben tener las sanciones (Art. 123 de la Ley Penal Juvenil).**”

22 Llobet Rodríguez, Javier. *Once años de jurisprudencia en la justicia penal juvenil costarricense. En: Humanismo y Derecho Penal, Editorial Jurídica Continental, San José, 2007.*

23 Aunque es sabido que materia penal juvenil no existe registro de delincuentes, precisamente por encontrarse excluida de la ley la utilización de estos parámetros; la reafirmación de la teoría de comentario viene a reforzar dicha posición.

24 HASSEMER, Winfried; Muñoz Conde, Francisco. *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal. Página 29.*

Es así, como pensar en una sanción a imponer, nos debe llevara reflexionar sobre el derecho a una sentencia justa que tiene toda persona dentro de un proceso judicial, máxime si se trata de un menor.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 41 de la Constitución Política toda persona tiene derecho a recurrir a las leyes a fin de encontrar reparación de los daños sufridos, debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.

Este artículo además debe ser relacionado directamente con el 153 constitucional, el cual señala que **corresponde al Poder Judicial**, además de las funciones que esta Constitución le señala, **conocer de las causas civiles, penales, comerciales, de trabajo y contencioso-administrativas, así como de las otras que establezca la ley, cualquiera que sea su naturaleza y la calidad de las personas que intervengan; resolver definitivamente sobre ellas y ejecutar las resoluciones que pronuncie**, con la ayuda de la fuerza pública si fuere necesario.

Parte de esta garantía es el derecho de acción, el cual se define como el *“poder (abstracto) de reclamar determinado derecho (concreto) ante la jurisdicción (el poder judicial, los tribunales). Y ese poder determina la obligación del órgano jurisdiccional de atenderlo, de darle andamio, de poder en marcha el proceso. Con lo que, en definitiva, quien ejerce el poder tendrá la respuesta: la sentencia.”*²⁵

Una vez que se ejerce el derecho de acción se adquiere el derecho a obtener una respuesta por parte de los tribunales de justicia, esto es, que se tome una decisión mediante una declaración judicial definitiva sobre el caso que ha sido puesto a su conocimiento, *“esta declaración la efectúa el juez (en representación del Estado), luego de una serie de actos que constituyen dicho proceso, en lo que se denomina **sentencia**. Que es el acto final de todo proceso.”*²⁶ Así las cosas la sentencia será un acto procesal, el cual únicamente podrá ser realizado por el juez.

Es importante rescatar que el **acto procesal** será el *“constitutivo del objeto y regulación del Derecho Procesal... El de voluntad que tiene a una actividad en el proceso con la finalidad determinada en éste. El realizado por las partes o el acordado por el tribunal, a fin de iniciar, constituir, desenvolver, modificar, resolver o extinguir una relación procesal. El de una parte cuando surte eficacia en el juicio. Toda diligencia o resolución judicial en un acto contencioso o de jurisdicción voluntaria.”*²⁷

Doctrinariamente se dice que todo acto procesal cuenta con varios elementos, a saber: el sujeto, el contenido, el objeto, el fin, la voluntad y la forma. Particularmente la sentencia constituye el acto principal del órgano jurisdiccional decisorio, siendo como lo denomina VÉSCOVI *“el último eslabón de la cadena”*; o como lo dice BINDER es el producto central y básico del proceso penal.²⁸

Para algunos autores la sentencia es un acto de voluntad, argumentando que esta voluntad no es la del juez, sino la voluntad de la ley. Otros señalan que se trata de un acto lógico cuya conclusión es un silogismo que se obra de la siguiente manera: premisa mayor la norma jurídica, premisa menor el hecho, y la conclusión la aplicación de la norma al hecho.²⁹

25 VÉSCOVI, Enrique. *“Teoría General del Proceso”*. Primera Edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia. 1984. p.73. Ver en este mismo sentido y sobre la evolución del derecho de acción MONROY CABRA, Marco Gerardo. *“Principios de Derecho Procesal Civil”*. Primer Edición. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. pp. 148-160.

26 CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *“Diccionario Jurídico Universitario”*. Tomo I. Editorial Heliasta, Primera Edición, Buenos Aires, Argentina. 2000. p.9.

27 IBID. p.43.

28 BINDER, Alberto. *“Introducción al Derecho Procesal Penal”*. Primera Edición. Editorial Ad.Hoc. Córdoba, Argentina. 1993. p.262.

29 IBID. pp. 288-289.

En este sentido, la doctrina moderna según MONROY CABRA³⁰ y con quien congeniamos, la sentencia es una combinación de ambas tesis, señalando la sentencia como un acto complejo: lógico y volitivo, lo que obliga a realizar una actividad histórica, lógica y crítica. Este autor cita a CALAMENDREI quien describe la labor del juez al dictar sentencia de la siguiente manera:

- a) examen preliminar sobre la trascendencia de los hechos;
- b) interpretación de los resultados de la prueba;
- c) valorización de estos resultados;
- d) construcción del hecho específico concreto con base en los juicios singulares de hecho y calificación jurídica de aquel;
- e) comparación de hecho específico cuya certeza se ha establecido con el hecho específico legal; y
- f) determinación del efecto jurídico. CALAMANDREI afirma que la operación del juez es compleja, ya que a lo largo del proceso debe resolver muchos puntos de hecho y de derecho.”³¹

La Sala Tercera en su jurisprudencia ha establecido que la sentencia es una unidad lógica “de allí que deba examinársela de modo integral y no sometiéndose a los aspectos meramente formales de su estructura, pues ninguno de ellos, por sí solo, reúne todos los elementos del juicio sobre el objeto del proceso.”³²

El artículo 363 del Código Procesal Penal no da margen sobre los requisitos formales para que una sentencia sea válida dentro de esta materia, y determina de una forma clara cuáles son los requisitos mínimos que formalmente deben cumplirse identificándolos como los siguientes:

- a) La mención del tribunal, el lugar y la fecha en la que se ha dictado, el nombre de los jueces y las partes, los datos personales del imputado y la enunciación del hecho que ha sido objeto del juicio.
- b) El voto de los jueces sobre cada una de las cuestiones planteadas en la deliberación, con exposición de los motivos de hecho y de derecho en que los fundan, sin perjuicio de que se adhieran a las consideraciones y conclusiones formuladas por quien votó en primer término.
- c) La determinación precisa y circunstanciada del hecho que el tribunal estima acreditado.
- d) La parte dispositiva con mención de las normas aplicables.
- e) La firma de los jueces.

En el proceso penal podemos hablar varios tipos de sentencia: sentencia condenatoria en la cual se declarará culpable al acusado y se le impondrá una pena; sentencia absolutoria en la que se determinará que la no culpabilidad del imputado o en su caso la aplicación del principio de indubio pro reo³³ por la falta de elementos probatorios para acreditar la culpabilidad del acusado. En ambos casos serán resultado de un juicio o contradictorio.

También existe la posibilidad de que se dicte sentencia antes de esta fase o de previo a la misma, hablamos de la sentencia de sobreseimiento definitivo que se dicta por supuesto taxativamente establecidos en

30 MONROY CABRA, Marco Gerardo. “Principios de Derecho Procesal Civil”. Primer Edición. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. pp. 148-160.

31 IBID. pp. 289-290.

32 Voto 132-98. SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, de las nueve horas del veinte de febrero de mil novecientos noventa y ocho.

33 Artículo 9 del Código Procesal Penal.

el artículo 311 del Código Procesal Penal, las cuales son que el hecho denunciado no se realizó o no fue cometido por el imputado; el hecho no esté adecuado a una figura penal; medie una causa de justificación o inculpabilidad; la acción penal se ha extinguido³⁴; a pesar de la falta de certeza, no exista razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba y no hay bases para requerir fundadamente la apertura a juicio.

Para el caso del proceso civil existe la posibilidad de obtener diferentes tipos de sentencia en la cual admite en todo o en parte las pretensiones del actor, o bien se rechazan las mismas, esta última es la llamada sentencia desestimatoria de la demanda en la cual según la doctrina no es necesario *“hacer análisis de las excepciones, ya que estas se estudian solo si es procedente acceder a las súplicas de la demanda. Si está probada una excepción que enerva la pretensión, no hay que indagar sobre lo demás. Pero si la demanda prospera, debe el juez examinar todas las excepciones propuestas y declararlas no probadas en la parte resolutive de la sentencia.”*³⁵

Respecto a los tipos de sentencia Roxin indica que en el proceso penal como en el civil debe diferenciarse entre sentencia procesal y sentencia material. *“A través de la sentencia procesal el procedimiento es declarado inadmisibile (“el procedimiento es sobreseído”). A través de la sentencia de mérito se decide sobre si existe o no una pretensión sancionatoria del Estado; por ello, estas sentencias versan sobre la condena, la absolución o la orden de aplicar una medida de seguridad y corrección.”*³⁶

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

No hay duda que para la Sala Constitucional desde el histórico voto 1739-92 determinó la derivación de la garantía general Debido Proceso del artículo 41 de la Constitución Política, siendo integrante de esta garantía el Derecho a una sentencia justa.

Así, dice la citada autoridad jurisdiccional que además del respeto a todas las garantías durante el desarrollo del proceso, también es exigible que el mismo se concluya con una sentencia en la cual se respeten los principios constitucionales vinculados en la administración de justicia, sintetizando los mismos como:

A- Principio pro sententia: *distinguiendo el mismo como el que determina que “todas las normas procesales existen y deben interpretarse para facilitar la administración de la justicia y no como obstáculos para alcanzarla; lo cual obliga a considerar los requisitos procesales, especialmente las inadmisiones de cualquier naturaleza, restrictivamente y sólo a texto expreso, mientras que debe interpretarse extensivamente y con el mayor formalismo posible todo aquello que conduzca a la decisión de las cuestiones de fondo en sentencia; además, las infracciones procesales sólo deben dar lugar a nulidades relativas y, por ende, siempre subsanables, mientras no produzcan indefensión”*³⁷

B- Derecho a la congruencia de la sentencia: *se define como la “correlación entre acusación, prueba y sentencia, en virtud de que esta tiene que fundamentarse en los hechos discutidos y pruebas recibidas en el proceso. Una dimensión del principio de congruencia es, además, el de la*

³⁴ Causales establecidas por el artículo 30 del Código Procesal Penal.

³⁵ MONROY CABRA, Marco Gerardo. Ob. Cit. pp.294.

³⁶ ROXIN, Claus. *“Derecho Procesal Penal”*. Traducción a la 25° edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor revisada por Julio B.J. Maier. Editores del Puerto. Buenos Aires, Argentina. 2000. p.415.

³⁷ Sala Constitucional voto 1739-92 de las once horas cuarenta minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos.

*circunstanciada motivación de la sentencia, señalando y justificando especialmente los medios de convicción en que se sustenta y los que desecha.*³⁸

De esta misma forma el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece cuáles son las garantías que deben respetarse a cualquier persona sometida a un proceso, señalándose expresamente en el punto 8.1 que: *“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, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”*. La garantía constitucional a una sentencia debidamente fundamentada ha sido reconocido también por el Tribunal Constitucional Español, autoridad que señala que la sentencia *“debe estar suficientemente fundada, pues sin esta especificación no puede orientarse a convencer a la opinión pública ni al acusado de su corrección y justicia, de la misma manera no podrá posibilitar plenamente el control de la potestad jurisdiccional vinculada a la Ley y al Derecho.”*³⁹

También forma parte de esta garantía la correlación que debe existir entre la acusación y la sentencia, la cual es una exigencia que forma parte del derecho a una sentencia justa al concluir el proceso, y necesaria para hacer realidad el derecho a ser informado de la acusación, permitiendo la contradicción y defensa. En consecuencia el fallo no podrá excederse de los hechos que fueron puestos en conocimiento del acusado. La imputación o comunicación de dichos hechos es parte del debido proceso y resulta estrechamente relacionada con la garantía a una sentencia justa, por cuanto nadie podrá ser condenado por hechos que no le fueron previamente puestos en conocimiento y sobre los cuales no se le ha dado la posibilidad de plantear una defensa.

Sobre este tema el Tribunal Europeo de Derechos Humanos indicó: *“el párrafo 3 (a) del artículo 6 (de la Convención Europea de Derechos Humanos) apunta la necesidad de dar una atención especial a la notificación de la acusación al acusado. Las particularidades del delito juegan un papel crucial en el proceso criminal, es desde este preciso momento que el acusado es formalmente puesto en conocimiento de las bases fácticas y legales de los argumentos en su contra. El artículo 6 (3) a) de la Convención concede al acusado el derecho a ser informado, no sólo de la causa de la acusación, es decir, del acto que se alega que él ha cometido y que es la base de la acusación, sino también de la calificación dada a tales actos. Esta información debe, como la Comisión Europea correctamente ha afirmado, ser detallada.”*⁴⁰

Como referencia sobre el tratamiento constitucional que se le dado al tema tenemos lo resuelto por el Tribunal Constitucional Español, citado por JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA quien señala:

“El Tribunal Constitucional en múltiples sentencias [STC 20/1982, de 5 de mayo; 14/1985, de 1 de febrero; 138/1985, de 18 de octubre; 176/1985, de 17 de diciembre; 116/1986, de 8 de octubre; 13/1987, de 5 de febrero; 55/1987, de 13 de mayo; 23/1988, de 22 de febrero; 264/1988, de 22 de diciembre; y, 90/1990, de 23 de mayo, entre otras] se ha referido al problema de la motivación de las sentencias, reconociendo su trascendencia y relevancia constitucional.

Así, el Tribunal Constitucional en la STC 55/87 explica que: “la exigencia de motivación de las sentencias judiciales se relaciona de una manera directa con el principio del Estado Democrático de Derecho (art. 1 de la Constitución Española) y con una concepción de la legitimidad de la función jurisdiccional, apoyada

38 Sala Constitucional voto 1739-92 de las once horas cuarenta minutos del primero de julio de mil novecientos noventa y dos.

39 Tribunal Constitucional Español. Sentencia STC 55/1987.

40 Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Pelissier v. Francia*. Sentencia de 25 de marzo de 1999.

esencialmente en el carácter vinculante que tiene para esta la Ley (art. 117.1 de la Constitución). Precisamente de ello se deduce la función que debe cumplir la motivación de las sentencias y consecuentemente, el criterio mediante el cual se debe llevar a cabo la verificación de tal exigencia constitucional. La Constitución requiere que el Juez motive sus sentencias, ante todo, para permitir el control de la actividad jurisdiccional. Los fundamentos de la sentencia se deben dirigir, también, a lograr el convencimiento, no sólo del acusado, sino también de las otras partes del proceso, respecto de la corrección y justicia de la decisión judicial sobre los derechos de un ciudadano. En este sentido deben mostrar el esfuerzo del Tribunal por lograr una aplicación del Derecho vigente libre de toda arbitrariedad. Por otra parte, la motivación de la sentencia es una exigencia sin la cual -como es generalmente reconocido- se privaría, en la práctica, a la parte afectada por aquélla del ejercicio efectivo de los recursos que le pueda otorgar el ordenamiento jurídico. Sólo si la sentencia está motivada es posible a los Tribunales que deban entender en el trámite de algún recurso, controlar la correcta aplicación del Derecho y al Tribunal Constitucional, en el caso del recurso de amparo por la vía del art. 24.1 de la Constitución, si el Tribunal de la causa ejerció la potestad jurisdiccional “sometido únicamente al imperio de la Ley”, de la forma en que lo establece el art. 117.1 de la Constitución. Una verificación de esta naturaleza sólo es posible si la sentencia hace referencia a la manera en que debe inferirse de la Ley la resolución judicial y expone las consideraciones que fundamentan la subsunción del hecho bajo las disposiciones legales que aplica. De otra manera, la sentencia no podría operar sobre el convencimiento de las partes ni de los ciudadanos, ni podría permitir el control correspondiente a los Tribunales que todavía pudieran intervenir por la vía de los recursos previstos en las Leyes.”⁴¹

El derecho a obtener un fallo por parte de los tribunales de justicia, no es un derecho sin restricciones, se encuentra limitado por el objeto de la demanda o de la acusación, según nos encontremos ante un proceso civil o penal respectivamente.

Quando se plantea la demanda civil se fija el objeto del proceso y con ello se determinan los límites dentro de los cuales el juez debe de decidir. De esta forma el tribunal deberá fallar “de conformidad con lo alegado y probado por las partes (secundum allegata e probata). Él no conoce otros hechos fuera de los que las partes invocan, ni otras pruebas de las pretensiones deducidas por el actor y aquello que reconoce o contravierte el demandado; si va más allá, será ultra petita o extra petita (según se resuelva más de lo pedido o fuera de lo pedido) y esto no es admisible en el proceso dispositivo. Este principio es el llamado de congruencia en las sentencias, y de acuerdo con él, el tribunal debe resolver todo lo que las partes piden, pero no más; en otras palabras, conforme (congruente) a lo solicitado por las partes.”⁴²

Así el juez se encuentra limitado conforme al principio de congruencia, lo que significa que el juez debe resolver “únicamente sobre las pretensiones aducidas en la demandas, así como las excepciones propuestas por el demandado o que el juez puede declarar de oficio... Por lo tanto, la sentencia no puede contener más de lo pedido... Además el fallo no puede contener menos de lo pedido... La sentencia no debe contener algo distinto de lo pedido por las partes.”⁴³

En el proceso penal el objeto de la sentencia lo limita la acusación formulada por el Ministerio Público, debiéndose cumplir en todo momento con el respeto a los límites que ha impuesto en el cuadro fáctico en el cual describe la conducta con la cual presuntamente se cometió el delito.

A pesar de que el principio de la correlación entre acusación y sentencia será desarrollado más adelante en este mismo trabajo, es importante dejar claro desde ahora que la congruencia no sólo es sobre el cuadro

41 LÓPEZ BARBA DE QUIROGA, Jacobo. “La motivación de las sentencias”. En: La sentencia penal. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Madrid. España. 1982. pp. 98-99.

42 VÉSCOVI, Enrique. Ob. Cit. p.53.

43 MONROY CABRA, Marco. Ob. Cit. p.297.

fáctico acusado, sino que además debe respetarse en cuanto a los hechos por los cuales el acusado fue intimado y puesto en conocimiento como los que se siguen en su contra. Sobre este punto destaca ROXIN al señalar que el Tribunal en su sentencia “sólo puede juzgar sobre el “hecho” circunscrito por el auto de apertura. Si, p. ej., durante el juicio oral el acusado confiesa que ha cometido otros hechos no mencionados en el auto de apertura, el tribunal no está autorizado a juzgar inmediatamente por esos hechos. Antes bien, para ello necesita de una nueva acusación de la fiscalía.”⁴⁴

Lo anterior significa que la representación del Ministerio Público una vez formulada su acusación de conformidad con los hechos por los cuales indagó al encartado, no podrá variar la acusación incluyendo hechos que resulten nuevo o sorprendidos, y en consecuencia el Tribunal no podrá admitir estos nuevos hechos sin que el imputado tenga derecho a un juicio justo sobre los mismos, lo que evidentemente incluye el respeto a todas las garantías que integran el debido proceso.

De la misma forma, el tribunal penal deberá resolver si se declara con lugar la querrela y la acción civil si estas se hubiesen presentado válidamente, quedando limitado por ejemplo a no poder condenar en lo civil a pesar de que considere pertinente en el caso concreto la reparación económica del daño causado, si no se ha interpuesto accesoriamente al proceso penal la acción civil resarcitoria.

BIBLIOGRAFÍA

Bolaños González, Mireya: Naturaleza Jurídica de las Sanciones en el Sistema Penal de Responsabilidad del Adolescente. Revista Cenipec. 20. 2001. Enero - Diciembre. Venezuela.

Burgos Mata, Álvaro: Manual de Derecho Penal Juvenil. Editorial Jurídica Continental, San José, 2011.

Burgos Mata, Álvaro: Quince Años de Vigencia de la Legislación Penal Juvenil en Costa Rica. En: Quince años de vigencia de la legislación penal juvenil en Costa Rica, lecciones aprendidas. Defensa de Niñas y Niños Internacional, San José 2011.

Burgos Mata, Álvaro. Segundas Oportunidades en materia Penal Juvenil. Editorial Sapiencia, San José 2007.

Burgos Mara, Álvaro. La Pena Sin Barrotes en la Jurisdicción Penal Juvenil. Editorial Investigaciones Jurídicas, 2007

Burgos Mata, Álvaro. Las Sanciones Aplicables a las Personas Menores de edad en la ley de responsabilidad penal del menor de España y en la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica. Revista de Ciencias Jurídicas, No. 106. Universidad de Costa Rica. San José. 2005

Cillero Bruñol, Miguel: El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En: Infancia, Ley y Democracia en América Latina. Editorial Temis, Buenos Aires, 1998

Llobet Rodríguez, Javier. Once años de jurisprudencia en la justicia penal juvenil costarricense. En: Humanismo y Derecho Penal, Editorial Jurídica Continental, San José, 2007.

44 ROXIN, Claus. Ob. Cit. p.416.

Llobet Rodríguez, Javier. Justicia Restaurativa en la justicia penal juvenil. Estudios sobre Justicia Penal. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.

Maier (Julio). Derecho Procesal Penal. Editorial del Puerto Buenos Aires. 1996.

Ortiz Álvarez, Ricaurte. La Fundamentación de la Sentencia en el Proceso Abreviado: problema de Constitucionalidad. Tesis para optar por el grado de Licenciado en Derecho. San José. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica. 1999.

Tapia Parreño, Jaime: La Determinación de la Pena y la Elaboración de la Sentencia en la Jurisdicción Penal Juvenil. En: Textos de apoyo jurídico, número 13, Proyecto de Fortalecimiento de Capacitación Inicial y Continua de Operadores Jurídicos, San Salvador, 2006.

Tiffer, Carlos y otro. "La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica". Con jurisprudencia nacional. UNICEF- ILANUD – CE, San José, 1999

Tiffer Sotomayor, Carlos. Ley de justicia penal juvenil. Concordada y anotada, con exposición de motivos del proyecto de ley e instrumentos internacionales. Juricentro. San José, 1996.

Zapata López, Roxana; Cuarezma Terán, Sergio: Principios y garantías del proceso penal de adolescentes. Brevarios Jurídicos, editorial Hispamer, Managua, 2004.

LEYES Y CONVENCIONES:

Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica, número 7576.

Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad

JURISPRUDENCIA:

Tribunal de Casación Penal de San José, voto 781-F-97 de dicho Tribunal, de fecha 1 de octubre de 1997.

Tribunal de Casación Penal de San José, voto 2743-99, del 16 de abril de 1999.

Tribunal de Casación Penal de San José, resolución número 2000-00604, del 4 de agosto de 2000.

Tribunal de Casación Penal de San José, voto número 2008-0129 de las 15:20 horas del 8 de febrero del 2008.

DERECHO PENAL INTERNACIONAL

LA CORTE PENAL INTERNACIONAL Y EL PROPÓSITO COMÚN: ¿QUÉ TIPO DE CONTRIBUCIÓN ES REQUERIDA POR EL ARTÍCULO 25(3) (d) DEL ESTATUTO DE ROMA? ¹.

Kai Ambos^{2**}

Profesor de la Universidad de Göttingen, Alemania

El artículo 25(3)d del Estatuto de Roma todavía no ha sido objeto de mayor debate académico ni jurisprudencial.³ Sin embargo, los pocos autores que han intentado darle sentido a esta disposición han tenido serios problemas al hacerlo, razón por la cual se ha hecho merecedora de fuertes críticas.⁴ El presente texto no pretende abarcar todos los problemas del artículo 25(3)(d); éste se concentrará, después de algunas observaciones preliminares, en la calidad o naturaleza de la contribución exigida por esta norma. Otros aspectos relacionados con el artículo 25(3)(d) solo serán tratados en la medida que sean relevantes para este problema.

1. OBSERVACIONES PRELIMINARES: PRINCIPALES ASPECTOS DEL ARTÍCULO 25(3) (d) DEL ESTATUTO DE ROMA Y SU NECESARIA DELIMITACIÓN

El Art. 25(3)(d) constituye una copia casi literal de la disposición contenida en la Convención contra el Terrorismo de 1997⁵ y no tiene precedente en el derecho penal internacional ni en el derecho internacional

1 * Publicado en inglés en Stahn (ed.), *The Law and Practice of the ICC: A Critical Account of Challenges and Achievements*, Oxford: Oxford University Press, 2014, en proceso de publicación. Quiero agradecer a mi asistente de investigación Stefanie Kern por su importante apoyo. Traducción original de Carlos Augusto Gálvez Bermúdez, Bogotá, Colombia; revisión y correcciones por Gustavo Cote, LL.M. y doctorando en la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania); revisión intermedia y final por el autor.

Nota del traductor: Se ha hecho traducción libre de las citas textuales en inglés, pero a pie de página se han mantenido entre corchetes la versiones originales.

2 ** Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional en la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania); Juez del Tribunal Provincial (Landgericht) y Director del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL).

3 Véase las referencias a la jurisprudencia pertinente al caso A Kiss, "La contribución en la comisión de un crimen por un grupo de personas en la jurisprudencia de la Corte penal Internacional" *InDret* 14 (Abril 2013) 1, pp. 3-4 disponible en <www.indret.com> consultado el 10 Agosto de 2013. Con un resumen de la jurisprudencia de Derecho Penal Internacional que se ocupa del encubrimiento y ocultamiento de delitos, incluidas las recientes decisiones de la Corte Penal Internacional sobre la materia y la naturaleza jurídica de este tipo de comportamientos, véase MG Kearney, "Any Other Contribution? Ascribing Liability for Cover-Ups of International Crimes" *Criminal Law Forum (CLF)*, 24, 2013, p. 331-64.

4 Tal vez la crítica más radical ha sido la de JD Ohlin, "Joint Criminal Confusion", *New Criminal Law Review (NCLR)*, 2009, 12 p. 406 argumentando que es "casi imposible pensar en una interpretación holística"[nearly impossible to devise a holistic interpretation] de la disposición y que por lo tanto debe ser revisada, en pp.406, 408, 410. También críticamente A Eser, "Individual Criminal Responsibility" en A Cassese et al. (ed.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford University Press, 2002, p. 803; C Burchard, "Ancillary and neutral Business Contributions to "Corporate-Political Crime", *Journal of International Criminal Justice (JICJ)*, 2010, 8 pp. 919, 942.

5 Art 2(3)(c) de la convención Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas Cometidos con Bombas, UN Doc. A/RES/52/164 (1997), 2149 UNTS 256. Cf Eser (n 2) p. 802; véase también K Ambos, "Article 25" en O Triffterer (ed), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2ª edición, Beck, 2008, número marginal (mn) 24.

consuetudinario.⁶ Dicha disposición representa un compromiso que trata de combinar la fuerte oposición de las delegaciones estatales frente a cualquier tipo de responsabilidad anticipada, organizacional o colectiva, con la necesidad de tener una forma de participación individual en empresas criminales grupales, lo cual está en consonancia con los principios de legalidad y culpabilidad.⁷

Teniendo en cuenta la historia y la redacción del párrafo (d), es posible afirmar que dicha disposición no abarca ninguna forma de responsabilidad por conspiración *-conspiracy-* ni por la pertenencia a una organización. Con relación a la conspiración, se debe decir, que al contrario de las disposiciones incluidas en los proyectos de códigos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI) de 1991 y 1996, es evidente que el párrafo (d) del Estatuto de Roma requiere la *participación directa* en un delito de competencia de la Corte Penal Internacional (CPI), el cual debe ser cometido por lo menos en grado de tentativa.⁸ A partir de una simple interpretación literal, es claro que el párrafo (d) no incluye ninguna forma anticipada de responsabilidad, excluyendo figuras como el caso clásico de conspiración, donde el solo acuerdo de voluntades⁹ para cometer un crimen es castigado, independientemente de su eventual ejecución.¹⁰

En cuanto a la responsabilidad penal por la mera pertenencia a una organización criminal o terrorista, es evidente que el texto del párrafo (d) no contempla este tipo de responsabilidad, sino que, por el contrario, requiere una *contribución concreta* a la ejecución del delito o al intento de ejecución. Los redactores del Estatuto claramente optaron por un modelo de responsabilidad *individual*, es decir, un modelo de imputación en el que la *contribución individual* al resultado criminal es el *requisito indispensable* de cualquier tipo de responsabilidad penal. De hecho, los redactores del Estatuto de Roma no siguieron lo dispuesto en el artículo 10 del Estatuto del Tribunal Militar Internacional para Nuremberg (TMIN),¹¹ en el que se establecía la pertenencia a una organización como fundamento de la responsabilidad penal. Esta norma fue utilizada para criminalizar las conductas de miembros de la SS y otras instituciones nazis declaradas criminales por el TMIN y no reflejaba el derecho internacional consuetudinario de la época ni creó las bases para el desarrollo posterior de una norma semejante.¹² Si bien los ordenamientos nacionales normalmente contemplan figuras para este tipo de responsabilidad por asociación,¹³ el derecho penal internacional

6 G Werle, *Principles of International Criminal Law*, 2ª edición, Asser Press, 2009, pp. 184; G Werle, *Völkerstrafrecht*, 3ª edición, Mohr Siebeck, 2012, p. 242.

7 Véase en general sobre estos principios en Derecho Penal Internacional (DPI) K Ambos, *Treatise of International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, Oxford University Press, 2013, pp. 87 y ss.

8 Esto se desprende claramente de los trabajos preparativos [travaux préparatoires], véase P Saland, "International Criminal Law Principles" en RS Lee (ed), *The ICC, The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results*, Kluwer International Law, 1999, pp. 199 y ss.. El diplomático sueco Per Saland fue presidente del Grupo de Trabajo 3 sobre Principios Generales durante la Conferencia de Roma; este autor fue miembro de ese grupo de trabajo como parte de la delegación Alemana.

9 [Meeting of minds]

10 Véase Eser (n 3) p. 802 y Ambos (n 3) p. 24.

11 Estatuto del Tribunal Militar de Nuremberg (reimpreso en el *American Journal of International Law (AJIL)*, 39, 1945, Sup.259). El Art. 10 dice: "In cases where a group or organization is declared criminal by the Tribunal, the competent national authority of any Signatory shall have the right to bring individuals to trial for membership therein before national, military or occupation courts. In any such case the criminal nature of the group or organization is considered proved and shall not be questioned." (énfasis fuera del texto). El Estatuto del Tribunal Internacional para el Lejano Oriente (reimpreso en N Boister and R Cryer (eds), *Documents on the Tokyo International Military Tribunal: Charter, Indictment and Judgments*, Oxford University Press, 2008, pp. 7-11) no contiene dicha prohibición.

12 cf K Ambos, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts* (2nd edn, Duncker & Humblot 2004) pp.103; A Cassese, *International Criminal Law*, 2ª edición, Oxford University Press, 2008, pp. 34.

13 Véase por ejemplo el Art. 278 del Código Penal de Austria; ss 129, 129a del Código Penal Alemán (*Strafgesetzbuch*); s 11 UK Terrorism Act, disponible en <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/11/contents>> consultado el 29 de Agosto del 2013; Art. 416 del Código Penal Italiano ("Quando tre o più persone si associano allo scopo di commettere più delitti, coloro che promuovono o costituiscono od organizzano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da tre a sette anni. Per il solo fatto di partecipare all'associazione, la pena è della reclusione da uno a cinque anni."); Art. 68(a) del Código Penal de Botswana ("Any person who is a member of an unlawful society is guilty of an offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding seven years."); y el Art. 288 del Código Penal Brasileño ("Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha

moderno, representado por el Estatuto de Roma, no lo hace por respeto al principio de culpabilidad. De la interpretación literal del artículo 25(3)(d) se deduce entonces, que “cualquier persona” (numeral 3) que contribuye al crimen de un grupo incurre en responsabilidad penal. Esa persona no debe necesariamente pertenecer al grupo; de hecho la no pertenencia al grupo u organización no excluye la responsabilidad. De este modo, tanto miembros como no miembros del grupo respectivo pueden incurrir en responsabilidad penal, si realizan la contribución requerida y si cumplen con los demás requisitos.¹⁴

La responsabilidad con base en la *empresa criminal conjunta* (ECC) únicamente puede ser comparada con el párrafo (d) con relación al elemento del propósito común. Con relación a este tema, la Sala de Cuestiones Preliminares en el caso Lubanga, al igual que la Sala de Primera Instancia en el caso Katanga han estado en lo correcto.¹⁵ Sin embargo, el párrafo (d) no refleja completamente una forma de responsabilidad basada en el propósito común,¹⁶ la cual le da prevalencia al elemento colectivo (propósito común) sobre el individual (contribución individual).¹⁷ De hecho, como se dijo previamente, en el contexto del párrafo (d) es requerida una contribución individual concreta, razón por la cual este párrafo contempla una forma de asistencia en la comisión de un crimen de grupo.¹⁸ Adicionalmente, el elemento subjetivo de la ECC, especialmente en su forma extendida o ECC III, es también diferente al exigido por el párrafo (d).¹⁹

Para finalizar estas observaciones preliminares se deben hacer algunas reflexiones sobre los principales *elementos* que permiten *delimitar* el párrafo (d) de los párrafos (a) y (c) del artículo 25(3). En el párrafo (a) se incluye la coautoría como forma relevante de perpetración. En este caso, los elementos objetivos que exige esta disposición permiten diferenciar esta forma de responsabilidad de lo dispuesto en el párrafo (d): Mientras que la coautoría requiere dominio (conjunto) del hecho, lo que supone la

ou bando, para o fim de cometer crimes: Pena - reclusão, de um a três anos”; véase la interpretación dominante de los Arts. 250 a 359-H en LR Prado, Curso de Direito Penal Brasileiro, vol 3, Parte Especial, 6ª edición, Revista dos Tribunais, 2010, pp. 189-90: “Não é necessário que a quadrilha ou bando tenha cometido algum delito para que o delito se concretise; pune-se o simples fato de se figurar como integrante da associação.”; véase también el Art. 2 de la reciente ley Brasileña No. 12.850 del 2 de Agosto de 2013, disponible en <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm> consultado el 29 Agosto 2013).

- 14 Véase también *Prosecutor v Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10, *Decision on the Confirmation of Charges*, párr. 272 ff (275) (16 de Diciembre del 2011); *Prosecutor v Germain Katanga*, No. ICC-01/04-01/07-3436, *Trial Chamber Judgment*, párr. 1631 («...que l'accusé appartient au groupe ... ne constitue pas un élément déterminant ...») (7 de Marzo del 2014); En el mismo sentido y con una interesante discusión *Ohlin* (n 2) pp. 410-16; también *Kiss* (n 1) p. 26 y ss. (enfocado en una interpretación literal); previamente *Ambos* (n 5), p. 168.
- 15 *Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, *Decision on the Confirmation of Charges*, párr 335: “... closely akin to the concept of joint criminal enterprise or the common purpose doctrine adopted by the jurisprudence of the ICTY ...” (29 Enero 2007).); *Katanga* (n12), párr. 1625 (refiriéndose al criterio desarrollado por el TPIY, en particular sobre el mismo “propósito común”. Con una estructura similar véase *Ohlin* (n 2), pp. 408-9 “teorías alternativas para establecer complicidad en criminalidad colectiva”[alternative theories for establishing complicity in collective criminality].
- 16 Como se sugirió erróneamente por la Fiscalía en el Caso *Mbarushimana*, cf Ms. Solano, *Transcript*, ICC-01/04-01/10-T-7- Red-ENG WT 19-09-2011 1-86 NB PT, 42 line 12; véase también *ibid*, 33 línea 18. 35 línea 11 a 38 línea 15. Véase también *AK Heyer*, *Grund und Grenze der Beihilfesträfbarkeit im Völkerstrafrecht*, *Institute for International Peace and Security Law*, 2013, p. 452, 513 explicando convincentemente, que mientras que el propósito común del párrafo (d) se refiere al acto colectivo (*Gesamtat*) que llevará a cabo el grupo, el propósito común de la ECC se refiere al objetivo común de las personas que forman parte de la empresa criminal.
- 17 En el mismo sentido *Katanga* (n 12), párr. 1619 argumentando que en virtud del artículo 25(3)(d) el acusado sólo es responsable por los crímenes a los que él contribuyó (‘...uniquement des crimes à la commission desquels il aura contribué.’), y no por todos los realizados por la ECC.
- 18 Cf *Ambos*, (n 3) mn. 45; conc. L Yaneva and T Kooijmans, “Divided minds in the Lubanga Trial Judgement: A case against the joint control theory”, *International Criminal Law Review* (ICLR) 2013, 13, p. 789, 802.
- 19 Para analizar la discusión al respecto véase *K Ambos*, “Joint criminal enterprise and command responsibility”, *JICJ* 5 (2007), p. 159, 173; *id.* (n5) p. 172-4; *Ohlin* (n 2) 414-15 quien también esta de acuerdo con que la ECC no cabe en el párrafo (d). Véase también *Heyer* (n 14) p. 125 y ss.

capacidad para frustrar la comisión cuando alguno de los autores omite su aporte,²⁰ en el párrafo (d) no se evidencia un estándar objetivo tan alto, por lo que sirve de modelo residual de responsabilidad, como una especie de complicidad, en la que la influencia de los partícipes es insuficiente para frustrar la comisión del crimen.²¹

Las diferencias con la complicidad prevista en el párrafo (c) -*aiding and abetting*- son más complicadas de tratar. La diferencia más obvia entre estas formas de responsabilidad accesoria es la relativa al elemento subjetivo, ya que el párrafo (c) exige que la contribución se realice con el *propósito de facilitar* la comisión de un crimen. Es decir que se requiere más que una intención general, a diferencia de lo que ocurre con el párrafo (d).²² En el plano objetivo, el párrafo (d) hace referencia a “la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común”. Al mencionar una finalidad común (del grupo) el párrafo (d) marca entonces una diferencia importante con el párrafo (c), el cual tiene un enfoque exclusivamente individual.²³ De hecho, es justo decir que si bien el párrafo (c) criminaliza la asistencia o ayuda individual a actos individuales o específicos, el párrafo (d) se refiere a la asistencia individual a un crimen colectivo en el sentido de un hecho global (*collective or global act, Gesamttat*).²⁴ Esto llevó a que el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY) en *Furundzija* confirmara la distinción entre las conductas previstas en el párrafo (c) (facilitar, encubrir o colaborar) y la participación en un plan criminal común como: “dos categorías separadas de responsabilidad para la participación criminal”.²⁵ Esto, por supuesto, plantea la cuestión de si la contribución individual que es requerida en ambas disposiciones debe ser entendida de forma idéntica. Esta es justamente la cuestión que se trata en este texto: El párrafo (d) exige, al menos, una contribución (*contributes*) a la comisión (como mínimo en

20 Para más detalles véase *Ambos* (n 5) p. 15 y ss. La subyacente teoría del dominio del hecho, recientemente ha sido objeto de una excelente crítica de carácter moderado, véase JD Ohlin, E v Sliedregt and T Weigend, ‘Assessing the control theory’, (2013) 26 LJIL p. 725 (debatiendo respecto de la coautoría, a favor de un concepto mixto objetivo-subjetivo que tenga en cuenta distintos factores, en 730-4); menos convincente Yaneva and T Kooijmans (n 15), p. 789 y ss. (al final termina defendiendo un enfoque subjetivo –proposito común, en p. 827). En cualquier caso la teoría del dominio del hecho puede ser considerada como la posición mayoritariamente dominante en la jurisprudencia tras la reciente reiteración en *Katanga* (n12), párr 1382, 1393 y ss.; con opinión disidente de carácter minoritario la Juez Van Den Wyngaert, párr 279-81. La posición mayoritaria, en los párrafos 1393-5, la consideran objetiva y subjetiva al mismo tiempo, lo cual constituye ‘seul critère ... pour permettre de distinguer entre les auteurs d’un crime et les complices’, encuadrando perfectamente en el Artículo 25(3) (‘le plus conforme à l’article 25’) y haciendo una distinción entre las diferentes formas de participación posibles (‘rendre opérationnelle la distinction entre les auteurs d’un crime et les complices’); por esa razón la Sala reiteró la aplicación de esa teoría (párr. 1382 [‘... il n’y a pas lieu de s’écarter de l’interprétation ... fondée sur la théorie du contrôle sur le crime.’], párr. 1396 [‘... entend donc retenir le critère du contrôle.’]). La Sala aplicó esta teoría para definir a los autores (‘auteurs’) como las personas ‘qui ont un contrôle sur la commission dudit crime et qui ont connaissance des circonstances de fait leur permettant d’exercer ce contrôle’ (párr. 1396) y al autor mediato (‘auteur indirect’) como ‘celui qui a le pouvoir de décider si et comment le crime sera commis dans la mesure où c’est lui qui en détermine la perpétration’ [ibid., el énfasis del original fue omitido] mientras que el cómplice (‘cômplice’) ‘n’exerce pas un tel contrôle’ (ibid.).

21 Para este acertado punto de vista, véase *Lubanga* (n 12) párr. 337; véase también *Prosecutor v William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang*, ICC-01/09-01/11, *Decision on the Confirmation of Charges*, párr. 354 (with respect to Joshua Arap Sang) (23 de Enero del 2012); en el mismo sentido *Katanga* (n 12), párr. 1618 (‘complicité résiduel’), 1633 (‘... crime ne doit pas nécessairement dépendre de cette contribution ni même être conditionnée par celle-ci.’).

22 Véase H Vest, «Business Leaders and the Modes of Individual Criminal Responsibility under International Law», JICJ, 2010, 8 pp. 851, quien (también) refiere el paragrafo (d) como una ‘rescue clause’ con relación al paragrafo (c). Véase también *Lubanga* (n 13) párr. 337 y *Ambos* (n 3) mn 26 y 45.

23 Es motivo de controversia el considerar si el propósito común del grupo también puede ser per se lícito pero el grupo utiliza medios ilícitos para conseguir su objeto final (en este sentido *Katanga* (n 12), párr. 1627 [‘... groupe ne doit pas non plus poursuivre un objectif uniquement criminel pas plus qu’il n’est exigé que son objectif final soit criminel...’]) o si el propósito común debe ser exclusiva o predominantemente criminal (en este sentido Van den Wynagaert (n 12), párr. 286 [‘... criminal component ... inherent part of the common plan ...’]). Esto nos recuerda una discusión similar respecto del elemento de “plan común” del Artículo 25(3)(a) 2nda alternativa, cf. *Ambos* (n 5) p. 152.

24 En el mismo sentido Cassese (n 10) p. 213; véase recientemente también a Heyer (n 14) pp. 451, 453 (quien considera estos actos colectivos como condiciones objetivas de punibilidad); con las mismas conclusiones Yaneva and T Kooijmans (n 15), p. 802.

25 [Two separate categories of liability for criminal participation]; *Prosecutor v Furundzija*, IT-95-17/1-T, *Trial Judgement*, párr. 216, 249 (10 Diciembre de 1998).

grado de tentativa) colectiva del crimen.²⁶ Además, esa contribución debe ser intencional. De esta forma, un nexo doble, objetivo-subjetivo, debe conectar la contribución con el resultado delictivo. Pero, ¿qué clase de contribución objetiva se requiere exactamente?.²⁷

2. LA CUESTIÓN CLAVE: ¿QUÉ TIPO DE CONTRIBUCIÓN OBJETIVA ES REQUERIDA?

En cuanto a la definición del término “contribución” en el contexto del párrafo (d) se deben distinguir dos cuestiones. En primer lugar, *la naturaleza fáctica* de dicha contribución con relación a su relevancia/ impacto en el crimen principal y, en segundo lugar, su *naturaleza jurídica* (su legalidad o ilegalidad). Por razones metodológicas, estas dos problemáticas se discutirán por separado.

2.1 LA NATURALEZA FÁCTICA DE LA CONTRIBUCIÓN

La naturaleza fáctica de la contribución ha sido objeto de recientes discusiones en la jurisprudencia. La CPI, Sala de Cuestiones Preliminares I, trató a fondo por primera vez el párrafo (d) en el Caso *Mbarushimana*²⁸ y lo comparó con la figura estructuralmente similar de la ECC. Si bien la Sala de Cuestiones Preliminares I admitió que éstos son dos modelos de responsabilidad distintos, el hecho de que ambos se centren en formas de criminalidad grupal, fue suficiente para que la Sala considerara que se debe aplicar el mismo estándar de la ECC al párrafo (d), es decir que la contribución debe ser siempre significativa.²⁹ La Sala argumentó que no puede ser cualquier tipo de contribución, por lo que empleó el estándar (contribución) “*significativa*”³⁰ como umbral mínimo de gravedad, “por debajo del cual no se genera responsabilidad”.³¹ Como resultado, la contribución debe “ser al menos significativa”.³² En cuanto al análisis concreto de una contribución como “significativa”, la Sala de Cuestiones Preliminares propuso un análisis caso por caso de la conducta, el cual se debe realizar teniendo en cuenta el contexto en el que ésta tuvo lugar, con base en distintos factores.³³ En este caso, la Sala de Cuestiones Preliminares I -con voto disidente del Juez Monageng-³⁴ sostuvo que los actos del acusado no representaban aportes significativos respecto

26 De conformidad con una lectura literal del párrafo (d), la contribución va dirigida a la comisión (tentativa), y no directamente al crimen (de forma ambigua *Mbarushimana* (n 12) párr. 285: ‘contribuciones a la del crímenes consumados o tentados; inconsistentemente *Katanga* (n 12), por un lado refiere a la comisión [por ejemplo párr. 1632] y por otro directamente al crimen [por ejemplo párr. 1635]). Como consecuencia no debe existir un nexo causal entre la contribución y el crimen (cf *Kiss* (n 1) pp.14, 31).

27 Respecto de los demás requisitos (subjetivos) del artículo 25(3)(d) véase *Ambos* (n 5) pp. 168-169 y ahora *Katanga* (n 12), párr. 1637 y ss. Si se argumenta que la intención requerida solamente se refiere al acto de contrubir como tal, y no a la comisión (tentativa) del crimen, ese crimen (tentativa) se convierte en un condición objetiva de punibilidad (‘objektive Bedingung der Strafbarkeit’) que no necesitaría ser objeto del elemento subjetivo (cf *Burchard* (n 2) p.943). *Crit. Heyer* (n 14) p.123 quien, sin embargo, como ya se ha dicho (n 20), claifica el crimen colectivo (*Gesamttat*) por sí mismo como una condición objetiva (p.452).

28 *Mbarushimana* (n 12) párr. 268 ss.

29 *Mbarushimana* (n12) párr. 280-82.

30 [Significance]

31 [Below which responsibility (...) does not arise]; *Mbarushimana* (n 12) para. 283. Respecto de este estándar en relación con la ECC, recientemente RC DeFalco “Contextualizing Actus Reus under Article 25(3)(d) of the ICC Statute” JICJ, 2013, 5, pp. 715, 718 y ss. (poco claro al hablar de “la inherente naturaleza contextual de la palabra ‘significante’”[‘inherently contextual nature of the word “significant”’], p.721).

32 [“Be at least significant”]; *ibid*; también párr. 285: “la persona debe aportar una contribución significativa (...)”.

33 *Mbarushimana* (n 12) párr. 284: ‘(i) the sustained nature of the participation after acquiring knowledge of the criminality of the group’s common purpose, (ii) any efforts made to prevent criminal activity or to impede the efficient functioning of the group’s crimes, (iii) whether the person creates or merely executes the criminal plan, (iv) the position of the suspect in the group or relative to the group and (v) perhaps most importantly, the role the suspect played vis-à-vis the seriousness and scope of the crimes committed’.

34 *Mbarushimana* (n 12), opinión disidente del Juez Monageng, párr. 39 y ss. (argumentando que los crímenes cometidos por los soldados de la FDLR pueden ser imputados al círculo de líderes, incluyendo a *Mbarushimana*, paras 56ff, 65ff, quien contribuyó en los crímenes de los soldados “by encouraging them to stay in their ranks, continue the military efforts and remain faithful to the FDLR’s goal ...”, párr. 101, 134-35).

de los crímenes atribuidos al *Forces Démocratiques de la Libération du Rwanda* (FDLR) en la República Democrática del Congo (RDC).³⁵ Estos actos consistían básicamente en las notas de prensa y la dirección de campañas en los medios de Francia, realizados por el procesado en su ejercicio como secretario general de las Fuerzas Democráticas para la Liberación de Ruanda (FDLR).

En el caso contra Katanga la sala de Primera Instancia adoptó esencialmente el mismo enfoque que la Sala de Cuestiones Preliminares en Mbarushimana. Aquella también exigió una “contribución significativa”, la cual debe ser analizada “crimen por crimen”³⁶ de acuerdo a las particularidades de cada caso.³⁷ Según la Sala de Primera Instancia, una contribución es “significativa” si influye en la comisión del delito, es decir, en su consumación y forma de perpetración,³⁸ aunque el crimen no dependa de la contribución o esté condicionado por ella.³⁹ La contribución puede ayudar entonces a los autores u otros partícipes en un sentido objetivo o subjetivo.⁴⁰ Sin embargo, no se necesita un “vínculo directo”⁴¹ entre la conducta del cómplice, es decir la contribución, y la conducta (principal) de los autores materiales del delito⁴² ni de una proximidad espacial entre el cómplice y el crimen.⁴³

Con base en estos pronunciamientos es posible afirmar, que no solamente la Sala de Cuestiones Preliminares en el caso Mbarushimana, sino también la Sala de Primera Instancia en el caso Katanga, impulsados por un enfoque liberal basado en la culpabilidad, han tratado de evitar una interpretación excesivamente amplia del elemento “contribución” del artículo 25(3)(d). Sin embargo, no es claro si esto pone a este requerimiento en el mismo nivel que la contribución sustancial requerida en el contexto del parágrafo (c). Por un lado, la Sala de Cuestiones Preliminares en el caso Mbarushimana afirma con relación a los párrafos (b) y (c) “que pueden comprender una contribución sustancial al crimen”;⁴⁴ mientras que, por otro lado, se sugiere implícitamente que el estándar según el cual la contribución debe ser significativa es menor que el de la contribución sustancial.⁴⁵

En contraste, la Sala de Cuestiones Preliminares II en Kenia, en relación con Joshua Arap Sang, sostuvo explícitamente que “el parágrafo (d) se satisface con menos que una contribución sustancial”.⁴⁶ Esta interpretación se justificó con el carácter residual -‘*catch all*’ character- del parágrafo (d) y con la expresión “de algún otro modo” incluida en esta disposición.⁴⁷ En este caso, la Sala confirmó los cargos contra Sang por la difusión de mensajes de odio y noticias falsas a través de Kass FM, una emisora de radio regional, lo cual empeoraba la atmósfera de violencia.⁴⁸

35 *Mbarushimana* (n 12) párr. 303, 315, 320, 339.

36 [Crime para crime]; *Katanga* (n12), párr. 1632.

37 *Katanga* (n 12), párr. 1634.

38 *Katanga* (n 12), párr. 1632 (‘... de nature à influencer sur la commission du crime ...’) y 1633 (‘...influé soit sur la survenance du crime soit sur la manière dont il a été commis, soit sur les deux.’).

39 *Katanga* (n 12), párr. 1633 (‘... ne doit pas nécessairement dépendre de cette contribution ni même être conditionnée par celle-ci.’).

40 *Katanga* (n 12), párr. 1635 (‘... apportée à une personne qui soit ou non auteur du crime...’, ‘...rèliée soit aux éléments matériels des crimes (...) soit à leurs éléments subjectifs.’).

41 [Direct link]

42 *Katanga* (n 12), párr. 1635 (‘...il n’est pas nécessaire d’établir un lien direct entre le comportement du complice et celui de l’auteur matériel.’).

43 *Katanga* (n 12), párr. 1636 (‘...proximité avec le crime n’est pas un critère pertinent.’).

44 [That a substantial contribution to the crime may be contemplated]; *Mbarushimana* (n12) párr. 279.

45 *Mbarushimana* (n 12) párr. 282 (discutiendo la ECC y sosteniendo que dicha figura exige “un estándar más bajo que el de instigar, planear y cooperar...” [“a lower threshold of contribution than aiding and abetting...”]).

46 [Subparagraph (d) is satisfied by a less than “substantial” contribution]; *Ruto, Kosgey and Sang* (n 19) párr. 350 ss., 354 (quoting this author in n 560 in support of this restrictive view held in *Triffterer* (n 3) mn 25).

47 *Ruto, Kosgey and Sang* (n 19) párr. 354.

48 *Ibid.*, (n 19) párr. 355.

La mayoría de la Sala de Apelaciones rechazó la apelación de la Fiscalía contra la falta de confirmación de cargos, pero no dijo nada sobre la naturaleza de la contribución, aduciendo razones de procedimiento.⁴⁹ Sin embargo, en un voto particular, la juez argentina Fernández de Gurmendi cuestionó la exigencia de una contribución significativa, con el argumento de que dicho estándar implica una diferencia con relación a la evidencia adicional que puede ser llevada por el Fiscal en virtud del artículo 61(8) del Estatuto.⁵⁰ Con relación al tema objeto de análisis, ella argumentó que la expresión “de algún otro modo” implica que “no debe haber un umbral mínimo o nivel de contribución”.⁵¹ Además, afirmó que la referencia de la Sala de Cuestiones Preliminares al umbral de gravedad del artículo 17(1)(d) estaba fuera de lugar, debido a que este aspecto sólo es relevante en relación con el procedimiento de admisibilidad;⁵² de forma similar sostuvo, que la comparación con la ECC era irrelevante, ya que dicha figura no tiene ninguna base en el Estatuto de la CPI.⁵³ Por último, la juez no vio la inclusión del adjetivo “significativa” como una solución a los problemas planteados por las llamadas “contribuciones neutrales”, es decir, aquellas contribuciones que se podrían hacer por cada propietario, tendero, proveedor de servicios, secretaria, portero o incluso cada contribuyente de impuestos, que de una manera u otra puede contribuir causalmente a un crimen de grupo.⁵⁴ Más adelante se volverá sobre esta cuestión.

En resumen, es posible afirmar que no hay acuerdo sobre la relación jerárquica entre las formas de participación previstas en el artículo 25(3), incluyendo los párrafos (c) y (d),⁵⁵ ni respecto al grado o quantum de la contribución requerida por el literal (d). En cuanto a la última cuestión se tienen tres posibilidades: una contribución sustancial en el sentido del párrafo (c), una contribución “significativa”, o una contribución menor a una contribución sustancial/significativa.⁵⁶ Estas tres posibilidades, sin embargo, se basan en dos supuestos que requieren mayor atención. En primer lugar se asume que la asistencia o ayuda ordinaria en el sentido del párrafo (c) requiere de una contribución “sustancial”.⁵⁷ Esto parece plausible, ya que los principios de culpabilidad y de *ultima ratio* (de mínima intervención del derecho penal)⁵⁸ exigen un umbral mínimo para incurrir en responsabilidad penal internacional⁵⁹. Esta interpretación se desprende también del análisis de los borradores de la CDI y de la consolidada jurisprudencia de los

49 *Rosecutor v Callixte Mbarushimana*, ICC-01/04-01/10, *Judgment on the Appeal of the Prosecutor against the Decision of Pre-Trial Chamber I del 16 Diciembre de 2011*, párr. 65-69 (argumentando que incluso si la Sala de Cuestiones Preliminares se hubiese equivocado respecto a la importancia de la contribución, esto no habría afectado materialmente la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares, puesto que el elemento del grupo del Art. 25(3)(d) no era claro y puesto que el Sr. Mbarushimana no contribuyó en absoluto a los presuntos delitos, y, por lo tanto, entrar a ese punto llevaría a “una discusión puramente académica” [a purely academic discussion]) (30 de Mayo del 2012).

50 *Mbarushimana* (n 47), con opinión separada de la Juez Fernández de Gurmendi, párr. 5-15, p. 5.

51 [There should not be a minimum threshold or level of contribution]; *ibid.*, párr. 8-9.

52 *Ibid.*, párr. 10; véase también *Kiss* (n 1) pp.15-16.

53 *Ibid.*, párr. 14; en un sentido similar *Kiss* (n 1) pp.18.

54 *Ibid.*, párr. 11-12.

55 En favor de una jerarquía *Prosecutor v. Lubanga*, No. ICC-01/04-01/06-2842, *Trial Chamber Judgment*, párr. 996 y ss. (14 de Marzo del 2012); *Mbarushimana* (n 12) párr. 279; *Ruto, Kosgey and Sang* (n 18) párr. 354; en el mismo sentido *Werle* (n 4), mn. 449; *Kiss* (n 1) p.16; contra *Lubanga*, *ibid.*, opinión separada del Juez Fulford, párr. 8 ss.; *Prosecutor v. Ngudjolo*, No. ICC-01/04-02/12-3, *Judgment*, opinión concurrente del Juez Van den Wyngaert, paras. 22 y ss. (18 de Diciembre del 2012); *Katanga* (n12), párr. 1386 con nota. 3185 (Distinguir entre las distintas formas de participación del Artículo 25(3) y su jerarquía basada en el valor y la culpa entre esas distintas formas de participación, lo cual es rechazado en distintas oraciones: ‘la distinction proposée entre la responsabilité de l’auteur du crime et celle du complice ne constitue en aucun cas une « hiérarchie de culpabilité » pas plus qu’elle n’édicté, même implicitement, une échelle des peines.’ [nota omitida]); críticamente también *Ohlin, van Sliedregt and Weigend* (n17) p.740 y ss. Para ver la estructura general del Artículo 25 (3) *Ambos* (n 5) 145 y ss.

56 Esta última postura no necesita de ninguna calificación de la contribución y tendría que extraer un umbral mínimo a partir del término “contribución” en sí mismo, en este sentido *Kiss* (n 1) 15 y ss.

57 Véase previamente *Ambos* (n 3) mn 17-18; véase también *W Schabas, The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, 2010, 434 y ss.

58 Respecto al principio de *ultima ratio* como límite de criminalización de contribuciones empresariales, de carácter “auxiliar o neutral” [ancillary and neutral] a los denominados *core crimes* *Burchard* (n2) pp.933-34.

59 Esto se puede controvertir, ya que es posible afirmar que el principio de *ultima ratio* no afecta el umbral de la ilicitud *ni, por consiguiente*, el umbral mínimo para la contribución, puesto que sólo puede tener un impacto real en la sentencia definitiva.

Tribunales Ad-Hoc, en la que se ha definido la participación prevista en el artículo 25(3)(c) *-aiding and abetting-* a través del estándar (contribución) “sustancial”. En este contexto, una contribución se considera sustancial, “si el hecho criminal probablemente no hubiera ocurrido de la misma manera si alguien no hubiera actuado como de hecho lo hizo el sospechoso”.⁶⁰

El segundo supuesto se refiere al sentido del estándar de la contribución significativa y, por lo tanto, conduce al núcleo del tema aquí tratado. Curiosamente la jurisprudencia no se ha referido a la relación entre los estándares “sustancial” y “significativo”, aparte de asociar, de forma un tanto estereotipada, el primero con la contribución de los partícipes a los autores *-aiding and abetting-* y el segundo con la contribución en una ECC.⁶¹ Como se ha señalado, la Sala de Cuestiones Preliminares en Mbarushimana, al referirse al carácter “significativo” de la contribución con relación a la ECC, únicamente sugirió de manera implícita que dicho estándar exigía una contribución menor que el estándar “sustancial”, al decir que aquél requería “un umbral más bajo que el de la contribución al facilitar, encubrir o colabrar...”.⁶² Pero, ¿existe una diferencia relevante entre estos dos estándares? De hecho, en lugar de discutir sobre una posible diferencia, la CDI y la jurisprudencia de los Tribunales Ad-Hoc han acudido reiteradamente al calificativo “significativo” para definir el estándar “sustancial”. De este modo, el artículo 2(3)(d) del Proyecto de Código de la CDI de 1996 requiere (respecto a la complicidad *-aiding and abetting-*) que cualquier contribución sea “directa y sustancial”; más aun, se ha afirmado que la contribución respectiva debe facilitar la comisión de un crimen en “una manera significativa”.⁶³ El TPIY adoptó estos mismos criterios en Tadić⁶⁴ y en varias decisiones el Tribunal ha utilizado el término “significativo” para definir el término “sustancial”.⁶⁵ El Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) ha adoptado el mismo enfoque.⁶⁶ Finalmente, mientras en la Sentencia del caso Katanga la Sala de Primera Instancia de la CPI no se ha referido explícitamente al adjetivo “sustancial”, su definición de “significativo”, en el sentido de tener influencia en la comisión del crimen, no es muy distinta del estándar (contribución) “sustancial” de la jurisprudencia de los demás tribunales.⁶⁷

En este contexto, es razonable suponer que no hay ninguna diferencia –o por lo menos no una diferencia importante(!)- entre los estándares “sustancial” y “significativo”. Lo que es claro en la jurisprudencia, sin embargo, es que las contribuciones mínimas –llamadas “infinitesimales” por la Sala de Cuestiones

60 [If the criminal act most probably would not have occurred in the same way had not someone acted in the role that the suspect in fact assumed]; *Prosecutor v Tadić*, IT-94-1-T, Opinion and Judgment, párr. 688 (7 de Mayo de 1997) [“if the criminal act most probably would not have occurred in the same way had not someone acted in the role that the suspect in fact assumed”]; para más jurisprudencia sobre el tema Ambos (n 5) p. 128 y ss.

61 Véase solamente *Prosecutor v Vasiljević*, IT-98-32-A, Appeals Chamber Judgment, párr. 102 (25 de Febrero del 2004); *Prosecutor v Gotovina and Markač*, IT-06-90-A, Appeals Chamber Judgment, párr. 149 (16 de Noviembre del 2012); *Prosecutor v Stanišić and Simatović*, IT-03-69-T, Judgment, párr. 1258, 1261 (30 de Mayo del 2013); *Prosecutor v Simba*, ICTR-01-76-A, Appeals Chamber Judgment, párr. 303 (27 de Noviembre del 2007); *Prosecutor v Zigiranyirazo*, ICTR-01-73-T, Judgment, párr. 383 (18 de Diciembre del 2008); *Prosecutor v Mpambara*, ICTR-01-65-T, Judgment, párr. 17 (11 de Septiembre del 2006).

62 [A lower threshold of contribution than aiding and abetting...]; Mbarushimana, como se cita en n 33.

63 ILC, 1996 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, Yearbook of the International Law Commission 1996, vol 2 (pt 2), 24 (para. 10).

64 n 58.

65 Véase por ejemplo *Furundzija* (n23) párr. 217 y ss., 233-34 (‘The suggestion made in the ... cases is ... that the acts of the accomplice make a significant difference...’ [233]; ‘The position under customary international law seems therefore to be ... that the assistance must have a substantial effect ...’ [234] [se añadió la cursiva]); *Prosecutor v Blagojević & Jokić*, IT-02-60-A, Appeals Chamber Judgment, párr. 195, 199 (9 de Mayo del 2007); *Prosecutor v Aleksovski*, IT-95-14/1-T, Judgment, párr. 61, 65 (25 de Junio de 1999); *Prosecutor v Krnojelac*, IT-97-25-T, Judgment, párr. 88, 89 (15 de Marzo del 2002); *Prosecutor v Vasiljević*, IT-98-32-T, Judgment, párr. 70 (29 de Noviembre del 2002).

66 *Prosecutor v Seromba*, ICTR-2001-66-I, Judgment, párr. 307-8 (13 de Diciembre del 2006) (con respeto al observador que aprueba el hecho); en el mismo sentido *Prosecutor v Bisengimana*, ICTR 00-60-T, Judgment, párr. 33, 34 (13 Abril 2006). Con relación a la Corte Especial para Sierra Leona (SCSL) ver *Prosecutor v Sesay et al*, SCSL-04-15-T, Judgment, párr. 268, 2115 (2 de Marzo del 2009); véase también *Prosecutor v Sesay et al*, SCSL-04-15-A, Appeals Chamber Judgment, párr. 687-88 (26 de Octubre del 2009) [‘An accused’s “significant” contribution may denote a lesser degree of impact on the crime than “substantial” contribution.’, 688, cita de pie de página omitida].

67 Comparar la definición dada en n 57 con el texto principal.

Preliminares en el caso *Mbarushimana*⁶⁸ – deben estar exentas de responsabilidad penal a pesar de poder ser subsumidas en los parágrafos (c) o (d). Incluso la Juez Fernández de Gurmendi, si bien rechaza el estándar “significativo”, no busca subsumir *cualquier* contribución –sin importar lo pequeña que sea– bajo el parágrafo (d). De hecho, ella no pasa por alto la cuestión de las contribuciones “infinitesimales”, pero la aborda como un problema (normativo) de la naturaleza jurídica de la contribución, es decir, “mediante el análisis de los nexos normativos y causales entre las contribuciones y el crimen”.⁶⁹ Sobre este punto se volverá más adelante. Por lo tanto, la única pregunta que queda es si debe haber una diferencia entre los parágrafos (c) y (d) en relación con el *quantum* de la contribución o si en este punto estas dos disposiciones deben ser tratadas de la misma manera. Hablando más concretamente, si para el parágrafo (c) es requerida una contribución “sustancial” -o dado el caso “significativa” - (que como se dijo, esta equiparación parece estar más allá de toda duda razonable), ¿se debe aplicar este estándar también al parágrafo (d), dejando de lado las otras diferencias entre estos dos parágrafos, especialmente las relacionadas con los requisitos subjetivos? o ¿debe ser requerida una contribución menor a la sustancial/significativa?

En otras oportunidades he sostenido que la expresión “de algún otro modo” supone el estándar objetivo más bajo entre las formas de atribución de responsabilidad previstas en el artículo 25,⁷⁰ lo cual implica un estándar menor para el parágrafo (d). De hecho, soy consciente que esta posición ha sido interpretada por otros autores en este mismo sentido.⁷¹ Sin embargo, tras reflexionar sobre ello, debo confesar que no veo una razón normativa que sea convincente para seguir defendiendo este punto de vista.⁷² Específicamente, ya no estoy convencido de que tal distinción puede basarse en la expresión “de algún otro modo” del parágrafo (d), por el simple hecho de que el parágrafo (c) utiliza un lenguaje muy similar (“*otherwise assists*”), el cual es prácticamente idéntico en la versión española (‘algún modo’ y ‘algún otro modo’).⁷³ Aparte de

68 *Mbarushimana* (n 12) párr. 277: “Without some threshold level of assistance, every landlord, every grocer, every utility provider, every secretary, every janitor or even every taxpayer who does anything which contributes to a group committing international crimes could satisfy the elements of 25(3)(d) liability for their infinitesimal contribution to the crimes committed”.

69 [By analysing the normative and causal links between the contribution and the crime]; *Mbarushimana* (n 47), opinión separada de la Juez Fernández de Gurmendi, párr. 12 [“by analysing the normative and causal links between the contribution and the crime”]; en el mismo sentido Kiss (n 1) p.19 (“establecer si existe un vínculo normativo entre la conducta y el resultado que permita verificar la tipicidad de la contribución”). *DeFalco* (n 29) p.728 y ss. no logra comprender la naturaleza predominantemente normativo del criterio propuesto por Fernández de Gurmendi cuando afirma que parece “sustancialmente lo mismo” [substantially the same] que el estándar de significancia. La distinción sólo puede ser comprendida mediante la distinción entre la naturaleza fáctica y jurídica de la contribución que se propone aquí. Además, si bien es correcto afirmar que ninguno de los enfoques es “textualmente justificado” [textually warranted] por el parágrafo (d) (*DeFalco*, p. 733), esto no responde a la cuestión de fondo sobre la naturaleza de la contribución, de hecho, sólomente muestra que una mera interpretación literal de las normas de derecho penal rara vez produce resultados normativamente convincentes (véase mi crítica previa a la opinión dicidente del Juez Fullford en la sentencia de juicio del Caso Lubanga, Ambos, “The first judgment of the ICC (Prosecutor v Lubanga): A comprehensive analysis of the legal issues” ICLR, 2012,12, pp.115, 143-4).

70 *Ambos* (n 3) mn 25

71 Véase Ruto, Kosgey and Sang (n 19). Véase en el mismo sentido Eser (n 2) p. 802 y ss.; H Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 6ª edición, Nomos 2013, § 15 mn 63; E van Sliedregt, *The Criminal Responsibility of Individuals for Violations of International Humanitarian Law*, Asser Press, 2003, p.107; Werle, *Principles* (n 4) 184 y de forma idéntica, *Völkerstrafrecht* (n 4) p.242 calificándolo como el menor grado de responsabilidad. También S Manacorda and C Meloni, “Indirect Perpetration Versus Joint Criminal Enterprise – Concurring Approaches in the Practice of International Criminal Law?” JICJ, 2011, 9, p. 159, 176 refiriendo al “más bajo nivel de responsabilidad” [lowest degree of responsibility].

72 Con una postura similar H Vest, *Völkerrechtsverbrecher Verfolgen: ein abgestuftes Mehrebenenmodell systemischer Tatherrschaft*, Stämpfli y otros, 2011, pp. 349 quien argumenta que el parágrafo (d), maneja un estándar subjetivo menor comparado con el parágrafo (c), incluso podría incluir contribuciones que puede llegar, en el sentido objetivo, a ser más graves que las que subsume el parágrafo (c). Aparentemente también en contra de tal limitación al artículo 25(3)(d) MG Kearney (n 1) pp. 367-70 quien argumenta que el Art. 25(3)(d) se podría aplicar para enjuiciar los encubrimientos y la negación de los crímenes en curso, incluso sin la existencia de un acuerdo previo, ya que tal conducta ex post facto podría constituir un aporte en el sentido del artículo 25(3)(d) “de algún otro modo”.

73 Con una interpretación distinta Kiss (n 1) p.17 (sosteniendo que el termino ‘otro’ implica que sea una contribución menor que no esté incluida por los parágrafos anteriores). Sin embargo, Kiss no analiza las otras versiones en lenguas oficiales (ni siquiera la versión en Inglés). Lo que confirma que derivar una diferencia sustancial de la redacción de una palabra equivale a una sobervaloración de la misma. De hecho una terminología prácticamente idéntica se usa en las versiones Francesa, Rusa, China, y Arabedel Estatuto: toute autre forme -- toute autre manière; каким-либо иным образом -- любым другим образом; 以其他方式 -- 以任何其他方式; . .

eso, se puede argumentar convincentemente, como lo ha hecho la defensa de Ruto, que el término “algún” solo se refiere al tipo, pero no al grado de la contribución.⁷⁴ Igualmente, estoy poco convencido de que la diferencia se pueda derivar de una distinción terminológica entre las palabras “assists” de la versión en inglés del Estatuto y “contributes” (contribuya), dándole a este último término un significado más amplio.⁷⁵ Si la asistencia se define a través de contribuciones de cierta calidad, como lo entiendo yo, una posible distinción entre estos términos sería irrelevante; la única pregunta relevante sería entonces: ¿qué tipo de contribución, en términos cualitativos y cuantitativos, se necesita para que la asistencia sea penalmente relevante? Por supuesto, el término contribución se puede definir de forma amplia,⁷⁶ pero la pregunta clave persiste: ¿cuándo alcanzan una o más contribuciones el carácter de asistencia penalmente relevante?.

Así, en esencia, tanto el parágrafo (c) como el parágrafo (d) establecen la responsabilidad con base en la asistencia con la pregunta subsiguiente sobre la naturaleza de cada una de las contribuciones.⁷⁷ Si bien la asistencia en cuanto participación secundaria, es decir como participación accesoria en un crimen, puede ser menos relevante que el aporte realizado por un perpetrador en el sentido del parágrafo (a), en particular en el caso de la coautoría, resulta difícil hacer una distinción como ésta entre las formas de asistencia previstas en los párrafos (c) y (d). En consecuencia, si bien existe una jerarquía clara entre las contribuciones que pueden dar lugar a la autoría en el sentido del parágrafo (a) y las contribuciones secundarias de los párrafos (c) y (d), tal jerarquía es menos clara con relación a las dos últimas disposiciones y no puede ser explicada únicamente mediante la naturaleza *objetiva* de las contribuciones.

En cualquier caso, los dos principios fundamentales del derecho penal internacional que apoyan una interpretación restrictiva de la responsabilidad basada en la asistencia en el sentido del artículo 25(3), se aplican por igual a los párrafos (c) y (d): Por un lado, el principio de culpabilidad y, por otro, la elección política de enfocarse en los casos que ostenten una gravedad (considerable) mínima, tal como se expresa en el preámbulo del Estatuto de Roma (específicamente el parágrafo 4) y, más importante, en los artículos 17 (1)(d) y 53(1)(b), (c), (2)(b), (c) del Estatuto⁷⁸ La gravedad es, contrario a la opinión de la Juez Fernández de Gurmendi, no sólo un concepto relevante en la definición de la admisibilidad, sino un principio general o idea que representa la elección política mencionada.⁷⁹ Por lo tanto, este razonamiento también juega un papel relevante respecto de las modalidades de responsabilidad que pueden ser enjuiciadas ante la Corte. Por supuesto, la gravedad de un crimen normalmente no depende únicamente de una sola contribución, sino de los múltiples incidentes que constituyen una situación o un caso; es por esta razón, que si bien

74 *Prosecutor v William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, ICC-01/09-01/11, la Defensa respondió a lo alegado por la Fiscalía sobre la base legal de la coautoría mediata del Artículo 25(3)(a) del Estatuto y la aplicación de la notificación dada de acuerdo a la Reg. 55(2), con relación a la responsabilidad penal individual de William Samuel Rutos, para. 10 (25 de Julio del 2012) (argumentando que: “[T]his is clear given that the Statute reads ‘in any other way’ contributes to the commission of a crime”); conc. DeFalco (n 29) pp.732-33.

75 cf Burchard (n 2) p. 942 (basado en las definiciones del Oxford Advanced Learners Dictionary, según la cual ‘contribuir’ significa ‘el ser una de las causas de [algo]’ mientras que ‘asistir’ se refiere ‘a ayudar [a algo] para que pase más fácilmente’) [arguing, relying on the Oxford Advanced Learners Dictionary, that ‘contribute’ means ‘to be one of the causes of [something]’ whereas ‘assisting’ means ‘to help [something] to happen more easily’].

76 Como por ejemplo que englobe “la facilitación de las meras condiciones contextuales y generales que en última instancia se integran en la comisión de un crimen por parte de un grupo” [“the facilitation of merely contextual and general conditions that ultimately feed into the commission of a crime by a group”] (Burchard (n2) pp. 942).

77 Aparentemente con la misma postura Heyer (n 14), quien aunque sostiene que la redacción del parágrafo (d) indica que se requiriere un estándar menor (p. 513), no ve ninguna diferencia fenomenológica entre las formas de asistencia (p. 515).

78 Aquí, frente a lo que respecta al caso, son especialmente relevante los Arts. 53(2)(b), haciendo referencia nuevamente a los Art. 17(1)(d) y 53(2)(c) del Estatuto de Roma. Respecto de los diferentes estándares de gravedad véase I Stegmiller, *The Pre-Investigation Stage of the ICC*, Duncker & Humblot, 2011, pp.332 y ss., 425 y ss.; K Ambos, *The Colombian Peace Process and the Principle of Complementarity of the International Criminal Court*, Springer, 2010, pp.44 y ss.; en castellano: K Ambos et al., *Procedimiento de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005) y Derecho Penal Internacional. Estudio sobre la facultad de intervención complementaria de la Corte Penal Internacional a la luz del denominado proceso de “justicia y paz” en Colombia*. Bogotá (GTZ-ProFis, Temis), 2010.

79 n 49.

un número de incidentes (incluyendo contribuciones mínimas) pueden superar el umbral de gravedad en la etapa de admisibilidad, eso no impide invocar nuevamente la gravedad más adelante en la fase de confirmación de cargos o de juicio con relación a las formas de responsabilidad.⁸⁰ La asistencia en el sentido de los párrafos (c) y (d) significa que, como se ha argumentado, las respectivas contribuciones deben tener cierto grado de gravedad.

Hay una consideración adicional que habla a favor de una interpretación restrictiva de la responsabilidad por asistencia en virtud de los párrafos (c) y (d): Para fundamentar la responsabilidad penal -esto es especialmente relevante en este contexto- se requiere una *relación normativa concreta o nexo entre la contribución y el resultado criminal*; una relación que, en cualquier caso, va más allá de un nexo causal puramente naturalista. Por esa razón, la doctrina en el derecho penal moderno aplica la *teoría de la imputación objetiva*,⁸¹ la cual requiere que la conducta incremente el riesgo (no permitido) para los intereses jurídicamente protegidos y que dicho riesgo se realice o concrete en la comisión del crimen.⁸² Esta teoría se trata, en esencia, de la imputación justa de los resultados criminales a aquellos agentes que son sus verdaderos responsables.⁸³ De aplicarse la teoría de la imputación objetiva en la participación secundaria (responsabilidad accesoria),⁸⁴ la contribución sería punible solamente si: (a) crea un incremento del riesgo para el interés jurídicamente protegido por tener un impacto sustancial en la comisión del crimen (hecho principal), (b) se manifiesta en la comisión del crimen en la medida en que ese riesgo (más alto) se haya “realizado”, (es decir, si tuvo un impacto relevante en la comisión; este requisito contiene elementos de causación normativa).⁸⁵ Aunque esta teoría aún no ha sido reconocida explícitamente por la CPI, la Sala de Cuestiones Preliminares en el caso Bemba invocó la teoría del aumento del riesgo con relación a las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones del superior jerárquico. Según la Sala, es suficiente para la responsabilidad del superior que su no intervención haya aumentado el riesgo en la comisión de crímenes de sus subordinados.⁸⁶

Finalmente, en términos prácticos es difícil, si no imposible, encontrar una definición relevante para las contribuciones sustanciales o significativas. De hecho, en términos generales existe acuerdo en que la relevancia de la contribución depende de su impacto sobre el crimen principal. Para ser más concretos, se puede decir que la contribución *debe tener* alguna relevancia en relación con el crimen principal. Una mayor elaboración o desarrollo se debe dejar a la jurisprudencia. Si esto es así, ¿qué más se puede decir entonces con relación a una contribución menos que sustancial?

80 De forma distinta Kiss (n 1) 16.

81 Véase por ejemplo S Mir Puig, *Derecho Penal Parte General* (8th edn, Reppertor 2010) p. 250 y ss.

82 Véase C Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol I, 4ª edición, Beck, 2006, p. 371 y ss. Para una explicación en inglés, véase K Ambos, “Toward a Universal System of Crime: Comments on George Fletcher’s *Grammar of Criminal Law*”, *Cardozo Law Review*, 2007, 28, pp. 2647, 2664 y ss.; comparándolo con la doctrina italiana G Fiandaca and E Musco, *Diritto penale: Parte generale*, 6ª edición, Zanichelli, 2009, p. 234. Esta doctrina es ampliamente aceptada en Latino América, véase por ejemplo en Brasil: Prado (n 11) p. 82. En Francia la ‘causalité adéquate’, véase X Pin, *Droit Pénal Général*, 5ª edición, Dalloz 2012, p. 145 y ss.

83 cf GP Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, 2nd reimpresión, Little, Brown, 1978, p. 495 habla de la responsabilidad justa dentro una teoría normativa de atribución; véase también A von Hirsch, “Extending the Harm Principle: “Remote” Harms and Fair Imputation” en AP Simester y ATH Smith (eds), *Harm and Culpability*, Clarendon Press, 1996/reimpresión 2003, pp. 259, 265 y ss.; con una tendencia normativa de atribución en el common law véase KJM Smith, *A Modern Treatise on the Law of Criminal Complicity*, Oxford University Press, 1991, p. 88 y ss.; véase también el entendimiento de las teorías de la causa próxima como teorías normativas, para ver distintas referencias al respecto cf Ambos (n 80) p. 2666 con n 110.

84 Véase por ejemplo U Murrmann, *Grundkurs Strafrecht* (2nd edn, Beck 2013) § 27 mn 127 con otras referencias al respecto.

85 cf Ambos (n 5) p. 165.

86 *Prosecutor v Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC 01/05-01/08, *Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo*, párr. 425 (15 de Junio del 2009). De forma crítica véase K Ambos, “Critical Issues in the Bemba Confirmation Decision” *Leiden Journal of International Law (LJIL)*, 2009, 22 pp. 715, 721 y ss.; en castellano en *Revista Penal (España)* 25 (enero 2010), 12-21.

2.2. LA NATURALEZA NORMATIVA DE LA CONTRIBUCIÓN

Una contribución a una empresa criminal, por ejemplo, al funcionamiento de un campo de concentración, puede consistir en una actividad económica normal, de por sí legítima, como por ejemplo la venta de alimentos, gasolina o de otros productos ordinarios negociables. Este tipo de asistencia es discutida en escritos académicos, aunque casi exclusivamente en jurisdicciones que pertenecen a la tradición europeo-continental, bajo el concepto de “actos neutrales” (es decir, actos que son considerados legales).⁸⁷ El quid de la cuestión es si se pueden y cuando se pueden calificar esos actos neutros de asistencia como contribuciones penalmente relevantes. La respuesta es relativamente simple y de carácter afirmativo si la ayuda ha violado reglas que prohíben dicha asistencia en el caso concreto. De hecho, en este tipo de situaciones la ayuda no seguiría siendo neutral, como ocurre en el caso de la venta de armamento a un régimen que ha sido objeto de medidas de embargo de armas por parte de Naciones Unidas (ONU).⁸⁸ La respuesta es más difícil en aquellos casos verdaderamente complejos, en los que la asistencia como tal en dicho contexto es legal, como en el ejemplo inicial de la venta de alimentos a un campo de concentración. Este tema debe ser analizado con más detalle y de una manera más completa de lo que se puede explicar en este texto, dado que tiene una gran importancia para el derecho penal internacional.⁸⁹ Aquí solo se pueden presentar algunas reflexiones preliminares. Si bien la Sala de Cuestiones Preliminares en el caso Mbarushimana no abordó la cuestión bajo el título de “acciones neutrales”, sí demostró la misma preocupación con relación a la *sobre criminalización*, tal como se infiere de la referencia al estándar (contribución) “significativa” para excluir las ayudas insignificantes⁹⁰. De hecho, los ejemplos que la Sala presenta como potenciales “cómplices” con responsabilidad penal (terratenientes, tenedores, proveedores de servicios públicos, etc.), refieren en su totalidad a personas cuya actividad económica, comercial o social puede resultar criminalizada si no se establece un umbral razonable para las contribuciones en el contexto del párrafo (d) –igualmente en el sentido del párrafo (c). Por supuesto, es posible cuestionar si el estándar (contribución) “significativa” puede tener suficiente potencial normativo para desempeñar este papel. En todo caso, el enfoque metodológico correcto habría sido discutir el problema bajo el título de “actos neutrales” –la Juez Fernández de Gurmendi está en lo correcto en este punto.⁹¹ De cualquier manera, tanto de la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares, como de la opinión de Fernández de Gurmendi se desprende que un umbral o criterio es necesario. En el contexto de la naturaleza *jurídica* de la contribución, tal umbral no se puede encontrar solamente acudiendo a criterios naturalísticos o fácticos

87 C Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, vol II*, Beck, 2003, p. 206 y ss.; con un buen resumen de la discusión alemana W Joecks, ‘§ 27’ en W Joecks y K Miebach (eds), *Münchener Kommentar zum StGB, vol I*, 2ª edición, Beck, 2011, pp. 1265-76 mn 48-89. Con un análisis de los actos neutrales en el contexto comparado de macrocriminalidad P Rackow, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, Peter Lang, 2007. El debate también se desarrolla en otras latitudes, aunque de forma menos intensa que en Alemania: en Italia véase M Bianchi, “La “complicità” mediante condotte “quotidiane”” *L’indice penale*, 2009, 12, pp. 37-86; en España véase J-M Landa Gorostiza, *La complicidad delictiva en la actividad laboral “cotidiana”: contribución al “límite mínimo” de la participación frente a los “actos neutros”*, Comares, 2002; en Brasil: L Greco, *Cumplicidade através de ações neutras: a imputação objetiva na participação* (Renovar 2004). Véase también K Ambos, “Beihilfe durch Alltagshandlungen” *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, 2000, 32, pp. 721-25; en España “La complicidad a través de acciones cotidianas o externamente neutrales” *Revista de Derecho Penal y Criminología (Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho, Madrid, Julio 2001, 2ª Época, No. 8, pp. 195-206. Desde una perspectiva del Derecho Penal Internacional véase Kiss (n1) pp.19-20 con más referencias al respecto; desde la perspectiva del Derecho Penal Económico Internacional véase Heyer (n 14) pp.131 y ss.*

88 En Holanda véase al respecto Van Anraat case *H van der Wilt, Genocide v. War Crimes in the Van Anraat Appeal*, JICJ, 2008, 6, pp. 557, 563 y ss.; mientras que Van Anraat fue condenado solamente por complicidad en el caso de Sadam Hussein, él también violó el embargo de la ONU el cual fue implementado en Holanda por las ‘Sanctiewet’.

89 Con una compilación muy útil de la jurisprudencia internacional y nacional relevante para el caso, véase Kiss (n 1) pp. 22-26; más detalladamente Heyer (n 14) p. 173 y ss.; respecto a la relevancia con relación a las actividades económicas (corporativas) Burchard (n 2) p.919 y ss.

90 Mbarushimana (n 12) párr. 277 (como se cita en n 71).

91 Mbarushimana (n 47), opinión separada de la Juez Fernández de Gurmendi, párr. 12; en el mismo sentido Kiss (n 1) p.19.

o, peor aún, a la -muy subjetiva- intuición del juez.⁹² Por el contrario, y en este punto la opinión disidente de Fernández de Gurmendi va de nuevo en la dirección correcta, se deben analizar “los nexos normativos y causales entre la contribución y el crimen”.⁹³

Es claro que únicamente la referencia a criterios normativos o valorativos no ayuda a resolver casos concretos. De hecho, los esperados “Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos” (*Guiding Principles on Business and Human Rights*), elaborados por el profesor de Derechos Humanos de Harvard John Ruggie en su calidad de Representante Especial del Secretario General de la ONU para ese tema, sólo hacen referencia, con relación a estándares del derecho penal, a la jurisprudencia general de Derecho Penal Internacional sobre la complicidad *-aiding and abetting-* como “la asistencia práctica o estímulo que se proporciona a sabiendas y que tiene un efecto sustancial en la comisión de un crimen”.⁹⁴ Ruggie ya había concluido previamente, que “incluso desde el punto de vista legal no es posible especificar con exactitud un test para determinar qué constituye complicidad”.⁹⁵ De la misma manera, el letrado de la CPI Alejandro Kiss, en una importante contribución sobre el tema de este texto, desde la perspectiva del derecho penal internacional se ha visto forzado a admitir que todavía es muy temprano para identificar un criterio normativo convincente al respecto.⁹⁶ Sea como fuere, lo que está claro es que debe haber un umbral mínimo que permita evitar la criminalización de conductas socialmente deseables y legítimas. En otras palabras, para poder captar las conductas realmente ilícitas y reprochables, las conductas criminales se deben limitar a la desviación significativa de estándares de comportamiento social o comercial.⁹⁷ Como se ha expuesto anteriormente, una conducta que viola las prohibiciones específicas (normas de conducta), no puede ser considerada “socialmente deseable y legítima” y por lo tanto califica, si se cumplen todos los demás requisitos, como una asistencia penalmente relevante en el sentido de los párrafos (c) y (d). En cuanto al otro tipo de conductas, es decir aquellas que sí son *per se* legales, se debe seguir un enfoque mixto objetivo-subjetivo. En el plano objetivo, el enfoque del riesgo basado en la teoría de la imputación objetiva requiere que la respectiva contribución aumente el riesgo con respecto a la comisión del crimen

92 Sin embargo en ese sentido DeFalco (n 29) pp.730-31 argumentando que los ‘actos de este tendero son intuitivamente no criminales’ (énfasis añadido) [“acts of this grocer are intuitively non-criminal”].

93 [The normative and causal links between the contribution and the crime]; Mbarushimana (n47), opinión separada de la Juez Fernández de Gurmendi, párr. 12 [“the normative and causal links between the contribution and the crime”]; en el mismo sentido Kiss (n 1) pp.19-20 (haciendo hincapié en la base de carácter normativa de la contribución).

94 [Knowingly providing practical assistance or encouragement that has a substantial effect on the commission of a crime]; Human Rights Council, Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie. *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework*, Seventeenth Session, A/HRC/17/31, 21 de Marzo del 2011, Principle 17, 17 [“knowingly providing practical assistance or encouragement that has a substantial effect on the commission of a crime”]. También se debe tener en cuenta que Ruggie no se enfocó en la responsabilidad penal individual sino en la responsabilidad empresarial de cada compañía. Enfocado en la responsabilidad individual en casos económicos AK Heyer, “Corporate Complicity under International Criminal Law: A Case for Applying the Rome Statute to Business Behaviour” HR&ILD, 2012, 6, pp.14, 47-55, concluyendo que la persecución de empresas tendría dificultades probatorias pero sin embargo sería posible bajo la normatividad actual del Derecho Penal Internacional.

95 [It is not possible to specify exacting tests for what constitutes complicity even within the legal sphere]; Human Rights Council, Clarifying the Concepts of ‘Sphere of influence’ and ‘Complicity’, A/HRC/8/16, 15 May 2008, para. 33 [“it is not possible to specify exacting tests for what constitutes complicity even within the legal sphere”] (también subrayando que la más clara guía en materia de complicidad es la que surge de la práctica del Derecho Penal Internacional). Este informe ofrece un análisis más detallado de la respectiva práctica del Derecho Penal Internacional (paras. 35-44). Adicionalmente, Ruggie discute las distintas acepciones (jurídica y no jurídica) que se le han dado a la complicidad en materia de violaciones de derechos humanos (paras. 26ff) y resalta el uso del ‘due diligence’ por parte de las empresas con el fin de evitar la complicidad (paras 4, 17, 19, 23). Véase también el Report Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights (Human Rights Council, A/HRC/8/5, 7 April 2008) paras. 73 y ss.

96 Kiss (n 1) p. 26. Véase también Burchard (n 2) p. 935 y ss. (concluyendo en el 945 que es ‘poco claro si el Estatuto de Roma incluye dentro de sus modos de participación ... las contribuciones por parte de empresas como “corporate-political core crime”’).

97 *Previamente Ambos* (n 5) p. 165. Véase también Burchard (n 2) p. 920 con n 6 (argumentando que “para criminalizar las contribuciones al crimen se debe tener, desde el punto de vista normativo, una relación socialmente inaceptable e injuriosa con el crimen” [in order to criminalize a contribution to a crime, it must normatively have a socially unacceptable and injurious relation to the crime]).

principal. Ese riesgo debe realizarse a través de la comisión del crimen (principal) (por ejemplo el asesinato). En otras palabras: La creación o el incremento del riesgo debe ser la causa de la comisión de ese crimen en particular, en el sentido de un riesgo específico o concreto.⁹⁸ En el plano subjetivo, la responsabilidad debe depender del conocimiento del agente y del propósito específico de la contribución.⁹⁹ Esta es una alternativa acorde tanto con la intención general exigida por el artículo 30 del Estatuto de Roma (aplicable a la contribución “intencional” y excluyendo estándares menores, especialmente el *dolo eventual*),¹⁰⁰ como con el artículo 25(d)(3)(i) y (ii). O bien el agente es consciente de que el aporte incrementa el riesgo de que el crimen (colectivo) sea cometido, o él o ella actúa con la respectiva finalidad o propósito.¹⁰¹ En este sentido, el estándar “dirección específica”,¹⁰² desarrollado por el TPIY con relación a la responsabilidad por complicidad *-aiding and abetting-*¹⁰³ e invocado recientemente por la juez de la CPI Van den Wyngaert con relación al tema de este texto,¹⁰⁴ puede ser realmente relevante, ya que según dicho criterio se debe comprobar que la asistencia proporcionada por los acusados estaba “dirigida específicamente”¹⁰⁵ hacia el propósito (criminal) común.¹⁰⁶

La responsabilidad penal también puede depender de la naturaleza del crimen colectivo o de la empresa criminal. Así, por ejemplo, con anterioridad apliqué este test¹⁰⁷ a las contribuciones propias del funcionamiento de un campo de concentración y distinguí entre la naturaleza del campo de concentración, como un campo de exterminio puro (empresa criminal “pura”) y un campo de concentración mixto (empresa criminal mixta), donde también existían otras actividades y se desarrollaban distintos tipos de trabajo, de manera que los detenidos tenían una oportunidad real de sobrevivir, es decir, su muerte era sólo un “efecto secundario” de las condiciones inhumanas del campo y del trabajo forzado. En el primer caso, la responsabilidad penal respecto de los aportes externos o indirectos, es decir aquellos que tienen lugar desde fuera del campamento y que no se relacionan directamente con el propósito destructivo del campo (como por ejemplo la entrega de cianuro de potasio), depende del conocimiento del proveedor: Si él era consciente de la finalidad delictiva del campo de concentración y, por lo tanto, del impacto criminal de su contribución, incurre en responsabilidad penal. Por el contrario, en el caso de las contribuciones en una empresa “mixta”, la responsabilidad penal se debe fundamentar en la prueba de las contribuciones individuales identificables con delitos concretos.

98 En un sentido similar abogando por una creación específica del riesgo (*'tatspezifisches Risiko'*) cf Heyer (n 14) pp. 516, 545, 547-48, 554-57. El requisito adicional a la responsabilidad personal del riesgo, en mi criterio, es redundante puesto que está implícito en el concepto de imputación (atribución) objetiva (personal).

99 *Previamente Ambos* (n 5) p. 165.

100 cf *Ambos* (n 5) p. 276 y ss.

101 Aquí se señala el planteamiento de Roxin (n 85) de *'deliktischer Sinnbezug'* (la aportación del agente de una contribución con sentido criminal).

102 [Specific direction]

103 *Prosecutor v Perišić*, No. IT-04-81-A, App Judgment, párr. 44 (*'specifically directed assistance'*) (28 de Febrero del 2013); anteriormente, por ejemplo, *Prosecutor v Vasiljević*, No. IT-98-32-A, App Judgment, párr. 102 (25 de Febrero del 2004); pero contra *Prosecutor v Šainović*, App Judgment, párr. 1621 ss. (23 de Enero del 2014); crit. también SCSL, *Prosecutor v Charles Taylor*, No. SCSL-03-01-A, App Judgment, párr. 475 ss. (26 de Septiembre del 2013). La Juez Van Den Wyngaert (n 18) cita indiscriminadamente esta sentencia en nota de pie de página 404. Véase también J Jones/K Heller/E van Sliedregt, *Milestones in International Criminal Justice: Recent Legal Controversies at the UN Yugoslav Tribunal*, 2013, pp.5 y ss., disponible en: <<https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/public/Meetings/Meeting%20Transcripts/161013Yugoslav1.pdf>>; K Ambos/O Njikam, “Charles Taylor’s Criminal Responsibility”, JICJ, 2013, 11, pp.789, 799 y ss.

104 La Juez Van Den Wyngaert (n 18), párr. 287 (hace referencia al estándar de significancia con relación al Artículo 25(3)(d) y el término contribuciones “neutrales” es empleado por la Jueza Fernández de Gurmendi, en pie de página 406).

105 [Specifically directed]

106 En un sentido similar el Juez Van den Wyngaert (n 18), párr. 287 (“... whether someone’s assistance is specifically directed to the criminal or non-criminal part of a group’s activities”).

107 K Ambos, “Prosecution of Former Nazi Camp Guards: About Restoring Society’s Trust in Law and Participation in a Criminal Enterprise” *European Journal of International Law (EJIL) Talk*, 20 de Mayo del 2013, <www.ejiltalk.org/prosecution-of-former-nazi-camp-guards-about-restoring-societys-trust-in-law-and-participation-in-a-criminal-enterprise/> consultado el 28 de Agosto del 2013; en castellano en *Asuntos Del Sur (ADS) (Chile)* <http://www.asuntosdelsur.org/ex-guardias-de-campos-de-concentracion-a-juicio/>, 29.04.2013.

3. CONCLUSIONES

Con base en las reflexiones expuestas en este trabajo se pueden proponer los siguientes resultados:

- 1) No hay ninguna diferencia sustancial entre las formas de intervención previstas en los párrafos (c) y (d) del Artículo 25(3) (“de algún modo” versus “de algún otro modo”).
- 2) Tanto el párrafo (c), como el párrafo (d) requieren un umbral mínimo de asistencia o contribución. Así se desprende de los principios de culpabilidad y de *ultima ratio* del derecho penal.
- 3) La cuestión clave, entonces, no es la supuesta o aparente diferencia entre los párrafos (c) y (d), sino la definición del estándar mínimo de la ayuda que se presta al hecho principal. En este sentido se debe definir tanto la naturaleza fáctica como jurídica de la contribución.
- 4) Con relación a la naturaleza fáctica de la contribución se deben definir y desarrollar criterios cuantitativos.
- 5) La naturaleza jurídica de la contribución se refiere al problema de los llamados actos “neutrales” de asistencia. Aquí es necesario desarrollar criterios normativos a partir de la jurisprudencia internacional y nacional pertinente y de escritos académicos. Un buen punto de partida es la distinción entre actos lícitos e ilícitos. Más aun, el enfoque debe estar en la creación específica del riesgo por medio de la contribución respectiva con relación al interés jurídico que se ve vulnerado.

LOS PRINCIPIOS DEL DEBIDO PROCESO Y DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA A LA LUZ DE LA SENTENCIA LUBANGA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. CON ESPECIAL REFERENCIA A LA PRUEBA OBTENIDA POR MEDIO DE INTERMEDIARIOS.

Alfredo Chirino Sánchez

*Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica
Profesor Catedrático de la Maestría en Ciencias Penales de la UCR*

ABREVIATURAS

AAVV, International Procedure Sluiter Göran; Friman, Håkan; Linton, Suzannah; Vasiliev, Sergey; Zappalà, Salvatore (Editores), International Criminal Procedure. Principles and Rules, Oxford University Press, Primera Edición, 2013.

AC Appeals Chamber (Cámara de Apelación en el texto)

CPI Corte Penal Internacional

ECHR Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (abreviada a Convención Europea de Derechos Humanos).

ECtHR European Court of Human Rights (Tribunal Europeo de Derechos Humanos)

ER Estatuto de Roma

ICC International Criminal Court (Corte Penal Internacional, también citada como CPI)

ICC RPE International Criminal Court Rules of Procedure and Evidence

ICTR International Criminal Tribunal for Rwanda (Tribunal Penal Internacional para Ruanda)

ICTY International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia)

IMTFE Charter Carta Fundacional del Tribunal Militar para el Lejano Oriente, anexoado con la Proclamación Especial del Supremo Comandante de las Fuerzas Aliadas en Tokio, adoptado el 26 de abril de 1946, TIAS No. 1589).

Lubanga Judgement International Criminal Court, SITUATION IN THE DEMOCRATIC REPUBLIC OF THE CONGO IN THE CASE OF THE PROSECUTOR v .THOMAS LUBANGA DYILO, ICC-01/04-01/06 (citada según la página de la sentencia según su notificación en inglés del 14 de marzo de 2012).

MONUC United Nations Organisation Mission in the Democratic Republic of Congo, ahora denominada United Nations Organisation Stabilisation Mission in the Democratic Republic of Congo.

OTP Office of the Prosecutor (Oficina del Fiscal)

SCL Agreement Agreement Between the UN and the Government of Sierra Leone on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone, 16 January 2001, 2178 UNTS 138 (Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona para el establecimiento de una Corte Especial para Sierra Leona, del 16 de enero de 2001)

SCL Statute Statute of the Special Court for Sierra Leone, annexed to the Agreement Between the UN and the Government of Sierra Leone on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone, signed on 16 January 2002 (Estatuto para la Corte Especial de Sierra Leona, anexo al Acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona para el establecimiento de una Corte Especial para Sierra Leona, firmado el 16 de enero de 2002).

SCL Rules/RPE Rules of Procedure and Evidence, Special Court for Sierra Leone, adopted (amended) on 7 March 2003, as last amended on 31 May 2012. (Reglas de Procedimiento y Evidencia, Corte Especial para Sierra Leona, adoptada (reformada) el 7 de marzo de 2003, tal y como fue reformada el 31 de mayo de 2012).

TC Trial Chamber (Sala de Primera Instancia en el texto)

ZaöRV Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg, Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia Lubanga de la Corte Penal Internacional ha provocado una significativa reacción de la comunidad científica, no sólo por la importancia que este fallo tiene para el desarrollo del derecho penal internacional, sino también por la forma en que el procedimiento se llevó a cabo y las lecciones que pueden aprenderse de esa forma de gestionar una causa compleja¹, con gran cantidad de víctimas y donde los testigos tienen un papel tan trascendente para la decisión.

Como parte central de la discusión sobre el fallo, indiscutiblemente, surge la cuestión de principio de la protección de los derechos del inculcado a un juicio justo y la protección que merecían los testigos obtenidos bajo identidad protegida por parte de intermediarios, principalmente organizaciones no gubernamentales y oficinas de las Naciones Unidas radicadas localmente. La información obtenida de estos testigos, de radical importancia para la fijación de los hechos que sirvieron después para la condena, ofrece un filón de debates de gran importancia, no sólo sobre la forma y características del proceso ante la Corte Penal Internacional (en adelante CPI), sino también sobre la forma de la obtención y las reglas de valoración de la prueba testimonial que son derivables de la normativa que regula el procedimiento ante la CPI.

La relación de la CPI con estos “intermediarios” sigue siendo una cuestión discutible, pues su definición no proviene del Estatuto o de las propias Reglas de Procedimiento y Evidencia, sino más bien de un intento posterior de dibujar las condiciones en que dichos “intermediarios” son reconocidos como gestores posibles de prueba para el procedimiento internacional. Las así denominadas “*Draft Guidelines Governing the Relations between the Court and Intermediaries*”, del primero de octubre de 2010 resumen estas particularidades de la siguiente manera:

“...(t)he essence of the notion of an intermediary [as] someone who comes between one person and another; who facilitates contact or provides a link between one of the organs or units of the Court or Counsel on the one hand, and victims, witnesses ... or affected communities more broadly on the other”.

En otras palabras, un intermediario se ubica entre una persona y otra, facilita el contacto y provee un vínculo entre los órganos y unidades de la Corte o del Consejo, por una parte, y entre las víctimas y los testigos, por la otra. Además, cumple una interesante función de contacto con las comunidades afectadas.

No hay que olvidar que estos intermediarios también sirven de conexión con el Fondo de Apoyo a Víctimas (Trust Fund for Victims), una representación que no es de segunda categoría, toda vez que es una representación legal en los países donde hay actividad investigativa de la CPI o también en los países donde las víctimas se encuentran refugiadas si han abandonado su patria en razón de los hechos por los cuales un justiciable está siendo procesado.

Esta relación podría ser, entonces, no sólo una colaboración voluntaria sino también una proveniente de un contrato o de algún otro vínculo jurídico de carácter oneroso. Esto es explicable pues tener el carácter de “*conduit*” ante la CPI es un elemento propio de la naturaleza de las cosas y de la forma en que este tribunal funciona, muchas veces alejado de la zona de conflicto y con víctimas vulnerables en muchos aspectos².

1 Cfr. en lugar de muchos otros: BUISMAN, Caroline, “Delegating Investigations: Lessons to be Learned from the Lubanga Judgment”, 11 *Nw. J. Int'l Hum. Rts.* 30 (2013), disponible en: <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njihr/vol11/iss3/3>

2 Cfr. VICTIMS RIGHTS WORKING GROUP, *Comments on the Role and Relationship of 'Intermediaries' with the International Criminal Court*, 6 February 2009, disponible en: http://www.vrwg.org/VRWG_DOC/2009_Feb_VRWG_intermediaries.pdf, consultado últimamente el 01 de enero de 2014.

Tales características arrojan, por lo menos, en una primera observación, inquietudes sobre el grado de contacto con la Corte, pero también del grado de contacto y la vinculación que pudieran tener con las comunidades afectadas³, lo que podría llevar también a posibles dudas sobre el grado de credibilidad de su actuación de mediación y contacto con las víctimas y testigos, o, por lo menos, del grado de objetividad frente al justiciable que es perseguido de graves delitos de carácter internacional⁴.

Es evidente que la cuestión de los “intermediarios” trasciende la mera problematización de ese medio de obtención de prueba testimonial, pues pone en el tapete de discusión la forma, contenido y trascendencia de las reglas de obtención de la prueba en complejos casos del derecho penal internacional, así como también la forma en que la CPI coexiste con las críticas sobre posibles implicaciones de debido proceso que podrían hacerse al utilizar estos medios de obtención de prueba, de otra manera indispensables dada la lejanía, complejidad cultural, riesgos y condiciones de vulnerabilidad de la prueba testimonial disponible para ser recibida y valorada durante el juicio.

La obtención, introducción en el proceso y la valoración de la prueba son tres temas de indudable importancia para el derecho procesal. Constituyen, asimismo, tres áreas sobre las cuales existe un debate de gran trascendencia en la dogmática referida al derecho adjetivo.

En el Caso Lubanga, pero de seguro en otras causas ante los Tribunales Penales Internacionales, resulta innegable que es muy difícil mantener investigaciones de este calibre fuera del conocimiento de las comunidades donde habitan los testigos y las víctimas, y errores de la Fiscalía o de los investigadores podrían exponer la identidad de estas personas y confrontarlas con dificultades y riesgos para su integridad corporal o su vida. Esto surge claramente como una posibilidad cuando los propios investigadores no tienen los rasgos culturales, el idioma o la nacionalidad de los países donde se investigan los hechos, y cuando van en convoyes protegidos por tropas de las Naciones Unidas. Atender estas dificultades con grupos locales y con personas que trabajan en los sitios del suceso parece ser una salida lógica y razonable, pero trae problemas sobre la forma en que se realizan las averiguaciones y también sobre la idoneidad de las decisiones que se asumen a la hora de obtener las declaraciones de los testigos y de las víctimas, que luego serán introducidas al proceso.

A pesar de las dificultades procesales, que serán discutidas después en este trabajo, se consideró el uso de intermediarios como una forma de resolver estas dificultades, y fue asumida como una “buena práctica” en las investigaciones. Podían tener acceso a las personas de interés, entrevistarlas en lugares seguros, fuera de las zonas de conflicto y no despertaban sospechas al desplazarse por el país. La OTP empezó a usar los intermediarios desde el verano del año 2004, pero los contratos con los intermediarios no fueron suscritos sino hasta dos años después⁵. Cómo introducir esta prueba testimonial obtenida por los intermediarios, y hacerla llegar posteriormente al juicio, sin afectar los derechos del inculpado a contestar

3 *Una dificultad planteada precisamente por el tipo de procedimientos seguidos ante los Tribunales Penales Internacionales, y por la logística necesaria para dar seguimiento a los casos. Cfr. con muchas más referencias al tema: BUISMAN, “Delegating”, op. cit., p. 32.*

4 *No puede perderse de vista, que los intermediarios necesitan recursos económicos para pagar a su equipo que trabaja en las comunidades, muchas veces sin paga en países donde el grado de inflación es gigantesco, como es el caso de Uganda, y donde las víctimas y las personas que colaboran con la justicia internacional necesitan apoyo logístico, comida y hasta atención médica. Cfr. KERSTEN, Mark, “The Middle Man: The Intermediaries of International Criminal Justice”, *Justice in Conflict*, 21 de Agosto de 2011, disponible en: <http://justiceinconflict.org/2011/08/21/the-middle-man-the-intermediaries-of-international-criminal-justice/> consultado la última vez el 4 de enero de 2014. Si se tiene en cuenta esta circunstancia económica, puede comprenderse la repercusión que tiene en el trabajo de los intermediarios y en la posible efectividad de su trabajo en la justicia penal internacional cuando, a pesar de todos estos escollos, deben ofrecer material probatorio de calidad en procesos que se realizan a miles de kilómetros del área de conflicto y con poca o ninguna información sobre los acontecimientos procesales.*

5 *Lubanga Judgment, p. 194.*

estratégicamente los cargos, y a ofrecer el descargo correspondiente, y al mismo tiempo, sin afectar los acuerdos de confidencialidad asumidos, es una situación paradójica de una dificultad enorme.

Lo cierto es, que no hay proceso penal, ni nacional o internacional, donde no se discuta críticamente las habilitaciones legales acerca de la forma en que la prueba ha sido introducida a la consideración de un tribunal, y esto, especialmente, porque las formas previstas para la incorporación y valoración de la prueba forman parte integral del principio de legalidad y se entienden como derivaciones del respeto al principio acusatorio y de igualdad de armas⁶ que informan las modernas tendencias en el derecho procesal. No se trata, por supuesto, de una mera formalidad, sino de la verdadera esencia de la discusión probatoria la que se introduce en estos debates pues constituye el punto central del así denominado derecho a un proceso penal justo (*fair trial*). En un estado constitucional de derecho no podrá ser el acusado reducido a un mero objeto del Estado que persigue los delitos, debe haber umbrales o criterios de prueba para la toma de decisiones de interés para la libertad del justiciable⁷. Por ello, debe ofrecércele un proceso que le permita a lo largo de su tramitación la efectiva defensa de sus derechos, lo que implica, directamente, el derecho a intervenir en el proceso de construcción del objeto procesal y de la determinación de la verdad procesal⁸, aspectos en los que indudablemente la prueba, -y los criterios para decidir los determinados umbrales en los que de tomarse decisiones- cumple un papel de indudable trascendencia. La propia igualdad de armas, como principio, exige que el acusado tenga la posibilidad de examinar la prueba de cargo, en especial de los testigos, bajo las mismas condiciones que los testigos que ha presentado para su defensa⁹.

El artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos, así como el artículo 8 de la Convención Americana, se orientan a la consagración de principios procesales que garantizan un complejo abanico de derechos para el justiciable¹⁰. Estos derechos dan la base para la construcción de un debido proceso

6 En el derecho penal internacional ha tenido una larga discusión este principio. Ya el ICTY consideró –con razón– que el principio de igualdad de armas pertenece al corazón de los problemas derivados del *fair trial*. Cfr. *Prosecutor v. Dusko Tadic, Appeals Chamber Judgment, Julio 15 de 1999, Caso No. IT-94-1-A, párrafo 44.*

7 El tema, por ejemplo, de cuál será el umbral a partir del cual podrá ser sometida una persona a una medida cautelar o a una decisión de enjuiciamiento, también tiene que ver con el estatus de la prueba y del grado de convencimiento que puede irse alcanzando en el proceso probatorio. En la decisión de confirmación del *indictment* en el Caso Lubanga, se entendió que las “pruebas suficientes” al tenor del artículo 61 (7) deben existir para considerar que hay bases sustanciales (*substantial grounds*) para creer que el imputado cometió alguno de los delitos que han sido atribuidos en la acusación. El estándar probatorio requiere, entonces, como bien lo apunta AMBOS, que haya bases sustanciales, esto es, un nivel más alto que el mero criterio de “motivos razonables” establecido en el artículo 58 (1) (a) para emitir una orden de arresto. Por su parte, el umbral de condena, es decir el nivel de convencimiento para emitir una sentencia, se ubica en el estándar donde la CPI está “convencida de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable” (artículo 66 (3)). Es por ello, que la CPI requiere, entonces, de pruebas concretas y tangibles de que los cargos acusados han sido efectivamente establecidos por la Fiscalía y han hallado una convicción en el criterio de la Corte. Cfr. AMBOS, Kai. “The first confirmation decision of the International Criminal Court: Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo”, en: L. Kotsalis/N. Courakis/C. Mylonopoulos (eds.), *Essays in honour of Argyrios Karras*, Athen 2010, p. 984.

8 El derecho a ser escuchado en juicio y ejercer un proceso de contradicción con las pruebas, realizar interrogatorios y contrainterrogatorios, así como la posibilidad de discutir el valor de testimonios y documentos, forma parte de esos derechos inalienables del justiciable que han sido reconocidos en los diversos sistemas procesales. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Informe No. 50/00 del Caso 11.298, Reinaldo Figueredo Planchart subrayó que al señor Figueredo Planchart se le impidió ejercer su derecho de defensa, especialmente en los interrogatorios de testigos, en las declaraciones incriminatorias o en las fases de discusión de la prueba documental (párrafo 112). Esta circunstancia le impidió defenderse con todas las garantías del debido proceso.

9 VASSILIEV, Sergey, *Structure of Contested Trial*, en: Sluiter Göran; Friman, Håkan; Linton, Suzannah; Vasilev, Sergey; Zappalà, Salvatore (Editores), *International Criminal Procedure. Principles and Rules*, Oxford University Press, Primera Edición, 2013, Chapter 5. *Trial Process* p. 637 (a continuación citado como AAVV, *International Procedure*, y el nombre del colaborador o colaboradores de la sección específica).

10 En los Estatutos de los dos Tribunales Penales Internacionales de carácter militar establecidos luego de la terminación de la Segunda Guerra Mundial se estableció la necesidad de atender los derechos de los inculcados como presupuesto de la justicia. Así la Carta Fundacional del Tribunal de Nuremberg en su artículo 16 y en el artículo 9 de la Carta del Tribunal de Tokio hicieron referencia a esta consideración conectándola a la idea del “*fair trial*”. También la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reunido estas garantías bajo la denominación “*debido proceso legal*”. Cfr. Corte IDH. *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (artículos 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). *Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, párrafo 117.*

que se erige como una base abierta para la búsqueda de la verdad¹¹ mediante el desarrollo de condiciones para la defensa de derechos frente a la instancia judicial.

No se duda, por ello, de la importancia del principio del debido proceso legal para alcanzar un proceso penal que merezca la denominación de democrático, sometiendo los amplios poderes de persecución del Estado a reglas preestablecidas, y con amplio reconocimiento de la capacidad y derechos de defensa del justiciable¹².

La discusión no ha quedado sin plantearse en el ámbito del derecho penal internacional, a pesar de cierta tradición en los tribunales de tal competencia de no introducir estrictas reglas sobre la admisibilidad de la prueba¹³, dejando la cuestión a un mero principio de libre análisis de la información (“*principle of free assessment of information*”)¹⁴.

Es evidente que el derecho procesal penal internacional ha alcanzado un grado de madurez suficiente como para que la discusión de temas tales como los principios probatorios, su alcance y posibilidades de declaratoria de su inaplicabilidad o prohibición, tenga ya un papel de discusión científica suficientemente profundo¹⁵. Dicho debate se ha planteado en la rica tradición que acompaña el surgimiento de esta jurisdicción que ha permitido el encuentro de la cultura jurídica del *common law* y del *civil law*, aun cuando todavía podría haber voces que plantean que no se puede hablar de un concepto firme de derecho procesal penal internacional, y por ende, de un área jurídica con principios establecidos y con una coherente y decidida doctrina de interpretación¹⁶. Junto a ello opera también, como un factor de gran trascendencia, el respaldo formativo de los abogados que suelen incidir en los procesos de carácter penal internacional, que provienen, principalmente, de la formación en derechos humanos, también en derecho internacional y, por supuesto, del derecho penal. Ellos han tenido un papel importante en la discusión de principios, el planteamiento de alegatos y argumentos interpretativos, y también en la construcción de la base legal con la que funcionan estos tribunales, que a pesar de su aporte es claro que no hablan el mismo “idioma” del derecho¹⁷, donde el enfrentamiento entre los internacionalistas y los penalistas, es el que quizá ha marcado más profundamente el desarrollo de la justicia internacional¹⁸.

Con todo, podría partirse que el sistema procesal que se ofrece en el derecho penal internacional es un procedente de una tradición jurídica donde hay más énfasis en la presunción de inocencia y al principio de juez natural. Sin embargo, es hasta tiempos recientes que brotan otros asuntos de interés en la discusión

11 *Un primer antecedente en el marco de la jurisprudencia de derechos humanos de la Corte Interamericana puede encontrarse en el Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Fondo. Sentencia del 25 de noviembre de 2000, párrafos 197-202 y en el Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 4 de julio de 2007, párrafo. 128.*

12 *Los Instrumentos Internacionales en materia de derechos humanos se orientan en esta dirección. Solo por vía de ejemplo se podrían citar los artículos 14 (1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 6 (1) de la Convención Europea de Derechos Humanos (ECHR), el artículo 8 (1) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte Interamericana tuvo ocasión de pronunciarse a este respecto en el Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 20 de junio de 2005, párrafo 78.*

13 *Los tribunales penales internacionales, en especial el Tribunal para la Ex Yugoeslavia, el Tribunal para Ruanda y la Corte Penal Internacional tienen reglas específicas sobre el procedimiento y las pruebas, a las cuales están obligados, lo que implica que en el análisis de la situación sobre la prueba para estos tribunales estas reglas merecen un estudio especial.*

14 *Cfr. BEHRENS, Paul, “Assessment of International Criminal Law Evidence: The Case of Impredictable Génocidarie”, en: ZaöRV 71 (2011), p. 662, p. 667.*

15 *SLUITER GÖRAN; FRIMAN, Håkan; LINTON, Suzannah; VASILIEV, Sergey; ZAPPALÀ, Salvatore (Editores), Introducción, en: AAVV, International Procedure, p. 18.*

16 *Cfr. con más detalles ZAPPALÀ, Salvatore, “Comparative Models and the Enduring Relevance of the accusatorial-inquisitorial dichotomy”, en: AAVV, International Procedure, p. 44.*

17 *A. CLAPHAM, “The three Tribes Engage on the Future of International Criminal Law” (2011), citado por ZAPPALÀ, op. cit., en: AAVV, International Procedure, p. 44.*

18 *ZAPPALÀ, op. cit., en: AAVV, International Procedure, p. 45.*

del derecho penal internacional, como lo es la participación de las víctimas y los difíciles equilibrios entre la eficiencia del proceso y la protección a los derechos de defensa en el contexto planteado por la investigación de delitos gravísimos que afectan las fibras más sensibles del Estado y la cultura donde han tenido lugar¹⁹. De la misma manera, los propios estatutos y documentos que dan origen a los tribunales penales internacionales, reflejan las tensiones y tradiciones jurídicas de los actores clave que han contribuido a la construcción de esas bases normativas, imponiéndose aquellas que son más conocidas y confiadas por esos actores²⁰.

También podría decirse que las reglas y estatutos sobre el tema procesal, desde “Nuremberg hasta La Haya”, provienen del sistema adversarial, sobre todo en materia de la presentación de los casos, aun cuando se admiten principios liberales en cuanto a la admisión de la prueba. Junto a ello, por supuesto, es notable el activismo judicial en la orientación de los procesos y en cierta forma a la necesidad de este activismo para llevar los presupuestos normativos a la realidad de un procedimiento que está vivo y requiere adaptaciones indispensables a la práctica. Esto último podría llevar a cuestionar o, al menos, a poner en tensión el eventual carácter de “*fairness*” del entero sistema²¹.

La propia Corte Penal Internacional propone 4 puntos esenciales que ya habían sido considerados a la hora de discutir los temas relacionados con la admisibilidad de cuatro documentos, en el numeral 107 de la sentencia Lubanga, mediante procedimientos de admisión diferentes a la propia admisión oral de dicha evidencia. Al respecto:

- En primer lugar, la solicitud de que se someta toda la evidencia que se considere necesaria para la averiguación de la verdad. Artículo 69(3).
- En segundo lugar, la obligación de asegurar que el juicio sea justo y expedito con total arreglo y respeto a los derechos del acusado: Artículo 64(2).
- Aun cuando el Estatuto establece el carácter deseable de los que testigos den oralmente sus testimonios, existe la excepción planteada por el artículo 68 de las Reglas de Procedimiento y Evidencia, en donde podrían recibirse los testimonios a través de medios audiovisuales o de grabación de audio.

Es claro que estas cuestiones deben decidirse de tal manera que no afecten el interés del inculpado, no obstante, hay hipótesis donde esta consideración es especialmente compleja, sobre todo entratándose de casos de testimonios de víctimas y testigos protegidos debido a su vulnerabilidad. La recepción de esta prueba suele tener recaudos procesales que afectan los derechos de intervención del inculpado y derivan en limitaciones directas al derecho de defensa, de donde el equilibrio entre la protección que el proceso debe dar a estos testigos y la atención a los derechos del inculpado suele quedar en un difícil y precario equilibrio. Por esa razón es que aceptar que todas esas pruebas se recibirán o se admitirán “...mientras se atiendan los derechos del acusado y las necesidades de un juicio justo y expedito” quedan como una formula general, demasiado abierta que podría generar algunas injusticias para el caso concreto.

- Un cuarto punto que habría que hacer, y que la propia Corte reconoce en su sentencia, es que el artículo 69(4) del Estatuto le concede amplios poderes para decidir sobre la relevancia y la admisibilidad de cualquier evidencia, tomando en cuenta, por su puesto, el valor probatorio del medio y el eventual prejuicio que que esto pudiera causar al principio de juicio justo o al de la justa evaluación de los

19 *Ibid.*

20 *Ibid.*

21 *Ibid.*

testimonios. Esto último, no es más que una forma de justificar los amplios poderes de decisión que se reconocen a la Corte en material de evidencia, tan solo limitados a la consideración sobre la justeza del proceso (“*fairness*”).

Estas reglas, limitadas por la consecución del “*fairness*” del procedimiento, hacen que precisamente las consideraciones de arbitrio de la Corte Penal Internacional sean muy amplias, y la obliguen en cada caso la observación de las eventuales dificultades para la intervención de la defensa del proceso. En especial, el principio de libertad probatoria, que le permite a la Corte Penal Internacional discutir qué tipo de pruebas necesita para la averiguación de la verdad, la deja con una gran capacidad de determinación de la prueba útil, y sobre todo, cuál sera el test para ver su idoneidad para el proceso penal²². Junto a ello, debe apuntarse la tendencia cada vez mayor de la Corte Penal Internacional de basar sus decisiones en pruebas testimoniales, lo que ha llevado a diversas dificultades en la gestión de este material probatorio²³. Entre los problemas que se aprecian están, indudablemente, los referidos a la atención de las necesidades psicosociales de las víctimas, los problemas organizativos y logísticos de atender el transporte de estas víctimas hasta la sede de La Haya y, por supuesto, los problemas de seguridad que están involucrados en la presencia de estas personas en un proceso de este carácter²⁴. Estas dificultades, sumadas a ciertas problemáticas derivadas de la forma en que la Oficina del Fiscal (OTP) obtiene esta prueba testimonial, así como la inadecuada cooperación de los países en los que se encuentran los testigos, junto a los siempre presentes problemas de recursos económicos disponibles para hacer posible la obtención de esta prueba, han creado importantes dificultades que afectan las capacidades de la Corte Penal Internacional para acceder a esta prueba y a generar criterios razonables para la determinación de la verdad real de los hechos investigados²⁵.

Dentro de ese contexto de problemas, surge hoy el uso de “intermediarios”²⁶ y la relevancia que la prueba que estos producen podría tener para el destino final de un procedimiento y para el dictado de una condena. Determinar la forma y el cómo de esta intervención pertenece a uno de los primeros problemas conceptuales a los que debe dedicarse la doctrina, no sólo para explorar la utilidad y sentido de la prueba así obtenida, sino también para determinar después las reglas de valoración utilizadas por la CPI para derivar, válidamente, una convicción. El resultado final de este debate bien podría contribuir a establecer el sentido y la forma del *fair trial* en el diseño del procedimiento penal internacional.

22 Tanto en la Carta Fundacional del Tribunal de Nuremberg (artículo 19) como en la del Tribunal del Lejano Oriente (Artículo 13, literal A) se hacía referencia a un principio de no sometimiento a reglas técnicas en materia probatoria, garantizándose en primera instancia el procedimiento más expedito posible para admitir aquellas pruebas que se considerara que tenían valor probatorio. Con el advenimiento del Tribunal para la Ex Yugoslavia se prefirió la inclusión de propias reglas de prueba y procedimiento que liberaban al tribunal de seguir “reglas nacionales” en materia probatoria, estableciéndose un sistema de amplitud probatoria con una amplia autonomía para el tribunal en cuanto a la aplicación de las reglas, sometiéndolas a criterios que favorecieran la justicia del proceso, así como para que se interpretaran en consonancia con el espíritu del Estatuto y los principios generales del derecho. Regla 89 literal b: “In cases not otherwise provided by this section, a Chamber shall apply rules of evidence which will best favour a fair determination of the matter before it and are consonant with the spirit of the Statute and the general principles of law” (rules of procedure and evidence for the international criminal tribunal for the former Yugoslavia, 1994).

23 International Bar Association, *Witnesses before the International Criminal Court. An International Bar Association International Criminal Court Programme report on the ICC’s efforts and challenges to protect, support and ensure the rights of witnesses*, July 2013, disponible en: <http://www.ibanet.org/Article/Detail.aspx?ArticleUid=4470a96b-c4fa-457f-9854-ce8f6da005ed> consultada el 9 de diciembre de 2013, p. 6

24 *Ibid.*

25 *Ibid.*

26 *Lubanga Judgement*, a partir de la página 90.

II. LA PRUEBA DE INTERMEDIARIOS Y LAS DIFICULTADES DE LA JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL

Los intermediarios tienen un papel importante en las averiguaciones de asuntos de derecho penal internacional. Este papel es claramente justificado por las dificultades de un tribunal con sede en Europa, que tiene que lidiar con complejas causas, con múltiples víctimas, y con testigos y sitios del suceso que están ubicados lejos de su ámbito de acción. Conectarse con las comunidades, así como con las personas que vivieron de cerca las atrocidades que han de investigarse, es una tarea altamente compleja, que involucra una logística de grandes proporciones y además un conocimiento de la zona y de la cultura donde tuvieron lugar los hechos que no suele ser fácil de adquirir desde la distancia en la que se ubica la CPI.

La OTP requiere de informantes, de personas conocedoras del terreno que la acerquen a las víctimas y que le faciliten su trabajo de ubicar hechos y circunstancias, así como testigos de los acontecimientos. Esta tarea, que ha sido compartida por otros tribunales penales de competencia internacional, tiene un papel trascendente en el éxito de las investigaciones acometidas.

Por otra parte, la Fiscalía tiene dificultades de tiempo y recursos humanos y materiales que hacen difícil su trabajo, por lo que la ayuda que pueda provenir de organizaciones en el terreno, con conocimiento del idioma, de la cultura local y de las circunstancias en que tuvieron lugar los acontecimientos son un apoyo realmente esencial para el trabajo de investigación, que no puede ser desestimado. DE VOS apunta, claramente, a la circunstancia de que la OTP—de previo a presentar cargos contra Lubanga—había conducido una investigación de año y medio en el terreno, con setenta misiones al Congo entrevistándose con 200 personas, mientras que en una actividad de 10 días, MONUC²⁷ pudo entrevistar a 150 personas y viajó a 30 pueblos²⁸. Es claro el impacto de organizaciones ubicadas y conectadas localmente es mucho mayor que el de la acción que puede conducir la OTP a la distancia y con poco conocimiento del terreno y de las finas imbricaciones culturales y de acceso que solo pueden conocerse desde dentro del país en conflicto, pero también con respecto a los riesgos implícitos en un conflicto armado que está desarrollándose²⁹.

Pero esta cercanía con las personas y los acontecimientos es la que precisamente arroja la mayor cantidad de preguntas sobre la objetividad e idoneidad del trabajo que realizan los intermediarios a la hora de recabar las pruebas. Como lo sería, por ejemplo, que en las tareas de recopilación de información se trabaje más en pruebas y elementos de convicción que son de cargo, descartándose prueba que sería de utilidad a la defensa, lo que ya propone serios problemas para la defensa desde la perspectiva del principio de igualdad de armas.

Por otra parte, tampoco habría una obligación específica de estos intermediarios de generar una investigación objetiva desde que su responsabilidad no es procesal, sino de colaboración³⁰. Si se centran en la búsqueda

27 *United Nations Organisation Mission in the Democratic Republic of Congo ('MONUC'), ahora denominada United Nations Organisation Stabilisation Mission in the Democratic Republic of Congo.*

28 DE VOS, Christian M., "Case Note: Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo 'Someone Who Comes Between One Person And Another': Lubanga, Local Cooperation And The Right To A Fair Trial, en: *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 12 (1), junio 2011, disponible en: <http://www.law.unimelb.edu.au/files/dmfile/download63e01.pdf>, p. 17.

29 De acuerdo con BUISMAN, le tomó a la CPI dos años colocar una base de operaciones en Bunia, el principal pueblo de la zona de Ituri, y fue difícil buscar una locación donde llevar a los testigos a entrevista sin llamar la atención. Además de ello, había problemas logísticos para atender a los investigadores, y ofrecerles servicios básicos, tales como una ducha, o para que pudieran viajar por la zona sin tener que enfrentarse a bloqueos puestos por grupos armados con el fin de cobrar impuestos. BUISMAN, "Delegating", *op. cit.*, p. 34.

30 Con ocasión de la discusión de las "Draft Guidelines" en el tema de intermediarios, la REDRESS, subrayó la importancia de observar el trabajo de los intermediarios en colaboración con la CPI, y no como una mera tarea "para" la CPI. Es decir, observar su trabajo en conexión con los fines de la justicia internacional y en beneficio de los altos objetivos de esa jurisdicción. Cfr. REDRESS, "Comments on the Draft Guidelines Governing Relations between the Court and Intermediaries", 15 de octubre de 2010, disponible en: http://www.redress.org/downloads/publications/Comment_on_draft_guidelines_on_intermediaries_15_Oct_2010.pdf, consultado el 01 de enero de 2014

de prueba de cargo esa es una escogencia que pueden hacer libremente. Mientras tanto, la OTP sí debe actuar con objetividad y debe recolectar también prueba que pudiera ser exculpatoria. ¿Pero cómo podría alcanzar este objetivo? ¿Involucrando técnicos y especialistas de la OTP en las organizaciones locales? ¿Provocando la integración de los esfuerzos locales en la estrategia general de investigación promovida desde La Haya? Sin duda, preguntas de gran trascendencia para evaluar la eventual tarea de la OTP de controlar una igualdad de armas en la práctica de cara a la situación procesal del acusado.

Estas preguntas más generales, deben mezclarse con otras cuestiones igualmente delicadas como lo son la forma de escogencia de los testigos y de las víctimas que serán llamadas a declarar, así como la forma de controlar la veracidad de sus testimonios, y la capacidad de incidencia de estas deposiciones en el proceso final de decisión del caso. Aquí las cuestiones relacionadas con la protección de testigos y víctimas tienen un papel trascendental; no obstante, no reducen la trascendencia del deber posterior de revelar información a la defensa del acusado para los casos en que haya duda sobre la persona o personas escogidas para brindar sus declaraciones.

En el caso Lubanga se plantearon discusiones de gran valor sobre la idoneidad de los testimonios, su veracidad, pero también sobre la identidad y la calidad de testigos presenciales o víctimas en el caso³¹. Debe tomarse en cuenta que en el Caso Lubanga se estaba en presencia de cargos por incorporar niños a las fuerzas armadas, y de allí que el testimonio de personas menores de edad estaba a la orden del día³².

Con todo, el problema fundamental de los intermediarios, en cuanto a su utilidad y papel clave en los procedimientos, es mucho más logístico que normativo. Las Líneas directrices que se circularon en octubre de 2010, con el objetivo de dar una regla de trabajo uniforme con los intermediarios y otras organizaciones de apoyo, chocaban con varias situaciones inciertas, entre ellas cuál sería la más idónea relación final con la Corte, pues las mismas líneas directrices guardaban una mezcla de función de voluntariado, mientras por otro lado les reconocía una cierta función de representación, incluso con la posibilidad de ser protegidos en caso de riesgo demostrado en un análisis caso por caso. Además de ello, y como la propia REDRESS apuntó en su momento, la actividad de los intermediarios requiere de información útil para la toma de decisiones, lo que incluye, por supuesto, datos sobre estrategia procesal para la conducción efectiva de las averiguaciones *in locu* y además para poder orientar el trabajo deben haber limitaciones para la confidencialidad con la que se deben manejar ciertos datos de la investigación³³.

En todo caso, los principios que orientan la función de los intermediarios son establecidos en las “Líneas directivas” de una manera que podría causar cierta sorpresa: por un lado se exige de ellos los más altos

31 El 8 de julio de 2010 la Sala de Primera Instancia I de la CPI ordenó un “*stay of the proceedings*” (suspensión de los procedimientos) debido a la incapacidad de la Fiscalía de cumplir con las órdenes de esa Cámara de revelar la identidad de un “intermediario”, es decir, de una persona a la que se le pidió que colaborara brindando asistencia en aspectos de la investigación, por lo que se ordenó, en una primera instancia la liberación de Lubanga. La resolución fue apelada, y en esa sede se decidió dar un efecto suspensivo a la decisión de poner en libertad al acusado, mientras se resolvía la apelación deducida por la Fiscalía. El 8 de octubre de 2010, La Appeals Chamber de la CPI, decidió retrotraer la decisión de la Sala de Primera Instancia acerca del “suspensión de los procedimientos” y de la liberación de Lubanga. El argumento de la Cámara de Apelaciones fue que la Sala de Primera Instancia debió haber impuesto sanciones a la Fiscalía primero, antes de decidir aplicar una sanción procesal tan drástica como una suspensión de los procedimientos.

32 En los procedimientos en el Caso Lubanga se achacó la existencia de testimonios que no eran ni íntegros ni ciertos, algunos testimonios fueron observados como un intento de introducir mentiras a los procedimientos o incluso de mentir sobre sus nombres o de haber sido “niños soldado” por temor a ser ellos mismos perseguidos y procesados por crímenes competencia de la CPI. De estas cuestiones no salieron librados tampoco los intermediarios, de los que se sospechaba que podrían haber intentado hacer llegar a la CPI declaraciones falsas sobre los acontecimientos investigados. Cfr. NGANE, Sylvia, “Should States bear responsibility of imposing Sanctions on its Citizens who as Witnesses commit crimes before the ICC?”, en: HEHNMAN, Ralph y FINDLAY, Mark (Editores) *Exploring the Boundaries of International Criminal Justice (International and Comparative Criminal Justice)*, England, Ashgate Publishing Limited, 2011, pp. 131-132

33 REDRESS, “Comments” *op.cit.*, p. 2.

estándares de confidencialidad y que en sus tareas no actúan como sustitutos de los equipos de trabajo de la CPI. De seguido, se afirma que sus tareas de cooperación no deben poner en peligro el proceso justo (*fair trial*). Finalmente, que los intermediarios pueden recibir protección de la CPI en el caso de la asunción de sus labores (lo que luego se analiza caso por caso)³⁴. En otras palabras, el diseño de su actuación los considera, en lo que conviene, como colaboradores de la CPI y en lo que interesa, esto es en lo procesal, se les observa como eventuales puntos de riesgo para el debido proceso³⁵.

Precisamente esa dicotomía en el análisis de los intermediarios es lo que genera la veta más importante de comentarios, pues es claro que la propia CPI pone un énfasis en sus propias dudas sobre estos colaboradores y, eventualmente, en la forma en que sus informaciones ingresarán al proceso. Algunos intermediarios, en el propio Caso Lubanga, se sintieron abandonados por la Corte, no sólo en cuanto a la información disponible (especialmente cuando en alguna de las decisiones provisionales se decretó la libertad de Lubanga, que luego fue cambiada en apelación) y que esto debía ser explicada a los testigos y víctimas que algunos activistas habían contactado en representación de la Corte³⁶. El reclamo de este abogado refleja la aún poco clara relación de estos intermediarios y la dificultad de la CPI para tratar con ellos y reconocer las difíciles circunstancias que enfrentan en el terreno. Muchas de las decisiones que se toman en el terreno y la información que llega localmente podrían no ser bien comprendidas por los actores locales que no tienen a ciencia cierta conciencia de las complejidades procesales que suelen aflorar en este tipo de casos.

Sin embargo, los problemas más serios con la prueba derivada de intermediarios provienen de los acuerdos de confidencialidad suscritos, especialmente con MONUC y otros terceros, como las ONG's, quienes deseaban que la información obtenida por ellos no fuera revelada, en ninguna etapa del procedimiento³⁷. La OTP acordó con estas organizaciones, en aplicación de lo estipulado en el artículo 54(3)(e) ER, que no revelaría estas informaciones sin el previo consentimiento de aquellas. Lo curioso, es que según la propia valoración de la OTP, algo de ese material tendría condición de exculpatorio, pero no podía revelarlo a la defensa en virtud los acuerdos de confidencialidad suscritos en el marco de las competencias concedidas por el Estatuto. Esto abría la puerta a que la Cámara pudiera revisar el material en cuestión y decidir si el proceso se mantenía en los cánones de imparcialidad (*fair trial*) si no se revelaba la información a la defensa, o si podían tomarse otras medidas para compensar esta falta de imparcialidad con relación a la defensa.

34 GLASSBORROW reportaba del enorme riesgo enfrentado por los intermediarios in locu en los diversos países donde se realizaban investigaciones de la CPI desde Darfur al Congo, lo que sin duda pone en peligro la efectiva representación de las víctimas en los diversos procesos. Cfr. GLASSBORROW, Katy, *Intermediaries in Peril*, Instituto for War and Peace Reporting, ACR Issue 180, 28 de julio 2008, disponible en: <http://iwpr.net/report-news/report-news/acr-issue-180>, consultado últimamente el día 02 de enero de 2014.

35 Por otra parte, los propios intermediarios se sienten poco reconocidos por la CPI, aun cuando asumen tareas centrales de trabajo que habrían de ser responsabilidad directa del staff de la Corte, lo que genera en muchos casos frustración. Cfr. VICTIMS RIGHTS WORKING GROUP, "Comments", *op. cit.*

36 Se trata de la situación de un abogado en Kinshasa que representaba víctimas en el Caso Lubanga, citado por DE VOS con referencia a Katy Glassborow, 'Intermediaries in Peril', Instituto for War and Peace Reporting (online), 28 July 2008 <http://iwpr.net/report-news/intermediaries-peril>, DE VOS, *op. cit.*, p. 19.

37 En el caso de las Misiones de Naciones Unidas, tal compromiso era perfectamente legal, tal y como se puede leer en el Acuerdo Negociado de Relación entre la CPI (Negotiated Relationship Agreement between the International Criminal Court and the United Nations), ICC-ASP/3/Res.1, 18(3) (July 22, 2004), http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/916FC6A2-7846-4177-A5EA-5AA9B6D1E96C/0/ICCASP3Res1_English.pdf

En una primera decisión, la Sala de Primera Instancia decidió una suspensión de los procedimientos (*stay of the proceedings*)³⁸, que luego fue revocada en apelación.

El destino de la prueba proveniente de la intervención de estos intermediarios sigue siendo impreciso y requiere un estudio detallado, tanto desde la perspectiva de la cultura procesal asumida por la CPI, como también de los arreglos organizativos asumidos y proyectados para seguir adelante con esta estrategia de trabajo probatorio en el marco de la justicia internacional.

III. PRUEBA Y SISTEMAS PROCESALES.

La CPI no se abstrae de los problemas que se derivan del modelo procesal seguido por su Estatuto constitutivo y por las reglas sobre la prueba que la caracterizan, como tampoco de la forma en que estas normas son aplicadas en la práctica.

Un proceso penal, sea de naturaleza nacional o internacional, responde a una serie de reglas que permiten entender en él una cierta lógica que hace comprensibles sus productos (entendidos en la forma de una sentencia o decisión sobre el caso). La lógica de los procedimientos tiene que ver con la sucesión de sus actos, especialmente de aquellos dirigidos a la producción de la prueba. Es por ello, que entender su funcionamiento, ayuda a entender sus resultados, y para ello el uso de herramientas teóricas a partir del modelo procesal es un método confiable para evaluar el contexto general del proceso, así como sus “productos esperables”, y determinar a partir de allí su idoneidad.

El uso de métodos teóricos a partir de la comparación de los estilos acusatorios o inquisitoriales en los que es posible ubicar y clasificar un determinado proceso penal, si bien no es un método novedoso, revela su utilidad para medir la consistencia general del sistema³⁹.

El uso de una estrategia metodológica como esta no resulta fácil en el caso del examen del tipo de proceso que se sigue ante la CPI, pues sus características podrían provocar observaciones propias de un proceso mixto con múltiples elementos acusatorios y algunas otras propias de un sistema inquisitivo. Ejemplo de ello es que la estructura misma del proceso ante la CPI contiene una primera etapa de caracteres más secretos (de cierta inspiración en los procesos inquisitivos), la etapa de investigación en la cual el Fiscal fundamenta o descarta los elementos de convicción para presentar cargos en una Audiencia de Confirmación de Cargos. Como dice AMBOS⁴⁰, la Audiencia de Confirmación de Cargos ante la Sala de Cuestiones Preliminares es un rasgo que hace una mezcla de caracteres adversariales con los llamados caracteres “inquisitivos”, operando como un filtro, que sólo los casos con relevancia llegan a ser enjuiciados.

38 *La defensa presentó declaraciones de posibles manipulaciones de los testigos por parte de los intermediarios para que dieran información falsa, además, alguna prueba de la Fiscalía dio pie a pensar en que esto había sido una práctica en el proceso de investigación. Tal fue el caso de la siguiente declaración recibida y valorada en el trámite de la resolución sobre los intermediarios: “This is contrary to the statement given to the OTP and that’s why I wanted to make the statement and explain why I came here. That’s why I met the OTP’s intermediary who told me the following. He said, You have to change your name, you have to change your identity. Don’t give the true story that took place; in other words, there was a story that they were telling to the witnesses. And I say that they’re crooks. Why is it that I say that they’re crooks and swindlers? Well, instead of letting me tell the true story of what took place and instead of letting me describe all of the events I lived through, they are inventing statements in order to manipulate the investigation”. Trial Chamber I, Situation in the Democratic Republic of Congo, ICC-01/04-01/06-2434-Red2, Decision on the Intermediaries (May 31, 2010).*

39 CAINIELLO, Michele, “Disclosure before the ICC: The Emergence of a New Form of Policies Implementation System in International Criminal Justice?”, *International Criminal Law Review* 10 (2010) pp. 23–42, disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1753747, consultada últimamente el 31 de diciembre de 2013, p. 24.

40 AMBOS, Kai. “International criminal procedure: “adversarial”, “inquisitorial” or mixed?” *International Criminal Law Review*, T. 3, Nº 1, 2003, p. 5.

Otra segunda etapa, es la de juicio ante la Sala de Primera Instancia donde se permea de los principios propios de un sistema acusatorio (contradictorio, igualdad de partes, etc.), con un procedimiento en alzada ante una Sala de Segunda Instancia con potestades revisorias del fallo.

El proceso ante la CPI es un encuentro entre culturas jurídicas de Occidente, principalmente del mundo continental europeo y de la tradición anglosajona. El acercamiento de estas tradiciones jurídicas en la construcción del ER y de las Reglas de Proceso y Evidencia, ha llevado a los científicos a plantear mucho más que un acercamiento un choque de visiones acusatorias e inquisitoriales. Es claro que modelos puros como tales no pueden encontrarse en la actualidad, donde las legislaciones nacionales han escogido caminos mixtos y de mezcla de tradiciones, pero sí puede ser de utilidad manejar los modelos puros con el objetivo de identificar tendencias, y por allí instrumentos de explicación de la manera en que el proceso ante la CPI podría admitir la consideración de la prueba generada por intermediarios.

Tenemos presente, con CAIANELLO que la escogencia de modelos teóricos de explicación procesal implican, de suyo, una escogencia de escalas de valores que responden no a modelos puros sino a escogencias y a un juego de diversas variables⁴¹ que en este trabajo se observarán como claves para entender la forma y contenido de las prohibiciones probatorias y las reglas de valoración de la prueba que podrían entrar en juego para explicar la posición de la CPI en relación con la prueba derivada de la actividad de los intermediarios.

Es menester entonces, desglosar de una manera sintética las características de esos tipos de enjuiciamiento y analizar cuál es el sistema procesal que es posible atribuir a la la CPI, para de allí determinar las reglas de la valoración de la prueba que podría estimarse se derivan de su naturaleza. Para alcanzar esta meta de análisis, se expondrá, en un primer momento, de manera breve, las características esenciales de los modelos procesales, desglosándose tal acápite en: a) el sistema acusatorio, b) el sistema inquisitivo, c) el sistema mixto y d) el sistema procesal que podría derivarse sigue la CPI. Luego de ello, se expondrá de manera sintética la naturaleza de la prueba en el proceso penal. Seguido de ello, después de ver cuál de los sistemas de valoración de la prueba impone las normas probatorias del ER, se concluirá con una exploración, en lo particular, del problema que supone la obtención, incorporación y valoración de prueba indirecta vía la figura de los intermediarios, y sus consecuencias prácticas y normativas en el Caso Lubanga.

Este artículo se ha escrito en homenaje a la memoria del distinguido jurista, ex presidente de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Dr. Luis Paulino Mora, querido maestro y amigo, quien asumió la difícil tarea de transformar nuestro sistema justicia, para hacerlo más humano, más accesible y más eficiente, para todos los costarricenses.

IV. RESEÑA SOBRE LOS SISTEMAS PROCESALES PENALES

La mención que aquí se hará de los sistemas procesales –si bien no es el tema central del presente estudio, es importante a los efectos de alcanzar un primer esfuerzo aclaratorio de las condiciones y el marco ideológico en el que se desarrolla el proceso penal internacional. Este esfuerzo se justifica en la necesidad de establecer la conexión del modelo procesal con el sistema de obtención y valoración de la prueba que respalda el quehacer probatorio de la Corte en los asuntos de su competencia. Se trata sin

41 CAIANELLO, "Disclosure", *op. cit.*, p. 24

duda de una cuestión de cardinal importancia⁴², pues el debate sobre la prueba, en especial, de la prueba testifical, de la forma de su obtención (en este caso, vía intermediarios), su incorporación al debate, así como su valoración posterior por parte de la Sala de Primera Instancia dependen directamente de la forma de comprender el sistema procesal penal que inspira las normas de regulación del quehacer de la CPI.

La premisa fundamental de la que parte cualquier sistema procesal, y el proceso penal internacional no es una excepción, es la obligación de definir cuál será el rango, amplitud y libertad probatoria a la hora del ejercicio de la potestad soberana de juzgar los delitos. Un procedimiento más acusatorio será aquél donde esta facultad de discusión probatoria goce de una mayor participación democrática de las partes en la construcción del objeto procesal. Si los poderes se manifiestan desiguales, y hay una excesiva consideración de los poderes definitorios de la Fiscalía en el quehacer probatorio, en detrimento de los derechos de intervención de la defensa del justiciable, se estaría frente a un modelo procesal que se acercará de manera más decisiva a un modelo inquisitivo⁴³. Por ello, concluir de manera rápida que el sistema procesal que orienta el quehacer de la CPI es más propio de un sistema mixto⁴⁴, quizá no entra en el núcleo problemático esencial de la cuestión, dejando el debate en una mera cuestión denominativa que pasa de largo de la situación cotidiana y del quehacer investigativo de la Fiscalía⁴⁵. El recorrido que se hará a continuación, preparará el camino para debatir las cuestiones centrales que se derivan de la prueba a través de intermediarios, los niveles de protección de víctimas y testigos y su incidencia en la calidad y oportunidad de la fijación fáctica obtenida en la sentencia Lubanga.

A) SISTEMA ACUSATORIO:

El sistema acusatorio surge de una búsqueda democrática en el juzgamiento de los hechos penales. Es un sistema donde la relación entre el ciudadano y el Estado estaba comprometida con el respeto a las libertades mínimas del individuo, y en donde la discusión de los asuntos judiciales requería de una iniciativa y de una participación activa del pueblo, ya sea para la conformación de los tribunales, jurados o por la publicidad y control de los procesos por parte de la ciudadanía. Se dio en la antigua Atenas⁴⁶ y en algunos procesos de la República Romana⁴⁷, también se observaba en las “*composiciones privadas*” del antiguo proceso penal germano⁴⁸. Iguales rasgos acusatorios (oralidad, publicidad y contradicción) pudieron percibirse en el derecho foral ibérico previo a al auge de la inquisición canónica⁴⁹. Suele calificarse

42 A lo largo de la historia, la máxima *affirmanti incumbit probatio* es la que rige cualquier proceso de naturaleza jurisdiccional, puesto que la *cognitio del juzgador*, a grandes rasgos, es una operación lógica de la cual por medio de la prueba se extraen las premisas que desembocan en la sentencia como conclusión del razonamiento. Por tanto, se distribuye la carga de la prueba para quien incumbe –bajo su pretensión– la resolución de una determinada controversia, independientemente de la materia de la misma, ya sea civil, penal, etc.

43 GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel y ARROYO GUTIÉRREZ, José Manuel. “Los diversos sistemas procesales penales: principios y ventajas del sistema procesal mixto moderno”. Departamento de Capacitación de ILANUD, primera edición, San José Costa Rica. 1991, pp. 294 y 300.

44 Por algunos sectores de la doctrina se prefiere el apelativo “Sistema acusatorio formal o inquisitivo reformado”, según se evalúen más componentes de un sistema o del otro; al respecto véase LLOBET, Javier. “Derecho Procesal Penal: Tomo I”. Editorial Jurídica Continental, primera edición, San José Costa Rica. 2008.

45 Una posición contraria a la existencia de los sistemas mixtos se puede encontrar en ZAFFARONI, Eugenio. “Sistemas penales y Derechos Humanos en América Latina: Informe Final”. Ediciones Depalma, primera edición. Buenos Aires Argentina. 1986.

46 GONZÁLEZ ÁLVAREZ y ARROYO GUTIÉRREZ, op.cit, p.24.

47 Algunos autores señalan la *acusatio* o *quaestio* que se dio en la madurez de la República Romana como un sistema acusatorio, sin embargo como contenía una primera etapa de investigación secreta (rasgo inquisitivo) equiparada con una auténtica instrucción, luego una etapa de juicio con oralidad y contradicción (rasgos acusatorios) puede vérselo como un antecedente de los sistemas procesales mixtos. Al respecto véase CLARÍA OLMEDO, Jorge “Tratado de Derecho Procesal Penal”. Ediciones Ediar, primera edición. Buenos Aires Argentina. 1960 citado por GONZÁLEZ ÁLVAREZ y ARROYO GUTIÉRREZ, op. cit, p. 25.

48 Al respecto puede verse en MAIER, Julio. “Derecho procesal penal: tomo I”. Ediciones del Puerto. Segunda Edición. Buenos Aires Argentina. 2004.

49 El Furo Juzgo del año 663 después de Cristo, fue un compilado de leyes ibéricas donde se estructuró no un sistema procesal propiamente dicho, sino algunos lineamientos procesales de corte acusatorio, al respecto véase ODERIGO, Mario. “Lecciones de Derecho Procesal: Tomo I”. Editorial Depalma, primera edición, Buenos Aires Argentina. 1971, citado por GONZÁLEZ ÁLVAREZ y ARROYO GUTIÉRREZ, op. cit, p. 27.

de acusatorio, asimismo, el “sistema adversarial”⁵⁰ anglosajón que se ve permeado a lo largo de toda su historia por la no recepción de los rasgos inquisitivos de la Edad Media y por conservar –desde los jueces de paz y su característico sistema de jurados– una tradición de corte acusatorio⁵¹.

Las principales características de un sistema acusatorio pueden resumirse de la siguiente manera⁵²: se trata de proceso de instancia única (por la soberanía y control que ejercía el pueblo en democracia sobre el proceso), donde el impulso procesal se daba por acusación a instancia de parte (nunca de oficio), el papel del juez era estrictamente pasivo, además era recorrido por la igualdad de partes, contradicción, oralidad y publicidad de los actos. Los fallos, en esta estructura axiológica democrática, surgían de la equidad y no del derecho, con una valoración de las pruebas libre, conforme a la íntima convicción del juez o del jurado (aspecto que se revisará más adelante en el acápite IV).

La búsqueda de un proceso con caracteres acusatorios es lo que encarna el actual estadio de los esfuerzos legislativos en América Latina, región geográfica donde el imperio del inquisitivo regentó por muchas décadas.

B) SISTEMA INQUISITIVO:

La historia del inquisitivo suele relacionar sus orígenes con el denominado *cognitio extra ordinem*⁵³ que se dio en la Roma imperial⁵⁴. Se trata, sin duda, de un procedimiento que realza la figura soberana de un sujeto dotado de poder, en este caso del emperador, en abierta contraposición al acusatorio, más afecto a dar preeminencia a una forma más democrática de procedimiento, con mayor intervención de la ciudadanía. Junto a este antecedente histórico, se ubica, por supuesto, el proceso inquisitivo de la Iglesia Católica⁵⁵, surgido en el siglo XII y construido a partir de la política de persecución de la herejía, en la búsqueda de expandir el catolicismo por toda la Europa Continental, promovida por el Papa Inocencio III. Este procedimiento tuvo una influencia enorme en el proceso penal⁵⁶.

Las características propias de un sistema inquisitivo se pueden resumir en las siguientes⁵⁷: era un proceso que partía del principio de justicia delegada (ya que el monarca, aunque fuese titular de las tres funciones estatales, no las podía llevar a cabalidad si no por interpuesto funcionario), con la posibilidad de elevar el caso a una revisión del fallo por parte del monarca o funcionarios superiores nombrados por el mismo. Se iniciaba con un impulso procesal de oficio (incluso con una denuncia anónima o por simples rumores), que demostraba a un juez altamente activo en la investigación y determinación de los hechos (juez y parte). Contenía una etapa de instrucción secreta y amplia que se encargaba de la determinación de los hechos y de la presunta participación del indiciado en los mismos. Para dejar constancia de las actuaciones procesales –debido al secreto de la instrucción– se recurría a la escritura de manera predominante, por lo que “se juzgaba a un expediente y no a una persona”. A la instrucción le seguía casi que de inmediato una sentencia (y en medio de la instrucción y la etapa de enjuiciamiento un compendio no menor de violaciones a las garantías de los justiciables, como un casi inexistente derecho de defensa, que reputaba una no

50 Crítico sobre estas atribuciones terminológicas, AMBOS, “inquisitorial” or mixed?”, *op. cit.* p. 3 y ss..

51 GONZÁLEZ ÁLVAREZ y ARROYO GUTIÉRREZ, *op. cit.*, p.26.

52 *Ibid.*, p.28 y 29.

53 Al respecto véase MAIER, Julio. “Derecho procesal penal: tomo I. *op. cit.*”

54 Como su propio nombre lo dice, consistía en un procedimiento extraordinario que paulatinamente dejó de ser la excepción y se convirtió en la regla.

55 García Marín, José María, *Proceso Inquisitorial-Proceso Regio. Las garantías del procesado*, en: *Revista de la Inquisición*, 1998, N° 7, pp. 137-149, disponible en: <http://revistas.ucm.es/index.php/RVIN/article/viewFile/RVIN9898110137A/1622>

56 MANZINI, Vincenzo. “Tratado de Derecho Procesal Penal: Tomo I”. Ediciones Jurídicas Europa-América. Primera edición, Buenos Aires Argentina, 1951, pp. 52 y 53.

57 GONZÁLEZ ÁLVAREZ y ARROYO GUTIÉRREZ, *op. cit.*, pp. 32 a 35.

contradicción). Pero lo que más importa a efectos del presente estudio, que como uno de los pocos límites del poder, podemos encontrar una exigencia de fallar conforme a derecho y de esa misma exigencia se desprende el sistema de valoración de la prueba fijado objetivamente por ley, el llamado sistema de la prueba tasada (valga la pena decir donde la prueba confesional cobraba valor de plena prueba y estaba permitido obtenerla mediante tormentos al reo⁵⁸) que será tratado más adelante.

Sin embargo, superada, de cierta forma, la inquisición en su acepción pura, cuyos resabios aun trasuntan algunas legislaciones⁵⁹, la incorporación de instituciones del acusatorio y, con ello, de una mayor democratización del proceso penal, se observa también a través de la asunción de reglas de valoración de la prueba que tienden a una mejor obtención de la verdad material y a un control de la calidad de los fallos por la vía del control de apelación y casación. Es de esta forma que la denominación “inquisitivo” o “inquisitorial” para denegar valor a un determinado procedimiento no se conforma a la realidad de los actuales procedimientos vigentes en diversas legislaciones nacionales, pues las formas puras de este procedimiento histórico fueron abandonadas después de la Revolución Francesa y de la Reforma Procesal Penal alemana de 1848⁶⁰. Es por ello, que es posible encontrar legislaciones actuales donde hay actividad investigativa encomendada a una autoridad encargada de la acusación pública, usualmente el Ministerio Público pero también jueces de instrucción, y fases de juicio a cargo de un tribunal que observa la fase oral y pública del juicio⁶¹. Con AMBOS habría que conceder que aun en sistemas mixtos de esta naturaleza conviven elementos acusatorios e inquisitivos, con un avance notable al trasladar el monopolio de la acusación pública al Ministerio Público, apartando dicha tarea del juez de instrucción y en algunos casos permitiendo la intervención procesal del acusador particular⁶². Los ingredientes para estos modelos procesales son variados, y aun son determinables en muchas legislaciones.

Sin embargo, en el camino hacia un modelo procesal más acusatorio, quizá con una intervención menos comprometida del juez con la investigación y la acusación, el sistema mixto se muestra como una vía intermedia entre la justicia formal u objetiva (conforme a derecho) y la justicia como equidad (o aplicación de la justicia universal al plano concreto)⁶³, mediante la averiguación de la verdad real de los hechos, que es precisamente uno de los ejes informadores del llamado sistema mixto.

C) SISTEMA MIXTO:

El sistema mixto es una simbiosis de los caracteres acusatorios con algunos caracteres que provienen del sistema inquisitivo (como lo es la investigación o instrucción secreta con fines de la averiguación de la verdad real, las exigencias de fallar conforme, no sólo a equidad, sino conforme a derecho también y un sistema de doble instancia con un superior con potestad revisora del fallo).

58 GARCÍA MARÍN, *op. cit.*, p. 86.

59 Cfr. BINDER, Alberto, “La Fuerza de la Inquisición y la debilidad de la República”, en: *Nuevo Pensamiento Penal*, Buenos Aires, Argentina, disponible en: http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/08/microsoft_word_-_34bi.pdf

60 Así AMBOS, “inquisitorial or mixed”, *op. cit.*, p. 3.

61 Situación bien conocida en la legislación procesal penal costarricense hasta enero de 1998. Ese año concluyó la vigencia del viejo Código de Procedimientos Penales de 1973 que contenía lo que se ha denominado un sistema mixto, con una investigación previa al juicio a cargo de jueces de instrucción y una fase pública y oral a cargo de jueces de juicio. Esta separación convivió con un Ministerio Público bastante débil, que se buscó fortalecer con una legislación más acentuadamente acusatoria que entró en vigencia en enero de 1998 y es la vigente hasta la fecha.

62 AMBOS, “inquisitorial” or “mixed”, *op. cit.*, p. 3.

63 Sobre las diversas acepciones de justicia véase: HABA MÜLLER, Enrique Pedro. “Axiología Jurídica Fundamental”. Editorial de la Universidad de Costa Rica. Segunda Edición. San José Costa Rica. 2007.

El primer sistema mixto en cuanto a tal⁶⁴, lo encontramos como una más de las conquistas y reivindicaciones posteriores a la Revolución Francesa⁶⁵, precisamente con la codificación Napoleónica, precisamente en el *Code d'instruction criminelle* de 1808.

Las características de un proceso mixto⁶⁶, no importa si es una concepción clásica o privada, es aquella en la que se puede dar un impulso procesal de oficio, bajo el principio de oficialidad o se puede dar por acusación privada. A su vez, una primera etapa de investigación por dirección funcional (Ministerio Público) o instrucción (por medio de un Juez de instrucción, resabio inquisitivo de primera categoría), tradicionalmente secreta, privada y escrita; que culminaba en elementos de convicción suficientes puede traducirse –ya en otra etapa, a la que podemos llamar preliminar– en la solicitud de sobreseimiento o de elevación a juicio. La etapa de juicio es en la que se dan los principales caracteres acusatorios, como lo son la oralidad, la intermediación de las pruebas, la publicidad y la igualdad de partes en base a un contradictorio y la posibilidad de aportación de las pruebas de descargo vía el derecho de defensa (inviolabilidad de la defensa). Posteriormente, es usual, encontrar una etapa de impugnaciones, en la cual un juez superior con potestad de revisión, puede revisar el fallo con la vía recursiva dispuesta para tal efecto. Es con la consagración del modelo mixto en sus formas más modernas, que se incorpora un sistema de valoración de la prueba libre, pero que encuentra límite –aparte de la obtención e incorporación en el proceso– en la descripción precisa y fundada de por qué⁶⁷ a cada probanza ventilada se le da el valor que pondera el juez, o sea que se limita la valoración o partir de criterios de sana crítica racional.

Puede partirse de que la sana crítica racional no es preexistente al sistema procesal penal mixto, sin embargo, su existencia se ha hecho manifiesta en las legislaciones comparadas con la incorporación de este modelo procesal. Las reglas de la sana crítica, entendidas como aquellas que derivan de la lógica y de la experiencia, las primeras reglas con pretensión de permanencia y, las segundas, con un carácter variable en el tiempo y en el espacio, según lo prescribe Alsina⁶⁸, se han convertido en la forma buscada por el legislador para establecer un parámetro de control de la fundamentación probatoria de los fallos. La fundamentación probatoria no queda librada a la libre decisión del juez que conserva en su íntima convicción las razones de su fallo, sino que por el contrario somete esa íntima convicción a una declaración de las razones en las que se sustenta tal convicción. El juez debe utilizar entonces criterios derivados de su experiencia, de su conocimiento anterior, de las reglas de la psicología y de la lógica para derivar sus conclusiones y criterios para su decisión. Dichos criterios serán sometidos, vía recursiva, a un examen posterior por un tribunal de apelación o de casación (según el modelo de revisión del fallo escogido) para estimar su oportunidad, su claridad y corrección, y de esa manera controvertir las conclusiones que ya no quedarán libradas a una facultad libérrima del juez de instancia.

Observados estos modelos procesales y su escogencia sobre los métodos de valoración de la prueba, surge la interrogante sobre cuál de esos modelos procesales es el que se puede evidenciar de manera más clara en el proceso ante la CPI que prevé el ER y sus Reglas de Procedimiento y Prueba (en adelante RPP o Reglas).

64 *La doctrina encuentra antecedentes de procesos mixtos en la Constitutio Criminalis Carolina alemana de 1532 y en la Ordenanza Criminal de Luis XIV francesa de 1670; e incluso desde antes tal y como fue referido supra en la acusatio o quaestio de la República Romana.*

65 *Al respecto CARRARA, Francesco "Programa de Derecho Criminal, Parte General". Editorial Temis, cuarta edición. Bogotá Colombia, 1985 p. 307.*

66 *GONZÁLEZ ÁLVAREZ y ARROYO GUTIÉRREZ, op. cit, pp. 35 a 38 y 43 a 74.*

67 *Conforme al cual el juez debe de tener la pericia suficiente para poder discriminar, en base a criterios objetivos, el valor y sopesar la valía probatoria de cada probanza. Esos criterios objetivos son enumerados por la doctrina como integrantes del llamado "correcto entendimiento humano", que consiste en las reglas de la lógica, la psicología y la experiencia común. Al respecto véase GONZÁLEZ ÁLVAREZ y ARROYO GUTIÉRREZ, op.cit, pp. 62 y 63.*

68 *ALSINA, Hugo, Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Buenos Aires, Ediar S. A. Editores, V. I, p. 127.*

El resultado de este examen arrojará luz sobre los modelos de atención de los estándares de admisión de la prueba y, por consiguiente, de su admisión posterior en la fase de juicio, lo que dará bases para entender el procedimiento seguido ante la CPI y sus eventuales consecuencias para la valoración probatoria en el caso de la prueba proveída por intermediarios y posiciones en su correcta perspectiva el problema de atención a los principios procesales de fair trial y de igualdad de armas.

D) EL MODELO PROCESAL PENAL QUE SIGUE EL ER⁶⁹.

Para establecer el modelo procesal que sigue el Estatuto de Roma, se seguirá un análisis a partir de las anteriores precisiones sobre los modelos procesales y de valoración de la prueba, planteando de antemano la hipótesis que sostiene el aserto que la cultura occidental actual –visión axiológica que ha sido impuesta al mundo entero, por procesos complejos que involucran directamente al derecho internacional⁷⁰– ha erradicado los sistemas procesales puramente inquisitivos, dejando paso únicamente a sistemas procesales mixtos⁷¹ tendencia de la cual no se escapa, –por supuesto- el Estatuto y la propia CPI en su funcionamiento⁷². Es en virtud de ello, que corresponde explorar las reglas sobre impulso procesal, sobre garantías y derechos del justiciable, así como la actuación de la CPI en las diversas instancias del proceso, y así derivar el modelo que ha sido seguido en la construcción del quehacer jurisdiccional de este Tribunal Internacional.

d.1) Sobre el impulso procesal: el artículo 13 inciso c) en concordancia con el artículo 15 inciso 1 del Estatuto de Roma claramente establece los supuestos en los cuales la CPI puede conocer de un caso por impulso procesal oficioso, o sea a través del principio de oficialidad en la acción penal. Sin embargo, también podría iniciar el conocimiento a instancia de parte⁷³ vía el artículo 13 inciso a) y b), donde se prevé que un Estado parte o el propio Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (en adelante ONU) pueda remitir un caso al fiscal para que inicie la investigación. Esto último, siempre que se observen las reglas de aquiescencia por parte de la Sala de Cuestiones Preliminares según lo establece el artículo 15 del ER. El rasgo de impulso procesal ya sea por oficialidad o a instancia de parte es una característica señera de los sistemas procesales acusatorios y mixtos.

d.2) Sobre las garantías y derechos: el artículo 17 del ER, en su párrafo 2, establece que el proceso que se incoa ante la CPI debe de ser vigilante de las garantías y derechos que consagra el derecho internacional. Esto es, y en un estricto acercamiento *pro homine*, las garantías derivables de los Convenios Internacionales tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, La Convención Americana de Derechos Humanos, La Convención Europea de Derechos Humanos, etc. En estos documentos es verificable un amplio reconocimiento de derechos y garantías, tales como el principio de legalidad criminal

69 *El presente análisis no es un esfuerzo exhaustivo por minimizar cada detalle del proceso ante la CPI, sino que es una visión general del ER, sin tomar en cuenta, por ejemplo las RPP las cuales cobran vital importancia, pero no son objeto del presente, sino la confirmación de la hipótesis de que este proceso es uno de corte mixto, con operaciones deductivas simples. Además, este breve análisis pretende determinar si es un proceso inquisitivo, acusatorio o mixto, desde la naturaleza como sistema procesal, no así por ser “adversarial” (anglosajón) entendido como aquel proceso de carácter acusatorio –mixto, de hecho– cuya mayor característica es la presentación de dos casos, y que el jurado determina a cuál de ellos en su íntima convicción se adhiere; en contraposición con un proceso “inquisitorial” (de tradición continental) –mixto, de hecho– entendido como un sistema de un solo caso (teoría de la verdad “real” de los hechos), el que se averigua a partir de una serie de operaciones lógicas del juez, a partir de las posturas de la defensa y el acusador. Al respecto, cfr. AMBOS, Kai, “inquisitorial or mixed”, op. cit..*

70 *Al respecto véase, HABA MÜLLER, Enrique Pedro. “Tratado básico de Derechos Humanos: Examen realista-crítico”. Editorial Juricentro. Primera edición. San José Costa Rica. 1986.*

71 *Al respecto de esa postura revisar LLOBET RODRÍGUEZ, op. cit.*

72 *Cfr. crítico sobre este aserto, AMBOS, Kai, “El derecho penal internacional en la encrucijada: de la imposición ad hoc a un sistema universal basado en un tratado internacional”, en: Política Criminal, Santiago de Chile, V. 5, N. 9 (julio 2010), Art. 6, pp. 237-256, disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-33992010000100006&script=sci_arttext*

73 *Entendida en el Derecho Internacional como uno de los Estados Parte o el Consejo de Seguridad.*

(artículo 22 del ER), el principio de culpabilidad (artículo 23 del ER), el principio de irretroactividad de la ley penal internacional (artículo 24 del Estatuto), la inviolabilidad de la defensa (establecido, entre otros, en el artículo 61 párrafo 6, el artículo 55 y abarcado en parte por los principios consagrados en el artículo 67), principio el de intrascendencia (artículo 25 del Estatuto), la presunción de inocencia (consagrada también en el artículo 66 del Estatuto), el derecho a la revisión de la sentencia condenatoria por un tribunal superior, y en general todo el catálogo de derechos y garantías que integran los principios sustantivos y los principios adjetivos del debido proceso⁷⁴, todo ello en plena concordancia con los principios derivados del proceso mixto moderno.

d.3) Sobre la fase de investigación: La investigación se encuentra regulada como tal en el artículo 53 del Estatuto, sin embargo debe de tomar en cuenta las reglas de admisibilidad del artículo 17 del mismo corpus normativo. Además, en lo que interesa sobre el carácter de público o eventualmente secreto del proceso, el artículo 18 del Estatuto de Roma párrafo primero, establece claramente que de estimarse existen peligros de obstaculización a la investigación, ya sea por la posibilidad de fuga del justiciable o por posible destrucción de pruebas, o por la posibilidad de poner en peligro la vida o integridad de las personas⁷⁵, habría condiciones para esperar que en ciertos supuestos la etapa de investigación podría llegar a ser secreta, lo que podría llevar a caracterizarla a partir de un estilo inquisitivo o mixto.

d.4) Sobre la fase “intermedia”: El artículo 19 párrafo sexto del ER, establece que la decisión sobre la competencia de la Corte y sobre la confirmación de los cargos que pueda formular el Fiscal es competencia de un tribunal intermedio llamado Sala de Cuestiones Preliminares (debidamente reglamentada por el artículo 57 del Estatuto), fase que se integra y completa con el tenor del artículo 61 del Estatuto. De estas normas es posible denotar lo que AMBOS califica de simbiosis de caracteres “adversariales” con “inquisitivos”⁷⁶. Sin embargo, a partir de la descripción de modelos que se ha realizado supra, tal mezcla responde a un rasgo meramente mixto.

d.5) Sobre la fase de enjuiciamiento: lo relativo a la etapa de juicio se regula en la PARTE VI del Estatuto, fase comprendida entre los artículos 62 y 76. Para no ahondar en mayores detalles, el juicio que prevé el ER está íntimamente ligado a los principios de oralidad, publicidad (salvo las excepciones previstas por confidencialidad), contradictorio, inmediación (salvo lo previsto sobre razonabilidad y proporcionalidad en cuanto a la protección de víctimas y testigos), y sobre el plazo razonable para poner en conocimiento de las partes los autos, genera la impresión de igualdad de armas. Por ende, es un juicio que respeta en la medida de lo posible, salvo lo estrictamente excepcional, las garantías del justiciable y la protección de los intereses las víctimas en el marco de la oralidad, de la intermediación, la publicidad y el contradictorio; y constituye por ello un rasgo claramente acusatorio o mixto⁷⁷.

Además con KNOOPS⁷⁸ podemos concordar en un cambio evidente en la jurisdicción penal internacional hacia un mayor énfasis de supervisión de la TC sobre los procedimientos de juicio, compatible con las prácticas propias del *civil law*. Se trata de una reacción probable a la duración prolongada de los juicios

74 Visto, en parte, para la fase de investigación en el artículo 55 del Estatuto de Roma, sin embargo, creemos que en sana interpretación, no debe agotarse los derechos comprendidos en el párrafo 1 y 2 del artículo 55 exclusivamente en la fase de investigación, sino que estos es el mismos Estatuto el que los extiende a toda etapa procesal, en consagración del artículo 17 párrafo 2 del ER.

75 Además el Estatuto en su artículo 72 establece la posibilidad de limitar la divulgación o establecer la confidencialidad de la información que sea susceptible de causar lesiones a la seguridad nacional de un Estado.

76 AMBOS, “inquisitorial” or “mixed”, *op. cit.*, pp. 10-11.

77 Vassiliev prefiere denominarlo “adversarial” tanto en la forma de la regulación como de la práctica, especialmente en el caso Lubanga bajo análisis. Cfr. VASSILIEV, en: AAVV, *International Procedure, Capítulo 5. Trial Process*, p. 601.

78 KNOOPS, Geert-Jan G.J., *Redressing miscarriages of justice: practices and procedure in (international) criminal cases*, Leiden, Holanda, 2013, p.

ante el ICTY y el ICTR, que en su primera etapa de funcionamiento tenían un vínculo mayor a la tradición del *common law*. De hecho, cambios en las reglas de funcionamiento, principalmente la Regla 90(F) (i) y (ii) del RPE del ICTY le dio capacidades a la Sala de Primera Instancia de conducir el juicio para la consecución de la verdad y evitar dispendiosos usos del tiempo procesal⁷⁹. Así también la Regla 90(H) que permite a los jueces restringir el examen cruzado (*cross examination*).

Los cambios en las RPE del ICTY van en la dirección de conceder amplios poderes a la Sala de Primera Instancia para controlar la forma en que las partes presentan y prueban sus casos, lo que sin duda pone límites a la consideración del proceso como de partes y va más en dirección a un proceso con amplios poderes de dirección del juez.⁸⁰

Por su parte, el procedimiento ante la CPI se alimenta de tradiciones del *common law* y del *civil law* no sólo en las prácticas antes mencionadas, sino también en la consignación de principios procesales de la mayor relevancia como lo son el derecho a guardar silencio, a tener representación letrada y a ser informado de los cargos y de enfrentar a quien le acusa, todos derechos consignados también en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En otras áreas, en especial en materia de control de los procedimientos, los redactores del ER y de las RPE concedieron más poderes a los jueces de la CPI, que los ya autorizados por ejemplo a los juzgadores en el ámbito del *common law*, pero quizá menos intensos que los observados en los países del *civil law*. Por ejemplo, según lo previsto en el artículo 69(3) ER, es posible a la Cámara requerir que se presente evidencia “considerada necesaria para la determinación de la verdad”, lo que no existe como posibilidad judicial en el modelo del *common law*.

Además, los jueces de las Salas de Primera Instancia pueden decidir si la prueba es suficiente para demostrar la culpabilidad más allá de toda duda razonable, criterio que está sometido a la revisión por una vía de apelación, lo que no es posible en el ámbito del *common law*, donde el veredicto de culpabilidad es dado por el jurado a través de una decisión de íntima convicción.

Finalmente, las reglas de la CPI para admitir pruebas son mucho más flexibles que las existentes en el ámbito del *common law*, producto de las circunstancias especiales en que esta evidencia es generada, producida u obtenida, principalmente en conflictos armados y en circunstancias de violencia. Dadas estas circunstancias, víctimas y testigos podrían estar en incapacidad para dar su testimonio, por haber sido heridos o muertos, o estar en condiciones de no ser ubicados o simplemente sin voluntad de dar testimonio por el grave riesgo existente, por razones creíbles, que surge para ellos y sus familias⁸¹.

La CPI, a través de las Salas de Primera Instancia, ha establecido los criterios con los cuales puede considerar que una prueba se encuentra en el grado de estar “más allá de toda duda razonable”. En primer lugar, y en tratándose de los testimonios, se pondera la plausibilidad del testimonio, y en qué medida

79 “The Trial Chamber shall exercise control over the mode and order of interrogating witnesses and presenting evidence so as to (i) make the interrogation and presentation effective for the ascertainment of the truth; and (ii) avoid needless consumption of time.

80 KNOOPS opina que estos cambios responden a un acercamiento de “economía judicial” del manejo y administración del procedimiento, en lo que probablemente tiene razón. El problema planteado por esta autor, que también interesa al análisis de otros casos de derecho penal internacional, es el impacto que esta visión economicista puede tener en el principio de igualdad de armas, cuando los SALA DE PRIMERA INSTANCIA toman decisiones que causan abiertas desigualdades entre la defensa y la fiscalía, no sólo en términos de la presentación del caso, sino también en la restricción de los poderes para probar los hechos de interés a las posiciones jurídicas del justiciable, como ocurrió en el Caso Oric tramitado ante el ICTY, descrito en detalle por KNOOPS, *Redressing*, op. cit., pp. 157 y 159.

81 Cfr. SALA DE PRIMERA INSTANCIA I, *Situación en la República del Congo, Prosecutor v. Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1399-Corr (Junio 13, 2008).

ha sido internamente consistente con otra evidencia. Se analiza, igualmente, la seriedad del mismo y su carencia de inconsistencias, así como las circunstancias del testigo individual. Al respecto, se hacen concesiones a circunstancias tales como la fragilidad de la memoria y el impacto que pudiera tener el trauma a la hora de la deposición del testigo, reconociendo “que es posible para un testigo ser preciso en algunos aspectos y poco confiable en otros”⁸².

Con todo, resulta sugestiva la mención sobre la posibilidad que existe para que una Cámara de la CPI decida llamar o no a determinados testigos de la defensa. En diversos casos, se ha planteado la objeción por parte de la defensa de que tales decisiones unilaterales del Tribunal, de aceptar llamar a un testigo o denegar su presentación, constituye una lesión al derecho a un juicio justo. A pesar de la importancia de esta objeción no se ha discutido la cuestión en los tribunales de derechos humanos internacionales en la perspectiva del proceso ante la CPI, lo que sí ha ocurrido en la jurisdicción nacional con casos planteados desde este punto de vista. Las Convenciones internacionales en materia de derechos humanos reconocen el derecho de que la defensa pueda lograr la citación y examen de los testigos planteados por ella, bajo las mismas condiciones que han sido citados y examinados los testigos de cargo⁸³. En el ámbito europeo, el ECtHR ha analizado casos de esta índole con un acercamiento que muestra cierta deferencia⁸⁴ y en los que decidirá únicamente sobre si el procedimiento para obtener la prueba, y en el cual la prueba en específico fue obtenida, fueron justos, y no entra en la discusión que se deriva a los tribunales nacionales de discutir si la evidencia fue correctamente admitida o rechazada. Más allá, el ECtHR ha establecido con claridad que para determinar si se ha producido un daño al principio de *fair trial*, la negativa a recibir determinada evidencia no debe haber sido consentida por la defensa, y, al mismo tiempo, que la negativa debe haber producido un gravamen a las posiciones jurídicas de la defensa y haber afectado la posibilidad de esclarecer la verdad de los hechos⁸⁵.

d.6) Sobre las impugnaciones: como se puede observar en el artículo 19 párrafo sexto del Estatuto, en concordancia con el artículo 81 en conexión a lo previsto en el artículo 83, en el sentido estricto del modelo de impugnaciones se observa el principio de revisión del fallo por un tribunal distinto al que ha tomado la decisión. El artículo 94 establece un procedimiento especial de revisión en ciertas causales taxativas –como el descubrimiento de hechos nuevos– que puede llevar a anular un fallo que ya ostenta cosa juzgada material. Este último rasgo es importante, pues permite calificar esta instancia revisora como un procedimiento extraordinario que permite establecer la justicia del caso concreto frente a nuevos descubrimientos y nuevas pruebas que lleven a conmovir la cosa juzgada.

En cuanto a la apelación de los fallos y la valoración de la prueba, puede decirse que en el caso de los Tribunales *ad hoc* existe la posibilidad que las Cámaras de Apelación reconsideren las decisiones de las Cámaras de Instancia cuando aprecian errores de hecho o de derecho en la sentencia o que el resultado final revele errores de hecho que impliquen un “resultado manifiestamente injusto de los procedimientos

82 *Ibid.*

83 *Cfr. Art. 14 (3) (f) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, también el artículo 8 (2) (f) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el propio artículo 6 (3) (d) de la Convención Europea de Derechos Humanos (ECHR).*

84 *Cfr. COMBS, Judicial Powers during Trial Proceedings, en: AAVV, International Procedure, Chapter 5. Trial Process, p. 695: “...it frequently observes that ‘it is for the national courts to assess the evidence before them as well as the relevance of the evidence which defendants seek to adduce’. For that reason, the ECtHR will not rule on whether evidence was properly admitted or rejected but rather will seek only ‘to ascertain whether the proceedings as a whole, including the way in which evidence was taken, were fair’.*

85 *Ibid.*

judiciales⁸⁶ (*grossly unfair outcome of the judicial proceedings*). En otras palabras, el apelante debe demostrar el impacto en la convicción que ha sido provocado por el error de hecho, que es esencialmente un vicio en la valoración probatoria que ha incidido en la sentencia y ha provocado o puede provocar un extravío de la justicia (*miscarriage of justice*).

El artículo 81 (1) (a) del Estatuto de la CPI contempla la posibilidad de apelación en el caso de errores de hecho y de derecho, pero también de errores de procedimiento. Sin embargo, el artículo 81 (1) (b) (iv) incluye la posibilidad de que el Fiscal, por sí mismo, pero también el condenado, puedan interponer una apelación por "...cualquier otro motivo que afecte a la justicia o a la regularidad del proceso". Habría que interpretar ampliamente estos criterios de "afectación de la justicia" o a la "regularidad del proceso", pues podrían ser nomenclaturas abiertas para incluir violaciones al debido proceso y al derecho de defensa del justiciable, que obligaría en un análisis caso por caso a determinar cuándo y de qué manera podrían ponerse en peligro derechos de intervención de las partes en el proceso en virtud de decisiones procesales de las Salas de Primera Instancia. Lo anterior conduciría a reconocer un margen de análisis más amplio que el que quisieran aceptar las AC en relación a las apelaciones por asuntos procesales, y, en definitiva, a aceptar que la sede de apelación de la justicia penal internacional tiene un papel más decisivo que el que le ha sido reconocido doctrinalmente hasta ahora.

Se ha observado, sin embargo, que los Cámaras de Apelación son renuentes a asumir el trabajo de valoración de la prueba que corresponde a las Cámaras de Juicio, y las razones dadas son similares a las expresadas muchas veces por los Tribunales de Casación nacionales cuando se les pide que revisen nuevamente los aspectos de valoración de la prueba: "*Trial Chambers are best placed to hear, assess and weigh the evidence, including witness testimonies, presented at trial*"⁸⁷. La idea es darle a los tribunales de instancia independencia en la valoración de la prueba que han recibido con inmediación y contradicción, y por ello, estarían colocados en mejor perspectiva para discutir la idoneidad de la prueba, ya sea de un testimonio, de un documento o de una pericia, para establecer un determinado hecho, o para contribuir, en relación con otros elementos probatorios, a la convicción del tribunal. Es cierto que los Tribunales de Apelación deben ser prudentes al ejercer su papel de revisión del fallo de instancia, pero muchas veces las esperanzas de justicia del caso y de realización de los intereses de la defensa dependen de que se efectúe una nueva valoración de la prueba, tanto en su conjunto, como para determinar la correcta lógica del razonamiento de los tribunales de instancia. El control es de la argumentación, no hay duda, pero implica una nueva apreciación de la prueba para determinar lo que también este fallo citado menciona, esto es: "*The Appeals Chamber may overturn the Trial Chamber's finding of fact only where the evidence relied on could not have been accepted by any reasonable tribunal or where the evaluation of the evidence is wholly*

86 ICTY, *Prosecutor v. Zoran KUPREŠKIC; Mirjan KUPREŠKIC; Vlatko KUPREŠKIC; Drago JOSIPOVIC VLADIMIR SANTIC*, Case No. IT-95-16-A, Appeal Judgement, 23 October 2001, No. 29 disponible en "<http://www.icty.org/x/cases/kupreskic/acjug/en/kup-aj011023e.pdf>" "*In order for the Appeals Chamber to overturn a factual finding by the Trial Chamber, an appellant must demonstrate that the Trial Chamber committed a factual error and the error resulted in a miscarriage of justice. The appellant must establish that the error of fact was critical to the verdict reached by the Trial Chamber, thereby resulting in a "grossly unfair outcome in judicial proceedings, as when a defendant is convicted despite a lack of evidence on an essential element of the crime." Consequently, it is not each and every error of fact that will cause the Appeal Chamber to overturn a decision of the Trial Chamber, but only one that has occasioned a miscarriage of justice*".

87 "*Trial Chambers are best placed to hear, assess and weigh the evidence, including witness testimonies, presented at trial. Whether a Trial Chamber will rely on single witness testimony as proof of a material fact, will depend on various factors that have to be assessed in the circumstances of each case. In a similar vein, it is for a Trial Chamber to consider whether a witness is reliable and whether evidence presented is credible. The Appeals Chamber, therefore, has to give a margin of deference to the Trial Chamber's evaluation of the evidence presented at trial. The Appeals Chamber may overturn the Trial Chamber's finding of fact only where the evidence relied on could not have been accepted by any reasonable tribunal or where the evaluation of the evidence is wholly erroneous*". ICTY, *Appeals Chamber, Case No. IT-95-14/1-A, Prosecutor v. Zlatko Aleksovsky*, Judgment, 24 March 2000, No. 63, disponible en: "<http://www.icty.org/x/cases/aleksovski/acjug/en/ale-asj000324e.pdf>"

erroneous”. En otras palabras, controlar que la argumentación dada para hacer el análisis probatorio podría haber sido seguido por cualquier otro tribunal razonable o para sopesar si la evaluación de la prueba fue, de suyo, completamente errónea.

La circunstancia de posibles fallos diversos a la hora de valorar evidencia en un mismo proceso o en procesos diferentes, parece ser algo inevitable cuando se concede tal grado de libertad y autonomía a las Salas de Primera Instancia a la hora de conocer del asunto en juicio⁸⁸. Sin embargo, ese resultado no por ello es equivocado o erróneo, es producto, sin duda, de los procesos de razonamiento y argumentación asumidos por los jueces y responden a las perspectivas que ellos han planteado en sus hipótesis sobre el caso, basados en las discusiones del juicio y en la evidencia que ha sido producida frente a ellos. La incertidumbre propuesta por esta libertad de valoración, puede provocar dificultades para construir la estrategia en juicio para la fiscalía y la defensa⁸⁹, pero es sin duda un efecto colateral de la libertad de valoración en sede judicial.

FAZIT

Aun cuando puede concordarse con aquellos que sostienen que la determinación conceptual de un enfrentamiento entre un “inquisitivo” y un “adversarial” en clave de derecho penal internacional no puede hacerse fácilmente, como tampoco puede separarse o incluso superarse la sempiterna relación entre *common law* y derecho continental europeo en la determinación de los estilos del proceso penal internacional⁹⁰, como conclusión adelantada a este breve análisis, es posible admitir una naturaleza mixta del procedimiento establecido en el ER, lo que brota, directamente, de la regulación expresa de la normativa del Estatuto, pero también de las posibles consecuencias o derivaciones prácticas de la aplicación de estas regulaciones.

Los estilos y las culturas procesales pueden observarse en los trabajos preparatorios del Estatuto, como bien lo subraya AMBOS: Mientras en las discusiones del Comité Preparatorio había un mejor ambiente para un modelo más propio del *common law* y por ende de una vocación más adversarial, en el así denominado “Borrador Francés” de 1996 se da una especie de convergencia de sistemas procesales que al final se traduce normativamente en el ER y en las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP). Quizá por ello, referencias más directas a un sistema adversarial no afloraron al acercamiento normativo del Estatuto, como tampoco en la regulación específica de las reglas de evidencia⁹¹. Pero es evidente, que será la formación y cultura jurídica de los jueces que interpretan estos cuerpos normativos, los que al final imprimirán una específica tendencia a la aplicación cotidiana de las normas.

En el concreto caso de la prueba testimonial por medio de intermediarios, y más específicamente, en las discusiones que se derivaron sobre las posibles afectaciones al derecho de Lubanga a un debido proceso legal al negársele, en primera instancia, el acceso a las identidades de las fuentes en las que descansaba la confianza de la Fiscalía, plantean un interesante debate donde la comunicación de las culturas jurídicas que sirvieron de base a la construcción del Estatuto en lo que respecta al compromiso con un proceso penal que debe legitimarse en su aplicación práctica. Que las resoluciones que decidieron favorecer a Lubanga y ordenado su inmediata libertad, hayan sido después variadas en apelación, no cambia el hecho de que la Sala de Primera Instancia tenía claro que tales lesiones a los derechos de Lubanga podrían haber comprometido su posición en el proceso, máxime cuando se sostuvo con razón el argumento que

88 Cfr. BEHRENS, *Assessment*, op.cit., p. 670.

89 Ibid.

90 AMBOS, *Derecho penal en la encrucijada*, op.cit., pp. 244-245.

91 AMBOS, *Derecho penal en la encrucijada*, op.cit., pp. 244-245.

la “*disclosure*” había sido solicitada sobre prueba que haya podido ser exculpatoria. En el segundo de los casos, se cuestionó la identidad de un intermediario, uno en el cual había dudas sobre la veracidad de su testimonio. Esto no solo muestra los debates que de hecho se están presentando sobre el régimen vigente de la CPI para revelar estos datos a la defensa, como también de las políticas de la CPI para mantener relaciones locales en los países donde se cometieron hechos de su competencia.

De la misma manera, la prueba a través de intermediarios propone otro asunto de radical importancia, que bien puede discutirse desde la perspectiva de los sistemas procesales y de los sistemas de prueba existentes, y es el del rango jurídico de las decisiones sobre confidencialidad y revelación de datos que pueden ser tomadas a lo largo del proceso penal internacional y, además, el estatus que esos intermediarios pueden tener frente a la CPI misma y a los demás órganos de esta a la hora de levantar la base fáctica para el juicio. Un tema que sin duda ya ha ocupado a las legislaciones nacionales sobre la intervención de informantes y de colaboradores policiales, donde la normativa ha tenido que decidir qué carácter deben tener, cuál es la relación con la actividad de investigación que se les puede reconocer, y, finalmente, el valor probatorio de sus informaciones frente al tribunal de juicio.

Decidir sobre estos temas será materia de la jurisprudencia de la CPI y será un elemento clave, de seguro, en causas futuras ante este Tribunal, pues la relación con comunidades alejadas de La Haya, y testigos y víctimas que tienen otro idioma, otra cultura y otra vivencia distinta a los jueces integrantes de la CPI, será un tema recurrente en los procesos que se siguen ante ella.

BIBLIOGRAFÍA

ALSINA, Hugo, “Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”, Buenos Aires, Ediar S. A. Editores, v. I.

AMBOS, Kai, “The First Judgment of the International Criminal Court (Prosecutor v. Lubanga): A Comprehensive Analysis of the Legal Issues”, en: *International Criminal Law Review* 12 (2012), pp. 115–153.

AMBOS, Kai. “The first confirmation decision of the International Criminal Court: Procesutor v. Thomas Lubanga Dyilo”, en: L. Kotsalis/N. Courakis/C. Mylonopoulos (eds.), *Essays in honour of Argyrios Karras*, Athen 2010, pp. 979 ss.

AMBOS, Kai, “El derecho penal internacional en la encrucijada: de la imposición ad hoc a un sistema universal basado en un tratado internacional”, en: *Política Criminal*, Santiago de Chile, V. 5, N. 9 (julio 2010), Art. 6, pp. 237-256, disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-33992010000100006&script=sci_arttext, consultada la última vez el 5 de enero de 2014.

AMBOS, Kai. “Temas de Derecho Penal Internacional y europeo”. Ediciones MARCIAL Pons, Primera edición, Madrid, 2006.

AMBOS, Kai. “International criminal procedure: “adversarial”, “inquisitorial” or mixed?” *International Criminal Law Review*, T. 3, N° 1, 2003.

AMICC (American Non-Governmental Organizations Coalition for the International Criminal Court), *Deconstructing Lubanga, The ICC’s First Case: The Trial and Conviction of Thomas Lubanga Dyilo*, en: http://www.amicc.org/docs/Deconstructing_Lubanga.pdf, consultada la última vez el 4 de enero de 2014.

ARMENTA DEU, Teresa. "Lecciones de Derecho Procesal Penal". Ediciones Marcial Pons, Quinta Edición, Madrid, 2010.

BAYLIS, Elena "Outsourcing Investigations", *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, V. 14, 2009, pp. 121, 142.

BEHRENS, Paul, "Assessment of International Criminal Law Evidence: The Case of Impredictable Génocidiarie", en: *ZaöRV* 71 (2011).

BINDER, Alberto, "Introducción al *derecho procesal penal*". Editorial Ad Hoc, segunda edición. Buenos Aires Argentina. 1999.

BINDER, Alberto, "La Fuerza de la Inquisición y la debilidad de la República", en: *Nuevo Pensamiento Penal*, Buenos Aires, Argentina, disponible en: http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2011/08/microsoft_word_-_34bi.pdf, consultada la última vez el 3 de enero de 2014.

BUISMAN, Caroline, "Delegating Investigations: Lessons to be Learned from the Lubanga Judgment", 11 *Nw. J. Int'l Hum. Rts.* 30 (2013), disponible en: <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njihr/vol11/iss3/3>, consultada la última vez el 4 de enero de 2014.

CAFFERATA NORES, José "La prueba en el proceso penal". Ediciones Depalma, primera edición, Buenos Aires. 1986.

CAINIELLO, Michele, "Disclosure before the ICC: The Emergence of a New Form of Policies Implementation System in International Criminal Justice?", *International Criminal Law Review* 10 (2010) pp. 23-42, disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1753747, consultada últimamente el 31 de diciembre de 2013.

CARRARA, Francesco "Programa de Derecho Criminal, Parte General". Editorial Temis, cuarta edición. Bogotá Colombia, 1985.

CARTER, Linda y POCAR (Editores), *International Criminal Procedure. The Interface of Civil Law and Common Law Systems*, Cheltenham, UK, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2013.

CLIMENT DURÁN, Carlos. *La prueba penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2ª edición, Tomo I, 2005.

DE VOS, Christian M., "Case Note: Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo 'Someone Who Comes Between One Person And Another': Lubanga, Local Cooperation And The Right To A Fair Trial", en: *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 12 (1), junio 2011, disponible en: <http://www.law.unimelb.edu.au/files/dmfile/download63e01.pdf>, consultada la última vez el 4 de enero de 2014.

GARCÍA MARÍN, José María, "Proceso Inquisitorial-Proceso Regio. Las garantías del procesado", en: *Revista de la Inquisición*, 1998, No. 7, pp. 137-149, disponible en: <http://revistas.ucm.es/index.php/RVIN/article/viewFile/RVIN9898110137A/1622>, consultada el 31 de diciembre de 2013.

GLASSBORROW, Katy, *Intermediaries in Peril*, Institute for War and Peace Reporting, ACR Issue 180, 28 de julio 2008, disponible en: <http://iwpr.net/report-news/report-news/acr-issue-180>, consultado últimamente el día 02 de enero de 2014.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel y ARROYO GUTIÉRREZ, José Manuel. "Los diversos sistemas procesales penales: principios y ventajas del sistema procesal mixto moderno". Departamento de Capacitación de ILANUD, primera edición, San José Costa Rica. 1991.

HOUED VEGA, Mario. "La prueba y su valoración en el proceso penal". Ediciones del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica. 1 edición. Nicaragua. 2007.

HUMAN RIGHTS WATCH, "Weighing the Evidence. Lessons from the Slobodan Milosevic Trial, disponible en: <http://www.hrw.org/reports/2006/12/13/weighing-evidence>, últimamente consultado el 31 de diciembre de 2013.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, "Witnesses before the International Criminal Court. An International Bar Association International Criminal Court Programme report on the ICC's efforts and challenges to protect, support and ensure the rights of witnesses", July 2013, disponible en: <http://www.ibanet.org/Article/Detail.aspx?ArticleUid=4470a96b-c4fa-457f-9854-ce8f6da005ed>, consultada la última vez el 31 de diciembre de 2013.

KERSTEN, Mark, "The Middle Man: The Intermediaries of International Criminal Justice", Justice in Conflict, 21 de Agosto de 2011, disponible en: <http://justiceinconflict.org/2011/08/21/the-middle-man-the-intermediaries-of-international-criminal-justice/> consultado la última vez el 4 de enero de 2014.

KNOOPS, Geert-Jan G.J., *Redressing miscarriages of justice: practices and procedure in (international) criminal cases*, Leiden, Holanda, 2013.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. "Derecho Procesal Penal: Tomo I". Editorial Jurídica Continental, primera edición, San José Costa Rica. 2008.

MAIER, Julio. "Derecho procesal penal: tomo I". Ediciones del Puerto. Segunda Edición. Buenos Aires Argentina. 2004.

MALLESONS STEPHEN, Jacques, "The OTP v. Thomas Lubanga Dyilo: The Challenges of using "intermediaries" in the International Criminal Court", Humanitarian Law Perspectives, Australian Red Cross, 7. July 2011, disponible en: http://www.redcross.org.au/files/2011_-_the_otp_v_thomas_lubanga_dyilo_-_the_challenge_of_using_intermediaries_in_the_international_criminal_court.pdf últimamente consultado el 4 de enero de 2014.

MANZINI, Vincenzo. "Tratado de Derecho Procesal Penal: Tomo I". Ediciones Jurídicas Europa-América. Primera edición, Buenos Aires Argentina, 1951

MORA MORA, Luis Paulino, "El derecho a la prueba como Derecho Humano Fundamental" en Programa de Capacitación a Jueces de Centroamérica. Seminario: Valoración de la Prueba como Garantía Procesal. Primera Edición. San José Costa Rica. 1996.

NGANE, Sylvia, "Should States bear responsibility of imposing Sanctions on its Citizens who as Witnesses commit crimes before the ICC?", en: HEHNMAN, Ralph y FINDLAY, Mark (Editores), Exploring the Boundaries of International Criminal Justice (International and Comparative Criminal Justice), England, Ashgate Publishing Limited, 2011.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto, Introducción al Derecho Procesal Penal (Acotado al Ordenamiento Jurídico Nicaragüense), Managua, Hispamer, Segunda Edición, 2002.

REDRESS, Comments on the Draft Guidelines Governing Relations between the Court and Intermediaries, 15 de octubre de 2010, disponible en: http://www.redress.org/downloads/publications/Comment_on_draft_guidelines_on_intermediaries_15_Oct_2010.pdf, consultado el 01 de enero de 2014.

ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001.

SAFFERLING, Christoph, International Criminal Procedure, United Kingdom, Oxford University Press, 2012.

SLUITER Göran; FRIMAN, Håkan; LINTON, Suzannah; VASILIEV, Sergey; ZAPPALÀ, Salvatore (Editores), International Criminal Procedure. Principles and Rules, Oxford University Press, Primera Edición, 2013.

TARUFFO, Michele. La prueba. Madrid, Marcial Pons, 2008.

VARELA, Casimiro. "La valoración de la prueba". Editorial Astrea, Primera edición. Buenos Aires, Argentina. 1990.

VICTIMS RIGHTS WORKING GROUP, Comments on the Role and Relationship of 'Intermediaries' with the International Criminal Court , 6 February 2009, disponible en: http://www.vrwg.org/VRWG_DOC/2009_Feb_VRWG_intermediaries.pdf, consultado últimamente el 01 de enero de 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Manual de Derecho Penal: Parte General" Editorial Ediar, Segunda Edición.

DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL

RETIRO DE COSAS MUEBLES EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE

Francisco Castillo González
Profesor Catedrático de la Maestría en Ciencias Penales
Abogado litigante

I.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.- Hay acciones que consisten en un apoderamiento de una cosa mueble, con el consiguiente desapoderamiento del propietario, que producen perjuicio económico a éste, pero que no generan beneficio para el autor del hecho, pues son realizadas sin ánimo de apropiación. Ejemplos de tales casos son tirar el anillo de oro ajeno al mar (que la sal no corroe), dejar el bote ajeno a la deriva, abrir la jaula en donde se encuentra el pájaro ajeno y dejarlo escapar, soltar el globo de gas ajeno y dejar que se pierda en la atmósfera o esconder el tiquete aéreo al viajero para que éste no pueda viajar el día señalado y obligarlo, después de devolverle el tiquete no usado (que no pierde su validez), a reprogramar el viaje.

Característico de estos casos es el hecho de que el agente no ataca la sustancia de la cosa. Sin embargo, produce, sin ánimo de lucro, un cambio antijurídico en la situación espacial del objeto sin perjudicar ni su existencia ni su exterioridad y sin que el propietario pierda, en realidad, la propiedad sobre él¹. En la doctrina alemana se ha denominado a tales casos "*Sachentziehung*" ("*retiro de la cosa*"). Utilizaremos en adelante "*retiro de la cosa*" para indicar este fenómeno. Este tipo de hecho solamente se presenta en cosas muebles (incluidos semovientes), que son las únicas cosas corporales que pueden ser objeto de apoderamiento y de traslación física de un lugar a otro ("*contrectatio*")².

La problemática que presentan las mencionadas acciones se ha discutido desde hace siglos en la doctrina penal. Estas acciones se caracterizan por la ausencia de ánimo de lucro y porque no lesionan la sustancia de la cosa, objeto material de la acción, además de presentar un alejamiento de la disponibilidad actual del propietario, de modo que a éste le es imposible recuperar la posesión de la cosa o le es, al menos, muy difícil.

En el retiro de la cosa falta el ánimo de apropiación, característica general de los delitos llamados de apropiación. Lo anterior excluye, dicen algunos, que tales hechos puedan clasificarse como delitos de apropiación. Pero, faltando la lesión a la sustancia de la cosa o a la finalidad de la cosa que la hace utilizable y siendo una de ambas cosas necesaria para el delito de daños (según la definición de daños comúnmente aceptada), tampoco puede calificarse el retiro de la cosa, según otros, como delito de daños.

1 Así, Arzt/Weber, BT, 2000, § 12, Rdn. 28 ss.; Moll, 1924, pág. 79; Harburger, 1907, pág. 215; Lehmann, 1910, págs. 80 ss.; Frank, 1931, § 303, Anm. II; Dietmeier, JR 1998, págs 467 ss.(472); Fischer, § 303, Rdn. 12; Säftel, 1971, pág. 106; Maurach-Schroder-Maiwald, 2009, § 36, II, Rdn. 19; Schmitt (Rudolph), FS Stree/Wessels, 1993, págs. 505 ss. (507); Kargl, ZStW Bd. 111 (1991), págs. 136 ss. (153).

2 Algunos autores, por ejemplo, Säftel, 1971, pág. 162; y Hering, 1930, pág. 32., consideran que el retiro de la cosa puede presentarse en inmuebles. La diferenciación que realiza la doctrina entre retiro de la cosa en muebles y el no retiro de la cosa en inmuebles se justifica, sin embargo, por que no existe una necesidad política-criminal de proteger los inmuebles de retiros de la cosa, primero, porque tales situaciones con inmuebles raramente suceden y, segundo, porque, si por casualidad sucediera un caso con un inmueble, es más fácil la aplicación a tal situación de las disposiciones civiles.

Examinaremos las dos tesis: si el retiro de la cosa constituye o no el delito de hurto o robo u otros delitos de apropiación como la apropiación irregular y la apropiación indebida o si constituye o no constituye el delito de daños. Tomaremos posición sobre cada una de ellas.

La alternativa para los que creen que el retiro de la cosa no puede subsumirse en los delitos de apropiación o en el delito de daños es o aceptar la existencia de esa laguna legal o hacer proposiciones *de lege ferenda*. Dentro de la tesitura del no castigo actual del retiro de la cosa mencionaremos códigos y propuestas dirigidas a regular la ausencia de previsión legal y examinaremos si es conveniente o no realizar sobre el punto proposiciones *de lege ferenda*. Por último indicaremos la bibliografía utilizada en este artículo.

II- EL “RETIRO DE LA COSA” Y SU SUBSUNCIÓN EN DISTINTOS TIPOS PENALES

A.- EN LOS DELITOS DE APROPIACIÓN

2.- Los delitos de apropiación se caracterizan porque todos lesionan el mismo bien jurídico, que es la “propiedad”, y porque su objeto material consiste en una cosa mueble corporal y ajena. Entran dentro del concepto de delitos de apropiación:

- El hurto simple (art. 208 Cód. pen.) y agravado (art. 209 Cód. pen.) y el robo simple (art. 212 Cód. pen.) y agravado (art. 213 Cód. pen.).
- El delito de apropiación irregular (art. 224 Cód. pen.).
- El delito de apropiación o retención indebida (art. 223 Cód. pen.).

Común a todos estos tipos penales es que el legislador requiere para su integración un acto de apropiación de la cosa mueble ajena sobre la cual recaen. Recayendo sobre cosas ajenas, los delitos de apropiación mencionados son delitos que afectan el bien jurídico propiedad.

3.- El hurto (simple y agravado) y el robo (simple y agravado) suponen que el autor se apodera de la cosa mueble ajena con la finalidad de apropiación antijurídica y establezca una nueva posesión de manera permanente. Al lado del hurto simple y agravado y de las formas de robo, existen dos formas de apoderamiento sin finalidad de apropiación antijurídica, una punible y otra impune.

El hurto de uso está previsto en el art. 211 Cód. pen. y se caracteriza porque el agente toma posesión de la cosa mueble ajena, pero con la finalidad de usar y devolverla después de su uso. En el hurto de uso faltan el apoderamiento con un ánimo permanente de lucro y un desapoderamiento permanente³ (puesto que el agente tiene la finalidad de usar y devolver). El hurto común es un delito de tendencia interna trascendente. Por ello el autor del delito no consuma el hecho con el simple apoderamiento de la cosa⁴, sino que se requiere un elemento subjetivo de lo injusto, que consiste en que el agente tenga la finalidad de apropiación antijurídica de la cosa⁵, aunque no se requiere que el agente tenga la finalidad de enriquecimiento⁶.

3 Así, Hanschub, 1935, pág. 37.

4 Así, Seul, 1965, pág. 11.

5 Así, Kösch, 1998, pág. 28

6 Así, Schönke/Schröder-Eser/Bosch, § 242, Rdn. 46.

En los casos de retiro de la cosa no existe la finalidad de apropiación antijurídica que caracteriza el hurto y el robo. Pero tampoco hay la intención de usar la cosa y devolverla, que caracteriza el hurto de uso. Por lo tanto, los casos de retiro de la cosa,- por ejemplo, la hipótesis en que el agente toma una pulsera de oro y la arroja al fondo de mar o de un río-, no pueden subsumirse ni en el tipo penal de los delitos de hurto o robo ni tampoco en el tipo penal del hurto de uso. Los casos de retiro de la cosa cuando el agente toma la cosa y la lanza al mar son impunes como hurto, robo o hurto de uso.

El simple apoderamiento sin ánimo de lucro de la cosa y su alejamiento del propietario no es un delito de apropiación. Como lo hemos dicho⁷, partiendo de Binding⁸, en la apropiación se distinguen dos elementos: el desapoderamiento (“*Enteignung*”) del propietario (o poseedor) y el acto apropiativo por el autor o por un tercero (“*Aneignung*”).

4.- El apoderamiento del hurto (y del robo) suponen la toma de la cosa por el autor. Pero en la apropiación irregular el agente entra en posesión o en tenencia de la cosa mueble corporal por actos no buscados por él, que, en principio, son lícitos: por el hallazgo de la cosa extraviada, por el descubrimiento de un tesoro o por haber entrado en la tenencia de la cosa a consecuencia de un error o de un caso fortuito (art. 224, incisos 1, 2, 3 Cód. pen.). Las tres formas de conductas de apoderamiento descritas en el art. 224 Cód. pen. fueron tratadas tradicionalmente en los textos civiles como excepciones al derecho de invención (arts. 497 a 504 del Código Civil) del hallador de la cosa o de quien entra en la tenencia de ella, es decir, como excepciones a la adquisición del dominio por ocupación. De acuerdo al art. 501 Cód. civ.:

“Las cosas muebles de dueño desconocido serán del que las ocupe, si pasado un año desde que el hallazgo se anuncie por tercera vez en el periódico oficial, nadie las reclama como suyas”.

Si alguien se apropia de la cosa extraviada, del tesoro encontrado en terreno ajeno o de la cosa en cuya tenencia hubiere entrado a consecuencia de un error o de un caso fortuito, el artículo 224 del Código Penal establece contra él, pena de diez a cien multa.

¿Qué pasa si el agente no se apropia de la cosa mueble ajena incorruptible sino que la ocupa y, por carecer de ánimo de lucro, la tira al fondo del mar? *En nuestra opinión esta conducta es impune penalmente.* El elemento común de los delitos de apropiación es la voluntad del autor de quitarle al propietario la cosa por un tiempo indefinido y de apropiarse de ella, al menos temporalmente⁹. La destrucción de una cosa (daño o lesión a la propiedad) debe valorarse de modo diferente que un acto de apropiación¹⁰.

En la simple sustracción de la cosa (“*Sachentziehung*”), el caso presenta el elemento negativo de algunos delitos de apropiación que es el desapoderamiento fáctico del propietario o poseedor, pero no presenta su elemento positivo, que es la apropiación de la cosa como voluntad del agente de ejercer un dominio permanente y excluyente del anterior propietario¹¹. Por ello hay impunidad penal.

7 Así, Castillo González, 2012, pág. 86.

8 Así, Binding, BT, 1902, pág. 264 ss.

9 Así, Schmitt (Rudolph), FS Stree/Wessels, 1993, págs. 505 ss

10 Así, Kargl, ZStW Bd. 111 (1991), págs. 136 ss. (144).

11 Así, Gutmann, 1976, pág. 9; Welzel, Lb., 1969, § 49 1 a.; Bertel/Scwaighofer, BT I, § 135, Rdn. 1; Bloy, FS Oehler, 1985, págs. 559 ss.; Bonorand, Diss. Zürich, 1987, pág. 12
Burgstaller, ÖJZ 1974, pág. 540; Caduff, ZStr.R 89 (1973), pág. 104; Fuchs, RZ 1980, pág. 5 ss.; Fuchs, ÖJZ 1983, pág. 206 ss.; Graven, ZStrR 59 (1945), págs. 324 ss.; Noll, ZStrR 84(1968), págs. 337 ss.; Scheil, ÖJZ 1982, pág. 421; Scheil, ZVR 1979, pág. 161 ss.

5.- Puede ocurrir que el agente tenga una cosa mueble o un valor ajeno por un título que produzca obligación de entregar o devolver y se apropie de cualquiera de ellos o no los entregue o no los restituyere a su debido tiempo, en perjuicio de otro.

Si el agente se apropia de la cosa mueble o del valor ajeno no hay problema alguno. El delito de apropiación indebida se perfecciona, si prevenido por la autoridad que conoce del asunto para que realice la devolución de la cosa, no lo hace dentro del término establecido, pudiendo hacerlo.

Pero, ¿qué ocurre si el agente, que tiene en su poder la cosa, sobre la cual tiene la obligación de entregar o devolver, decide disponer de ella, de tal modo que pierde la posesión y no la entrega al propietario? Por ejemplo, A es depositario de unos valiosos peces de colores pertenecientes a B, que tiene que devolverle. En vez de devolverlos a B, A tira los peces al río, en donde recobran su condición de “*res nullius*”.

La esencia del delito de apropiación indebida (art. 223 Cód. pen.) consiste en que el autor, de manera antijurídica, incorpora a su patrimonio una cosa mueble ajena, sea en su sustancia o sea en el valor que ella incorpora, con la intención de disponer de ella de manera semejante a como lo haría su propietario legítimo, con una duradera exclusión de éste de su dominio fáctico¹².

La no devolución de la cosa, cuando no ha habido apropiación de ella, por sí sola no configura el delito previsto en el artículo 223 Cód. pen. Sin embargo, en el ejemplo puesto, de quien tira los peces al río cuando debía entregarlos o devolverlos, el agente se puso él mismo y por un acto precedente voluntario en una situación en la que no puede devolver. El autor se comportó como propietario (“*se ut dominum gerere*”), de tal modo que el acto de no devolución puede imputársele objetivamente. Le es aplicable, en consecuencia, el tipo penal de la retención indebida, previsto en el artículo 223 Cód. pen., en tanto que, teniendo la cosa por un título que produzca obligación de entregar o devolver, no la devolviera o restituyere a su debido tiempo, en perjuicio de otro.

B.- EN EL DELITO DE DAÑOS

6.- El delito de daños consiste en ejercer fuerza física sobre una cosa¹³ (“*damnum datum corpore et corpori*”), fuerza que tiene como resultado un daño significativo sobre ella. Se trata de un delito doloso (el dolo eventual basta). El delito puede realizarse por acción o por omisión impropia¹⁴.

La fuerza física ejercida sobre la cosa (fuerza muscular, química, animal o natural, dirigida por un ser humano, debe tener por resultado el daño¹⁵, el cual consiste en la cosa queda destruida, inutilizada, dañada (de cualquier modo) o en que se la hace desaparecer. Se trata de un efecto naturalístico, separable temporal y espacialmente de la acción, que pertenece al tipo objetivo del tipo penal previsto en el artículo 228 Cód. pen.¹⁶. Un daño requiere la lesión en la sustancia de la cosa, que debe ser destruida o degradada o lesionada en su utilidad¹⁷. Por lesión en la sustancia debe entenderse la supresión de la

12 Así, Schönke/Schröder-Eser/ Bosch, § 246, Rdn. 11; Fischer, § 246, Rdn. 6 a; Bockelmann, ZStW Bd. 65 (1963), pág. 574 s.; Gribbohm, JuS 1963, pág. 106 ss.; Haberkorn, MDR, 1962, pág. 704 s; Schaffstein, GS Bd. 103, págs. 302 (310); Rudolphi, GA 1965, págs. 33 ss.; Wedekind, 1967, pág. 5.

13 En este sentido, Matt/Renzikowski, StGB, 2013, § 303, Rdn. 3, quienes escriben: “El requisito del efecto sobre la sustancia de la cosa (también llamado efecto inmediato, corporal o físico) deriva del texto (dañar ‘beschädigen’)”.

14 Así, Disse, 1982, pág. 323.

15 Así, entre otros, Kühs, 1935, pág. 15; Imig, 1935, págs. 13 s.; Bockelmann, BT/1, 1976, pag. 139; Moll, 1924, pág. 71; Lehmann, 1910, pág. 65; Bricola, Enc., Vol. XI, 1960, pág. 601; Mantovani, Nov. Dig. It., 1966, tomo V, pág. 114.

16 En este sentido, Serrano Butragueño, 1994, pág. 75.

17 Así, Gutmann, 1976, págs. 11, 39, 40. Véase una posición diferente a la que expone Gutmann en Tröndle-Fischer, § 303, Rdn. 9 y en Zaczyk, NK, § 303, Rdn. 17. El “Entwurf “ de Código penal alemán de 1962 el § 251 castigaba como delito la retención de la cosa sin ánimo de lucro. En este sentido, Wessels, BT -2, 1984, § 1, I, 4.

incolumidad material de la cosa, aunque pequeñas lesiones en la sustancia, que puedan suprimirse sin graves dificultades, no se toman en cuenta¹⁸. El Código Penal alemán introdujo por medio de la ley de 1 de octubre del 2005¹⁹ un inciso 2 en el § 303 que establece: “*Es igualmente punible quien, sin consentimiento del propietario, cambie la forma externa de una cosa de manera significativa y no transitoria*”. Con ello se suprimió una laguna del § 303 StGB alemán, pues consideró la doctrina alemana que el párrafo 1 del § 303 solamente abarcaba la lesión a la sustancia o a la función de la cosa, pero no los cambios externos de la cosa que no afectan ni su sustancia ni su función²⁰.

Los daños solamente son típicos, si son relevantes (significativos)²¹. Mediante una interpretación teleológica reductiva del tipo penal se excluyen los daños insignificantes, es decir, daños que ocurran por poco tiempo, fácilmente suprimibles, sin grandes dificultades, cuidados o costo. Por ejemplo, no es daño salpicar una camisa ajena con cerveza, pues la mancha sale en la primera lavada, o desinflar una llanta de un auto si la estación de servicio de gasolina, en donde pueden inflar nuevamente la llanta, se encuentra a pocos metros. Igualmente conforme a esta interpretación teleológica reductiva no existe el delito de daños cuando el agente repara una cosa descompuesta (para la reparación de la cosa valen las mismas reglas que para la especificación, artículos 510 a 519 del Código Civil). Quien repara, si la reparación produce un aumento del valor económico o del valor de uso de la cosa, no comete el delito de daños²². Más bien puede pedir indemnización conforme a las reglas civiles de la gestión de negocios.

El apoderamiento de una cosa con la finalidad de destruirla constituye el delito de daños y no el delito de hurto. La destrucción en tal caso no es apropiación. El agente tiene un “*animus nocendi*”, que es propio del delito de daño y no un “*animus lucrandi*”, que es propio de los delitos de apropiación²³. Si el autor del delito de hurto destruye, inutiliza, hace desaparecer o de cualquier modo daña la cosa hurtada, el delito de daños es, en este caso, un hecho posterior impune (consunción), porque al tener el ánimo de lucro, el autor tiene la capacidad de comportarse como propietario (“*se ut dominum gerere*”).

No hay daño sino hurto en los casos en los que la destrucción, la disipación, la inutilización o el daño sea el medio por el cual el delincuente se apodera de la utilidad,- valor económico-, que es consecuencia inmediata del hecho. En el caso de que haya un uso de la cosa por el cual el agente se apodera del valor económico de ella, los delitos de apropiación (hurto o robo, apropiación indebida, administración fraudulenta) deben verse como “*leges speciales*”, a causa del elemento subjetivo especial (ánimo de apropiación) y el delito de daños como “*lex generalis*”²⁴. En tal caso, el delito de daños retrocede en la concurrencia ante el delito de apropiación realizado al mismo tiempo²⁵.

18 Así, Hauf, BT I, 1996, pág. 101; Schönke/Schröder-Stree/Hecker, § 303, Rdn. 8 a.

19 Así, Schönke/Schröder-Stree/Hecker, § 303, 8 a.

20 Así, entre otros, Dölling, FS Küper, 2007, págs 21 ss. (27); Heinrich (M.), FS Otto, 2007, págs. 577 ss. (584); Hillenkamp, FS Schwind, 2006, págs. 937 ss.; Hoyer, SK, § 303, Rdn. 4; Lackner/Kühl, 2011, § 303, Rdn. 1; Rengier, I, § 24, Rdn. 25; Satzger, Jura 2006, pág. 429; Weber, GS Meurer, 2002, págs. 283 ss. (285 ss.); Schönke/Schröder-Stree/Hecker, § 303, Rdn. 1; Wessels/Hillenkamp, BT 2, 2008, Rdn. 11 a; 13 a.; Wieck-Noodt, MK § 303, Rdn. 39 ss.

21 Así, Eisenschmid, NJW 2005, pág. 3033, 3035; Heghmanns, BT, 2009, Rdn. 893; von Heintschel-Heinegg, 2010, § 303, Rdn. 23, 24; Hoyer, SK, § 303, Rdn. 21; Mogg, 2007, pág. 150; Rengier, I, § 24, Rdn.28; Satzger, Jura 2006, págs. 428 ss.; Schönke/Schröder-Stree/Hecker, § 303, Rdn. 18; Wieck-Noodt, MK, § 303, Rdn. 56; Lackner/Kühl, 2011, § 303, Rdn. 7 b y 7 c.; Stöber, NSTZ 2003, pág. 517; Matt/Renzikowski, 2013, § 303, Rdn. 10; Schönke/Schröder-Stree/Hecker, § 303, Rdn. 9 a; Schuhr, JA 2009, pág. 169; Wessels/Hillenkamp, BT 2, 2008, Rdn. 29; Zaczycy, NK § 303, Rdn. 13; Kindhäuser, NK, 2010, § 303, Rdn. 28).

22 Así, Satzger, Jura 2006, pág. 432; Schönke/Schröder-Stree/Hecker, § 303, Rdn. 13; Wessels/Hillenkamp, BT 2, 2008, Rdn. 29; Zaczycy, NK § 303, Rdn. 13; Kindhäuser, NK, 2010, § 303, Rdn. 28.

23 En este sentido Cas. 3 p.m. de 13 de julio de 1900 (I Sem., pág. 276); Cas. 3:30 p.m. de 6 de enero de 1922 (II Sem., pág. 18). Igualmente véase la jurisprudencia reciente relativa al destace de ganado en la finca del propietario con la finalidad de los delincuentes de aprovechar la carne, hecho calificado por nuestra Sala Tercera como hurto agravado. Así, Sala Tercera, Res. 2010-01196 de 11:25 Hs. de 28 de octubre del 2010.

24 Así, Kindhäuser, FS Geerds, 1995, pág. 655 ss. (668).

25 Así, Kindhäuser, NK, § 242, Rdn. 86; Kindhäuser, FS Geerds, 1995, págs. 655 ss. (668); Mühlfeld, 2013, pág. 45; Rengier, BT I, 2010, § 24, Rdn. 18.

7.- ¿Pueden subsumirse los casos de retiro de la cosa en el delito de daños? En la respuesta a esta pregunta hay dos tesis contrapuestas: la doctrina dominante, que es contraria a la subsunción del retiro de la cosa en el delito de daños, y las tesis favorables a esa subsunción.

1.- DOCTRINA DOMINANTE. NO SUBSUNCIÓN DEL RETIRO DE LA COSA EN EL DELITO DE DAÑOS

8.- Para la doctrina alemana dominante los casos de retiro de la cosa no puede subsumirse en el delito de daños. La doctrina dominante²⁶ afirma que si los casos de apoderamiento de la cosa sin ánimo de lucro se subsumieran en el delito de daños, se violaría el principio de legalidad por aplicación analógica de la ley *penal in malam partem*.

Para la doctrina alemana dominante en el desapoderamiento sin ánimo de lucro no hay lesión a la sustancia de la cosa, -es decir no hay supresión de la incolumidad material de la cosa-, ni hay tampoco efecto de la acción sobre la cosa que aminore sensiblemente su utilidad previamente establecida. Esas son las formas básicas que asume la producción del delito de daños.

La posición alemana lleva a la doctrina a algunas contradicciones. Por ejemplo, si A tira al mar una máquina de un metal que el agua salada no corroe se trata de una desposesión al propietario de la cosa, impune (“*Sachentziehung*”). Pero si A toma una pieza de la misma máquina, que quita sin daño en su sustancia, y la tira al mar, comete el delito de daños, porque inutiliza toda la unidad funcional que es la máquina²⁷.

2.- DOCTRINAS FAVORABLES A LA SUBSUNCIÓN DEL RETIRO DE LA COSA EN EL DELITO DE DAÑOS

9.- Frente a la doctrina dominante, contraria a la subsunción del retiro de la cosa en el delito de daños, hay opiniones que consideran que ese comportamiento sí es subsumible en ese delito²⁸.

a).- POSICIÓN DE BINDING Y NAGLER. ES DAÑO QUITARLE A LA COSA SU CARÁCTER DE AJENA

10.- Binding considera que el apoderamiento de una cosa sin ánimo de lucro constituye el delito de daños²⁹. Según este autor, hay dos modos de dañar la cosa: destruirla o provocar que la cosa, que es ajena, salga de la custodia de su propietario. El autor puede matar el pájaro que está en la jaula o bien abrir la jaula y dejar que el pájaro se escape, caso en el cual destruye también de hecho el objeto que estaba en propiedad ajena³⁰. *Para Binding, en consecuencia, el concepto de “dañar una cosa ajena” significa, tanto dañar la cosa ajena en su corporeidad como quitarle a la cosa ajena, sin influir en su corporeidad, su carácter de ajenidad.* En efecto, al abrir la jaula al pájaro, éste, que era cosa ajena, se convierte en cosa de nadie (“*res nullius*”). El propietario de la cosa es, por lo tanto, víctima del delito de daños.

En nuestra opinión, la posición de Binding, de considerar que se daña una cosa cuando se saca de la propiedad de su propietario es insostenible, pues en el tipo penal del delito de daños el acento está puesto

26 Así, entre otros, Welzel, *Lb.*, 1969, § 51, I, 1 b; Schönke-Schröder/Stree-Hecker, § 303, Rdn. 13; Seelmann, *JuS* 1985, págs. 199 ss. (200); Matt/Renzikowski, 2013, § 303, Rdn. 10.

27 Véase esta contradicción en Gutmann, 1976, págs. 68 s. En igual sentido, Arzt/Weber, *BT*, 2000, § 12, Rdn. 20, 23.

28 Así, entre otros, Binding, *BT*, 1902, § 65, I, A, pág. 249; Maurach, *BT I*, § 25, B 1, pág. 189; Kohlrausch-Lange, 43. Aufl., 1961, § 303, Anm. 4; Lueder, 1867, pág. 76 ss.; Kohler, *GA Bd. 54* (1907), pág. 11; Erick Wolf, *Bd. V*, 1929, pág. 51; Zirpius-Schultz, 1954, pág. 439; Schütze, 1874, pág. 499; Blei, *BT*, 1978, pág. 178; Oppenhoff-Delius, pág. 814; Burmeister, 1934, pág. 30; Lehmann, 1910, pág. 82.

29 Así, Binding, *BT*, 1902, § 65, I, A 2, pág. 249.

30 *Cf.* Wolf, Erick, 1929, *Bd. V*, pág. 52. en igual sentido de Binding.

en la cosa, objeto material de la acción, y no en el hecho de que ella esté en propiedad de A, de B o de C³¹. Una posición similar a la de Binding sostiene Nagler³². Para este autor, una cosa es dañada cuando la acción del agente la quita de la propiedad del perjudicado, pues en tal sentido deja de ser cosa en sentido jurídico.

Según Nagler, hay un verdadero alejamiento del dominio fáctico del derecho-habiente cuando la cosa (por ejemplo, una pulsera de oro que el agente lanza al fondo del mar) es inalcanzable por encontrarse fuera del dominio humano.

A la posición de Nagler se le pueden hacer las mismas objeciones que a la tesis de Binding³³.

b).- POSICIÓN DE MAURACH. ES DAÑO OBSTRUCCIÓN A LA FUNCIÓN DE LA COSA

11.- La segunda opinión favorable a la punición de los casos de apoderamiento de la cosa sin ánimo de lucro como daños considera que tales casos entran de manera irrestricta en el delito de daños³⁴.

De acuerdo a la teoría *de la obstrucción de la función* (*“Funktionsvereitelungstheorie”*), sostenida, entre otros, por Maurach³⁵, cualquier efecto sobre la sustancia de la cosa, incluso la simple exclusión de la posesión del propietario realizada por el autor sin ánimo de lucro, es importante para los fines del delito de daños, porque impide la posibilidad de utilización de la cosa. De igual opinión es Maiwald³⁶, quien considera que hay delito de daños en la lesión de la utilizabilidad de la cosa. Según este autor, la desposesión del derecho-habiente de la cosa sin ánimo de lucro es, a su vez, una forma de lesión de la utilizabilidad de la cosa. Por consiguiente, la desposesión de la cosa sin ánimo de lucro es una forma de daño por inutilización de la cosa.

Es indiscutible que se realiza el delito de daños sobre una cosa compuesta por la separación de sus partes, a condición de que formarla nuevamente dé cierto trabajo y que haya una disminución de su capacidad o de su valor de uso o de su valor económico³⁷. En tales casos, la cosa compuesta debe verse como un todo (por lo cual hay daños si se la desarma), dado que el interés del propietario radica en la conservación de la cosa en su totalidad y sólo de manera secundaria en que sus partes se mantengan intactas³⁸.

Ahora bien, en los casos de la simple sustracción de la cosa sin ánimo de lucro o en los casos de retención momentánea de la cosa, hay un perjuicio al propietario o poseedor, pero no hay lesión en la sustancia ni un efecto en la sustancia de la cosa que perjudique su utilidad. En la hipótesis de que la acción de sustracción de la posesión no tenga ningún efecto sobre la cosa misma sino simplemente sobre las relaciones de dominio del propietario, no hay un delito de daños³⁹. Por ejemplo, en el caso de que el agente tome una pulsera de oro y la arroje al mar (el oro no se corroe con el agua salada) no hay delito de daños. No es posible aplicar las reglas del delito de daños, a no ser que la acción de sustracción de la posesión lleve a

31 Así, Gutmann, 1976, pág. 47.

32 Así, Nagler, LK, § 303, 1951, 7. Aufl., Anm. II, 2 c, pág. 633.

33 Así, Gutmann, 1976, pág. 48.

34 Así, entre otros, Lehmann, 1910, pág. 82; Köhler, GA Bd. 54, pág. 11; Maurach, BT I, § 25, B 1, pág. 189; Kohlrausch-Lange, 43. Aufl., 1961, § 303, Anm. 4; Jagusch, LK, 8. Aufl, 1958, § 303, Anm. 4.

35 Así, Maurach, BT, 5 Aufl., 1969, pág. 191.

36 Así, Maiwald, 1970, pág. 139.

37 Así, entre otros, Schmoller, 1907; Moll, 1924, pág. 73; Lehmann, 1910, pág. 79.

38 Así, Kühs, 1935, pág. 4.

39 Así, Schönke-Schröder/ Stree/Hecker, § 303, Rdn. 13; Fischer, 2011, § 303, Rdn. 12; Hohmann/Sander, BT I, 2000, § 10, Rdn. 14; Rengier I, 2010, 24/15 ss. Wessels, BT-2, 1984, § 1, I, 4; Wessels/Hilenkamp, BT 2, 2008, Rdn. 33; Peter, 1970, págs. 54 ss.; Satzger, Jura 2006, pág. 431; Schmidt/Seidel, BT II, 1999, Sachbeschädigung, § 303., I, b, bb), pág. 209; R. Schmitt, FS Stree/Wessels, 1993, págs. 509 ss.; Wieck-Noodt, MK, § 303, Rdn. 28.

la destrucción o a los daños de la cosa, como podría ser arrojar una bicicleta en el agua o esconderarla en los arbustos del bosque, si ella se oxida o se echa a perder⁴⁰. Igualmente hay delito de daños cuando se libera de su jaula a un animal sin el consentimiento del propietario y el animal no es capaz de vivir sin el cuidado de su dueño⁴¹. O bien existe el delito de daños cuando se abre el grifo de un tonel lleno de vino y se le deja escapar, porque en tales casos se afecta la sustancia de la cosa y su utilidad. Pero en los casos en los que la cosa es incorruptible y no se oxida, el simple retiro de la cosa no constituye el delito de daños.

En contra de lo que dice Maurach, podemos concluir que no todo caso de apoderamiento de la cosa sin ánimo de lucro implica inutilizar la cosa.

c).- POSICIÓN DE LA DOCTRINA ARGENTINA: LOS CASOS DE RETIRO DE LA COSA ENTRAN EN EL VERBO “HACER DESAPARECER”

12.- Partiendo de los verbos que definen el delito de daños en el Código Penal argentino,- destruir, inutilizar, hacer desaparecer o de cualquier modo dañar-, que son los mismos verbos utilizados en el artículo 228 del Código Penal costarricense, autores argentinos opinan que los casos de retiro de la cosa son subsumibles en “hacer desaparecer” (por ejemplo, tirar la joya al mar)⁴². Yo mismo sostuve esta opinión recientemente⁴³, aunque hoy día no estoy convencido de esa tesis.

En realidad, cuando se subsume el retiro de la cosa en el delito de daños por medio del verbo “hacer desaparecer” se está haciendo una interpretación analógica *in malam partem* del tipo previsto en el artículo 228 del Código Penal, lo cual es contrario al artículo 39 de la Constitución Política. En efecto, resulta claro que la cosa desapareció del poder fáctico del propietario o poseedor, pero realmente no ha desaparecido en la realidad sino que se encuentra en un lugar inaccesible o de difícil acceso para ellos. Tampoco el propietario ha dejado de serlo ni se puede considerar la cosa perdida, porque se sabe en dónde está.

d).- POSICIÓN PERSONAL CON RELACIÓN DE LA SUBSUNCIÓN DEL RETIRO DE LA COSA EN EL DELITO DE DAÑOS. CONCLUSIONES

13.- Creemos que tampoco es posible subsumir los casos del retiro de la cosa en el verbo “dañar de cualquier modo”, que usa el artículo 228 Cód. pen. En nuestra opinión el verbo “dañar de cualquier modo” convierte al tipo penal del delito de daños (art. 228 Cód. pen.) en un tipo penal abierto, que viola el principio de legalidad establecido en el artículo 39 de la Constitución Política. El principio de legalidad criminal requiere que las conductas punibles sean taxativas o determinadas (“*nullum crimen, nulla poena sine lege*”).

40 Así, entre otros, Hoyer, SK, § 303, Rdn. 8; Matt/Renzikowski, StGB, 2013. § 303, Rdn. 5; Rengier, 2010, I 24/16; Schönke/Schröder-Stree/Hecker, § 303, Rdn. 13; Wieck-Noodt, MK § 303, Rdn. 29; Wessels, BT-2, 1984, K 1, I, 4; Wolff, LK, § 303, Rdn. 19; Zackzyk, NK, § 303, Rdn. 17.

41 Así, Schmidt/Seidel, 1999, Sachbeschädigung, § 303, I, c).

42 Así, entre otros, Buompadre, Parte Especial 2, 2009, pág. 447; Laje Anaya, Parte Especial, Vol. II, 1979, pág. 247; Figari, vol. II, 2010, pág. 657: “Se la hace desaparecer cuando sin apoderarse de ella- la cosa- y sin destruirla el autor impide por actos materiales que el dueño pueda disponer de la misma. Se da como ejemplo soltar el pájaro enjaulado, arrojar la cosa al mar o anegar el sembrado”. También dice Donna, 2001, págs. 760 s. “Por ello, y tan solo a modo de ejemplos, se puede cometer este delito destruyendo la cosa- arruinando o alterando su esencia-, inutilizándola- haciéndola inepta sin alterarla-, o haciéndola desaparecer- y, así, colocarla fuera del alcance de disposición del propietario, dejando a éste sin nada de ella-”.

43 Así, Castillo González, 2012, pág. 273, en donde se lee lo siguiente: “Es nuestra opinión que la mayoría de los casos de sacamiento de la cosa pueden resolverse aplicando las disposiciones del delito de daños. Por ejemplo, A, cocinero en un barco de gente importante, que tiene como vajilla cubiertos de oro y plata, a raíz de una rabieta, tira la vajilla al mar. El propietario de la vajilla no la ha perdido, pues se encuentra en el fondo del mar aunque le costará tenerla nuevamente en su posesión. La vajilla, al ser de oro y plata, tampoco se daña por la corrosión. Este caso, que se cita como ejemplo de ‘Sachentziehung’ (sustracción de la cosa), según nuestro criterio puede resolverse bajo el título del delito de daños, pues la cosa, para efectos prácticos, fue hecha desaparecer, aunque teóricamente el propietario tenga la propiedad de ella y aunque teóricamente puede volver a adquirir la posesión de ella si pone una cuadrilla de buzos a buscarla”.

certa”) y este principio se viola cuando se establecen conductas sin contenido, de modo que en ellas cabe cualquier comportamiento. El verbo “dañar de cualquier modo” sirve para recoger conductas que no entran en los otros verbos definidos en el art. 228 Cód. pen. (“*Auffangcharakter*”). La conducta del sujeto que toma el anillo de oro de donde lo dejó su propietario y lo arroja al mar no está dañando de cualquier modo el anillo, pues éste por ser de oro, no se corroe con el agua de mar.

14.- Podemos concluir que los casos de retiro de la cosa, cuando se trata de cosas que no corrompen los elementos, por ejemplo, anillos de oro arrojados al mar, no pueden subsumirse en ninguno de los verbos enumerados por el artículo 228 del Código Penal:

- No puede subsumirse en el verbo *destruir* porque el anillo de oro no es destruido por la acción del agua salada.
- No puede subsumirse en el verbo *inutilizar*, porque no hay efecto en la sustancia ni en la funcionalidad de la cosa que perjudique su utilidad.
- No puede subsumirse en el verbo *hacer desaparecer*, porque la cosa en el ejemplo del anillo de oro no desaparece. Tirar el anillo de oro al mar no es un caso de dispersión.
- No puede subsumirse en la expresión dañar de cualquier modo, expresión dispuesta por el legislador para recoger conductas que no entran en otros verbos y que hace inconstitucional el artículo 228 del Código Penal, por violación a la necesidad de una ley cierta.

El artículo 228 Cód. pen. es un tipo alternativo mezclado, porque en él el legislador une distintos comportamientos en un mismo tipo penal sometiéndolos a igual pena⁴⁴. Las varias conductas del tipo penal son establecidas alternativamente, de modo que el tipo penal se perfecciona con la realización de cualquiera de las conductas, pero la realización contextual de varias de las conductas descritas constituye una unidad de acción y no un concurso ideal y es, por lo tanto, una sola realización del tipo⁴⁵. Por ejemplo, en el delito de daños realiza jurídicamente una sola acción quien destruye y al mismo tiempo inutiliza una cosa mueble ajena.

Es necesario que el caso sea subsumible al menos en una de las conductas dispuestas por el artículo 228 del Código Penal para que se aplique la pena dispuesta por este artículo. En el caso de un verdadero retiro de la cosa, dado que no es subsumible en ninguno de los verbos del tipo, no se puede aplicar la pena dispuesta por el artículo 228 del Código Penal al caso concreto⁴⁶.

15.- Hemos demostrado que los verdaderos casos de retiro de la cosa no son subsumibles ni en los delitos de apropiación, a falta de la intención de apropiarse antijurídicamente de la cosa (con excepción de algunos casos de apropiación indebida) ni en el delito de daños.

44 Así, Jescheck/Weigend, 1996, A.T., § 26, II, 5; Roxin, A.T., Bd. I, 1994, § 10, Rdn. 27; Castillo González, Tomo I, 2008, § 6, # 95.

45 Así, Jescheck/Weigend, 1996, A.T., § 26, II, 5; Roxin, A.T., Bd. I, 1994, § 10, Rdn. 27; Castillo González, Tomo I, 2008, § 6, # 95; Donatsch, Strafrecht III, 2008, pág. 182; Hurtado Pozo, Partie spéciale, 2009, Art. 144, § 37, Rdn. 185; Schubarth/Albrecht, BT 2, 1990, Art. 145 N. 8.

46 Examinamos el problema del retiro de la cosa únicamente con relación al delito de daños. Pero quien priva de una cosa mueble (por ejemplo, una cadena de oro) a otro, frustrando un derecho ajeno sobre la cosa, y la arroja al mar, puede realizar, por ejemplo, los tipos penales previstos en el artículos 217 incisos 3 y 4 del Código Penal.

III.- TOMA DE POSICIÓN SOBRE LA CREACIÓN DE UN TIPO PENAL DE *LEGE FERENDA*

16.- No hay solución legislativa al problema del retiro de la cosa en ninguno de los códigos penales latinoamericanos, incluido el código penal de Costa Rica. Tampoco la hay en los códigos penales de países tales como Alemania, Francia, España e Italia, países que los latinoamericanos siempre hemos tomado como modelo en cuanto a los problemas jurídicos y sus soluciones.

17.- Dos códigos penales adoptaron soluciones legislativas al problema del retiro de la cosa: el Código Penal suizo y el Código Penal austriaco.

Dice el artículo 141 del Código Penal suizo lo siguiente:

“Aquel que, sin intención de apropiación, retire (“entzieht”) al derecho-habiente una cosa mueble y le cause por tal hecho un perjuicio considerable, será castigado, si hay acusación (del perjudicado), con una pena privativa de libertad de hasta tres años o con una pena pecuniaria”.

El Código Penal austriaco dice en el § 135 lo siguiente: *“Quien saque una cosa mueble ajena del poder fáctico de otro, de manera duradera y de tal modo le cause perjuicio, sin que él o un tercero se apropie de tal cosa, será castigado con pena de prisión de hasta seis meses o con pena de hasta 360 días multa”.*

También el Proyecto de Código Penal alemán de 1962 en su § 251⁴⁷ hizo la siguiente propuesta (que no fue ley) para sancionar el retiro de la cosa:

“(1) Quien se saque (“entzieht”) una cosa mueble o electricidad o cualquier otra energía ajenas de modo antijurídico, con la finalidad de causarle a otro un daño económico importante y favorecerse o favorecer a un tercero, será castigado con privación de libertad de hasta dos años, si el hecho no es castigado por otra disposición que proteja el patrimonio ajeno.

(2) La persecución del hecho se hará únicamente a petición de parte.

(3) Cuando el hecho perjudique a un pariente que vive en la misma casa que el agente, no habrá pena si no se produce un daño importante”.

18.- Se ha justificado la necesidad de creación de un tipo penal que castigue los casos de retiro de la cosa por la circunstancia de que no son abarcados ni por los delitos de apropiación ni por el delito de daños. En las discusiones que hubo en Alemania sobre la necesidad de convertir en ley el § 251 del Proyecto de Código alemán, nunca se probó empíricamente la necesidad político-criminal de tal norma. Solamente se acentuó el hecho de que ese comportamiento no estaba castigado ni por los delitos de apropiación ni por el delito de daños. Este argumento se basa, a su vez, en la idea de tratar comportamientos iguales de modo igual. Esta forma de razonamiento funciona de la manera siguiente: Quien arroja al mar una cadena de oro merece ser tratado igual que quien destruye esa misma cadena, porque en ambos casos el efecto lesivo es el mismo. En consecuencia, si se castiga el hecho de destruir la cadena de oro, con igual razón debe castigarse tirarla al mar, comportamiento que tiene un efecto igual para el propietario o derecho-habiente que si el sujeto la hubiera destruido. Dicen quienes así razonan que no se entiende, desde el punto de vista de la protección de la propiedad, por qué se castiga al que destruye la cadena de oro, pero no a quien la tira al mar.

47 Según cita de Säftel, 1971, págs. 151 s.

El argumento de una igualdad hipotética del comportamiento destructivo con el comportamiento que quita al poseedor la cosa mueble de su dominio no lleva a la conclusión de la necesidad de una punición del segundo caso. En efecto, característica esencial del Derecho Penal es su carácter fragmentario. A diferencia de otras ramas del Derecho, que garantizan una protección totalizante a los bienes jurídicos, el Derecho penal tiene carácter subsidiario, es decir, la pena, que es la mayor arma que tiene el Estado a su disposición, implica siempre la *ultima ratio* para asegurar la vida social. Una pena solamente es socialmente soportable cuando ella es el medio para conjurar peligros y daños que, por atacar el tejido social, son lo suficientemente graves y los cuales no puedan combatirse eficazmente por medios menos severos. *Del carácter fragmentario del Derecho penal deriva la consecuencia que el legislador tiene la libertad plena de tratar de modo penalmente diferentes comportamientos parecidos o semejantes. En un Estado democrático de derecho el ius puniendi estatal solamente puede utilizarse si se determina, sin lugar a dudas, la necesidad de castigar ese comportamiento. Si esta necesidad no se establece de manera clara, el legislador debe aplicar el principio "in dubio pro libertate"*⁴⁸.

Creo que la creación de un nuevo tipo penal que sancione los casos de retiro de la cosa no se justifica. En nuestro país no se ha conocido en toda su historia un solo caso grave de retiro de la cosa y creo que la falta de importancia de los casos de retiro de la cosa puede extenderse a la mayoría de los países. Realmente los casos que entran verdaderamente en el concepto del retiro de la cosa son absolutamente excepcionales. Características de los casos de retiro de la cosa son un cambio espacial de la cosa, que es colocada en un lugar inaccesible o casi inaccesible para el propietario o poseedor, y la circunstancia de que ese cambio de lugar no tiene efecto sobre ella, aunque haya exposición a los elementos, dada la naturaleza incorruptible de la cosa.

Muy a menudo se citan como casos de retiro de la cosa situaciones que no lo son y que más bien conforman el delito de daños. Son subsumibles en el delito de daños situaciones tales como dejar abierto el grifo del tonel de vino (que se derrama), desinflar las llantas de un auto (es daño al auto como unidad funcional, que no es utilizable con las llantas desinfladas), borrar una grabación magnética (hecho previsto por el artículo 229 bis (daño informático) o 229 ter (sabotaje informático). Cód. pen.

IV.- BIBLIOGRAFÍA

Artz/Weber, "Strafrecht. Besonderer Teil" ("Lehrbuch", Bielefeld, 2000.

Bertel/Schwaighofer, "Österreichisches Strafrecht", "Besonderer Teil I", Wien, 1989.

Binding, "Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts", B.T., Bd. I, Leipzig, 1902.

Blei, "Strafrecht II", "Besonderer Teil", München, 11. Aufl., 1978.

Bloy, "Die Behandlung der Sachentziehung im deutschen, österreichischen und schweizerischen Strafrecht", FS Oehler, Köln, 1985, págs. 559 ss.

Bockelmann, "Literaturbericht, Strafrecht Besonderer Teil", ZStW Bd. 65 (1953), págs. 569 ss.

Bockelmann, "Strafrecht", "Besonderer Teil 1", Vermögensdelikte", München, 1976 (2. Aufl.), 1982.

48 *Asi, entre otros, Säftel, 1971, pág. 159; Pasquay, 1968, pág. 53.*

Bonorand, "Die Sachentziehung nach Art. 143 StGB sowie Vorentwurf 1983 und ihre Verhältnis zu verwandten Tatbeständen", Diss., Univ. Zürich, 1987.

Briccola, "Danneggiamento" (voz) en "Enciclopedia del Diritt, Vol. XI. Milano, 1960.

Buompadre, "Tratado de Derecho Penal" "Parte Especial", tomo 3, 3ª edición, Buenos Aires, 2009.

Burgstaller, "Diebstahl, Veruntreuung und Unterschlagung", ÖJZ 1974, págs. 540 ss.

Burmeister, "Die Sachbeschädigung nach geltendem Recht und nach den neueren Strafgesetzentwürfen, insbesondere nach dem Entwurf von 1927", Diss., Tübingen, 1934.

Caduff, "Die Strafbarkeit des unbefugten Gebrauches von Kleidern", ZStrR Bd. 89 (1973), págs. 104 ss.

Castillo González, "Derecho Penal", "Parte General". tomo I, San José, 2008.

Castillo González, "Los Delitos de Apropiación", San José, 2012.

Dietmeier, "Anmerkung zum Urteil des BGH v. 12.2. 1998-4 StR 428/97 (BGHSt, 44, 34)", JR 1998, pág. 467 ss.

Disse, "Die Privilegierung der Sachbeschädigung (§ 303 StGB) gegenüber Diebstahl (§ 242 StGB) und Unterschlagung (§ 246 StGB)", Köln/Berlin/Bonn/München, 1982.

Dölling, "Zur Sachbeschädigung durch Veränderung des Erscheinungsbildes einer Sache", FS Küpper, Heidelberg, 2007.

Donna, "Delitos contra la propiedad", Buenos Aires/Santa Fe/Córdoba, 2001.

Donatsch, "Strafrecht III. Delikte gegen Einzelnen", 9. Aufl., Zürich-Bassel-Genf, 2008.

Eisenschmid, "Neue Strafnormen zur Sachbeschädigung: Das Graffiti-Bekämpfungsgesetz", NJW 2005, págs. 3003 ss.

Figari, "Delitos de Indole Patrimonial", Vol. II, Rosario, Santa Fe, 2010.

Fischer, "Strafgesetzbuch und Nebengesetze", 58 Aufl., München, 2011.

Frank, "Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich", Berlin/Leipzig, 1931.

Fuchs, "Diebstahl und Dauernde Sachentziehung eines Fahrzeuges im Anschluss an einen unbefugten Gebrauch?", RZ 1980, págs. 5 ss.

Fuchs, "Zur Tathandlung der Dauernden Sachentziehung", ÖJZ 1983, págs. 206 ss.

Graven, "Le vol d'usage de bicyclette", ZStrR Bd. 59 (1945), págs. 324 ss.

Gribbohm, "Zur Problematik des Zueignungsbegriffs", JuS 1963, págs. 106 ss.

Gutmann, "Die Sachentziehung", Diss., Bonn, 1976.

Haberkorn, "Zum Zueignungsbegriff des § 246 StGB", MDR 1962, págs. 704 ss.

Handschub, "Die Fundunterschlagung im deutschen und italienischen Strafrecht", Würzburg, 1935.

Harburger, "Diebstahl und Unterschlagung", en VD, BT, Bd. IV. Berlin, 1907.

Hauf, "Strafrecht. Besonderer Teil I. Vermögensdelikte", Berlin, 1996.

Heghmanns, "Strafrecht für alle Semester", "Besonderer Teil". Berlin/Heidelberg, 2009.

Heinrich (M.), "Die Sachbeschädigung als unmittelbare Nutzungseinträchtigung", FS Otto, 2007, págs. 577 ss.

Heintschel-Heinegg, (vo) "StGB, Strafgesetzbuch. Kommentar", München, 2010.

Hering, "Die dauernde Sachentziehung ohne Bereicherungsabsicht", Diss., Heidelberg, 1930.

Hillenkamp, "Was bewirkt das 'Nofitti-Gesetz'?", FS Schwind, 2006, págs. 927 ss.

Hohmann/Sander, "Strafrecht" "Besonderer Teil", 3. Aufl., München, 2011.
(Hoyer), "Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch," § 303 .

Hurtado Pozo, "Droit Pénal", "Partie Speciale", 9. éd., Genève-Zürich, Bale, 2009.

Jescheck/Weigend, "Lehrbuchs des Strafrechts". "Allgemeiner Teil", 5. Aufl., Berlin, 1996.

Kargl, "Gesinnung und Erfolg beim Unterschlagungsstatbestand", ZStW Bd. 103 (1991), pág. 136 ss.

Kindhäuser, "Strafgesetzbuch", Nomos Kommentar, Lehr-und Praxiskommentar, 4. Aufl., Baden-Baden, 2010.

Kindhäuser, "Gegenstand und Kriterien der Zueignung beim Diebstahl", FS Geerds, Lübeck, 1995, págs. 6 55 ss.

Kohler, "Die sog. klassische und die sog. neue Strafrechtsschule", G.A., Bd. 54 (1907), págs. 1 ss..

Kohlrausch/Lange, "Strafgesetzbuch, Kommentar", 43. Aufl., Berlin, 1961.

Kösch, "Der Status des Merkmals 'rechtwidrig' in Zueignungsabsicht und Bereicherungsabsicht", Diss. Münster, 1998.

Kühs, "Die Sachbeschädigung im reichsdeutschen, im österreichischen Strafrecht und im Strafgesetzentwurf 1927". Diss., Jena, 1935.

Imig, "Sachbeschädigung durch Sachbehandlung", Diss. Univ. Köln, 1935.

Lackner/Kühl, "Strafgesetzbuch mit Erläuterungen", 27. Aufl., München, 2011.

Laje Anaya, "Comentarios al Código Penal", Parte Especial, Vol. II, Buenos Aires, 1979.

Lehmann, "Zur Lehre vom objektiven Tatbestand der Sachbeschädigung", Breslau, 1910.

- Lueder*, "Die Vermögensbeschädigung", Leipzig, 1867.
- Maiwald*, "Der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikte", Heidelberg, 1970.
- Mantovanni*, "Danneggiamento" (voz) en "Novissimo Digesto Italiano". Torino, 1966, tomo V.
- Maurach*, "Deutsches Strafrecht", "Besonderer Teil", 5. Aufl., Karlsruhe, 1969.
- Maurach/Schröder/Maiwald*, "Strafrecht", "Besonderer Teil", Teilband 1, Heidelberg, 2009.
- Matt/Renzikowski*, "StGB Strafgesetzbuch" "Kommentar", München. 2013.
- Maurach/Schröder/Maiwald*, "Strafrecht", "Besonderer Teil", Teilband 1, Heidelberg, 2009.
- Mogg*, "Die strafrechtliche Erfassung von Graffiti", Diss. Tübingen, 2007.
- Moll*, "Die strafrechtliche Behandlung der Sachbeschädigung". Diss., Univ. Bern. 1924.
- Mühlfeld*, "Sachbeschädigung und Zueignungsdelikte" "Abgrenzung und Strafwürdigkeit", Berlin, 2013.
- Nagler*, LK, §§ 242, 303 StGB, 7 Aufl., Berlin, 1951.
- Noll*, "Die Sachentziehung im System der Vermögensdelikte", ZStrR Bd. 84 (1968), págs. 337 ss.
- Oppehoff-Delius*, "Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich", 14. Aufl., Berlin, 1901.
- Pasquay*, "Die künstliche Insemination. Zugleich ein Beitrag zur Bestimmung der Grenzen staatlicher Strafbefugnis", Diss., Freiburg, 1968.
- Peter*, "Die Sachentziehung im geltenden und zukünftigen Strafrecht. Überlegungen zu § 251 des Entwurfes 1962", Diss. Münster, 1970.
- Rengier*, "Strafrecht. Besonderer Teil I. Vermögensdelikte", München, 2010.
- Roxin*, "Strafrecht" "Allgemeiner Teil". Bd. II, 1. Aufl., München, 2003.
- Rudolphi*, "Der Begriff der Zueignung", GA 1965, págs. 33 ss.
- Säftel*, "Die einfache Sachbeschädigung und die Sachentziehung im gegenwärtigen und zukünftigen Strafrecht", Diss., Heildeberg, 1971.
- Satzger*, "Der Tatbestand der Sachbeschädigung nach der Reform durch das Graffiti-Bekämpfungsgesetz", Jura 2006, 428 ss.
- Schaffstein*, "Der Begriff der Zueignung bei Diebstahl und Unterschlagung, GS Bd. 103 (1933), págs. 292 ss.
- Scheil*, "Zueignung und Preisgabe eines unbefugt gebrauchten Fahrzeugs", ZVR 1979, pág. 161 ss.

Scheil, "Worin besteht die Tathandlung der Dauernden Sachentziehung nach § 135 StGB?". ÖJZ 1982, págs. 421 ss.

Schmidt/Seidel, "Strafgesetzbuch". "Besonderer Teil II", Bremen, 1999.

Schmitt R., "Die Abgrenzung der Sachbeschädigung von der (blossen) Sachentziehung", FS Stree/Wessels, Berlin/New York, 1993, págs. 505 ss.

Schönke/Schröder/Eser-Bosch, "Strafgesetzbuch", "Kommentar", 28 Aufl., München 2010, § 242.

Schönke/Schröder/Eser-Bosch, "Strafgesetzbuch", "Kommentar", 28 Aufl., München 2010, § 246.

Schönke/Schröder-Stree/Hecker, "Strafgesetzbuch", "Kommentar", 28 Aufl., München 2010, § 303.

Schütze, "Deutsches Strafrecht", 2. Aufl., Leipzig, 1874.

Schubarth/Albrecht, "Kommentar zum Schweizerischen Strafrecht. Schweizerischen Strafgesetzbuch. Besonderer Teil, 2. Band, Delikte gegen das Vermögen", Bern 1990.

Schmoller, "Die Sachbeschädigung", en "Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts", BT, Bd. VI, Berlin, 1907, págs. 143 ss.

Schuhr, "Verändern des Erscheinungsbildes einer Sache als Straftat", JA 2009, págs. 169 ss.

Seelmann, "Grundfälle zu den Eigentumsdelikten", JuS 1985, 199 ss.

Serrano Butragueño, "Los delitos de años", Pamplona, 1994.

Seul, "Die Zueignung einer fremden beweglichen Sache und der Tatbestand der einfachen Unterschlagung (§ 246 Abs. 1,1, Altern, StGB) im Gefüge der Vermögensdelikte", Diss. Freien Universität Berlin. 1965.

Stöber, "Sachbeschädigung durch unverlangte Zusendung von Webefaxen", NStZ 2003, págs. 515 ss.

Wedekind, "Die Abgrenzung und das Verhältnis von Betrug und Unterschlagung", "Ein Beitrag zur Konkurrenz der Vermögensdelikte", Diss. Hamburg, 1967.

Welzel, "Das Deutsche Strafrecht" "Eine systematische Darstellung", 11. Aufl., Berlin, 1969.

Wessels, "Strafrecht. Besonderer Teil-2" "Straftaten gegen Vermögensdelikte", 7 Aufl., Heildeberg, 1984.

Wieck-Noodt, "Münchener Kommentar zum strafgesetzbuch" (MK) (Hrsg. *Joecks/Miebach*), § 303.

Wolf (Erick), "Der Sachbegriff im Strafrecht" en "Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben", "Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50 jährigen Bestehen des Reichsgerichts", Berlin/Lepzig. 1929, Bd. V.

Wolff, Leipiger Kommentar zum Strafgesetzbuch. Grosskommentar, § 303.

Zaczyk, "Nomos-Kommentar zum Strafrecht" (NK) (Hrsg. *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*), § 303 b, Rdn. 3.

Zirpius-Schuktz, "Strafgezsetzbuch", Braunschweig, 1954.

LA LIBERTAD DE PRENSA FRENTE A LA TUTELA PENAL DEL BIEN JURÍDICO “HONOR” (EN UNA DEMOCRACIA RESPETUOSA DE LA DIGNIDAD HUMANA)

*J. Federico Campos Calderón
Abogado litigante penalista
Profesor de la Universidad de Costa Rica)*

POSTUMUM

Me siento muy honrado con la invitación que se me ha extendido a formar parte del presente homenaje póstumo que se le rinde al Dr. Luis Paulino Mora Mora, quien falleció repentinamente a inicios del año 2013 en pleno ejercicio de su cargo como Presidente de la Corte Suprema de Costa Rica. Don Luis Paulino fue mi profesor durante dos años consecutivos en la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica (2003-2004), en la misma época que yo fungía como funcionario judicial, y fue en esas lecciones que él impartía (en el salón de Ex-Presidentes de la Corte) donde nació una respetuosa relación de amistad entre ambos que perduró hasta su fallecimiento.

De sus amenas clases siempre recuerdo, además de sus chistosas anécdotas personales, la pasión con la que defendía –como muy pocos– los Derechos Humanos. No sólo era una cuestión de disertación académica, sino que también sus posiciones ideológicas se retrataban verídicamente en las sentencias que le correspondía redactar como miembro Magistrado de la Sala Constitucional. Era un garantista innato que mantenía un pensamiento coherente en la academia y en su ejercicio profesional, no como muchos/as que –contradictoriamente– se laurean en las aulas universitarias como respetuosos de los derechos fundamentales y, luego, en sus sentencias, los pisotean y lanzan a un precipicio.

Sin embargo, lo que más admiraba de don Luis Paulino era que no padecía de “vértigo”, a pesar de que ocupaba el cargo más alto dentro del Poder Judicial, “mal” que ataca a algunos/as cuando llegan a ocupar puestos de alta jerarquía en cualquier ente estatal. Siempre fue fiel a sus raíces, con un “don de gentes” sin igual, quien no mantenía falsas o vanidosas posturas frente a los demás. Esa personalidad le permitía entenderse de “tú a tú” con la persona más humilde y, al mismo tiempo, con el intelectual más connotado.

Las múltiples contribuciones de don Luis Paulino al proceso penal costarricense fueron muchas, y muy positivas, algunas fueron objeto de crítica por quienes promueven un derecho penal represivo, pero de aprobación por quienes estamos matriculados con el Garantismo penal. Don Luis Paulino formó parte del grupo de juristas que redactó dicha legislación que entró en vigencia hace poco más de 15 años y su sello garantista se plasmó en muchos de los procedimientos contenidos en el texto final de nuestra legislación procedimental aprobada por la Asamblea Legislativa en el año 1996, el cual también ha sufrido decenas de remiendos en los últimos años, reformas y contra reformas represivas, pero que aún mantiene su esencia garantista gracias al pensamiento de don Luis Paulino y del equipo de trabajo que él lideró conformado por otros ilustrados juristas costarricenses.

1. INTRODUCCIÓN

En adelante abordaré, desde una perspectiva *pro homine* y *pro libertate*, lo relativo a la tensión existente entre la libertad de expresión y la libertad de prensa versus las prohibiciones penales (delitos) que tutelan el honor de los ciudadanos, que se ha profundizado desde hace algunos años para acá en virtud del pulso que mantienen algunos medios de comunicación en nuestro país, y en muchos otros países, presionando a los sectores políticos y manipulando a la opinión pública, para intentar abrirse una brecha comunicativa irrestricta o ilimitada enarbolando la bandera de la libertad de prensa.

El propósito del presente artículo es determinar que no es necesario despenalizar las acciones típicas contempladas como delitos contra el honor, sino que dicha penalización más bien es una necesidad para la ciudadanía; sin que ello signifique una limitación al ejercicio de la libertad de prensa que le impida a los medios de comunicación denunciar todo tipo de acto inmoral o ilegal dentro de la función pública, o en ámbitos privados, que sean de interés público, siempre y cuando estén apegados a la verdad y a la objetividad.

Asimismo, se expondrán los fundamentos fácticos y jurídicos que acuerpan la necesidad de que existan dichas prohibiciones penales con el fin de motivar (y disuadir) a los medios de comunicación (y a los periodistas) a no traspasar los límites de un periodismo objetivo, respetuoso y responsable que pueda dañar el honor de las personas que conforman nuestra sociedad.

2. LA RELEVANCIA DE LA “DIGNIDAD HUMANA” EN UN ESTADO DE DERECHO

Acorde con una visión antropocéntrica del Ser Humano, el respeto a la Dignidad Humana de todos y cada uno/a de los ciudadanos/as es un aspecto fundamental o esencial en un Estado de Derecho para el desarrollo pleno de los Valores de la personalidad. Esto es así en nuestro país, y en cualquier lugar del mundo, ya que es consustancial a la condición de ser humano que las personas podamos desarrollarnos en ámbitos de libertad y de respeto a nuestros derechos y libertades para que seamos plenamente felices.

Sobre este mismo principio de Dignidad Humana el autor H. Miranda indica lo siguiente:

“...la exigencia de respetar la dignidad humana garantiza que el individuo sea protegido frente a acciones que puedan poner en peligro o menoscaben su persona, integridad física, psíquica y moral, por parte de órganos Estatales o incluso sujetos de derecho privado (...) En su dimensión individual la dignidad se traduce, en definitiva, en el derecho del individuo a que se vea respetada su propia reputación, el propio buen nombre...”¹

Asimismo, en el seno de la Sala Constitucional costarricense se han dictado diversas resoluciones donde se ha abordado, desde diferentes planos, el tema de la Dignidad Humana. Y ya desde sus primeras resoluciones –en el año 1990– se dijo lo siguiente:

“Junto al valor de la vida, humana, nuestro sistema constitucional ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se haya íntimamente vinculada con el libre desarrollo de su personalidad y los derechos a la integridad física y moral”².

1 MIRANDA, Haideer. “La dignidad humana en la Corte Constitucional italiana”. En *Revista de Ciencias Jurídicas*. N° 119, Universidad de Costa Rica – Colegio de Abogados, San José, Costa Rica, mayo – agosto 2009, pp. 46 – 47.

2 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, sentencia No. 972-90, de las catorce horas diez minutos del veintidós de agosto de mil novecientos noventa.

Es una responsabilidad del Estado democrático velar porque esta Dignidad Humana sea respetada y, ante la eventualidad de una transgresión, facilitar los correctivos necesarios para excluir o enmendar aquellas situaciones que la atenten; o bien, proveer las formas por medio de las cuales puedan establecerse mecanismos de protección y las responsabilidades ulteriores contra quienes no respeten dicho valor humano. El honor forma parte de la categoría “derechos de la personalidad”³, y revisten tutela inclusive dentro de la normativa de los Derechos Humanos⁴.

Claro está que la dimensión de esas agresiones depende en buena medida de quién sea el causante, porque no es lo mismo que un sujeto cualquiera (persona física) ataque la Dignidad Humana de otro, a que lo haga un medio de comunicación colectiva porque estos últimos tienen la posibilidad de diseminar de forma ilimitada e instantáneamente una ofensa, con mayor razón si se hace –además– a través de medios cibernéticos, ya que hoy día los avances de la tecnología digital y las demandas de los consumidores han obligado a muchos medios de prensa –o al menos a los más importantes– a tener su versión periodística en Internet (las que llegan a circular en blogs, redes sociales, etc.), magnificándose así el eventual daño a una persona⁵. Ya ha desaparecido la concepción simple del medio de prensa (sólo de papel), sino que ahora muchísima gente accede y lee los periódicos por Internet.

No puede perderse de vista la realidad actual para dimensionar que en el mundo globalizado las distancias han perdido significado, los tiempos se acortan y, por ende, el daño que se genera ante una ofensa que se dispersa cibernéticamente es prácticamente inmediato y de grandes dimensiones, ya que –además– de esta forma puede llegarse al lugar más recóndito del mundo⁶. Como bien dice N. de la Mata:

“Las posibilidades de expansión, intensidad y prolongación temporal de los efectos dañosos que se pretenden con las conductas que se sirven de los contextos digitales para llevarse a cabo –favorecidas por la absoluta digitalización de nuestra vida diaria–, tanto desde una perspectiva local como personal, el anonimato que otorga la Red, la facilidad con que pueden cometerse y ocultarse

3 Vid. MONTES PEÑADES, Vicente. “La categoría derechos de la personalidad y la protección de los derechos fundamentales”. En *Constitución. Derechos Fundamentales y Sistema Penal*. Tomo II, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2009, pp. 1382 y sts.

4 La Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), establece lo siguiente: “Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad: 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

5 “...no puede pensarse que Internet represente una herramienta exclusivamente beneficiosa para el desarrollo y la convivencia social. Como todo instrumento dotado de enormes posibilidades, la red también puede ser utilizada para realizar todo tipo de abusos y conductas lesivas para los intereses de los ciudadanos. Inicialmente, algunas personas consideraron que la red era una especie de “paraíso idílico de convivencia”, en el que los individuos interactuaban casi sin conflictos y, además, se bastaban y sobaban para establecer por sí mismos las normas de convivencia que habrían de resolver los que se pudiesen llegar a plantear. (...) Así nos encontramos con normas directamente dirigidas a dotar de seguridad a las operaciones comerciales realizadas en Internet, (como las relativas al comercio electrónico o a la creación y utilización de la firma electrónica, etc...), con otras que tratan de regular las nuevas relaciones laborales del denominado teletrabajo, y también con normas que, como no podía ser de otro modo, intentan conseguir que el Derecho Penal también dé soluciones jurídicas a las relaciones más conflictivas que se producen en este nuevo ámbito de convivencia social”. GALÁN MUÑOZ, Alfonso. *Libertad de Expresión y Responsabilidad Penal por Contenidos Ajenos en Internet*. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2010, pp. 19 – 20.

6 En este sentido el filósofo social polaco Z. Bauman, afirma: “Cuando la “distancia pierde su significado”, lo mismo sucede con las localidades, separadas por distancias (...) La información flota libre de sus transportadores; la traslación y el posicionamiento de los cuerpos en el espacio físico son menos necesarios que nunca para el reordenamiento de significados y relaciones. Para algunos –la elite móvil, la elite de la movilidad– esto entraña literalmente despojarse de lo físico, la nueva ingravidez del poder. Las élites viajan por el espacio y a mayor velocidad que nunca, pero la envergadura y la densidad de la red de poder que tejen no dependen de esos desplazamientos. Gracias a la nueva “incorporeidad” del poder sobre todo en su forma financiera, sus dueños se vuelven extraterritoriales, aunque sus cuerpos permanezcan in situ”. BAUMAN, Zygmunt. *La Globalización (consecuencias humanas)*. Fondo de Cultura Económica, 2ed, México – D.F., 2013, pp. 28 – 29.

*estos ilícitos, las dificultades de persecución y prueba que los caracterizan (...) han favorecido el crecimiento tanto cuantitativo como cualitativo de este tipo de conducta*⁷.

Y es que en estos tiempos el acceso a Internet no es solo –como hace algunos años– a través de un computador (fijo o portátil), sino que se puede acceder a la información por medio de teléfonos celulares, tabletas y una multiplicidad de dispositivos que así lo permiten, ampliándose infinitamente los posibles destinatarios de dichos datos⁸. Igualmente, la delincuencia no se ha adormecido frente a las nuevas posibilidades de la tecnología digital y se puede recurrir a infinidad de nuevas formas para ejecutar diversos delitos a través de Internet o utilizando aparatos electrónicos⁹.

La Dignidad Humana puede ser perturbada o lesionada de múltiples formas; sin embargo, las consecuencias pueden ser nefastas para la persona (y su honor) debido al alcance o el poder ofensivo que puede generarse a nivel social con un ataque diseminado colectivamente; e, indudablemente, ello conllevaría a la “muerte social” (o causar “lesiones sociales” gravísimas) de una persona honorable por el resto de vida. Y este daño o afectación social puede perpetuarse en el tiempo, sin posibilidad alguna de que sea revertido, afectándose así la Dignidad Humana para siempre.

Es importante que el Estado vele porque no haya intromisiones ilegítimas que menoscaben la Dignidad Humana de quienes conforman el conglomerado social por parte de los medios de comunicación colectiva. Al respecto, señala M. Carrillo:

*“La consideración del valor de la dignidad como basamento de estos derechos comporta una doble garantía para su persona. En primer lugar, una garantía aseguradora de que el titular del derecho no va a ser objeto de intromisiones y, por lo tanto, que los profesionales de la información habrán de calibrar las consecuencias de su actividad (...) En segundo lugar, una garantía de carácter positivo, puesto que la preservación de la intimidad es un punto de apoyo para el pleno desarrollo de la personalidad del individuo. La consecuencia, es la aceptación de una total disponibilidad sobre el ámbito de lo íntimo, sin interferencias o impedimentos externos*¹⁰.

Lamentablemente, la experiencia demuestra, que hay quienes simple y llanamente se dedican a – literalmente– “molestar”¹¹ a las personas, y hacen de eso un pasatiempo o hasta un negocio muy lucrativo, debido a que los periódicos venden muy bien cierto tipo de reportajes o “noticias” sin que les importe dañar el honor, la intimidad o la imagen de los demás, sino sólo acrecentar sus propios intereses económicos o personalísimos. Por esta razón, deben instaurarse mecanismos de protección que sean realmente eficaces a favor de los ciudadanos, que les permitan proteger su Dignidad Humana y realizar los reclamos que correspondan cuando esta se vea afectada.

7 DE LA MATA, Norberto J. “Ilícitos vinculados al ámbito informático: la respuesta penal”. En *Derecho Penal Informático*. Edit Civitas – Thompson Reuters, 1 ed., Pamplona, España, 2010, p. 19.

8 Sobre los avances y alcances de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, véase de A. Lucas Marín (ed.) el libro *La Nueva Comunicación*, Edit. Trotta, Madrid, España, 2009.

9 Como bien afirma I. Flores: “...la tecnología digital permite, facilita, y en muchos casos favorece la comisión de un buen número de delitos en los que los sistemas informáticos están presentes de modo implícito (...) la informática constituye un instrumento relevante en la preparación y ejecución de múltiples conductas criminales”. FLORES PRADA, Ignacio. *Criminalidad Informática (aspectos sustantivos y procesales)*. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2012, p.278.

10 CARRILLO, Marc. *El Derecho a no ser Molestado (Información y vida privada)*. Edit. Aranzadi, Navarra, España, 2003, p. 31.

11 Muchas informaciones periodísticas afectan lo que se ha denominado “el derecho a no ser molestado”, acuñado por M. Carrillo, quien en este sentido sostiene que: “El derecho a no ser molestado es pues una expresión más de la dignidad de la persona que ha de ser entendido en un contexto en el que el rechazo a una intromisión ilegítima puede, no obstante, ceder a favor de otros derechos fundamentales si para ello confluyen razones de interés público que exijan la publicidad de lo que se considera privado. El derecho a estar solo, a no ser importunado, a ver respetado el perímetro que la propia libertad personal ha delimitado como espacio inaccesible, es una manifestación de la dignidad de la persona”. *Op cit.* CARRILLO, Marc. p. 33.

Estas intromisiones que dañan la Dignidad Humana pueden generarse de múltiples maneras; por ejemplo, que un medio de prensa afirme falsamente que una persona es un agresor sexual, o un estafador, puede significar que los vecinos, compañeros de trabajo o seres humanos más cercanos etiqueten a esa persona y la discriminen por esa información negativa que llegaron a conocer a través de un medio de comunicación colectiva. O, igualmente, a nivel de servicios profesionales, que –por ejemplo– en un medio de comunicación se tache a un abogado despectivamente como “abogado del narco” o “abogado de la mafia”, lo que podría afectarle sensiblemente y provocar que algunos clientes se marchen de su bufete u otros no le quieran contratar. En fin, hay una serie de supuestos que pueden ser letales para la vida personal, laboral o profesional de un ciudadano honorable.

Y, aunque luego se otorgara el “derecho de respuesta” para refutar lo publicado, o que se aclarare que fue una mentira o una imprecisión, nada de ello limpiará a favor del afectado esa etiqueta negativa que marcó profundamente su honor, su imagen y su reputación por el resto de su vida¹². O, tampoco, cuando mediante los llamados “juicios paralelos” presentan como “culpable” ante la opinión pública a una persona que estaba sometida a un proceso penal, y que luego resultó absuelta, ya que precisamente cuando un “juicio paralelo” ha optado por “condenar socialmente” a una persona la huella que queda marcada es muy difícil de revertir.

Tomando como parámetro el respeto a la Dignidad Humana en los procesos penales, los riesgos de afectar la imagen, el honor y la reputación de una persona se han pretendido aminorar incluyéndose algunas prerrogativas legales que intentan prevenir una afectación a los derechos de las personas procesadas penalmente, quienes no por ello han perdido el derecho a ser respetadas como seres humanos y el considerárseles como inocentes hasta que una sentencia firme no decrete su culpabilidad de forma definitiva. Y, en este sentido, se puede solicitar expresamente al Tribunal de juicio que prohíba a los medios de prensa transmitir por televisión o publicar en la prensa escrita imágenes del rostro de quien pidió expresamente en el debate que le respetaran ese derecho, conforme a lo previsto en la normativa procesal penal¹³.

No obstante, lamentablemente ocurre con mucha frecuencia que los medios de comunicación incumplen dichas peticiones de las personas que están sometidas a un proceso penal y desobedecen las órdenes de los jueces; o, suele suceder también, que respetan ese derecho durante el desarrollo del juicio oral y público, pero en el momento que –en el mismo juicio– se dicta la sentencia condenatoria o de culpabilidad se desatiende la solicitud del procesado para que no se capturen imágenes de su rostro y, ese mismo día, o al día siguiente, salen publicadas en la prensa digital, escrita y televisiva ilustrando la noticia del día.

Esta última situación en particular generaba controversia en algunos ámbitos y discusión académica acerca del alcance de dichas normas, y sobre la obligación de respetarlas en todo momento (aún bajo una condenatoria), dándose un caso muy particular que fue conocido por la Sala Constitucional costarricense mediante un Recurso de Amparo donde se reclamó esa misma situación, alegándose por parte del accionante –quien resultó “condenado” en juicio– que el hecho de publicarse sus imágenes en la prensa

12 *Conozco el caso de una persona a quien la “noticia” que lo presentó como un peligroso delincuente lo “perseguía” a todo lugar que iba y en su lugar de trabajo al poco tiempo lo despedían por esa razón. Inclusive, cuando ya el proceso había finalizado y había sido declarado inocente, se seguía dando la misma situación exactamente igual que años antes. Luego se fue a vivir fuera del país, y lo mismo le siguió sucediendo fuera de las fronteras, lo que demuestra de que esas etiquetas se arrastran por el resto de la vida.*

13 *El artículo 331 del Código Procesal Penal establece lo siguiente: “Participación de los medios de comunicación. Para informar al público de lo que suceda en la sala de debates, las empresas de radiodifusión, televisión o prensa podrán instalar, en la sala de debates, aparatos de grabación, fotografía, radiofonía, filmación u otros (...). Si el imputado, la víctima o alguna persona que deba rendir declaración solicita, expresamente, que las empresas no graben ni su voz ni su imagen, el tribunal hará respetar sus derechos”.*

televisiva y escrita al momento de dictarse su culpabilidad, lesionaba sus derechos constitucionales e iba en contra de su expresa petición de no hacerlo, representando esto –principalmente– una afrenta a la presunción de inocencia. Asimismo, de forma paralela, alrededor de 4 meses después de dictada la sentencia condenatoria la misma fue anulada por la instancia de apelación penal al detectarse la existencia de diferentes vicios en lo resuelto por el Tribunal de juicio, ordenándose el reenvío para un nuevo debate oral y público; no obstante, ya el daño a la imagen del endilgado estaba hecho¹⁴.

Con respecto al Recurso de Amparo, la Sala Constitucional tiempo después resolvió la gestión y por mayoría de los votos del total de sus integrantes (4-3) declaró sin lugar ese recurso¹⁵, aduciendo –entre otras cosas– en el voto de mayoría, que no se violenta la presunción de inocencia cuando se dicta una sentencia condenatoria y se toman fotografías o se captan imágenes del recién sentenciado y estas son posteriormente publicadas en la prensa escrita y televisada, ya que –dice la Sala Constitucional– se “relativiza” este derecho constitucional a la imagen (honor, reputación, etc.) cuando se condena a un ciudadano.

Por el contrario, en el voto de minoría (adoptado por los Magistrados Mora, Cruz y Hernández), cuyas consideraciones compartimos plenamente, se indicó –entre cosas– en apego absoluto y respeto a los derechos constitucionales, lo siguiente:

“La protección de la imagen frente a una sentencia penal que no estaba firme, impone una limitación que no incide en el contenido de una decisión judicial que para legitimarse no exige la difusión de la imagen de la persona condenada, tal como lo determinó la autoridad judicial desde que se inició el debate (...) No es la notoriedad del caso lo que justifica la violación a la intimidad y la imagen de un ciudadano condenado, pues aunque un caso sea notorio, aunque se le haya impuesto un fallo condenatorio, los medios deben respetar un mandato judicial específico. Debe destacarse, además, que la imagen tiene relación con la dignidad de una persona, sin que sea necesario en la difusión de la decisión del tribunal, transmitir la imagen de una persona que ante la lectura de un fallo condenatorio, enfrenta, sin duda alguna, un infortunio particular. En este caso, el tribunal había ordenado que en acto de lectura del fallo, se mantenía la prohibición dictada desde el primer día del debate. Frente a un acto de tanta solemnidad y contenido como la lectura de un fallo condenatorio, nada se agrega al contenido esencial del derecho a la comunicación, la difusión de la imagen de la persona que soporta la condena, que en este caso, el mismo tribunal había excluido de la publicidad, la difusión de las imágenes de los encausados. El hecho que las acciones delictivas hayan ocurrido en un sitio público, no debilita o desnaturaliza la prohibición del tribunal en cuanto a la difusión de la imagen de los imputados. No hay duda que las limitaciones a las publicaciones de imágenes y fotografías de los encausados, no inciden en los principios de publicidad, transparencia y publicidad del proceso penal, especialmente en la etapa de debate. Por esta razón la restricción impuesta por los jueces es constitucionalmente fundada y legítima. El mandato judicial definió la tutela de la imagen, la intimidad y la dignidad de uno de los encausados, sin que existan motivos de orden constitucional que justifiquen la desobediencia a un mandato que no imponía una limitación arbitraria o infundada a la libertad de pensamiento y de comunicación. La lectura pública de la sentencia desarrolla en toda su extensión la libertad de comunicación; la limitación de la imagen es una restricción justificada conforme a la decisión judicial cuyo contenido no impide a la sociedad sobre la forma y motivos que tuvieron los jueces al dictar sentencia. La protección de la imagen frente a una sentencia penal que no estaba firme, impone una limitación que no incide en el contenido de

14 Luego de la decisión de reenvío el segundo juicio no se efectuó porque las partes hicieron un acuerdo extrajudicial y se dio fin al proceso penal.

15 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, sentencia N° 2010-014394, de las once horas y cincuenta y dos minutos del veintisiete de agosto del dos mil diez.

una decisión judicial que para legitimarse no exige la difusión de la imagen de la persona condenada, tal como lo determinó la autoridad judicial desde que se inició el debate (...) No es la notoriedad del caso lo que justifica la violación a la intimidad y la imagen de un ciudadano condenado, pues aunque un caso sea notorio, aunque se le haya impuesto un fallo condenatorio, los medios deben respetar un mandato judicial específico (...) la imagen tiene relación con la dignidad de una persona, sin que sea necesario en la difusión de la decisión del tribunal, transmitir la imagen de una persona que ante la lectura de un fallo condenatorio, enfrenta, sin duda alguna, un infortunio particular. En este caso, el tribunal había ordenado que en acto de lectura del fallo, se mantenía la prohibición dictada desde el primer día del debate. Frente a un acto de tanta solemnidad y contenido como la lectura de un fallo condenatorio, nada se agrega al contenido esencial del derecho a la comunicación, la difusión de la imagen de la persona que soporta la condena, que en este caso, el mismo tribunal había excluido de la publicidad, la difusión de las imágenes de los encausados. El hecho que las acciones delictivas hayan ocurrido en un sitio público, no debilita o desnaturaliza la prohibición del tribunal en cuanto a la difusión de la imagen de los imputados. La utilización de la fotografía o imagen de un acusado no es constitucionalmente aceptable, si una autoridad jurisdiccional ha prohibido su difusión durante el debate y en la lectura de la sentencia. La misma legislación admite que el imputado solicite que su imagen no se difunda mientras está en el juicio, esta exclusión no podría estimarse como una lesión a la libertad de pensamiento y de comunicación, porque las sentencias judiciales no se basan en las imágenes de los condenados. La lectura de la parte dispositiva del fallo mantenía vigente la protección de la imagen del encausado, porque así lo había determinado una autoridad judicial, no puede estimarse que al terminar la lectura, fenece la protección, puesto que el mandato del judicial era amplio y se mantenía vigente. El interés público por conocer el resultado del juicio se obtiene, sobradamente, con el contenido de la sentencia, sin que sea determinante la difusión de la imagen. La restricción de la imagen del encausado no tiene relación con la transparencia de las actuaciones judiciales, porque la misma naturaleza del debate y el fundamento de la sentencia, constituye la mejor carta de presentación de la transparencia que debe imperar en las actuaciones judiciales. La confianza pública en la vigencia del ordenamiento no depende de la difusión de las imágenes de encausados en el momento que concluye la lectura de un fallo condenatorio. El resguardo de la imagen del acusado, según orden específica de la autoridad judicial, no tiene una incidencia directa en la vigencia de la libertad de pensamiento y de difusión, por eso consideramos que en el caso del señor (...) los medios de comunicación sí lesionaron su dignidad, intimidad y la presunción de inocencia, al difundir su imagen, a pesar de un mandato judicial específico. Conforme a los argumentos recién citados, declaramos con lugar el recurso con todas sus consecuencias”¹⁶.

En mi opinión lo resuelto por el voto de mayoría de la Sala Constitucional le abrió una brecha muy peligrosa al ejercicio irrestricto de la libertad de prensa, en detrimento de importantes derechos constitucionales de los ciudadanos (la presunción de inocencia, la imagen, el honor, etc.). Los medios de comunicación, por más que lo intentan, no han podido abrirse camino o brecha por la vía legal para ampliar al máximo los límites que imponen otros derechos que deben respetar quienes ejercen la libertad de prensa (como se pretende con el nuevo “*Proyecto de Ley de Libertad de Expresión y Prensa*” que entró a hacer fila en la Asamblea Legislativa en agosto de 2014); pero podría ser que, por la vía constitucional, procuren que algunos temas de su interés y concernientes a dicha libertad de prensa se vayan resolviendo poco a poco en dirección a su interés ante la Sala Constitucional¹⁷.

¹⁶ *Idem, Sala Constitucional...*

¹⁷ *Tal y como se desprende del Editorial publicado por el periódico La Nación del 2 de junio de 2011, el cual indica lo siguiente: “Más de una década transcurrió desde el ingreso en la corriente legislativa de un proyecto encaminado a remover restricciones legales a la libertad de prensa. Desde entonces, muchas propuestas contenidas en el proyecto se han plasmado en la realidad, no mediante la acción legislativa, sino por intervención de tribunales nacionales e internacionales...”.*

En este caso particular, a pesar de que prevaleció el criterio de la mayoría que declaró sin lugar la gestión, –a mi juicio– dicha posición quedó debilitada por los fundamentos del voto de minoría mediante el cual se establecieron criterios convincentes, y coherentes con una Democracia, que explican con detalle por qué se lesionaron los derechos fundamentales del recurrente.

Sólo debe remarcarse, en relación con lo resuelto por el voto de minoría de la Sala Constitucional, que es muy importante tener claro que la presunción de inocencia no claudica de forma definitiva, ni se relativiza, hasta la firmeza de la sentencia condenatoria (cosa juzgada material); y, considerar lo contrario, sería como aceptar que una persona que resultare condenada queda en un limbo que lo considera algo así como un “medio culpable” o un “medio inocente”. Y ello no puede ser jamás así porque se es culpable o se es inocente (totalmente), y una persona aún con una sentencia de culpabilidad es inocente (totalmente) hasta tanto esta no haya sido decretada como firme con carácter de cosa juzgada material (luego de 15 días hábiles si no fue impugnada, o luego de la resolución final dictada por la instancia de Apelación en caso de impugnación).

Y la experiencia ha demostrado que cientos de personas consideradas “culpables” (en un primer juicio), luego fueron declaradas inocentes en la instancia de apelación o en un segundo juicio; motivo por el cual no es justo que carguen –por el resto de su vida– con el estigma que les produjo ese primer juicio donde fue decretada su culpabilidad al difundirse su imagen por los medios de comunicación, ya que todos (o casi todos) los lectores fijan en su mente ese primer mensaje que considera un “criminal” al sentenciado. Y esta posibilidad de grave afectación exige la máxima prudencia de los medios de comunicación para que respeten al máximo la Dignidad Humana, muy por encima del interés (y hasta morbo) que caracteriza a los medios de prensa por comunicar a la opinión pública un hecho sobrecargado con imágenes de la persona declarada “culpable”; sin embargo, tal parece un sector mayoritario de la Sala Constitucional no lo concibe así.

3. EL “HONOR” COMO VALOR FUNDAMENTAL EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA

Como complemento de la Dignidad Humana se encuentran los “Valores de la Personalidad” y, como parte de estos, el bien jurídico “honor” es uno de los más relevantes. El “honor” es ubicable por algunos autores, como M. Albaladejo, entre los considerados “*Derechos de la Personalidad en la Esfera Espiritual del Hombre*”¹⁸, señalando dicho autor que el honor es un bien al que la persona tiene derecho y los demás el deber de respetar. Indica, además, muy atinadamente M. Albaladejo, que:

“...el honor no sólo se puede perjudicar con informaciones falsas, sino mediante expresión de pensamientos, ideas u opiniones que lo dañen, los que, por mucho que cada uno sea libre de tener los que quiera, lo que no se puede es ofender con ellos a otro formulando sobre él juicios injuriosos o vejatorios, luego no debe tolerarse ni su manifestación ni la difusión de estos, porque por mucho que el ofensor sienta verdaderamente lo que dice y así no ofenda con una opinión falsa, sin embargo atacan también el honor, como la atribución de hechos deshonrosos falsos”¹⁹.

Debe recordarse que en tiempos pasados (no muy lejanos), las personas hasta ofrendaban su vida para defender su honor y se debatían en duelos que podían llevar a la muerte de los combatientes; sin embargo, aunque no es muy común hoy día observar a dos ciudadanos enfrascados en un duelo

18 ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil, Tomo I (Introducción y Parte General)*. Edit. Edisofer, 18va ed., Madrid, España, 2009, pp. 446 y sts.

19 *Op cit.*, p. 462.

de la forma reglamentada como se veía antes²⁰, definitivamente sí es muy común ver en el presente a ciudadanos sometidos en diversas disputas (judiciales y no judiciales) relacionadas con la defensa del honor, o inmiscuidas en procesos judiciales penales por otros delitos (lesiones, agresiones con arma, amenazas, etc.) cuyo origen o causa radica también en la defensa del honor.

Es decir, que el honor sigue siendo un valor de absoluta relevancia y vigencia entre las personas que forman parte de una sociedad y ello sigue generando conflictos a todo nivel (social, judicial, administrativo, etc.) en defensa del mismo. No obstante, si bien es cierto el concepto normativo del bien jurídico tutelado en cada delito puede ser mutable en el tiempo, hay bienes jurídicos que no cambian (como la Vida); o, por el contrario, hay otros que se han ampliado en su relevancia individual y social como –a mi juicio– resulta con el honor.

Y actualmente es tan importante el honor para una persona que, en caso de ser este ultrajado, podría generarle daños irreparables (de dimensiones inimaginables) y –literalmente– “matarle socialmente” de por vida. Alguien a quien se le lesiona su honor, de la manera que sea, puede perder (parcial o totalmente) su reputación personal y su prestigio profesional; y, como derivación de ello afectarse gravemente su trabajo, su familia, su círculo de amigos, su patrimonio, etc. A lo anterior hay que añadir que, una persona bajo esas circunstancias de “pérdida”, puede caer o sumirse en una afectación emocional y psicológica –sin parangón– que termina por destruirle como ser humano y miembro del conglomerado social.

Algunas personas, sabedoras de ello, actúan con maledicencia espetando mentiras o hechos tergiversados con tal de dañar de la peor forma posible el honor. Y lo hacen a sabiendas de que el “honor” y sus derivadas (la buena fama, el prestigio, la reputación y –en general– la estima social), siguen siendo hoy en día valores muy importantes en la sociedad para desarrollarse a nivel personal, profesional y comercial. Por ejemplo, la confianza de los clientes es fundamental para personas que prestan determinados servicios o tienen encomendadas ciertas funciones, por lo que si a una de dichas personas se le ultraja su honor esto podría conllevar a que no realice nunca más esas labores (o similares) por el resto de su vida²¹.

La doctrina jurídica que aborda el tema del “honor”, lo mismo que abundante jurisprudencia, coinciden a plenitud en dividir el mismo de la siguiente manera: **a) honor subjetivo** (la estima que tiene cada uno de sí mismo) y el **b) honor objetivo** (el concepto que tienen los demás de la persona en la sociedad)²². Precisamente las disputas que encarnizaban frecuentes batallas o duelos entre muchas personas se explicaban en la defensa del “honor subjetivo”; pero hoy en día, la relevancia principal se centra en cuidar el “honor objetivo”, ya que es este el que permite a las personas (o les impide) desarrollarse en la sociedad. Actualmente, el “buen nombre” que una persona se labre es esencial para desarrollarse en cualquier ámbito humano y obtener múltiples beneficios de ello.

20 Es memorable en la historia política costarricense el duelo sostenido entre el Dr. Eusebio Figueroa Oreamuno (quien fuera el 1er Presidente del Colegio de Abogados de Costa Rica) y el Lic. León Fernández Bonilla. Sobre este tema, véanse los apuntes del abogado e historiador Lic. Tomás Federico Arias Castro, “El Delito de Duelo en Costa Rica (Análisis histórico-jurídico)” en *Revista Judicial* No. 101, San José, Costa Rica, setiembre, 2011, pp. 99 y sts.

21 En EEUU es muy conocido el caso de la familia Mc Martin enjuiciada por supuestos abusos sexuales en perjuicio de niños/as pequeños/as en una escuela (a principios de los años 80's), determinándose posteriormente que eran inocentes. Inclusive, tiempo después, se filmó una película que fue proyectada en el año 1995 basada en estos hechos reales, y cuyo nombre en idioma inglés es “Indictment: The McMartin Trial”.

22 Sobre esta conceptualización de honor “honor objetivo” y “honor subjetivo”, véanse algunos autores –entre otros– como: CREUS, Carlos y otro. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo I, Edit. Astrea, 7ed., Buenos Aires, Argentina, 2010, p. 132; DONNA, Edgar A. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo I, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2003, p. 416; FONTÁN BALESTRA, Carlos. *Derecho Penal. Parte Especial*. Edit. Abeledo Perrot, 17 ed., Buenos Aires, Argentina, 2008, p. 161; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. Edit. Tirant lo Blanch, 19 ed., Valencia, España, 2013.

Si a esta irrefutable y vigente importancia social del “honor objetivo” le sumamos que los riesgos de dañarlo han aumentado vertiginosamente en virtud del desarrollo masivo de las redes sociales en los últimos años, pues debería de entenderse con mayor facilidad la necesidad de fortalecer los mecanismos de protección del honor en beneficio de las personas, que están en una posición de vulnerabilidad y desventaja frente al poder de los medios de comunicación. Y es que como se dijo, en la sociedad actual, que está dominada por los avances tecnológicos en el ámbito de la comunicación, cualquier cosa que se diga (o haga) que atente contra el honor de una persona puede tener –en solo pocos segundos– millones de destinatarios; y, de esta manera, causársele un daño terrible a un ciudadano de forma inmediata²³, por lo que personas con maledicentes intenciones podrían verse tentadas de recurrir al uso de estas “armas destructivas” masivas para atacar a cualquiera con tal de hacerle un mal.

4. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LIBERTAD DE PRENSA

En los últimos tiempos, extrañamente, la contracara del “honor” lo ha sido la *libertad de expresión* y, específicamente, dicha libertad ejercida mediante la *libertad de prensa*. Y digo “extrañamente” porque la polémica se ha sustentado en el hecho de que muchos periodistas, y los medios de comunicación para los que trabajan, aducen públicamente –en resumen– que la existencia o previsión de “delitos contra el honor” en la legislación simboliza una “mordaza” para el ejercicio pleno de la libertad de prensa, ya que ante la “amenaza” de ser denunciados penalmente, y eventualmente condenados a las penas de multa previstas por el legislador para dichos hechos delictivos, alegan que ello les provoca “miedo” a los medios de prensa (y a los periodistas), porque estos no pueden informar con total libertad sobre cualquier asunto o tema²⁴, principalmente los que se consideran de interés público.

No obstante lo anterior, resulta difícil de entender cómo puede existir la supuesta “amenaza” y “miedo” generados por la existencia de los “delitos contra el honor” en detrimento de la labor que ejercen los medios periodísticos, ya que si la libertad de prensa se ejerce de forma RESPONSABLE y VERAZ no tendría por qué existir dicho temor²⁵. En otras palabras, nadie apegado a la verdad y a la objetividad debería sentir miedo de una eventual condena por la lesión al honor de un ciudadano, ya que la reacción penal sobreviene únicamente contra quienes recurren de forma temeraria a la falsedad o mentira para dañar el honor ajeno²⁶.

23 “Cabe entender que los medios informáticos y telemáticos pueden considerarse “medios de eficacia semejante”, pues es indudable que hoy en día la difusión de un mensaje calumnioso o injurioso a través de una red informática –pública o privada–, del correo electrónico de aplicaciones o programas que permiten el intercambio de mensajes entre usuarios o de las redes sociales, pueden dañar gravemente el honor de las personas”. GAYO, María Eugenia. “La criminalidad informática y los delitos informáticos”. En *Derecho e Informática*. Bosch Editor, Madrid, España, 2014, p. 333.

24 Lo irónico de todo es que Costa Rica ha sido considerado líder en Libertad de Prensa en América Latina (Vid. Periódico La Nación del 03 de mayo de 2011), por lo que tal “mordaza” pareciera que en nuestro país es solo un falso pretexto para impulsar la despenalización.

25 En sentido contrario, Cfr.: “La criminalización de calumnias e injurias y otros delitos se traduce en cierta amenaza para el debate de asuntos de interés general, fundamental para el sostenimiento de una sociedad de hombres libres y autogobernados, que mantengan la información, el control y la capacidad de censura de sus representantes”. AUGUSTO DE LUCA, Javier. “La veracidad, las expresiones y el derecho penal”. En *Protección Penal de la Libertad de Expresión e Información*. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 54. Este mismo autor, en similar sentido, manteniendo una posición radicalmente irrestricta a favor de la libertad de prensa, en: *Libertad de Prensa y Delitos contra el Honor*. Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2006.

26 Vid. en similar sentido lo que manifiesta la autora española R. Sánchez-Ferriz, quien señala que: “el honor no puede entrar en conflicto con las libertades informativas si éstas se ejercen en el ámbito protegido que la Constitución les reconoce y que resulta mucho mas (sic) amplio en el caso de la libertad de expresión que en el derecho a la información. O lo que es lo mismo, si realmente se hace uso de la libertad de expresión o de la libertad de información, éstas merecen toda la protección y con seguridad que el honor de las personas no se habrá visto invadido, aunque sí se haya sufrido alguna molestia o alguna crítica desabrida”. SÁNCHEZ-FERRIZ, Remedio. *Delimitación de las Libertades Informativas*. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2004, p. 205.

Claro está, existen riesgos inherentes e inevitables al ejercicio de la libertad informativa que ejercen los medios de comunicación, aún informándose de manera responsable y objetiva; sin embargo, no es lo mismo informar a sabiendas o con conocimiento (aún eventual) que se falta a la verdad, a –por el contrario– que se ejerza un periodismo crítico y molesto para algunas personas, sobre todo en relación con asuntos de interés público o relativos a la clase política, los que deben ser abordados libremente en una Democracia²⁷.

A mi juicio, no se puede tomar siempre y de forma general el “interés público” como justificación para realizar una inmersión impune en el honor de las personas para no afrontar las eventuales responsabilidades penales en caso de llegar a lesionarse. No obstante, hay quienes en sentido contrario consideran, como señala D. Ortega, que si se trata de un asunto de “interés público” debe prevalecer la libertad de prensa: *“Si la información no es de interés público –no estamos pues ante un hecho noticiable–, se invierte lógicamente la prevalencia del derecho a la información sobre el derecho al honor, con independencia de que la persona afectada sea pública o privada. Se protegen pues las conductas privadas cuyo interés para la formación de la opinión pública de una sociedad democrática es nulo”*²⁸.

Se afirma, entonces, que debe prevalecer la libertad de prensa por encima del honor –de forma genérica– siempre que se trate de asuntos de “interés público”; sin embargo, yo me decanto por la postura que propone analizar el “caso concreto” para ponderar o hacer un balance y determinar cuál libertad debe prevalecer. Al respecto J. Lombana es uno de los autores que mantiene esta última posición del análisis del “caso concreto” y de la ponderación de los bienes en conflicto (“balancing”), que ha sido desarrollada por la doctrina estadounidense, para la determinación de cuál –entre la libertad de información y la tutela del honor– debe finalmente elegirse²⁹.

Lo que no se debe es desproteger el honor de forma general y ante todas las circunstancias, dándole a la libertad de prensa un rango de “súper derecho” que ni siquiera las normas de derechos humanos le dan, ya que en estas se equiparan el honor y la libertad de prensa en igual rango de importancia. La libertad de expresión, ni la libertad de prensa, puede ser irrestrictas o no estar sujetas a límites éticos y jurídicos, por la sencilla razón que todas las libertades tienen deberes y límites. Muy bien lo ha apuntado M. Saavedra, desde hace algún tiempo, al afirmar que: *“Como el conjunto de los derechos humanos, la libertad de expresión mediante la prensa experimentó una transformación en aras del “bien común”, el “interés general” o el “bienestar social”. Si a la propiedad se le podían imponer límites en virtud de su necesaria “función social”, también a la libertad de prensa se le podrían imponer deberes y limitaciones en su ejercicio, para que dicha función social no quedase en entredicho”*³⁰.

27 Sobre la libertad de información y su relación con el “pluralismo político, valor esencial y requisito fundamental del buen funcionamiento del Estado democrático”, véase CARMONA SALGADO, Concepción. *Calumnias, Injurias y otros Atentados al Honor*. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2012, pp. 50 – 51.

28 ORTEGA GUTIÉRREZ, David. *Derecho a la Información versus Derecho al Honor*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 1999, p.111.

29 “Los tribunales norteamericanos han impuesto el criterio de la ponderación de bienes en conflicto, “balancing”, que parte de un respeto entre los dos derechos, y de una equivalencia de su ubicación jurídica y constitucional como garantía ciudadana. La aplicación del principio de ponderación de bienes o derechos en conflicto exige que se valoren las circunstancias de cada caso en concreto. En el análisis de esas circunstancias de cada caso, se habrá de valorar si el contenido de la información “es de interés general” para la sociedad, donde de comprobarse que el ejercicio a la libertad de expresión e información cumple con ese interés general, estará entonces cumpliendo a su vez con ese fin esencial en todo Estado democrático: el de la formación libre y plural de la opinión pública. Pero para el respeto del bien jurídico honor no es suficiente con que se cumpla con ese principio del interés general de la noticia, sino que además es necesario que esos derechos se ejerciten dentro de sus límites intrínsecos...” (el subrayado es suplido). LOMBANA, Jaime. *Injuria, Calumnia y Medios de Comunicación*. Biblioteca Jurídica Diké, 4ta ed., Bogotá, Colombia, 2013, p.212

30 SAAVEDRA, Modesto. *La Libertad de Expresión en el Estado de Derecho (entre la utopía y la realidad)*. Edit. Ariel, Barcelona, España, 1987, p.98.

Así las cosas, quienes deben temer fundamentalmente a la previsión legal de los delitos contra el honor serían sólo aquellos comunicadores o periodistas que actúan de forma contraria a sus deberes profesionales y, con absoluta irresponsabilidad, ejerciendo un periodismo temerario; es decir, aquellos que sustentan la labor periodística en la mentira o en los “chismes de pasillo” Procederes estos que son ilegales (y delictivos) y que se apartan de los deberes éticos y profesionales que deben imperar en la labor periodística, poniéndose en entredicho la verdadera finalidad de una loable profesión de gran impacto social.

Este deber ético y jurídico de la labor periodística fue muy bien resumido y precisado por el escritor argentino A. Jasca, cuando indica que:

“No se trata de la verdad absoluta sino de buscar leal y honradamente lo verdadero, lo cierto, lo más imparcialmente posible y de buena fe. Evitar que los preconceptos enturbien la mirada y empañen el espejo, es decir, el subjetivismo del periodista. La prensa tiene un deber de veracidad (...) El redactor debe a cada instante encontrar un compromiso entre las razones de pura objetividad –las más conformes verosímilmente a la importancia histórica de los acontecimientos y a su encadenamiento– y las consideraciones en las que se inspira generalmente el lector de diarios. Figuran por otra parte, entre sus deberes primordiales, el cuidado de separar los juicios serios de las acusaciones sin fundamentos, lo verdadero de lo falso, o más bien lo verdadero de lo verosímil y lo falso de lo posible. Nada es tan contrario a su misión, nada agrava tanto su negligencia como el sembrar mezclado la cizaña y el buen grano, dejando a sus lectores el cuidado de escoger.”³¹.

Luego de leer lo que afirma A. Jasca con tan buen tino, es inevitable reflexionar que a veces pareciera que algunos periodistas y medios de comunicación (más de lo que uno se imagina) no están cabalmente conscientes de su misión social y de la motivación con la que nos despertamos muchos lectores (de prensa escrita) y televidentes (de noticieros en TV) para informarnos sobre los últimos acontecimientos acaecidos socialmente (nacional e internacional), sin cuidar que alguno o algunos de esos hechos podrían estar cargados de tergiversaciones o basados en simples conjeturas. Y, peor aún, si además se difunde esa información afirmándose hechos como ciertos (como presume el receptor), pero son falsos, dañando el honor de una o varias personas, ya que esto definitivamente significaría una traición a la confianza de veracidad que los lectores –en principio– le dan a la noticia que leen o escuchan³².

Es decepcionante, entonces, cuando un lector se entera (si es que tiene la suerte de enterarse) que lo que se había afirmado estuvo basado en la suposición o en la falsedad. Y qué difícil es luego reconstruir en la psiquis o mente de la opinión pública la realidad y borrar los hechos falsos o manipulados, ya que aunque se intente de todas las formas posibles ha quedado en la mente fuertemente etiquetada (y muy difícil de borrar) la primera huella o impresión que la gente se formó como destinataria de esa noticia. Por ello la gran importancia de verificar la seriedad de las afirmaciones que podrían dañar el honor de una persona antes de su publicación, sin que se malinterprete esto como una “censura previa”, sino simplemente como parte de la responsabilidad mínima consustancial a la labor periodística que busca garantizar a la opinión pública su derecho a recibir información veraz y objetiva.

31 JASCA, Adolfo. *La misión del periodista en mil palabras*. Edit. Grive, Buenos Aires, Argentina, 1982. (Citado por DE LUCA, Augusto. *Op cit.*, pp. 42 – 43).

32 “La actividad de la prensa comienza a girar en torno del público lector, cuya protección se percibe como una necesidad cada vez más urgente. Se insiste ahora, sobre todo, en el derecho del público a ser informado a partir de una pluralidad heterogénea de fuentes, con objetividad y sin manipulaciones y respetando, además, ciertos valores morales y culturales representativos de la dignidad de la persona y el progreso de la civilización”. SAAVEDRA, Modesto. *Op cit.*, p. 100.

4.1. “Juicios paralelos” y “real malicia”: Con cada vez más frecuencia—la prensa realiza los denominados “juicios paralelos” o “juicios mediáticos”³³, mediante los cuales se elaboran y transmiten noticias acerca de hechos que “paralelamente” se investigan (o juzgan) en el sistema judicial penal y que la prensa anticipadamente pre-juzga y —generalmente— llega a una conclusión de “culpabilidad” antes de que se dicte una sentencia judicial y ésta quede firme. De manera tal que, cuando se ha llevado a cabo un “juicio paralelo”, aunque posteriormente se llegara a declarar judicialmente que esa misma persona es inocente o se le absuelva de toda pena y responsabilidad, ya habiéndolo considerado “culpable” la prensa difícilmente eso se borra de la mente por parte de quienes consumieron esas noticias³⁴.

Muy distinto es cuando se informa sin “real malicia”³⁵ sobre hechos (no confirmados) y se destaque o se haga notar esa falta de certidumbre o de precisión temporal; es decir, que se trata de hechos o datos no confirmados que requieren del paso de un tiempo determinado o de mayor información para tener certeza de su veracidad, lo cual es entendible que por la premura de dar a conocer una primicia no pueda esperarse a ello; sin embargo, si no se hace esa salvedad, se caería en el riesgo de externar una información con conocimiento de causa (“real malicia”) de estarle comunicando a la opinión pública hechos que podrían no ser ciertos y, que en caso de ser falsos dañarían el honor y la reputación de una persona. Si se destaca la falta temporal de corroboración, en apego a un deber de transparencia, no tendría por qué condenarse a ningún periodista por un delito contra el honor y tampoco por qué alegarse la existencia de tal mordaza como obstáculo al ejercicio de la libertad prensa.

Este deber de veracidad periodística subyace esencialmente cuando se informa sobre hechos de la vida cotidiana y, por ende, le aplica la doctrina de la “real malicia”; a diferencia de cuando se trata de opiniones o juicios de valor donde no aplicaría esta doctrina estadounidense, ya que debido a su carga de subjetividad (o tratarse de “puntos de vista”) no están sujetos a esa obligación de decir la verdad. No obstante, de la misma manera, si se trata de expresiones u opiniones que podrían dañar el honor de otra persona se deben asumir las eventuales consecuencias por el ejercicio de una libertad de expresión que tiene su límite en el derecho al honor de otro ciudadano.

Cuando se afronta un proceso penal y —por estrategia— decide ejercerse en el juicio oral y público una defensa (técnica y material) fundada en la verdad y, tratándose de asuntos de interés público, se encuentra previsto en la legislación costarricense —y en otras legislaciones— la *exceptio veritatis* (prueba de la verdad)³⁶

33 Se define el concepto “juicio paralelo” de la siguiente manera: “todo proceso generado e instrumentado en y por los medios de comunicación erigiéndose en jueces sobre un sub iudice y anticipando la culpabilidad del imputado/acusado o desacreditando el proceso con el fin de influir en la decisión del Tribunal trocando su imparcialidad, de modo que cualquier lector/televidente tendría la impresión de que la jurisdicción penal no tendría otro recurso que sentenciar en los términos publicados/publicitados”. LATORRE, Virgilio. *Función Jurisdiccional y Juicios Paralelos*. Edit. Civitas, Madrid, España, 2002, p.105.

34 Los casos de los Ex-presidentes de Costa Rica (Rafael Ángel Calderón y Miguel Ángel Rodríguez) son paradigmáticos por el escarnio público que recibieron mediante la prensa, el cual resultó ser desproporcionado .

35 “La doctrina de la “real malicia” fue creada con el fin de eximir de responsabilidad a periodistas acusados o demandados por funcionarios públicos, en la divulgación de informaciones falsas o inexactas, cuando no se lograba demostrar que aquéllos habían actuado con dolo (a sabiendas de su falsedad) o culpa (total despreocupación sobre la verdad o falsedad de la noticia). La doctrina fue desarrollada por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en el caso “New York Times v. Sullivan”, para que un funcionario sea indemnizado por razón de una manifestación falsa y difamatoria referente a su conducta como tal (debiendo probar) que fue hecha con dolo real, es decir, con conocimiento que era falsa o con una temeraria despreocupación acerca de la verdad o falsedad; se complementa en “Garrison v. Louisiana” (1964), extendiéndose su aplicación a las causas penales; ulteriormente se amplía en la causa “Curtis Publishing Co. v. Butts and Associated Press” (1967) a las figuras públicas, y en “Rosebloom v. Electromedia” (1971) a los particulares involucrados en cuestiones de relevante interés público”. BUOMPADRE, Jorge Eduardo. *Delitos contra el Honor*. Edit. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2010, pp. 37 – 38.

36 Código Penal de Costa Rica (artículo 149), dispone lo siguiente: “**Prueba de la verdad.** El autor de injuria o de difamación no es punible, si la imputación consiste en una afirmación verdadera y ésta no ha sido hecha por puro deseo de ofender o por espíritu de maledicencia. Sin embargo, el acusado sólo podrá probar la verdad de la imputación: 1) Si la imputación se hallare vinculada con la defensa de un interés público actual; y 2) Si el querellante pidiere la prueba de la imputación contra él dirigida, siempre que tal prueba no afecte derechos o secretos de terceras personas. El autor de calumnia y de difamación calumniosa podrá probar la verdad del hecho imputado, salvo que se trate de delitos de acción o de instancia privada y que éstas no hayan sido promovidas por su titular”.

para aquellos casos donde se opta por ejercer una estrategia de defensa activa contra una acusación y se decide probar –por cualquier medio lícito– que lo afirmado era una verdad y no una mentira³⁷.

Por otra parte, hace poco tiempo, releendo un libro clásico de la historia jurídica costarricense del reconocido jurista don Alberto Brenes Córdoba, me encontré una nota de actualización que le adicionó a dicho libro el abogado –ya fallecido– don Gerardo Trejos Salas, encargado en vida de editar esa obra; y, precisamente, vale la pena transcribir unas atinadas expresiones de don Gerardo Trejos que se refieren –en buena medida– al tema desarrollado en el presente artículo, y cuyas palabras –textualmente– dicen lo siguiente:

“Se repite insistentemente que condenar al delincuente de prensa es atentar contra la libertad. Tal aseveración descansa, como pasamos a explicar, en un errado concepto del derecho que todo ciudadano tiene en una democracia a expresa libremente sus ideas. La libertad de pensamiento no pertenece a la esfera del derecho mientras se conserva encerrada en el santuario de la conciencia. Mas cuando hablamos de libertad de prensa nos ubicamos no ya en el campo de la conciencia sino en el campo del derecho y éste, por naturaleza, lleva ínsita la idea de límite, pues entendida de otro modo la libertad de prensa –como un derecho absoluto–, nos colocaría en la misma situación del malhechor que entendiéndose la libertad de comercio como el derecho a fabricar tósigos y proporcionárselos a sus enemigos. La libertad de prensa termina donde comienza la libertad de los ciudadanos, libertad que en este caso se traduce en el derecho que todo hombre tiene a no ser mortificado en su honor, reputación y buen nombre. Ya lo decía Víctor Hugo: “La libertad de un ciudadano termina donde comienza la libertad de otro ciudadano”. La libertad de prensa tiene su límite en el honor de la persona, límite que, a fortiori, debe existir cuando de proteger la honra del político o del funcionario público se trata, pues éste, como el artista, lo único que posee frente a sus conciudadanos es su buen nombre, que debe ser protegido por el Derecho”. Ciertamente no debe atentarse contra la libertad de examinar los actos de quienes aspiran a funciones públicas, pero esa libertad no debe confundirse con el pretendido derecho a mentir, propalar embustes, calumniar a las personas en su honra y buena fama, y hacer trizas la dignidad humana. Si tal cosa se permitiera, el canibalismo y la barbarie se habrían entronizado en la vida social”³⁸.

Llevaba mucha razón don Gerardo Trejos con sus palabras, que aún mantienen absoluta vigencia, en todo lo que apuntó dicho abogado hace casi 30 años; quizá sin imaginarse él en aquel tiempo (1986), el impacto que tendrían las redes sociales hoy día y el daño tremendo que podría causarse al honor de una persona en virtud del alcance ofensivo de los medios cibernéticos. Señala muy bien la relevancia del necesario límite de respeto que debe imperar entre la labor periodística y el honor de las personas. Un deslinde de respeto que no ha variado en absolutamente nada al día de hoy.

Es falso que la libertad de prensa se vea menoscabada con los límites que impone el respeto al honor, ya que no es necesario traspasar dichos linderos para informar sobre un hecho periodístico y, en caso de que así suceda, que por alguna razón se invada el honor de una persona, mientras pueda probarse que se actuó responsablemente con el respaldo de la verdad y tratándose de un asunto de interés público no se incurriría en delito alguno.

37 Algunos aducen ante esta situación relativa a la *exceptio veritatis* que se está en presencia de una ilegítima inversión de la carga de la prueba en contra del imputado; sin embargo, ello no es exactamente así porque en esta opción de defensa –como en cualquier otra estrategia de defensa penal que sea alegada en cualquier proceso penal– debe dársele contenido probatorio a la misma con la propia declaración del inculpado, con documentos y/o con testigos; de lo contrario, se constituiría en un alegato vacío, inocuo para los fines que pretende, como lo es demostrar que se afirmaban hechos verdaderos.

38 Trejos Salas, Gerardo. En *Tratado de las Personas* (Alberto Brenes Córdoba). Edit. Juricentro, San José, Costa Rica, 1986, pp. 162 – 163.

Como se ha indicado, la jurisprudencia estadounidense ha desarrollado el principio de la “real malicia”³⁹ (a partir de la resolución 365 U.S. 255, “New York Times v. Sullivan”), para excluir la responsabilidad del periodista en aquellos casos donde se aduce que informó sobre un hecho relevante sin la mala intención (o sin la real malicia) de dañar el honor de una persona, aún y cuando posteriormente se determine que lo informado era falso o impreciso; a contrario sensu, si se informa sobre un hecho totalmente falso de manera malintencionada y/o con el conocimiento previo de la posible falsedad acerca de lo que se va a informar periodísticamente, sin cumplirse con los deberes mínimos de verificación que impone el ejercicio de un periodismo responsable, entonces sí se incurriría en real malicia y no se daría ese fuero de protección a favor del periodista. Si lo último sucede, no hay duda que se trata de un acto penalmente doloso porque el periodista tiene el dominio del hecho y puede evitar la publicación de un hecho que sepa de antemano es falso, o que por su imprecisión pueda dañar el honor de una persona y, a pesar de ello, se publica.

En todo caso, a mi juicio, la doctrina de la “real malicia” no excluye –ni choca– con la previsión de delitos en la legislación penal de un país para tutelar el honor de las personas, ya que se trata sólo de una propuesta valorativa de los hechos para la determinación de la existencia o no del dolo (conocimiento y voluntad) por parte de quien diseminó la noticia periodística –que en apariencia dañó el honor de una persona– por presuntamente haberlo hecho a sabiendas de su falsedad o con desprecio de su eventual falsedad o verdad. Ahora bien, nadie, sin que hayan pruebas en su contra, puede ser condenado por un delito contra el honor; es decir, es imposible si no hay pruebas directas o indicios fundados de que se actuó con “real malicia”.

Considero que este exacerbado temor (a veces terror) a los delitos contra el honor, no es más que un reflejo de no querer “sufrir” ellos mismos o “en carne propia” lo que muchos medios periodísticos hacen (o han hecho) en perjuicio de muchas personas, sometiéndolas sin compasión al escarnio público a través de juicios paralelos o falsas noticias. Es simplemente un temor a la posibilidad de verse y estar “en los zapatos del otro”, aquel al que le han destrozado su honor, su reputación y quizá hasta tesoros tan sagrados como la propia familia, todo por discurrir ejercer de forma temeraria la libertad de prensa.

Si se eliminaran los mecanismos de protección que impiden una libertad absoluta del ejercicio periodístico, veríamos “asesinatos en serie” (muertes sociales) donde las víctimas serían acibilladas y devastadas con el súper poder que representan los medios de comunicación (escritos y digitales), y por las redes sociales que dispersan “hasta el infinito y más allá” lo que muchos medios de comunicación publican.

4.2. Sentencia caso Mauricio Herrera contra el Estado costarricense (CIDH): Igualmente merece mencionarse la resolución dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (con sede en San José de Costa Rica) en el año 2004, ya que en la misma defiende la libertad de prensa pero no hace referencia por ninguna parte –específicamente– a que la previsión legal (penal) signifique un menoscabo a dicha libertad; y, menos, se hace referencia a una “mordaza” que solo desaparece despenalizándose esos supuestos de la tipicidad penal.

Dicha sentencia, que establece aspectos importantes sobre el rol de los medios de comunicación y del periodismo, en relación con la libertad de pensamiento y de expresión, dice lo siguiente:

39 *Que consiste en que “sólo se habrán de castigar penalmente las imputaciones falsas de hechos públicos cuando se lleven a cabo con conocimiento de la falsedad o manifiesto desprecio de la verdad”.* CARMONA SALGADO, Concepción. “Medios de comunicación y derecho al honor: interrelaciones y límites recíprocos”. En *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, tomo II, EDISOFER, Madrid, España, 2008, p. 1918.

“117. Los medios de comunicación social juegan un rol esencial como vehículos para el ejercicio de la dimensión social de la libertad de expresión en una sociedad democrática, razón por la cual es indispensable que recojan las más diversas informaciones y opiniones. Los referidos medios, como instrumentos esenciales de la libertad de pensamiento y de expresión, deben ejercer con responsabilidad la función social que desarrollan.

118. Dentro de este contexto, el periodismo es la manifestación primaria y principal de esta libertad y, por esa razón, no puede concebirse meramente como la prestación de un servicio al público a través de la aplicación de los conocimientos o la capacitación adquiridos en la universidad. Al contrario, los periodistas, en razón de la actividad que ejercen, se dedican profesionalmente a la comunicación social. El ejercicio del periodismo, por tanto, requiere que una persona se involucre responsablemente en actividades que están definidas o encerradas en la libertad de expresión garantizada en la Convención.

119. En este sentido, la Corte ha indicado que es fundamental que los periodistas que laboran en los medios de comunicación gocen de la protección y de la independencia necesarias para realizar sus funciones a cabalidad, ya que son ellos quienes mantienen informada a la sociedad, requisito indispensable para que ésta goce de una plena libertad y el debate público se fortalezca”⁴⁰.

Dicho extracto de la resolución más bien le impone deberes de “responsabilidad” a los periodistas, por respeto a la función social que desempeñan, teniendo que velar el Estado por su protección e independencia; pero, nada de ello significa, que se posea la libertad de irrespetar impunemente el honor ajeno o menos que no se deban asumir ulteriores responsabilidades por eventuales actos que se extralimiten y afecten el honor de las personas.

5. LA TUTELA PENAL DEL BIEN JURÍDICO “HONOR”

Definitivamente hoy día existe un consenso mayoritario en la doctrina acerca de que los fines del Derecho Penal están focalizados principalmente a la protección de bienes jurídicos. Así como también, para la mayoría de la doctrina penal alemana, la legitimación de los tipos penales debe hacerse depender de la presencia de un bien jurídico merecedor de protección⁴¹.

Claro está, los delitos contra el honor, al igual que todos los otros delitos, en atención a los fines del Derecho Penal (en general), cumplen una función de motivación para que los ciudadanos se conduzcan adecuadamente en la sociedad⁴²; es decir, que el derecho penal juega un papel o un mecanismo de control social que, junto a otros procesos de formación de valores y disciplina (como la familia, la iglesia, la escuela, el trabajo, etc.), permiten una convivencia lo más armónica posible en una sociedad. La eficacia del engranaje de dichos mecanismos o procesos de control social varía en cada Estado, y ello explica la diferencia de por qué en algunos países –más que en otros– existen diferentes datos en los índices de criminalidad. Como señalan F. Muñoz Conde y M. García Arán:

⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, Sentencia de 2 de julio de 2004.

⁴¹ VON HIRSH, Andrew. “El concepto de bien jurídico y el “principio del daño””. En *La Teoría del Bien Jurídico*. Edit Marcial Pons, Madrid, España, 2007, p. 47.

⁴² “Para conseguir la protección de bienes jurídicos que la norma penal persigue, se desencadenan en los individuos determinados procesos psicológicos que les inducen a respetar dichos bienes jurídicos. Estos mecanismos psicológicos no se presentan aislados, sino formando parte de un complejo proceso llamado “motivación”. Entre estos procesos se encuentra el Derecho. El Derecho penal, como parte de ese Derecho, ejerce un fuerte influjo en la motivación humana; pues las normas jurídicas, como elementos pertenecientes al mundo circundante del individuo, son interiorizadas o internalizadas por él y cooperan en la formación de su conciencia”. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*. Edit Tirant lo Blanch, 5ta ed., Valencia, España, 2002, pp. 61- 62.

“... difícilmente puede tener eficacia motivadora alguna la normal penal en orden a inhibir estos comportamientos, si no va acompañada de otros factores motivadores e igualmente inhibitorios”⁴³; en otras palabras, hacer descansar solo en el derecho penal la esperanza de la motivación, con el objetivo de que se respete la Ley, es una ingenuidad absoluta.

Por otra parte, es importante indicar que, en relación con reconocidos principios penales como lo son la “prohibición de exceso” y el “carácter fragmentario” del derecho penal (estatuido originalmente por Binding), la tutela del honor a través de la vía penal no transgrede dichos principios, ya que –como se ha dicho– no sólo se trata de un bien jurídico relevante de proteger penalmente, sino que –adicionalmente– otras vías no ofrecen soluciones y mecanismos de protección que sean realmente eficaces. En palabras de C. Roxin:

“Como el Derecho penal posibilita las más duras de todas las intromisiones estatales en la libertad del ciudadano, sólo se le puede hacer intervenir cuando otros medios menos duros no prometan tener un éxito suficiente. Pues supone una vulneración de la prohibición de exceso el hecho de que el Estado eche mano de la afilada espada del Derecho penal cuando otras medidas de política social pueden proteger igualmente o incluso con más eficacia un determinado bien jurídico”⁴⁴.

Y, en el caso costarricense, su previsión sancionatoria (pena de multa) son más que proporcionadas en relación con el bien jurídico Honor que se tutela y su intrínseca relación con la Dignidad Humana⁴⁵. En este sentido, una pena de multa (la sanción por naturaleza más benevolente) no debería de significar jamás una “mordaza” para el ejercicio de la libertad de prensa (al menos no en Costa Rica), tomándose en cuenta que en caso de incurrirse en alguno de los delitos contra el honor no existe la amenaza de la cárcel para nadie que sea denunciado o querrellado por las acciones típicas allí previstas.

Por el contrario, una pena de prisión como sanción sí consideraría que representa hoy día una posible amenaza al ejercicio del periodismo, pero en Costa Rica –pesar de que de que existe una previsión legal en ese sentido– desde hace varios años se ha decretado la inaplicabilidad del artículo 7 de la Ley de Imprenta (que prevé dicha sanción de prisión), con lo cual aunque se instauró para motivar o disuadir a los periodistas (y a los medios periodísticos) de dañar el honor ajeno, hoy día la libertad de prensa (bien encausada) cumple propósitos sociales y culturales mayores a los que se tenían en los tiempos de promulgación de dicha Ley; y ello justifica que en la actualidad no existan delitos con penas de prisión previstas que sí podrían atentar contra el ejercicio de esa libertad.

Sin embargo, es inevitable que a alguien se le pueda ocurrir –mal intencionadamente– interponer una denuncia contra un periodista (o a un medio de comunicación) con la única intención de infundirle temor a la prensa, y no porque realmente sea una víctima de un ultraje a su honor; de manera tal que, si alguien utiliza la “denuncia penal” como vía para acallar a los periodistas o a los medios de prensa, es importante que esto nunca signifique una amenaza de cárcel.

43 Muñoz Conde... *Op cit.*, p. 64.

44 ROXIN, Claus. *Derecho Penal Parte General. Tomo I. Edit. Civitas, Madrid, España, 1999, pp. 65 – 66.*

45 Al respecto T. Vives Antón indica: “Para una concepción estrictamente jurídica, la dignidad de la persona, como sujeto de derecho, constituye la esencia misma del honor y determina su contenido. A tenor del artículo 10.1 de la Constitución Española de 1978, la dignidad de la persona se manifiesta a través de un conjunto de “derechos inviolables que le son inherentes”. Tales derechos son, básicamente los que la Constitución denomina “fundamentales”. Por consiguiente, la lesión de los mismos implicará una lesión mediata de la dignidad de la persona. Pero, a más de esa serie de manifestaciones concretas de la dignidad, ha de otorgarse tutela a la dignidad misma, de modo general y abstracto. Ese es el papel que desempeña el derecho fundamental al honor. Los ataques al honor son ataques inmediatos a la dignidad de la persona...”. VIVES ANTÓN, Tomás S y otros. *Derecho Penal. Parte Especial. 3ed, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2010, pp. 336 – 337.*

Así las cosas, la previsión legal de una pena de multa como sanción para quien incurra en un delito contra el honor, sea periodista o no, es proporcionada a los fines del Derecho Penal y de la teoría de la pena, justificándose su imposición en caso de llegar a demostrarse la vulneración del bien jurídico que tutela la normativa penal de esa índole. Esto es lo que algunos autores llaman la “*aplicación escalonada del principio de proporcionalidad*”⁴⁶, siendo en este caso en particular adecuada la vía penal y proporcionada la sanción prevista conforme a la importancia que reviste el bien jurídico tutelado en los delitos contra el honor.

La sentencia del caso Mauricio Herrera y La Nación contra el Estado costarricense, señaló también aspectos de interés relacionados con los límites de la libertad de expresión, que afectan a la libertad de prensa, que indican lo siguiente:

“4) Las restricciones permitidas a la libertad de pensamiento y de expresión en una sociedad democrática: 120. Es importante destacar que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto, este puede ser objeto de restricciones, tal como lo señala el artículo 13 de la Convención en sus incisos 4 y 5. Asimismo, la Convención Americana, en su artículo 13.2, prevé la posibilidad de establecer restricciones a la libertad de expresión, que se manifiestan a través de la aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho, las cuales no deben de modo alguno limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa. Para poder determinar responsabilidades ulteriores es necesario que se cumplan tres requisitos, a saber: 1) deben estar expresamente fijadas por la ley; 2) deben estar destinadas a proteger ya sea los derechos o la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública; y 3) deben ser necesarias en una sociedad democrática”⁴⁷.

Esta necesidad de establecer mecanismos de protección legal contra los abusos o extralimitaciones contra el honor (o reputación) suscitadas en el ejercicio de la libertad de expresión, o de prensa, dependerá de la conciencia o noción de Democracia que se tenga en cada Estado; sin embargo, no es descabellado afirmar que entre más humanista y respetuosa de los derechos fundamentales sea una Nación, más efectivos y eficientes deberían ser los mecanismos y niveles de protección legal previstos.

Y, precisamente, la tutela penal que se hace a través de los delitos contra el honor en el Estado costarricense, cumple –a mi juicio– con los tres requisitos que establece dicha sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos antes citada, siendo necesario recurrir a la vía penal para dar cumplimiento al principio constitucional de tutela judicial efectiva en pro de los ciudadanos.

En alusión al principio de *ultima ratio* del derecho penal, interviene legalmente para darle protección a un bien jurídico o valor que –como se ha dicho supra– resulta fundamental para el desarrollo (en todos los ámbitos) de una persona en la sociedad; de manera tal que la agresión contra su honor (y sus derivadas: dignidad humana, reputación, etc.) podría menoscabar a una persona socialmente y de por vida, por lo que no es desproporcionado recurrir a la instancia penal para darle protección al honor.

46 “...el Derecho penal supone una intromisión en el derecho de libertad de los ciudadanos sometidos al poder en el denominado plano de la norma se trata, en el primer lugar, de la norma de comportamiento penalmente protegida, es decir, de la protección penal como tal y de la medida de la pena con la que se amenaza”. BUNZEL, Michael. “La fuerza del principio constitucional de proporcionalidad como límite de la protección de bienes jurídicos en la sociedad de la información”. La Teoría del Bien Jurídico. Edit. Marcial Pons, Madrid, España, 2007, p. 158.

47 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Op cit.

En palabras del jurista alemán W. Hassemer, –a mi juicio– uno de los autores más connotados y de mayor influencia en el derecho penal Latinoamericano, sobre los aspectos que hay que tomar en cuenta para la penalización de determinadas conductas dice lo siguiente:

*“Para declarar una conducta como delito no debería bastar que suponga una infracción de una norma ética o divina, es necesario ante todo la prueba de que lesiona intereses materiales de otras personas, es decir, de que lesiona bienes jurídicos (...) In dubio pro libertate sería el lema de una legislación penal limitada exclusivamente a la criminalización de conductas socialmente dañosas...”⁴⁸. Y pregunto yo, **¿alguien se atreve a poner en duda seriamente que ultrajar o pisotear el honor (o el riesgo de que ello suceda) no genera una lesión material (y moral) a un bien jurídico relevante para un ser humano en la sociedad?**; curiosamente, sólo para los dueños de los medios de comunicación periodísticos que promueven la despenalización no es así.*

Además, es indudable que la vía penal cumple un efecto disuasorio general e informativo, sin que esté haciendo referencia jamás con ello al efecto intimidatorio ligado a las teorías de la coacción psicológica, sino al hecho que están debidamente anunciadas las acciones prohibidas y las consecuencias jurídicas en caso de incurrirse en los actos típicos de los delitos previstos por el legislador. Evidentemente, no se trata de atemorizar a las personas, pero sí las personas deben saber que existen prohibiciones (con rango de delito) y sepan a qué consecuencias atenerse; y, en este sentido, a los periodistas no los ampara ninguna excepción a esta premisa general.

6. DESPENALIZACION DE LOS DELITOS CONTRA EL HONOR COMO PROPUESTA DE IMPUNIDAD PARA EL EJERCICIO IRRESPONSABLE DEL PERIODISMO

Particularmente algunos periodistas, y varios medios de comunicación, promueven de forma incesante e incansable en el entorno latinoamericano la despenalización de los delitos contra el honor; es decir, que se excluya de la vía penal la posibilidad de plantear reclamos por parte de ciudadanos que se sientan afectados por informaciones periodísticas. En este sentido, desde hace varios años se viene presionando públicamente de diversas formas, y hasta con la colaboración de algunas ONG internacionales (CEJIL y otras), al extremo de llegarse hasta los propios cimientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ya que extrañamente dicha Comisión se ha convertido en una abanderada de estos intereses empresariales propios de los dueños de estos medios, lo que –a mi juicio– resulta contradictorio con la función de la Comisión porque es muy claro que esas intenciones ponen en riesgo los Derechos Humanos de los ciudadanos, tal y como lo representan la Dignidad Humana y el Honor; pero, pesar de ello, se ignoran esos riesgos.

Pretender despenalizar o sacar del ámbito penal los delitos contra el honor, conllevaría al posible desenfreno maquiavélico de un libertinaje periodístico en una sociedad donde los ciudadanos estaríamos desprotegidos y sometidos al riesgo perenne del atropello y hasta la destrucción total del honor, ya que no tendríamos cómo confrontar equilibradamente el ventajoso poderío mediático y económico de las empresas dueñas de los medios de comunicación. Y, como se ha indicado, veríamos impunemente la “muerte social” de muchos ciudadanos que resultarían víctimas indefensas ante el poderío de los medios de comunicación, los que podrían aventurarse a actuar de forma maledicente confiados en la inexistencia de delitos que sancionen sus acciones ilegítimas y que disuadan esos proceder, no importándoles menoscabar el honor de las personas enarbolando la bandera de la libertad de prensa.

48 HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. Edit. Bosh, Barcelona, España, 1984, p. 37 – 39.

Dejar el ulterior reclamo de eventuales responsabilidades contra periodistas y/o contra medios de comunicación supeditado sólo y únicamente a las instancias civiles, excluyéndoles de la vía penal, sería rebajar o disminuir a la categoría de un “simple derecho” más –de los muchos que otorga la ley– valores tan importantes para el Ser Humano como lo son el Honor y la Dignidad Humana, los que merecen una tutela legal máxima y proporcionada a la importancia que poseen para el desarrollo de la personalidad. Además, si le sumamos que, como sucede al menos en nuestro país, las instancias judiciales civiles son inertes y los procesos civiles duran muchos años en resolverse (algunos duran hasta una década o más), la situación se vuelve más complicada y las posibilidades de obtener una justicia restauradora pronta y cumplida se disipa casi totalmente.

Si a lo dicho anteriormente le agregamos también que, como suele suceder con personas y empresas que saben de antemano podrían afrontar responsabilidades pecuniarias o indemnizatorias por la labor que desarrollan, es muy probable que la gran mayoría de periodistas y medios de comunicación no vayan tener bienes (muebles e inmuebles) inscritos a su nombre. Dichos haberes responderían a esos eventuales reclamos civiles, lo que tornaría en prácticamente inviable la materialización de esas eventuales responsabilidades legales estipuladas como un Derecho Humano en la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) por afectaciones o lesiones al honor de las personas.

7. CONCLUSIÓN

A manera de epílogo debe señalarse que se ha subrayado con insistencia la intrínseca relación existente entre el honor y la libertad de expresión, y con manifestación especial a través de la libertad de prensa ejercida los medios de comunicación colectiva, en un mundo moderno que ofrece múltiples posibilidades de difusión de las comunicaciones a través del ciberespacio, lo cual permite casi instantáneamente que una información sea conocida por otra persona en cuestión de segundos y así mismo se susciten de forma inmediata posibles daños ante una comunicación que sea lesiva del honor.

Esta plataforma ciberespacial hace que se eleven los riesgos y las posibilidades de dañar el honor de un ciudadano cuando se ejerce una libertad de prensa de manera irresponsable, sin el más mínimo respeto de la objetividad y deseo de asertividad, sea que se trate o no de una información de “interés público, aunque con respecto a estas últimas debe valorarse la eventual aplicación de los criterios de la “real malicia” a favor de quien llevó a cabo una publicación periodística; por el contrario, cuando se ha informado con maledicencia o conocimiento de la falsedad, es criterio mayoritario que la misma no se aplica.

La relevancia del honor es tal para una persona en la sociedad actual, que es absolutamente razonable que conviva la libertad de prensa con leyes de protección penal de ese bien jurídico y, a la misma vez, que motiven y disuadan actos maledicentes o de menosprecio de la verdad. Las normas penales tutelan de forma proporcionada el honor, un bien jurídico que –además– pertenece al glosario de “derechos de la personalidad” y mantiene una íntima relación con la Dignidad Humana, lo cual torna más lógica la punición o sanción penal dirigida contra quienes irrespeten la integridad de dicho valor.

8. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, Manuel. Derecho Civil, Tomo I (Introducción y Parte General). 18va ed., Edit. Edisofer, Madrid, España, 2009.
- ARIAS CASTRO, Tomás Federico. “El Delito de Duelo en Costa Rica (Análisis histórico-jurídico)” en Revista Judicial No. 101, San José, Costa Rica, setiembre, 2011.
- AUGUSTO DE LUCA, Javier. “La veracidad, las expresiones y el derecho penal”. En Protección Penal de la Libertad de Expresión e Información. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2012.
- AUGUSTO DE LUCA, Javier. Libertad de Prensa y Delitos contra el Honor. Edit. Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2006.
- BAUMAN, Zygmunt. La Globalización. Consecuencias humanas. Fondo de Cultura Económica, 2ed, México – D.F., 2013.
- BUNZEL, Michael. “La fuerza del principio constitucional de proporcionalidad como límite de la protección de bienes jurídicos en la sociedad de la información”. La Teoría del Bien Jurídico. Edit. Marcial Pons, Madrid, España, 2007.
- BUOMPADRE, Jorge Eduardo. Delitos contra el Honor. Edit. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2010.
- CARMONA SALGADO, Concepción. “Medios de comunicación y derecho al honor: interrelaciones y límites recíprocos”. En Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat, tomo II, EDISOFER, Madrid, España, 2008.
- CARMONA SALGADO, Concepción. Calumnias, Injurias y otros Atentados al Honor. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2012.
- CARRILIO, Marc. El Derecho a no ser Molestado (Información y vida privada). Edit. Aranzadi, Navarra, España, 2003.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica, Sentencia de 2 de julio de 2004.
- CREUS, Carlos y otro. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I, Edit. Astrea, 7ed, Buenos Aires, Argentina, 2010.
- DE LA MATA, Norberto J. “Ilícitos vinculados al ámbito informático: la respuesta penal”. En Derecho Penal Informático. Edit Civitas – Thompson Reuters, 1 ed., Pamplona, España, 2010.
- DONNA, Edgar A. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2003.
- FLORES PRADA, Ignacio. Criminalidad Informática (aspectos sustantivos y procesales). Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2012.

- FONTÁN BALESTRA, Carlos. Derecho Penal. Parte Especial. Edit. Abeledo Perrot, 17 ed, Buenos Aires, Argentina, 2008.
- GALÁN MUÑOZ, Alfonso. Libertad de Expresión y Responsabilidad Penal por Contenidos Ajenos en Internet. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2010.
- GAYO, María Eugenia. “La criminalidad informática y los delitos informáticos”. En Derecho e Informática. Bosch Editor, Madrid, España, 2014.
- HASSEMER, Winfried. Fundamentos del Derecho Penal. Edit. Bosh, Barcelona, España, 1984.
- JASCA, Adolfo. La misión del periodista en mil palabras. Edit. Grive, Buenos Aires, Argentina, 1982.
- LATORRE, Virgilio. Función Jurisdiccional y Juicios Paralelos. Edit. Civitas, Madrid, España, 2002.
- LOMBANA, Jaime. Injuria, Calumnia y Medios de Comunicación. Biblioteca Jurídica Diké, 4ta ed., Bogotá, Colombia, 2013.
- LUCAS MARÍN, Antonio (ed.) y otros. La Nueva Comunicación, Edit. Trotta, Madrid, España, 2009.
- MIRANDA, Haideer. “La dignidad humana en la Corte Constitucional italiana”. En Revista de Ciencias Jurídicas. No. 119, Universidad de Costa Rica – Colegio de Abogados, San José, Costa Rica, mayo – agosto, 2009.
- MONTES PEÑADES, Vicente. “La categoría derechos de la personalidad y la protección de los derechos fundamentales”. En Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal. Tomo II, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2009.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho Penal. Parte General. Edit Tirant lo Blanch, 5ta ed., Valencia, España, 2002.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal. Parte Especial. Edit. Tirant lo Blanch, 19 ed, Valencia, España, 2013.
- ORTEGA GUTIÉRREZ, David. Derecho a la Información versus Derecho al Honor. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 1999.
- ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General. Tomo I. Edit. Civitas, Madrid, España, 1999.
- SAAVEDRA, Modesto. La Libertad de Expresión en el Estado de Derecho (entre la utopía y la realidad). Edit. Ariel, Barcelona, España, 1987.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, sentencia No. 972-90, de las catorce horas diez minutos del veintidós de agosto de mil novecientos noventa.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, sentencia N° 2010-014394, de las once horas y cincuenta y dos minutos del veintisiete de agosto del dos mil diez.

- SÁNCHEZ-FERRIZ, Remedio. Delimitación de las Libertades Informativas. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2004.
- TREJOS SALAS, Gerardo. En Tratado de las Personas (Alberto Brenes Córdoba). Edit. Juricentro, San José, Costa Rica, 1986.
- VIVES ANTÓN, Tomás S y otros. Derecho Penal. Parte Especial. 3ed, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2010.
- VON HIRSH, Andrew. “El concepto de bien jurídico y el “principio del daño””. En La Teoría del Bien Jurídico. Edit, Marcial Pons, Madrid, España, 2007.

DERECHO PROCESAL PENAL

CARTA A LUIS PAULINO MORA SOBRE LA VÍCTIMA Y EL SISTEMA PENAL

Julio B.J. Maier

Profesor de la Universidad de Buenos Aires, Argentina

*Viven muy rápido algunos
dejan la vida de lado
otros consumen de a poco
el bien que les fue donado
unos la beben de a sorbos
y otros la toman de un trago
(de la zamba "Nadie lo puede evitar")*

*Sin decirme adiós te fuiste
cuando menos lo esperaba
cuando yo sólo aguardaba
la promesa que me hiciste*

Querido Luis:

Según tú lo sabes por mi confesión, he decidido hace ya un buen tiempo dejar el Derecho penal como objeto principal de mi labor cultural; sería mejor agregar, también, que no deseo escribir más de la manera tan particular según la cual escriben y se comunican los juristas. Ello se debe, en gran medida, al desarrollo actual del Derecho penal —tanto en mi propio país como en el extranjero, al menos en el ámbito cultural al que pertenezco— que no sólo me disgusta, sino que me avergüenza (confesado por escrito en MAIER, *Blumbergstafrecht; Estado democrático de Derecho, Derecho penal y procedimiento penal, Orden o desorden jurídico; Pena y política; ¿Lynch?*). Incluso, como se verá en el desarrollo de este tema, creo que él, el Derecho penal, y ellos, algunos de los juristas dedicados al tema, padecen en una buena medida de hipocresía, por no imputarles en ocasiones algo peor: cinismo. Por lo contrario, mi vida transcurre ahora con atención a otros intereses, que incluyen el lenguaje y su escritura, pero desde otro punto de vista diametralmente distinto. Esas son las razones por las cuales te escribo amigo, que me dejaste demasiado pronto y de pronto, sin que pudiéramos concretar y desarrollar aquella promesa que mutuamente nos hicimos en Buenos Aires, una vez ya cumplida con creces nuestra dedicación al Derecho, nuestra vida como juristas, al menos según mi opinión. He escrito estas pobres líneas en tu memoria porque te extraño, líneas que comencé a pergeñar con motivo de una discusión sobre el tema y que no

merecen la atención de juristas, sino que, antes bien, te ofrecen a ti —y a ellos también— mis disculpas por anticipado y claman por tu perdón y absolución. Observarás, mi querido amigo, que no tolero y hasta me avergüenzo humildemente de aquellas *notas al pie* que solía repetir hasta el cansancio como jurista, pues ellas representan valores de erudición y virtuosismo que ya no prefiero, sino que intento reemplazar, tarde y sin demasiado éxito, por la imaginación y la belleza. Espero que este debate rinda sus frutos, pero, en verdad, sólo me interesa conversar contigo, como lo hacíamos algunas veces, de cuerpo presente y de la mano de un buen vino. Para quien desee estudiar el tema estimo que haría bien en leer la sentencia virtuosa y erudita del Tribunal oral en lo criminal (aquí llamado abreviadamente TOC) n° 23, del Estado federal argentino, con sede en la ciudad de Buenos Aires, dictada el 5/11/2012 en el juicio (proceso n° 3418) seguido a Paternoster, Marcelo Gustavo y otro, por tentativa de estafa reiterada, que tuve el gusto de comentar (*Parece mentira* [añade el texto íntegro de la sentencia]); mi comentario vale poco, pero el texto de la sentencia se ocupa con detalle de este problema y constituye una verdadera monografía sobre el tema, un estudio que contribuye a despejar todas las incógnitas posibles y se refiere a todos los argumentos utilizados en la discusión por parte de quienes creen que la víctima o sus sustitutos poseen los mismos derechos de intervención que la fiscalía en el proceso penal (*principio de bilateralidad y autonomía de acción*). Si bien es cierto que la sentencia mencionada ataca el tema desde el punto de vista del Derecho argentino, creo que su significado es universal para nuestra cultura penal.

Te aclaro que no me propongo, en principio, repetir todo aquello que, desde los años 80', aproximadamente, se ha escrito acerca de la víctima y el sistema penal, menos aún repetir aquello que conduce a reconocer derechos de la víctima en el sistema de persecución penal, tema sobre el cual no sólo yo he escrito alguna página (*La víctima y el sistema penal*), sino que, para la discusión actual, acabo de recomendar algo exhaustivo e inmediatamente recomendaré algo más. Antes bien, me propongo examinar las novedades insólitas que propone la jurisprudencia penal, las decisiones de los jueces penales, creadores —al menos en mi país— del papel que desarrolla hoy la víctima en la aplicación del Derecho penal (Maier, *Parece mentira*). Quiero recordarte, previamente, casi como confesión de culpabilidad, como atribución de *mea culpa*, que yo fui, al menos en mi país —pero quizás también en el ámbito latinoamericano—, el iniciador de la corriente que condujo al ofendido por un hecho punible y a sus sustitutos ocasionales a ganar terreno en la persecución penal, posición que hoy culmina, al parecer, en un punitivismo extremo (Silva Sánchez, *Nullum crimen sine poena; sobre las doctrina penales de la "lucha contra la impunidad" y el "derecho de la víctima al castigo del autor"*). Lo hice no sólo mediante un artículo (Maier, *La víctima y el sistema penal*), que por aquellos años de su edición pretendió corregir el papel de la víctima en el proceso penal, limitado por entonces al ejercicio de la acción civil reparatoria según los llamados "códigos modernos" (Córdoba 1939 y los que lo siguieron, entre ellos, Costa Rica; Vélez Mariconde, *Acción resarcitoria*; Núñez, *La acción civil en el proceso penal*; Creus, *La acción resarcitoria en el proceso penal*), sino, incluso, mediante el libro ya citado (*De los delitos y de las víctimas*), que compaginé, en el cual pretendí introducir a nuestro Derecho penal los mejores desarrollos que, en esos momentos, constituían una moda en el Derecho continental europeo, sobre todo en el Derecho penal alemán. Varios años más tarde, precisamente eso me fue recordado e imputado en forma crítica por un profesor de Derecho penal amigo, con motivo de su exposición del Derecho penal de nuestros días (me defendiendo mínimamente, sin desconocer la autoridad del acusador ni el efecto provocado por aquella exposición mía, en *Parece mentira*).

1. Me parece que, para discutir el tema en su visión actual, nada mejor, desde el punto de vista didáctico general, que la metáfora del caballo y sus jinetes, que escuché en una reunión casi informal, convocada para estudiar el tema: una metáfora sin par. Ella consta de un caballo, cuyo nombre es *persecución penal*, cuyo jinete, conductor principal, se llama *fiscalía*, y cuya "china (mujer, en idioma gauchesco), en ancas, se denomina *víctima*, u *ofendido* por el delito, como descripción más genérica pero no exhaustiva. En efecto, como se dijo, la *persecución penal* es un caballo —o una yegua— que, entre nosotros, dirige hacia

su destino un jinete *principal* en los delitos de acción pública, la fiscalía. Ello es absolutamente cierto conforme al texto del art. 71 del CParg.—y textos o sistemas casi idénticos de persecución penal en el ámbito cultural que nos es propio— y ésta es también la razón por la cual toda persecución penal importa la necesidad de organizar un departamento estatal —se lo llame como se lo llame, entre nosotros ministerio público fiscal—, oficio que, en nuestro país, sigue de cerca el ejemplo de organización del Derecho continental europeo, aun cuando reniegue de una ubicación institucional similar. Empero, además, existe otro interesado en cabalgar en conjunto con la *fiscalía*; es el caso del ofendido por el delito, la *víctima* —o, en casos especiales, su sustituto—, al que algunos reglamentos le permiten subirse al caballo de la persecución penal pública para ser llevado *en ancas*, como monta casi siempre la “china” de un gaucho a caballo. El problema se manifiesta en toda su extensión cuando el jinete principal decide no cabalgar más, cuando el gaucho se baja del caballo; y ello puede suceder en diferentes momentos del procedimiento: al comienzo, cuando la fiscalía no tolera la *notitia criminis*; durante la investigación preparatoria, cuando la fiscalía requiere del juez el archivo de la causa y el sobreseimiento del imputado, si existe una persona individualizada a quien se le atribuye el delito de acción pública que constituye su objeto; al culminar ese primer período procesal con el mismo requerimiento, porque la fiscalía entiende que no debe acusar; o incluso durante el debate cuando, al finalizar, la fiscalía, a mérito de ese debate, requiere la absolución. Se puede agregar, si lo deseas, la carencia de recurso por parte de la fiscalía o el desistimiento de uno ya interpuesto, pero ese agregado, según verás, es prescindible, expresado de manera general, por la desaparición justa del recurso acusatorio contra la sentencia, o sólo es necesario en los escasos casos en los cuales resulta justo conceder un recurso al acusador. Es claro que, cuando el jinete —la “fiscalía”— desciende del caballo, no le ofrece las riendas a quien lo acompaña y, por tanto, la “china” queda en ancas de “Persecución penal” pero el caballo carece de conducción.

El problema consiste en conocer si la “china” debe bajarse del caballo, cuando su gaucho no prosigue, esto es, al descender el jinete principal, o puede montarlo y proseguir la marcha en busca de una decisión judicial que dé satisfacción a su pretensión, como, según la opinión que estimo mayoritaria, resultaría justo en virtud de reglas generales y básicas sobre el acceso a la justicia, contenidas incluso en las convenciones regional y universal sobre derechos humanos (CADH, 8, nº 1 y 25; PIDCyP, 14, nº 1), conforme al llamado *principio de bilateralidad* que entre nosotros domina el ámbito de los recursos.

Para mí, todo lo dicho revela una imaginación y una capacidad didáctica fuera de todo cálculo y un acierto básico, pero, mal que le pese a los sostenedores de la metáfora, todavía falta decidir si puede tomar las riendas la “china” inmediatamente, sin gaucho que la acompañe, para conducir a “Persecución penal” hasta su objetivo final, la sentencia posterior al debate, y no cualquier sentencia, sino una de condena. Presumo que los imaginativos sostenedores de metáfora tan valiosa opinan que sí, pues incluso se ejemplificó de la mano de la queja —recurso— contra la sentencia final que no acogió la pretensión condenatoria, según se desprende de una sentencia de nuestra Corte Suprema (caso “Santillán”). Esta suposición provocó mi intervención final para intentar vanamente aclarar el tema, ya que yo, seguramente más conservador que los imaginativos creadores de la metáfora, pretendía que la “china”, si era *justo* el descenso del jinete principal —esto es, si un tribunal consideraba injusta la prosecución de la persecución penal—, no siguiera adelante, sino que acompañara a su gaucho; ello veda el camino a la última estación por una decisión del teórico “señor” de ese camino —el tribunal—, para, en parte, ahorrarle esfuerzo al caballo y evitar el congestionamiento del camino —ciertamente estrecho— del procedimiento penal en relación al número de caballos que pretenden transitarlo.

De este ejemplo tan didáctico extraigo como enseñanza que es correcto afirmar el derecho de cualquier persona a que, si acude ante un oficio judicial, éste trate su pretensión y la conteste positiva o negativamente. También el *querellante* —o *particular damnificado*, en términos jurídicos que utiliza la legislación de la

Provincia de Buenos Aires— tiene ese derecho, pero el derecho no involucra uno más amplio al desarrollo de todo un procedimiento penal sin que los jueces competentes para determinadas decisiones puedan, conforme a la ley, responder a su petición negativamente, vedándole conducir a “Persecución penal” hasta la estación final. No me parece que exista prescripción constitucional alguna que vede explicarle a quien querella, que el hecho descripto no es punible, según los elementos que integran esa descripción o los verificados por el tribunal, con lo cual el procedimiento penal carece de uno de los presupuestos para su apertura o prosecución, y que, por ello, no se abrirá la vía judicial del procedimiento penal o se la clausurará si ya fue abierta. Lo mismo ocurriría en el procedimiento de Derecho privado —civil y comercial— si la demanda pretende un objeto prohibido, como, por ejemplo, contraer un segundo o tercer matrimonio a quien ya está casado, no se ha divorciado y su esposa aún vive, aunque la pretensión estuviera fundada en costumbres distintas a las de nuestro Código Civil, todas respetables, como se respetan las distintas religiones en un ámbito de libertad, pero extrañas a la ley civil. Así como hay acciones prohibidas —reclamar el divorcio vincular cuando no estaba permitido— en el sentido de que esos reclamos no pueden ser objeto de una actuación judicial, así también existen pretensiones penales injustas y no admitidas, como las fundadas en hechos que no son punibles por alguna razón (o no son punibles porque no pueden ser verificados o porque, verificados, no conducen a la punibilidad). Tampoco existe prescripción constitucional alguna que le impida al tribunal competente para la apertura del juicio rechazar esa petición —acusación— porque no resulta seria, suficientemente fundada, acusación que, como acto procesal, es absolutamente necesario para seguir transitando con “Persecución penal” el camino del procedimiento judicial y claramente sometida a ciertas condiciones, que incluso abarcan la seriedad en la fundamentación. Y, por supuesto, no resulta inícuo el hecho de que la sentencia final, a contrario de aquello pretendido por el particular damnificado o el querellante, la condena, culmine el debate con una absolución pronunciada por sus jueces o con una condena más benigna que la pretendida por los acusadores, sean estos públicos o privados. En estas decisiones, previstas por la ley para la oportunidad correspondiente, anida la contestación al ejercicio del derecho de acudir ante los tribunales del que es portador toda persona humana (capacidad de derecho). En definitiva, cabe recordar que, como lo dice un aforismo conocido, al derecho de pedir, el poder de decidir. Nadie tiene derecho a eliminar estos controles periódicos que establece la ley procesal penal con varias finalidades, entre ellas, evitar que, innecesariamente, progresen y lleguen a juicio asuntos poco serios o de los que, de antemano, puede predicarse que no conducirán a una sentencia condenatoria y a una pena.

2. El problema que tratamos siempre se ha presentado entre nosotros de modo unilateral: la fiscalía, perezosa e inútil, como todo organismo burocrático, responsable de la impunidad —o, al menos, de la falta o falla de una persecución penal efectiva—, y el ofendido, adalid justiciero, que suple su inactividad. La presentación del problema entre nosotros corre a contramano de una cuestión idéntica en el derecho comparado, sólo que dada vuelta, al revés, y esa contraposición constituye la primera paradoja del problema. En Inglaterra, por ejemplo —y calculo que para todo el Derecho anglosajón—, el verdadero problema para el órgano estatal de la persecución penal —en verdad, genéricamente, la policía (BOVINO, Alberto, *La persecución penal pública en el Derecho anglosajón*)— consiste en lograr el concurso de la víctima para exponer la lesión de su derecho en el debate ante el jurado. La policía, órgano estatal que conduce regularmente la persecución penal en Inglaterra, no intentaría abrir un juicio ante el jurado si no obtiene anticipadamente el concurso de la víctima; si el ofendido no desea comparecer, sobre todo en el juicio, para apoyar a la persecución penal —por razones que no cabe definir ni criticar—, es seguro que ello determina el final de la persecución penal. He allí la primera paradoja: nosotros preocupados por la holgazanería del fiscal, que pretendemos curar con la obra de la víctima; ellos preocupados por la falta de apoyo de la víctima a la persecución penal, que, ante el tradicional sistema de acusación personal, privada, pretenden curar con un órgano público que auxilie al acusador particular, con la policía o, más recientemente, con una suerte de fiscalía para ciertos delitos “demasiado públicos” (*Crowne Prosecution*

Service, abreviado *CPS* [Servicio de persecución pública de la Corona]), dirigido por el *Director of Public Prosecution* [Director de la persecución pública]).

3. Yo mismo creí originariamente, como otros, que la participación de la víctima se justificaba no tanto por su derecho a obtener satisfacción a pretensión alguna fundada en un derecho propio, sino, antes bien, como método para desperezar la modorra burocrática del oficio estatal encargado de la persecución penal pública, en cuyo poder se hallaba la importante tarea estatal de descubrir la verdad y perseguir penalmente, en su caso. Alguien me hizo notar, hace ya algún tiempo que ése fue mi error, que el libro sobre *De los delitos y de las víctimas* o, mejor dicho, con comienzo en él, había desencadenado una tendencia político-criminal con final de *neopunitivismo*. Tengo que aceptar mi error político, pues nunca imaginé tamaño desarrollo, pero quiero recordar que, conforme al sistema —según veremos más adelante—, yo siempre pensé a la participación del ofendido como accesoria a la pretensión estatal en nuestro particular sistema penal y, más aún, cuando intenté darle importancia básica, por aquello de que los bienes jurídicos tienen portadores de carne y hueso, con ciertos derechos sobre ellos, casi siempre disponibles para el portador, sólo creí auxiliar al autor, para que no sufriera el sistema penal más allá de lo razonable y para poder reemplazar la pena, en algunos casos, por otro tipo de soluciones menos drásticas (*Derecho procesal penal*, t. II, § 13, A, en especial, 3, d). Hoy en día la tendencia parece ser la contraria: el autor *debe* sufrir el sistema penal y su consecuencia, especialmente la privación de su libertad, la prisión, aunque ellos resulten, en el caso, irrazonables como reacción (estatal o privada). Para ello, definir a la víctima como sustituto procesal, que suple la inactividad de la fiscalía y conduce al inculcado a juicio y condena, cuando el titular de la acción “abandona” la persecución penal —antes bien, la ejerce pero en favor del acusado—, es la meta de esta *autonomía*, declarada para punir en casos en los que el jinete principal se “baja del caballo” (en nuestro país, un racimo de casos de tribunales “superiores”, por no decir máximos en una organización judicial vertical, avalan este criterio en más o en menos: CCC n° 21.229, “Storchi, Fernando s/ homicidio culposo” – Interloc. 5/116, res. 8/3/2004; CSJN, “Santillán, Francisco Agustín, s/ recurso de casación” – S. 1009. XXXII; Sala I, n° 29.787, “Mena, Pablo Jorge y otro s/ consulta 348 CPPN” – Interloc. 30/164, res. 19/10/2006, con resumen de consecuencias normativas; recientemente, en contra, Sala VII, n° 31.985, “Scandroglio, Lidia D. s/ falsedad ideológica” – Inst. 3/110, resuelta el 24 de mayo de 2007). Por lo contrario, la intervención del ofendido no representa más una rueda de auxilio para el inculcado (VITALE, Gustavo L., *Suspensión del proceso penal a prueba*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1996, § 3, ps. 13 y ss., y Cap. III, ps. 41 y siguientes). Esta advertencia y este arrepentimiento político nos conducirá como de la mano a la segunda paradoja.

4. Todos los fallos de esta tendencia conocidos, internacionales o nacionales, de nuestra Corte Suprema o de tribunales locales, provinciales o nacionales, hacen pie en los derechos humanos, antes bien, en las convenciones universal y regionales sobre derechos humanos (PIDCyP, 2, n° 3, y 14, n° 1; CADH, 8, n° 1, y 25) y se aferran a ellas para concluir, en favor de la víctima y en contra del imputado, en persecuciones penales obligatorias hasta su final, por inconsistentes que ellas sean material o temporalmente, y, peor aún, a pesar de la anulación de ciertas reglas de principio del sistema penal, tradicionalmente concebidas en beneficio del imputado y reconocidas en esas mismas convenciones, como el derecho a la duración razonable de la persecución penal, para acudir a un ejemplo remanido. Así, los derechos humanos de la víctima interferirían con los relativos al imputado —habrían sido concebidos— para contrariar al imputado y a sus derechos, de modo tal que su pretensión punitiva *debe ser* atendida siempre, aun cuando la ley la categorice como pública y el Estado no la asuma como razonable. Uno puede comprender que en casos de violaciones sistemáticas y extendidas (a gran escala) —tanto en el tiempo como respecto de las personas— de derechos humanos básicos, como la vida y la integridad física, por hechos atroces, repetidos sistemáticamente e indiscutiblemente gravísimos, de gran poder ofensivo, cometidos por funcionarios estatales o en cumplimiento de una encomienda de ellos, o tolerados por el Estado en abierto

auxilio del o los transgresores se enjuicie una ley de auto-amnistía y se predique de ella, como excepción, que sólo intenta cubrir crímenes imperdonables de los funcionarios estatales que el Estado que los unge procede a perdonar, para no conocer ni aplicar la pena en la ocasión (caso “Barrios Altos” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), pero hallar fuera de toda medida el fundamento genérico de ese resultado en una suerte de “fundamentalismo penal”, “rasgo característico del neopunitivismo” (PASTOR, *La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigios actual de los derechos humanos*), que erige a la pena estatal y a la persecución penal —casi diría, mejor, a la privación de libertad, a la prisión—, esto es, al poder penal del Estado, en un *absoluto*, radicalizando su funcionamiento como única y necesaria solución de un conflicto (de *ultima ratio* a *prima donna* y a *sola ratio* de la política social: HASSEMER, *Sicherheit durch Strafrecht*), máxima expresión de una medicina —al fin hallada por el hombre— que todo lo cura (como lo he dicho antes en *Die Zukunft des Strafrechts*, traducido: “sanalotodo de todo problema social”). Sólo esa fundamentación a favor de las víctimas de aquellos hechos aberrantes, que prometía un paraíso de derechos para ellas, ya sin posibilidades de regresar de los sufrimientos a que habían sido sometidas, pudo dar ocasión a la desmesura del caso “Bulacio” (PASTOR, *ibidem*), sucedido entre nosotros. Allí, en ese caso único, individual, reconocido como hecho imprudente, no doloso, se dejó sin efecto, en homenaje a los mismos derechos de las víctimas —en este caso familiares del ofendido por el delito—, la institución penal de la prescripción, al menos un plazo razonable de duración de la persecución penal de origen legislativo. De ello podemos deducir, para nuestro apunte, que todas las defensas opuestas a la persecución penal y a la condena se tornan ilegítimas frente a los derechos de las víctimas. He allí la segunda paradoja: los derechos humanos, desde antiguo concebidos en materia penal como freno y límite para la persecución penal estatal y como razón de ser de su existencia legislativa, incluso universal, han involucionado hacia la despreocupación por ellos y frente a la medicina restaurativa de la pena, gracias a una suerte de “mesianismo penal” (PASTOR, *ibidem*) de los organismos internacionales y nacionales cuya función es protegerlos y de las organizaciones no gubernamentales cuyo objeto es su custodia. Todo esto en homenaje a las víctimas. A tal involución se la denomina *bilateralidad* (CAFFERATA NORES, José I., *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*): las víctimas poseerían, incluso, los mismos derechos y garantías que el sospechoso, que el autor y, quizás, que el penado y prisionero, a pesar de que las situaciones por las que ellas y ellos atraviesan —por tanto, la adjudicación de derechos y de garantías a cada posición—, de manera evidente, no son parangonables (*nulla poena sine lege praevia*, estado de inocencia, *in dubio pro reo*, *nemo tenetur*, etcétera), ni siquiera comparables. Para colmo de males, la base legal de la fundamentación de la famosa *bilateralidad* sólo está constituida por una lectura ligera de los textos de las reglas mencionadas que, en el caso de jueces profesionales, orilla el prevaricato. Yo invitaría a quienes están preocupados por el tema tratado a leer esos textos con cierta atención: en unos casos el texto sólo quiere introducir remedios inmediatos para lesiones manifiestas de rango constitucional o de derechos humanos básicos instituidos por las convenciones —por ende, lesiones sencillas de observar sin mayor acopio probatorio—, con el fin de restituir o reparar el derecho básico afectado lo más pronto posible, como el *habeas corpus* y el *amparo*, y, en otros, el texto no dice más que el derecho de demandar ante los órganos judiciales aquellas pretensiones que quien las invoca cree admisibles jurídicamente, fundadas en derechos que la ley le concede. De manera alguna existe una suerte de *derecho constitucional a la punición*, menos aún en cabeza de la víctima. Lo demuestra irrefutablemente la sentencia ya citada del TOC 23, dictada el 5/11/2012, IV y V, en el juicio (proceso n° 3418) seguido a Paternoster, Marcelo Gustavo y otro por tentativa de estafas reiteradas, que tuve el gusto de comentar en *Parece mentira*, donde se añade el texto íntegro de la sentencia; yo solamente no coincidí con la enorme erudición verificada en la decisión de un caso judicial y con la tolerancia explicativa sobre las decisiones erróneas de nuestra Corte Suprema o de la Corte Interamericana de derechos humanos sobre el punto, propia de una decisión judicial en un sistema de organización jerárquico. Este cambio de sistema, como si se hubiera dado vuelta la media, constituye, según se verá, la tercera paradoja.

5. Si el Derecho penal o, si se quiere, el poder punitivo estatal, reposa en algún fin, extraño a él, que lo justifique —único justificativo racional, pues no parte de él mismo, sino de una valoración social, extraña a él—, él es el evitar la venganza particular, principalmente del ofendido. Históricamente, el peculiar sistema de solución de conflictos de los germanos, una vez desaparecida la influencia principal y directa del Imperio y del Derecho romano, consistía —para cualquier materia jurídica de las hoy escindidas, válida entonces para aquello que hoy sería Derecho privado y Derecho penal— en enfrentar a ofensor y ofendido quienes, si no se avenían de mutuo acuerdo a vivir en paz, comprometiéndose recíprocamente en un contrato que fijaba las obligaciones recíprocas (el hecho inicial constituía la *pérdida de la paz*), reñían o combatían entre ellos de múltiples maneras y formas hasta llegar al combate físico, para determinar un vencedor y un vencido, esto es, quién conservaba la paz comunitaria y quién la perdía. El sistema debió ingresar en un cono de sombra una vez que se acentuó la desigualdad, el mayor poder de unos sobre otros (hoy sucede algo parecido y, por ello, el Derecho busca —el laboral por ejemplo— formas de restablecer la igualdad o paridad para el litigio). Es por ello que los relatos de la Inquisición inicial en el continente europeo, con la creación del Estado-nación (siglo XIII), no trasuntan otra cosa que un hálito de liberación, liberación de la injusticia y del poder de quienes entonces lo ostentaban. Como siempre, los sistemas imaginados y aplicados por el hombre para trascender hacia la paz social acaban por desgastarse y mostrar sus hilachas.

¿Cuál fue el remedio?: en primer lugar, transferir el poder a una única persona y legitimar ese poder en cabeza del monarca, quien había triunfado en su lucha contra el poder feudal, y a quien, por definición, se creía justo. Ese poder —nace la pena estatal en una organización social diferente a la anterior—, por lo demás, le servía como medio de conservar su soberanía sobre todos los súbditos (*crimen lesae majestatis*: BARATTA, *Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho penal*); en segundo lugar, variar el sentido de la aplicación del poder punitivo, esto es, construir el fin de la pena alrededor del intento de evitar la guerra entre los súbditos, de impedir la venganza y conservar la paz del rey, la paz estatal, y, para ello, erigir a la verdad —correspondencia con la realidad— en fuente y sinónimo de toda justicia (FOUCAULT, *La verdad y las formas jurídicas*; la tensión entre estas dos definiciones distintas de “justicia” en la literatura, por lectura de los círculos de tiza brechtianos: BRECHT, *Der kaukasische Kreidekreis*, en especial nº 6, *Der Kreidekreis*). Esa revolución social, política y jurídica a la que desde el Derecho penal llamamos Inquisición, gobierna todavía hoy el sentido del Derecho penal. De allí que los particulares, en especial el ofendido, cualquiera que sea su definición, no puedan gobernar a su gusto y paladar el poder penal del Estado ni la pretensión penal, que sólo corresponde, como *jinete principal*, al Estado, por intermedio del órgano estatal predispuesto por la ley para ello. De allí que, cuando ese jinete desciende del caballo y desensilla, también baje el ofendido o su sustituto, y que sólo obligando al jinete a subir de nuevo para retomar el camino de la persecución penal pueda el ofendido acompañarlo en ese camino, en ancas de ese caballo. Entonces, cuando la ley procesal penal, ante la desaveniencia entre jinete principal, que desensilla, y su acompañante, que desea ensillar de nuevo para proseguir, regula un cierto método o mecanismo para resolver el entuerto por un tribunal, no hace otra cosa que conceder al ofendido una instancia judicial ante la cual conducir su queja. Se puede juzgar el remedio como políticamente deficiente y proponer otro procedimiento distinto de control judicial, quizás otro órgano judicial competente, pero mucho más allá no se podrá ir. La Ordenanza procesal penal alemana contiene un remedio más perfecto pero básicamente similar: la denuncia para obligar a la fiscalía a sostener la acción penal pública. En primer lugar, la víctima puede reclamar frente a los superiores del fiscal actuante, mediante una suerte de recurso jerárquico, la prosecución de la persecución penal y la promoción de la acción penal pública por acusación de la fiscalía, remedio válido para cualquier organismo de la administración y propio de las organizaciones regidas por el principio jerárquico; y, en segundo lugar, la víctima que ha denunciado el hecho posee un recurso jurisdiccional ante un tribunal especial, por intermedio del cual es posible obligar a la fiscalía a promover la acción penal pública, una suerte de amparo contra la decisión final de la administración, en este caso, del ministerio público organizado verticalmente.

Con ello dejo también mi queja por la ligereza con que nuestros tribunales —también nosotros, los juristas argentinos— manejan-manejamos la palabra *inconstitucionalidad*, sobre todo en boca de nuestros tribunales superiores que, además, la *declaran*, cual si fuera una epidemia que trascenderá al futuro, fuera del caso juzgado y para un objeto distinto al de construir la regla aplicable a él, todo ello a pesar de la geometría ejercida por los seguidores acrílicos de la CSJN, para los cuales esa palabra trasciende el caso, a semejanza de la ley —textual en algunos fallos citados para esta ocasión y en algunos expositores—, quienes, por ejemplo, aclaran que la inconstitucionalidad declarada por la CSJN en el caso “Quiroga”, fuente original, con su antecedente “Santillán” (*Fallos CSJN*, 321-2- ps. 2021 y ss.), no se extiende a la desaveniencia entre acusador público y particular. A la luz de la experiencia jurídica universal de sistemas similares, de donde nuestro sistema penal fue extraído, todo este rubro parece un desaguizado que sólo comento a manera de ensayo.

Me pregunto: ¿cuándo habla la Constitución o las convenciones sobre derechos humanos del querellante y sus derechos?; ¿estipulan ellos, en verdad, algún sistema penal y, en ese caso, alguno determinado?; si así lo hacen, ¿con qué nivel de detalle lo estipulan como para poder afirmar que el sistema de ejercicio de las acciones públicas peca por defecto? Busco un texto referido a este sujeto, por ende, no busco desarrollos lingüísticos rebuscados —en el fondo infantiles y confusos— sobre sus derechos, que los tiene, pero no por la vía de confundir el sistema que la ley penal fija al establecer el modo de ejercicio de las acciones. Nuestro sistema penal es hijo del origen que antes establecimos y de los fines político-sociales fijados hace más de 700 años. Él sólo constituye un remezón del terremoto que significó su nacimiento revolucionario, remezón ocurrido básicamente en los siglos XVIII y XIX, con el advenimiento de la Ilustración, pues allí la ley penal, pese a conservar y perfeccionar el sistema, pasó a ser también la *carta magna* del imputado o, si se quiere, del delincuente, al regular todas las limitaciones y fronteras que hoy conocemos para perseguir penalmente, para punir y para ejecutar la sentencia judicial de condena. Nadie ha sostenido, ni se va a animar a sostener en el futuro, que ese sistema, cuyo núcleo es el jinete principal y su caballo, que establece la ley penal, sea lesivo de Constitución alguna y, menos aún, lesivo de los pactos internacionales sobre derechos humanos. Me pregunto nuevamente: ¿el CPP Córdoba y sus subproductos provinciales o proyectos nacionales, que yo mismo he criticado —políticamente— por no dejar espacio para cierta participación de la víctima en el problema penal, eran sistemáticamente inconstitucionales, sin que ilustres juristas se hayan dado cuenta de ello en más de medio siglo de vida? Al menos nadie sostuvo tamaña irracionalidad, ni la sostendrá para dar vuelta la media, con el objeto de que, una vez excluida la fiscalía, la persecución penal, por irracional que ella sea, no pueda ser detenida antes del debate y la sentencia, si el ofendido insiste en ejercerla con exclusión del ministerio público (autonomía predicada). Al respecto, resulta posible pensar políticamente —*de lege ferenda*— que una ley penal futura traslade la persecución penal al ofendido en ciertos supuestos especiales —como en el que se produce cuando la ley autoriza a la fiscalía a prescindir, en ciertos casos y bajo ciertas condiciones (*oportunidad*), de la persecución penal oficial—, pero aun allí la pretensión del ofendido insistente debería quedar sometida a todos los controles que la ley procesal penal establece para evitar persecuciones penales injustas por irracionales (por ejemplo, no se puede abrir el juicio sin tornar al menos plausible la condena del autor), ya sea por debilidad de la misma persecución penal o por acción del imputado (excepciones).

He allí expuesta la tercera paradoja: un sistema penal establecido por ley que, en origen, se edificó mediante la —como acostumbra a decirse— *expropiación* de derechos de reacción contra el injusto que, en el sistema precedente, pertenecían al ofendido, se ve conducido, sin modificación alguna en la ley penal que regula el ejercicio de las acciones, tan sólo por obra de los juristas y de la jurisprudencia de los tribunales que aplican esa ley, al destino opuesto contradictorio, mediante devolución de derechos y de autonomía persecutoria a la víctima o a su sustituto procesal; va de suyo que hablamos de los delitos para los que la ley penal establece la acción pública. Esto equivale a decir que, sin modificación legal,

la interpretación, judicial y extrajudicial, alteró el punto de partida para arribar a otro destino. Algo más intelectualmente: el propósito antiguo del Derecho penal de evitar el combate *ofensor – ofendido* en la mayor medida posible, de impedir la venganza privada y, con ello, el uso de la fuerza y la violencia por parte de los particulares en la mayor medida posible, hasta el punto de su cuasimonopolización por parte del Estado, razón de ser externa de su existencia, es hoy rechazado por las modernas tendencias acerca de los derechos de las víctimas a la reacción penal, al castigo —lo que equivale a decir: derecho a la privación de libertad y a la cárcel para su oponente (me pregunto: también ¿a su muerte?)—, fines estos últimos redimidos por los sostenedores de la autonomía en cabeza de los ofendidos. Argentina es un país que puede exhibir, no sin antes disculparse, los extremos a los que puede arribar la venganza privada. ¿Habrás oído de los “linchamientos” de ladrones callejeros o supuestos ladrones, producidos en varias partes del país, fogueados y justificados políticamente en homenaje a la seguridad común? (MAIER, ¿*Lynch?*).

Me pregunto: ¿cómo se ve tamaña evolución ya no desde el punto de vista de la víctima, sino, antes bien, desde el atalaya de un observador objetivo, preocupado por el resultado material del cambio paradójico? Desde ese puesto de observación la cosa en principio no ha cambiado materialmente demasiado, a lo sumo se ha agravado para el procesado, como en muchos otros ámbitos del Derecho penal actual, de marcado carácter preventivo. Ahora ya no tiene un acusador a su frente, sino, en el mejor de los casos, la posibilidad de dos acusadores a quienes contestarles. Para resistir con éxito a la pretensión de ejercer el poder penal (me pregunto, ¿sigue siendo estatal?) ahora debe vencer a ambos intereses, uno de los cuales —representado por la fiscalía— continúa limitado por el enrejado que trazan los principios de *legalidad, objetividad, imparcialidad y lealtad* para su actuación judicial, mientras que el otro resulta totalmente abierto y, por ello, ilimitado. En efecto, la llamada víctima puede perseguir, incluso a quien sabe inocente, porque espera un beneficio, quizás económico en el más racional de los casos, porque el procedimiento penal proporciona un medio sencillo y económico para él de obtener la satisfacción de un interés de Derecho privado —por eso me parece admirable y risueña la solución que, como respuesta, esboza el camarista y profesor de Derecho penal argentino, Dr. Hendler, en “Grosskotf” (C. Nac. Penal Económico, sala A, 19/4/2007)—, porque es la única forma de intentar olvidar o no olvidar el hecho, o por cualquier otro interés, aun cuando irrazonable. Así también su ánimo de persecución finaliza cuando el interés que lo condujo a perseguir penalmente resulta satisfecho o colmado, aun cuando él no coincida con el fin propuesto por la ley penal; y de allí el problema de la primera paradoja que comentamos, común en el Derecho anglosajón.

6. Me pregunto nuevamente: ¿por qué desde esta atalaya, la escena penal no ha variado de sentido, pese al cambio, y, por lo contrario, resulta en verdad más gravosa en relación a la pena y al procedimiento penal para quien los soporta? La respuesta es sencilla. Los autonomistas tienden una pequeña trampita: ellos denostan la mera respuesta oficial, no creen en el “jinete principal” con su “china” en ancas, fiel a él, y así le conceden a ella autonomía para querellar y acusar, y, aunque el jinete principal, la fiscalía, haya claudicado, le entregan las riendas del caballo de la “persecución penal” al querellante o particular damnificado. Sin embargo, ellos se cuidan de concebir al querellante como autónomo y determinante cuando él decide no acudir al procedimiento penal y a la pena para solucionar “su” caso, cuando él decide no comenzar o no continuar por cualquier razón, y se baja del caballo (caso inverso). En verdad, ellos se cuidan de entregarle todo el poder de decisión penal al acusador particular, según sucede en los enjuiciamientos verdadera y extremadamente acusatorios (por ejemplo, en el derecho anglosajón). Tampoco nosotros debemos temer que así suceda algún día, según avance esta cruzada y su desarrollo, porque nuestros partidarios de la autonomía son algo hipócritas, representan un caso verdadero de *neopunitivismo* o, si se quiere, con el garbo lingüístico de un autor español, de “fascinación por la pena”, tal como lo ejemplifica nuestro “juicio abreviado”, eufemismo que sólo intenta esconder la desaparición del juicio público para sostener una condena penal, pues no resulta válido para absolver.

Es por ello, precisamente, que el enorme tema acerca de si el poder penal es *disponible* para alguien, en particular para la víctima u ofendido, que consideran reparado su daño delictivo, se reduce a unos pocos delitos llamados de *acción privada*, en consonancia con el régimen de la acción penal fijado como excepción, delitos en los cuales la persecución penal no comienza sin impulso del ofendido y la renuncia del ofendido a su facultad de acción penal extingue regularmente el derecho de perseguir penalmente.

7. Es correcto afirmar en general y salvo contadas excepciones que, conforme a nuestro sistema penal, la fiscalía adquiere la categoría de *jinete principal* de nuestro caballo y que ello desplaza al ofendido a un papel secundario. La ley procesal debe regular con claridad sus facultades y no me opongo a que ella establezca consecuencias del obrar discordante del ofendido en el procedimiento respecto de las decisiones de la fiscalía. Resulta razonable que, si rige el *principio de legalidad* en la persecución penal oficial, el ofendido posea mecanismos para provocar su control judicial cuando la fiscalía, según su opinión, se aparta de ese deber. De tal manera no me opongo a que quien pretende acompañar a la fiscalía en la persecución penal controle sus actos, recurra ante algún tribunal la desestimación de la *notitia criminis* o el sobreseimiento requeridos por la fiscalía, cuando ella, a mérito de sus fundamentos, resuelve no proceder, o no acusar o cercena el procedimiento penal antes de su mayoría de edad. Por supuesto, tampoco me opongo a que, en ese caso, la decisión judicial adversa a la fiscalía sea ejecutable, de la manera prevista por la ley.

8. Párrafo aparte merece el recurso del querellante contra la sentencia que lo agravia, ya porque él había requerido la condena y el tribunal de mérito absuelve al inculpado, o bien porque la condena resulta penalmente inferior a su requerimiento. Comprenderás que, para mí, ello no representa dificultad alguna, porque tampoco admito el recurso acusatorio de la fiscalía. Varias reglas de principio se oponen a ese recurso: la que le impide al acusador una segunda o múltiple posibilidad de poner al acusado en peligro de soportar una pena (*ne bis in idem*), la que, para tornar accesible el recurso del condenado, prohíbe la *reformatio in peius*, si a esa regla, como corresponde, se le adjudica un valor material y no tan sólo formal, la que establece, en algunas reglas básicas, el *juicio por jurados* y sus instituciones procesales (*prohibición del double jeopardy*), opuestas por principio a un segundo o ulterior juzgamiento en disfavor del acusado, cualquiera que sea el error del primero (aquí sí sirve de modelo el Derecho anglosajón), y, en fin, la que establece el *derecho del condenado a impugnar la sentencia condenatoria*, impracticable si la ley común concede también recurso al acusador (MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, § 6, E y H, y § 7, D).

Sin embargo, en mi postrer trabajo legislativo (*Derecho procesal penal*, t. III, *Adenda*) me pareció racional conceder un recurso al acusador, cuando él puede demostrar que la sentencia favorable al acusado fue obtenida por intermedio de la comisión de un delito doloso, por ejemplo, prevaricato, o mediante cohecho, amenazas o coacción a alguno de los jueces u órganos de prueba, con resultado determinante para la sentencia recurrida, esto es, cuando el vicio es idóneo para invalidarla como acto jurídico, siempre y cuando el acusador pueda verificar previamente la existencia del delito doloso, aunque no le resulte posible perseguir a los autores y partícipes por razones fácticas o normativas.

9. Se me ocurre resumir todo de la manera siguiente: con el “ninguneo” y la exclusión de la fiscalía, en los delitos de acción pública, sin disposición legal alguna que lo autorice, les sucede a los autonomistas algo similar a lo que le ocurriría a quien pretendiera incluir a la fiscalía en la persecución penal de los delitos de acción privada, sin regla autorizante alguna. El reino del revés (María Elena WALSH) produce, en ocasiones, alguna claridad. Resulta ciertamente difícil, por no decir casi imposible y muy peligroso, pretender cabalgar en un caballo ajeno, sin el permiso y, más aún, contra la voluntad de quien lo posee y cuida, en pelo y sin riendas: éste es el imposible que indica, en verdad, el risueño fallo en minoría del camarista en lo penal-económico, Dr. Edmundo Hendler, y lo que puso de manifiesto en el debate que menciono al comienzo un colega, el entonces defensor oficial Dr. Langevin, con todos los ejemplos prácticos —casi risibles— que enumeró en la exposición final de la mesa, en forma de preguntas para los autonomistas.

A la manera de Sebastián Soler en su disputa con Alfredo Orgaz sobre la incapacidad civil del condenado a pena privativa de libertad, tengo la impresión de que, a la vista de los resultados, el protagonista por antonomasia del procedimiento penal y de la pena, quien sufre a ambos, rogaría para que no saquemos en el futuro conclusiones tan ligeras de constituciones y pactos internacionales nacidos para protegerlo; como dice el autor citado, el personaje “clamaría que lo amáramos un poco menos” (SOLER, Sebastián, *Algunas cuestiones civiles en el Proyecto de Código Penal*).

Epílogo. Querido amigo: sé que hoy no puedes responderme, pero no hallo otra forma de comunicarme contigo y con los amigos que te ofrecen este homenaje *post mortem*, por cierto, bien merecido en vida. No he querido quedar fuera de él y, precisamente por el cariño que te tengo, porque te extraño y extraño esas noches en tu casa o en la mía, aquellas anécdotas de reuniones que nos tenían por protagonistas, y a ti como impagable contador de cuentos, a medias entre la verdad y la mentira jocosa, con una copa de vino o de ron en la mano para brindar —copa hoy vacía—, y por las razones que ya conocías, he elegido este lenguaje cotidiano simbólicamente, a veces vulgar, para recordarte. Perdóname, sé que resultará escaso para ti y para otros, pero, como intenté aclararlo desde el comienzo, hoy prefiero el amor y el cariño, a la pena y al castigo; no me convence aquel refrán que reza “el que las hace las paga”, ni tampoco una cultura social que se rija solamente por premios y castigos, aunque ellos sean necesarios, en alguna medida (Maier, *Función normativa de la nulidad*). Recuerdo muchas anécdotas vividas contigo y varios de tus cuentos risueños, que en ocasiones repito ante otras personas. Así te tengo presente y creo que hubiera sido mejor rendirte homenaje con alguno de ellos, que algún día me daré el lujo de escribir, si la vida me da aún ocasión. Te invité varias veces a reunirnos sólo a contar anécdotas, a olvidarnos del “orden jurídico”. No fue posible; guardo todavía esperanzas de que sea posible.

BIBLIOGRAFÍA VERGONZOSA Y VERGONZANTE

AA.VV.

De los delitos y de las víctimas, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1992

Baratta, Alejandro

Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del Derecho penal, en “Poder y control”, Barcelona, 1966, n° 0

Bovino, Alberto

La persecución penal pública en el Derecho anglosajón (Ministerio público, en “Pena y Estado”, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1997, Año 2, n° 2

Brecht, Bertolt

Der Ausburger Kreidekreis, en *Kalendergeschichten*, Ed. rororo Taschenbuch, R.F.A., 1953

Der kaukasische Kreidekreis, en *Stücke*, Bibliothek der Weltliteratur, Ed. Aufbau, Berlin u. Weimar (RDA), 1979, en especial, n° 6

Cafferata Nores, José I.

Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2000, 3, c, y 5/6.

Creus, Carlos

La acción resarcitoria en el proceso penal, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe (R.A.), 1985

Foucault,

La verdad y las formas jurídicas, 3a. reimpresión, México, Ed. Gedisa, 1988, 3ª conferencia

Hassemer, Winfried

Sicherheit durch Strafrecht, conferencia dictada el 24/3/2006 en la Paulskirche, Frankfurt del Meno (R.F.A.), traducida al castellano por Gabriela Córdoba y Julio B. J. Maier como *Seguridad por intermedio del Derecho penal*, en el libro *¿Tiene un futuro el Derecho penal?*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009

Maier, Julio B. J.

Blumbergstrafrecht, en “Nueva Doctrina Penal”, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2004/B

Derecho procesal penal, t. I, *Fundamentos* (2ª edición), Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1996, § 6, E y H, y § 7, D; t. II, *Parte general. Sujetos procesales* (1ª edición), Buenos Aires, 2003, § 13, A; y t. III, *Parte general. Actos procesales* (1ª edición), Buenos Aires, 2011, *Adenda*.

Die Zukunft des Strafrechts, en *Festschrift für Winfried Hassemer*, Ed. C. F. Müller, Heidelberg (R.F.A.), 2010

Estado democrático de Derecho, Derecho penal y procedimiento penal, en *¿Tiene un futuro el Derecho penal?*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009

Función normativa de la nulidad, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2014

¿Lynch?, Página 12, Buenos Aires, jueves 3/04/2014

La víctima y el sistema penal, en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992

Orden o desorden jurídico, Página 12, Buenos Aires, viernes 21/06/2013

Parece mentira, “Revista de Derecho penal y procesal penal”, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, febrero, 2013/2

Pena y política, Página 12, Buenos Aires, viernes 7/03/2014

Núñez, Ricardo C.

La acción civil en el proceso penal, 2a. edición actualizada, Ed. Marcos Lerner, Córdoba (R.A.), 1982

Pastor, Daniel R.

La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos, en “NDP”, Ed. del Puerto, Buenos Aires 2005, A

Silva Sánchez, Jesús María

¿Nullum crimen sine poena? sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”, en “Revista de Derecho penal y Criminología”, vol. 29, nros. 86-87, Bogotá, Colombia

Soler, Sebastián

Algunas cuestiones civiles en el Proyecto de Código penal, en Soler-Orgaz, *Aspectos civiles de la reforma penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1962

Vélez Mariconde, Alfredo

Acción resarcitoria, Ed. del autor, Córdoba (R.A.), 1965

Walsh, María Elena

El reino del revés, canción (letra y música) de la autora en el CD editado por Página 12, *María Elena Walsh 1*, Buenos Aires, s.f.

LA PROTECCIÓN CIVIL DE LA VÍCTIMA DEL CRIMEN EN EL SISTEMA ADVERSARIAL NORTEAMERICANO: VIEJOS ANACRONISMOS, NUEVAS TENDENCIAS ¹

Juan Luis Gómez Colomer
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Jaume I de Castellón (España)

INTRODUCCIÓN

Muchos autores han tratado comparativamente el tema de la posición jurídica de la víctima en el proceso penal tomando como referente el sistema adversarial de enjuiciamiento criminal, llamado erróneamente acusatorio en Europa y en América Latina, esto es, el sistema que, formado en Inglaterra a lo largo de los siglos con base en el *Common Law*, se expande y rige en los Estados Unidos de América, haciéndolo famoso y exportable el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos de Norteamérica, hoy con el inestimable apoyo de la Administración federal norteamericana a través de diferentes proyectos de ayuda económica a Estados, principalmente de América Latina, para el reforzamiento del sector Justicia y la mejora de sus normas e instituciones jurídicas, particularmente una renovación total de su Derecho Penal y de su Derecho Procesal Penal.

Ese tratamiento se ha realizado desde varias ópticas, y también en conjunto, pero siempre desde un punto de vista exclusivamente penal o procesal penal. Sobresalen ante todo los numerosos estudios, comparativos o no, del importante tema de la reparación de la víctima del delito, fundamentalmente a través o del ejercicio del principio de oportunidad en estado puro (Justicia negociada), o de una de sus evoluciones más modernas, la llamada Justicia restaurativa o reparadora, pero siempre dentro del proceso penal incoado.

Los resultados de la comparación, cuando se ha tratado de implementar el sistema adversarial, han sido muy preocupantes para las Repúblicas expectantes ante la ayuda económica que va a permitir por fin la renovación de los códigos penales y procesales penales. Sencillamente, la víctima no ha importado en Estados Unidos desde un punto de vista penal nunca, y si ahora parece que importe algo no es precisamente por razones jurídicas, sino políticas². Ante esa sorpresa, las Repúblicas latinoamericanas han preferido por regla general mantener sus propias estructuras (no adversariales, incluso provenientes claramente del sistema inquisitivo) para dar cancha a la víctima, ciertamente mejoradas, ante la injusticia de semejante olvido.

1 *Este escrito ha sido elaborado gracias a la concesión de una Beca por la Generalitat Valenciana para realizar una estancia de investigación de dos meses en el verano de 2012 en la PACE University, School of Law, White Plains, New York. Agradezco al Prof. Luis Chiesa su enorme paciencia para que, mediante sus detalladas explicaciones, el autor pudiera entender in situ correctamente esta difícil cuestión.*

2 *Una magnífica visión general del tema penal en TOBOLOWSKY, P.M. / GABOURY, M.T. / JACKSON, A.L. / BLACKBURN, A.G., *Crime Victim Rights and Remedies* (2ª ed.), Ed. Carolina Academic Press, Durham, NC (USA) 2010, *passim*, libro que será muy citado en las páginas siguientes al ser el mejor en nuestra opinión sobre la materia. En mi libro, *Víctima del delito y proceso penal*, Ed. Aranzadi, Pamplona 2014, *passim*, en prensa, trato ampliamente la cuestión procesal penal de la víctima igualmente, con referencias importantes para nuestros sistemas y comparativamente con Alemania, Italia y la Unión Europea*

Este artículo, un modesto homenaje al querido Luis Paulino Mora Mora, un ejemplo de honradez, probidad, laboriosidad y bonhomía para todos nosotros, para quien el tema de la víctima del delito era una de sus máximas preocupaciones, pretende explicar la tutela civil de la víctima del delito en los Estados Unidos de Norteamérica, un tema escasamente tratado en la doctrina de habla española.

Evidentemente, deben hacerse referencias al proceso penal incoado contra el autor de las ofensas y de los daños y perjuicios producidos a la víctima, pero serán concretas y obligadas. La doctrina norteamericana no suele conectar entre sí el tema de la posición jurídica de la víctima en el proceso penal y la reparación de la misma víctima en el proceso civil, cuando ontológicamente ambos temas deben estar indisolublemente unidos, porque sin la reparación civil la Justicia penal es para la víctima ciertamente un tema, si no ajeno, sí menor.

En tanto en cuanto a la víctima importe más un trato social reconfortante, una protección de la Administración específica, y que le devuelvan lo ultrajado o quitado, o no siendo posible le indemnicen por ello, el proceso civil reparador no puede estar desconectado del proceso penal represor.

Afronto en consecuencia un tema que en Estados Unidos no es analizado generalmente por la doctrina penalista, con la intención de llamar la atención sobre una de las debilidades más grandes del sistema adversarial, la situación jurídica de la víctima del delito, y lo hago críticamente, porque me parece que esta solución no debe implementarse con los condicionantes tan definidos que en aquel gran país se produce. En definitiva, en vez de aliviar la posición jurídica de la víctima su reparación externa al propio proceso penal, es decir, en un proceso civil, que es la solución tradicional del *Common Law*, en mi modesta opinión creo que contribuye a una mayor victimización secundaria de la víctima, por la carga adicional que le supone.

1. LA PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA SÓLO ES POSIBLE REALMENTE EN EL SISTEMA ADVERSARIAL A TRAVÉS DEL PROCESO CIVIL, LA ÚNICA VÍA PRÁCTICAMENTE DE REPARACIÓN.-

Comenzaré afirmando que si contemplamos el problema de la satisfacción civil de la víctima desde la perspectiva española y en general latinoamericana, la cuestión es difícil de explicar, porque aunque como es obvio la restitución de la cosa y la reparación del daño o indemnización de perjuicios tienen cabida en todos los sistemas procesales penales propios de un estado de derecho, la vía anglosajona y, en concreto la solución norteamericana, es bastante compleja.

En este sentido, existe una doble posibilidad para que la víctima sea compensada³, es decir, vea recompensado y satisfecho el daño civil (privado) que el hecho ilícito que es el delito le ha producido:

1ª) En el proceso penal: Se produce únicamente mediante la restitución de la cosa propiedad de la víctima que ha sido robada, hurtada o apropiada indebidamente.

La restitución tiene naturaleza jurídica de pena. Como tal opera antes del juicio oral si existe conformidad entre las partes porque han negociado la declaración de culpabilidad, en cuyo caso el juez dicta sentencia

³ *La compensación de la víctima es una idea del Welfare State (Estado Asistencial) americano, vide DUBBER, M.D., Victims in the War on Crime. The Use and Abuse of Victim's Rights, Ed. New York University Press, New York and London 2002, pág. 8. Este autor sostiene en este libro (su tesis doctoral, escrita parcialmente en Alemania) como argumento principal que la lucha contra el crimen en Estados Unidos es un programa político relacionado con el movimiento a favor de los derechos de las víctimas.*

sin juicio, e impone la pena (generalmente de prisión) acordada más la pena de restitución o entrega de la cosa a la víctima propietaria⁴.

Si tras el veredicto de condena hay que esperar a la sentencia, supuesto menos frecuente que el anterior en la práctica, la restitución es también una pena, sólo que para obtener la devolución de la cosa robada, hurtada o apropiada indebidamente, es necesario un debate entre las partes y el juez (ahora también con Jurado en el sentido que indicamos *infra*), tras el cual se impone la pena, incluida la de restitución, en la sentencia de condena, conforme a las reglas generales.

Esta pena se regula en la legislación federal y en las estatales. Se introdujo en el sistema federal por la *Victim and Witness Protection Act* de 1982 (“Ley de Protección de Víctimas y Testigos”), con el fin de conseguir una mejor reparación del daño causado a la víctima. Si no se devuelve la cosa hurtada o robada, o se repara de otra manera el daño, el condenado no puede obtener el beneficio de la sentencia de condena a prueba (*Probation*). Aquí la satisfacción de la pena de restitución opera como condición o requisito esencial para obtener dicho beneficio⁵.

No entramos en los aspectos más importantes de la pena de restitución, precisamente por ser una pena e imponerse en el proceso penal⁶.

2ª) En el proceso civil: Si la cosa robada, hurtada o apropiada indebidamente no ha aparecido, o ha aparecido dañada, o si el hecho ilícito que es el delito ha producido un daño, sea patrimonial, sea moral, evaluable económicamente o no, la satisfacción de la víctima debe obtenerse en un proceso civil y no en el mismo proceso penal en el que ha sido condenado quien le ha causado el daño⁷.

Dependerá de estrategias procesales decidir si ese proceso civil es instado por la víctima al mismo tiempo que se desarrolla el proceso penal, o al terminar éste con una sentencia de condena. No hay jurisprudencia que obligue a esperar⁸. Usualmente, las víctimas suelen esperar a la finalización del proceso penal, porque con una sentencia de condena tienen mucho más fácil probar los hechos en el proceso civil⁹, pero el proceso civil es en estos casos la única vía.

4 Véase TOBOLOWSKY, P.M. / GABOURY, M.T. / JACKSON, A.L. / BLACKBURN, A.G., *Crime Victim Rights and Remedies*, cit., pág. 11.

5 Véase el “Código Penal Modelo” norteamericano en *MODEL PENAL CODE AND COMMENTARIES*, 7 volúmenes, Ed. American Law Institute, Philadelphia 1980-1985. En el primer volumen está el texto propuesto, y en los demás volúmenes los comentarios, divididos en dos partes. Consúltense también TOBOLOWSKY, P.M. / GABOURY, M.T. / JACKSON, A.L. / BLACKBURN, A.G., *Crime Victim Rights and Remedies*, cit., págs. 12 y 13.

6 Nos remitimos a nuestro libro *Víctima del delito y proceso penal*, en prensa, cit. en la nota 2.

7 Ninguna norma, costumbre o jurisprudencia lo establece así, sencillamente lo penal es penal y lo civil es civil, y cada uno de esos derechos materiales tienen su propio proceso para resolver sus conflictos. Como sucede en España, habría hecho falta una norma, costumbre o jurisprudencia específica para decir lo contrario. Al no haberla, la independencia de jurisdicciones es total.

8 Tampoco hay norma, costumbre o jurisprudencia alguna que sustente esta opinión, se puede hacer en cualquier momento por consiguiente, aunque lo que matizamos a continuación en el texto es la realidad.

9 A veces esa sentencia tiene carácter prejudicial, a veces no. El tema es complejo. Hay una regla probatoria, la Regla 803 (22) de las *Federal Rules of Evidence*, cit., que permite presentar la condena penal en un proceso civil como prueba. Se trata de una excepción a la regla general de exclusión de la prueba de referencia (Hearsay), pues la condena penal sería Hearsay, ya que es lo que dijo otra persona acerca de la culpabilidad del acusado. Se pueden consultar en http://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_803, también con comentario y cita de sentencias del *Advisory Committee on Proposed Rules*. Pero una cosa es la presentación y admisión de esta prueba, y otra cosa es su valoración. En Estados Unidos, el valor probatorio de la condena penal en el proceso civil es el que le quiera dar el juzgador (Jurado o Juez), si bien en la práctica se suele afirmar que esa condena tiene un “peso sustancial” y que usualmente será determinante, salvo que el demandado (el condenado en el proceso penal) tenga una explicación suficientemente buena como para que se pueda ignorar dicha condena. Véase SHIPLEY, W.E., *Conviction or Acquittal as Evidence of the Facts on which it was based in Civil Action*, 18 A.L.R. 2d 1287 (1951), actualizado semanalmente, WestLawNext, con cita de numerosa jurisprudencia de los estados.

2. SU FUNDAMENTO EN EL DERECHO DE DAÑOS NO CONTRACTUALES.-

El fundamento material de la pretensión presenta diferencias con España y Latinoamérica que son muy apreciables. Haciendo un esfuerzo de síntesis, diré que el derecho que entra ahora en juego es el Derecho de Daños No Contractuales (*Tort Law*), puesto que el daño se produce por un hecho ilícito (el delito), y no como consecuencia del incumplimiento de un contrato¹⁰.

No ha sido siempre clara la distinción entre daño civil (*Tort*) y daño o lesión penal (*Harm*), puesto que es casi seguro que ambos tuvieron el mismo origen y fundamento. Sólo diré que fue el Derecho Romano el que reguló el *tortum* o conducta antijurídica, y que fueron los jueces ingleses que se formaron en las mejores universidades europeas a partir del siglo XI en donde se enseñaba Derecho Romano, quienes trasladaron el concepto al sistema jurídico anglosajón¹¹.

Después de largas discusiones, provenientes de los propios comentarios de BLACKSTONE, puede afirmarse que el daño civil es medible económicamente, independientemente de la actitud moral del autor respecto a la víctima, mientras que el daño o lesión penal no es medible en dinero considerando a la sociedad, y que además su comisión exige siempre una culpabilidad moral¹².

Pues bien, el daño civil o *Tort*, puede ser intencional (*Intentional*) o no intencional (*Negligent*), de manera tal que quedan comprendidas las dos posibilidades delictivas en cuanto a su culpabilidad: Si el delito fue doloso, el daño civil es intencional; y si el delito fue culposo o negligente, el daño civil es no intencional.

La teoría y casos del *Tort Law* es Derecho Común, es decir, es *Common Law* y, por tanto, no se basa en leyes escritas (no es Derecho estatutario), con alguna excepción¹³, sino en decisiones judiciales y en los precedentes judiciales vinculantes ya fijados.

Los siglos de evolución práctica han ido construyendo las diferentes categorías que integran el Derecho de Daños no Contractuales y los requisitos que ineludiblemente tienen que darse para su apreciación. Por ejemplo, se considera un caso de *Tort Law* el daño producido por quien intencionalmente toma contacto con otra persona (agresión civil o *Battery*), y se exige para que se dé una condena civil que exista intención de dañar y que se haya producido un daño o un contacto ofensivo.

Esta agresión civil (que nada tiene que ver con el delito del mismo nombre, que se traduce por delito de agresión física o delito de lesiones), debe probarse de dos maneras, primera, demostrando el hecho que ha acaecido, de forma tal que si no se hubiera producido la agresión no se habría producido el daño ("*But For*" Cause)¹⁴, y segunda, demostrando la causa próxima (*Proximate Cause* o *Legal Cause*)¹⁵, en el supuesto de que al tratarse de daño intencional fuera esto último imprescindible, puesto que generalmente basta con la primera en estos casos, a diferencia de los daños negligentes en que hay que probar las dos.

10 Véase una pedagógica definición de *Tort* en HASEN, R.L., *The Glannon Guide to Torts*, Ed. Aspen-Wolters Kluwer, New York 2009, págs. 3 a 5.

11 Véase sobre los antecedentes históricos del *Tort Law* en el mundo anglosajón el resumen de VETRI, D. et als, *Tort Law and Practice* (3ª ed.), Ed. LexisNexis – Matthew Bender, Newark, NJ, 2006, págs. 11 a 13, y bibliografía que cita, entre la que recomiendo CALNAN, A., *A Revisionist History of Tort Law: From Holmesian Realism to Neoclassical Rationalism*, Ed. Carolina Academic Press, Durham, NC, 2005.

12 Véase sobre este punto clave el clásico comentario de HALL, J., *General Principles of Criminal Law* (2ª ed.), Ed. Lawbook Exchange, Clark, NJ, second printing 2006 of the edition 1947, págs. 240 a 246, esp. pág. 244.

13 Por ejemplo, la responsabilidad por el producto (*Products Liability*), tratada en toda la bibliografía citada en este escrito sobre esta materia.

14 Véase la excelente explicación de esta regla en la sentencia *Cay v. State of Louisiana*, 631 So.2d 393 (La. 1994).

15 Véanse sobre la causa próxima o legal las explicaciones de DIAMOND, J.L. / LEVINE, L.C. / BERNSTEIN, A., *Understanding Torts* (4ª ed.), Ed. Lexis Nexis, Newark, NJ, 2010, págs. 187 y ss.

Al lado de la agresión, existen otros muchos casos que conforman el Derecho de Daños No Contractuales intencionales: Asalto (*Assault*), prisión falsa, contacto dañino con propiedad mueble (*Trespass to Chattel*), producción intencional de daños mentales (*Intentional Infliction of Mental Distress*), etc.¹⁶

Entre los daños no intencionales son de citar: Negligencia profesional (*Professional Negligence*), diversas infracciones negligentes de deberes, daños y perjuicios (*Damages*), responsabilidad por el producto (*Product Liability*), actividades molestas (*Nuisance*), daños no contractuales económicos, abuso procesal (*Misuse of Legal Process*), difamación (*Difamation*), o atentado contra la privacidad (*Invasion of Privacy*), etc.¹⁷

En consecuencia, la víctima tiene que formular en su demanda una pretensión civil (acción), demandando al autor del delito por el daño, patrimonial o moral, que el ilícito delictivo le ha producido. Pero, a la vista de lo explicado, ¿en qué fundará su pretensión? Es decir, ¿qué figura del *Tort Law* será la apropiada y escogida para configurar el objeto del proceso civil a iniciar?

La respuesta a esta cuestión es variadísima, porque la creación judicial del Derecho de Daños No Contractuales en el mundo anglosajón se realiza y abarca tiempos inmemoriales y, en consecuencia, la casuística es amplísima¹⁸. Tomaré no obstante cuatro ejemplos ilustrativos para que se comprenda bien esta gran diferencia con nuestro sistema. Veámoslos:

1º) Pretensión civil en caso de condena o absolución por un delito de asesinato (*First-Degree Murder, Second-Degree Murder, Third-Degree Murder*¹⁹), o por un delito de homicidio (*Homicide* o *Manslaughter*): En estos casos, la víctima demandante en el proceso civil tiene a su disposición la pretensión (*Action*) por muerte antijurídica (*Wrongful Death*)²⁰.

El *Wrongful Death Tort* pertenece a aquellas acciones establecidas para compensar el daño que se ha producido a terceros, además de a la persona directamente afectada, por la muerte criminal de un ser humano. Ello suele afectar especialmente a la familia, y en la mayor parte de los casos, al cónyuge. El perjuicio (*Injury*) sufrido, al exceder de un único ámbito personal, exige requisitos específicos²¹.

De entrada, esta acción no es sorprendentemente de creación jurisprudencial, sino legal²², siendo adaptada por todos los estados norteamericanos, que tienen su propia legislación al respecto.

Legitimado para interponer la pretensión está el cónyuge supérstite, los padres y los hijos de la persona fallecida.

16 Véase DRESSLER, J., *Cases and Materials on Criminal Law* (5ª ed.), Ed. Thomson/West, St. Paul, MN, 2009, págs. 9 a 29.

17 Véase DRESSLER, J., *Cases and Materials on Criminal Law*, cit., págs. 93 y ss.

18 Lo cual no quiere decir que no sea una institución en permanente evolución y que no presente problemas de futuro, v. RABIN, R.L., *Perspectives on Tort Law*, Ed Aspen, New York 1995, esp. sus capítulos 5 y 8, págs. 184 y ss., y 344 y ss., respectivamente. Vide también último apartado de este escrito infra.

19 Es un poco complejo de traducir porque no son figuras delictivas equivalentes exactamente a las nuestras: El asesinato en primer grado es intencional con agravante cualificada, como premeditación o matar a un policía; el asesinato en segundo grado es asesinato intencional que no tiene agravantes cualificadas; y el asesinato en tercer grado es asesinato involuntario o negligente, por ejemplo con dolo eventual o por arrebato, que no existe en todos los estados y en algunos otros es homicidio. El homicidio también tiene sus grados. Puede consultarse DRESSLER, J., *Cases and Materials on Criminal Law*, cit., págs. 235 y ss.

20 Véanse DIAMOND, J.L. / LEVINE, L.C. / BERNSTEIN, A., *Understanding Torts*, cit., págs. 162 a 165.

21 Véanse BEST, A. / BARNES, D.W., *Basic Tort Law* (3ª ed.), Ed. Aspen Publishers - Wolters Kluwer, New York 2010, págs. 581, 582 y 589 a 591.

22 Antes de que una Ley inglesa de 1846 la regulara, concretamente la Lord Campbell's Act, 9 & 10 Victoria C.93 (1846), no existía ninguna posibilidad, ni legal ni jurisprudencial, en esta materia. Véase KOSKOFF, Th.I., *Wrongful Death Actions*, 12 AMJUR TRIALS 317 (1966), actualizado en abril de 2011, WestLawNext, ap. II A), § 4.

En la actualidad, la indemnización que se puede solicitar abarca no sólo los daños económicos estrictos que produce la muerte de la única persona que trabajaba en el hogar, por ejemplo, sino también los daños afectivos o morales que se sufren por la muerte. No obstante, las posibilidades de recuperación del daño sufrido no son iguales en todos los estados.

Todas las legislaciones exigen al demandante que pruebe la cuantía económica del daño sufrido, lo que casi nunca es sencillo, y en función del caso (muerte violenta de una persona mayor, de un joven, o de un niño), puede haber dificultades extremas. Y no hay que olvidar que el demandado (el autor del delito) siempre tiene el derecho de defenderse y oponer excepciones.

2º) Pretensión civil en caso de condena o absolución por un delito contra la propiedad (*Robbery*, robo; *Theft*, hurto, estafa, apropiación indebida)²³: En estos casos la víctima demandante en el proceso civil tiene a su disposición varios tipos de pretensiones, en función de si el delito fue intencional o no intencional:

- a) Si los hechos se produjeron intencionalmente, hay tres *Actions* en función de lo sucedido, para exigir la indemnización y reparación del daño sufrido²⁴:
1. La pretensión por contacto dañino con propiedad mueble (*Trespass to Chattel*);
 2. La pretensión por contacto dañino con propiedad inmueble (*Trespass to Land*); y
 3. La pretensión por destrucción o pérdida absoluta de valor de la cosa (*Conversion*), que obliga a la víctima a prescindir de ella.

Si no hubiera daños evaluables económicamente, se estaría ante los daños nominales (*Nominal Damages*). Estos son de naturaleza simbólica, v.gr., se condena al demandado a pagar \$1 USD, pero de gran valor jurídico-social, porque suponen condena y, por tanto, demuestran que se ha producido una ingerencia en la integridad del demandante, lo que además conlleva un fin social claramente ejemplarizante²⁵.

- b) Si los hechos se produjeron en forma no intencional, la *Action* es una pretensión general por *Negligent Tort* (daño no contractual negligente).

Estas pretensiones son aplicables a prácticamente todos los casos en los que las propiedades de la víctima hayan sido dañadas de alguna manera, lo que incluye la privación del bien o la usurpación de su posesión ilegítimamente. Está siempre legitimada la víctima del delito, ahora demandante en el proceso civil.

La jurisprudencia, en la creación judicial de estas categorías de *Torts*, ha indicado que no se requiere mala fe del demandado, sino que basta con el mero intento de causar daños patrimoniales en la propiedad privada de la víctima, lo cual es importante cuando el proceso civil trae causa de una absolución penal²⁶.

23 *Theft es la categoría general superior de esos delitos contra la propiedad, excluido el robo. Generalmente suele traducirse por hurto, pero es incorrecto. En realidad el Theft comprende el hurto (Larceny), la estafa (Theft by false pretenses) y la apropiación indebida (Embezzlement). Véase DRESSLER, J., Cases and Materials on Criminal Law, cit., págs. 916 y ss.*

24 Véanse BEST, A. / BARNES, D.W., *Basic Tort Law*, cit., págs. 739 a 748.

25 Véanse sobre los daños nominales DIAMOND, J.L. / LEVINE, L.C. / BERNSTEIN, A., *Understanding Torts*, cit., págs. 211 y 212.

26 Véase el caso RANSON vs. KINTER, en TWERSKI, A.D. / HENDERSON, J.A., *Torts. Cases and Materials (2ª ed.)*, Ed. Aspen – Wolters Kluwer, New York 2008, págs. 10 y 11, un caso de 1889 en el que una persona mató al perro de alguien creyendo razonablemente que era un lobo; y J.L. / LEVINE, L.C. / BERNSTEIN, A., *Understanding Torts*, cit., págs. 19 y 20.

Si no hay daños evaluables, las interferencias triviales con la propiedad no son objeto de tutela. Aquí entraría en juego para cubrir este aspecto la pena de restitución (pero recordemos, en el proceso penal, v. *supra*).

3º) Pretensión civil en caso de condena o absolución por un delito de lesiones (*Battery*)²⁷: En este caso, la víctima demandante en el proceso civil tiene a su disposición varios tipos de pretensiones igualmente, en función de si las lesiones se causaron intencionalmente o no²⁸:

- a) Si los hechos fueron intencionales, tiene a su disposición la *Action* por agresión (*Battery*), antes comentada por vía de ejemplo.
- b) Si los hechos no fueron intencionales, la *Action* es, como en el caso anterior, la pretensión general por daños no contractuales negligentes (*Negligent Tort*), que es suficiente para otorgar la debida protección.

Hay que tener en cuenta que los daños cubren aquí aspectos múltiples y que pueden ser muy cuantiosos: Hospital, médicos, medicinas, curas, rehabilitación, pérdida de días laborales, negocios frustrados, secuelas, daños morales, etc.²⁹

La víctima legitimada para la pretensión tiene que probar que hubo un daño producido intencionalmente o no, producto de la agresión o contacto ofensivo. No se exige que haya relación personal previa entre el causante del daño y la víctima, pero la razón del daño o del contacto ofensivo tiene que estar prevista legalmente, en este caso, el delito cometido³⁰.

4º) Pretensión civil en caso de condena o absolución por un delito medioambiental (*Environmental Crime*): Aquí la víctima demandante tiene a su disposición también varias *Actions*, en donde entran en juego diferentes criterios de responsabilidad, lo que complica el tratamiento jurídico de la cuestión³¹.

Si pensamos por ejemplo en un delito de envenenamiento de agua potable de una ciudad, sus habitantes podrían interponer muchas pretensiones, por ejemplo alguna o algunas de las siguientes³²:

- a) Frente a una responsabilidad general, la pretensión típica será la de responsabilidad por el producto (*Product Liability*)³³.

27 En algunos estados es *Assault*. También se entiende *Bodily Injury*, pero el delito de lesiones típico es en Estados Unidos el de *Battery*. Véanse BOYCE, R.N. / DRIPPS, D.A. / PERKINS, R.M., *Criminal Law and Procedure. Cases and Materials* (11ª ed.), Ed. Thomson Reuters-Foundation Press, New York 2010, págs. 196 y ss.

28 DIAMOND, J.L. / LEVINE, L.C. / BERNSTEIN, A., *Understanding Torts, cit.*, págs. 6 a 9.

29 BEST, A. / BARNES, D.W., *Basic Tort Law, cit.*, págs. 15 a 39.

30 Véase sobre la causa fáctica y la causa legal en el daño no contractual EPSTEIN, R.A., *Torts*, Ed. Aspen, New York 1999, págs. 247 y ss.; y GLANNON, J.W., *The Law of Torts*, Ed. Aspen, New York 2005, págs. 137 y ss.

31 Vide STARR, J.W. / FLACK, B.L. / FOLEY, A.D., *A new Intersection: Environmental Crimes and Victims' Rights*, 23-WTR Nat. Resources & Env't 41, Winter, 2009, págs. 42 y ss.

32 Véase un buen resumen en ROSS, D.L., *Civil Liability in Criminal Justice* (5ª ed.), Ed. Matthew Bender - Lexis Nexis, Newark, NJ, 2009, págs. 23 y ss.; y en DIAMOND, J.L. / LEVINE, L.C. / BERNSTEIN, A., *Understanding Torts, cit.*, págs. 265 a 306.

33 Véanse en general sobre la responsabilidad por el producto: HENDERSON, J.A. / TWERSKI, A.D., *Products Liability. Problems and Process* (6ª ed.), Ed. Aspen-Wolters Kluwer, New York 2008, esp. págs. 3 a 46. Es un tema complejo, aunque los datos ofrecidos en el texto son suficientes, y lo es porque en algún supuesto la responsabilidad general por el producto (*Product Liability*) puede transformarse en una responsabilidad sin culpa u objetiva (*Strict Liability*), por ejemplo en caso de defecto de manufacturación del mismo (el producto tiene un defecto de fabricación que no ha sido creado deliberadamente), v. DIAMOND, J.L. / LEVINE, L.C. / BERNSTEIN, A., *Understanding Torts, cit.*, págs. 276 a 289.

- b) En caso de responsabilidad objetiva, la pretensión será la de responsabilidad estricta (*Strict Liability*).
- c) Dada la impresionante variedad de casos en que se puede dar, se ha ido ampliando el *Tort Law* en este aspecto considerablemente, apareciendo varias pretensiones especiales, muchas de ellas aplicables a demandas colectivas, en cuyo caso serían aplicables las *Mass Torts*, creadas generalmente por leyes estatales³⁴.
- d) Finalmente, siempre quedará la posibilidad, en caso de conducta negligente, de la *Negligent Tort Action*³⁵.

Destaquemos que la indemnización por daños y perjuicios (*Compensatory Damages*) incluirá tanto los daños patrimoniales como los no patrimoniales³⁶.

En las conductas negligentes el criterio del “debido cuidado” (*Duty of Care*) juega un papel importantísimo, pues las normas a cumplir por el demandado son generalmente muchas y muy variadas, en tanto en cuanto no afecta sólo a la venta o distribución de un producto o resultado de un proceso de fabricación, sino a todo el conjunto empresarial, sujeto tanto a normas mercantiles como administrativas.

En caso de actividades peligrosas, la prueba del riesgo o peligro puede ser difícil, aunque la condena penal la facilitará sin duda³⁷.

Estos ejemplos son suficientes, pero sepa el lector especialista que hay jurisprudencia para todos los casos posibles de daños ilícitos como consecuencia del delito. Es importante no olvidarlo³⁸.

3. SU PRETENDIDA FACILIDAD Y MENOR COMPLEJIDAD PARA JUSTIFICAR LA PROTECCIÓN LIMITADA

La demanda, en cualquiera de estos ejemplos, y en todos los demás posibles dentro del Derecho de Daños No Contractuales que fuesen aplicables a las víctimas de delitos, inaugura un proceso civil (ordinario diríamos nosotros, pero esta clasificación no tiene sentido en el proceso civil anglosajón), en el que se reclama una cantidad económica³⁹, es decir, en nuestra terminología, interpone una pretensión declarativa de condena a entregar una cantidad de dinero.

³⁴ Sobre este punto concreto, v. LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El sistema de las class actions en los Estados Unidos de América*, Ed. Comares, Granada 2011, págs. 127 y ss.

³⁵ Véanse Zimmerman, A.S. / Jarosd, D.M., *The Criminal Class Action*, 159 U. Pa. L. Rev. 1385, April, 2011, págs. 1395 y ss.

³⁶ BEST, A. / BARNES, D.W., *Basic Tort Law*, cit., págs. 641 a 662 por un lado, y 663 a 738 por otro.

³⁷ Sobre el complejo tema de la prueba de la negligencia, v. EPSTEIN, R.A., *Torts*, cit., págs. 163 a 219. Si la actividad es extremadamente peligrosa, v.gr., la producción de energía por una central nuclear, la prueba es mucho más fácil, o a veces incluso irrelevante, al producirse una responsabilidad objetiva o sin culpa, vide sobre ello DIAMOND, J.L. / LEVINE, L.C. / BERNSTEIN, A., *Understanding Torts*, cit., págs. 253 a 262.

³⁸ Véanse, para consulta de los casos más importantes, además de los libros sobre Torts citados: FARNSWORTH, W. / GRADY, M.F., *Torts. Cases and Questions* (2ª ed.), Ed. Aspen, New York 2004; GALLIGAN, Th.C. et als, *Tort Law. Cases, Perspectives and Problems* (4ª ed. revisada), Ed. LexisNexis – Matthew Bender, Newark, NJ, 2007; GOLDBERG, J. / SEBOK, J. / ZIPURSKY, B.C., *Tort Law. Responsibilities and Redress* (2ª ed.), Ed. Aspen – Wolters Kluwer, New York 2008; HENDERSON, J.A. et als, *Tue Torts Process* (7ª ed.), Ed. Aspen – Wolters Kluwer, New York 2007; LITTLE, J.W. / LIDSKY, L.B. / LANDE, R.H., *Torts: The Civil Law of Reparation for Harm Done by Wrongful Act* (3ª ed.), Ed. LexisNexis – Matthew Bender, New Providence, NJ, 2009; WEAVER, R.L. et als, *Torts. Cases, Problems and Exercises* (2ª ed.), Ed. LexisNexis – Matthew Bender, Newark, NJ, 2005.

³⁹ Véanse SHREVE, G.R. / RAVEN-HANSEN, P., *Understanding Civil Procedure* (4ª ed.), Ed. LexisNexis – Matthew Bender, Newark, NJ, 2009, págs. 3 y 4, y 279 y ss.; y HAZARD, G. C. / TARUFFO, M., *La Justicia Civil en los Estados Unidos* (trad. F. Gascón Inchausti), Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona 2006, págs. 116 y ss. y 171 y ss.

Este proceso civil puede ser con Jurado, si así lo desean las partes y las leyes del estado en que tenga lugar el juicio lo permiten. A diferencia del Jurado penal, el Jurado civil no es constitucionalmente obligatorio para los estados (pero sí para la administración federal), porque la Enmienda VII no está afectada por la Enmienda XIV como derecho que debe incorporarse en los estados, según ha declarado el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos de Norteamérica, y nunca se ha incorporado⁴⁰. La cantidad mínima de la reclamación económica interpuesta en la pretensión para que el Jurado sea procedente es de 20 USD (Enmienda VII de la Constitución), que al no haber sido modificada nunca (pues requeriría otra enmienda constitucional) ya no opera en la práctica lógicamente como requisito⁴¹.

Obviamente, la demanda deberá fundarse fáctica y jurídicamente, y ofrecerá prueba suficiente para obtener la condena del demandado. El *Common Law* ha desarrollado en los casos de *Torts* una jurisprudencia muy precisa sobre los requisitos que deben concurrir en cada caso, las defensas y excepciones que tiene a su favor el demandado, los criterios aplicables para los casos de negligencia (v.gr., “persona razonable”, *Reasonable Person Standard*), la casuística de infracción negligente de deberes, y la prueba del incumplimiento y de la causa que llevó a la responsabilidad del daño, es decir, la prueba de que la conducta intencional o negligente del demandado fue la que produjo el daño realmente (que puede ser fáctica o legal).

Si la prueba triunfa, la sentencia condenará al demandado al pago de la indemnización fijada, que generalmente será equivalente al daño producido si fuera tasable (daños compensatorios), y si no lo fuera, se fijará una cantidad como daño moral. En caso de daño intencional, la sentencia puede fijar además otra indemnización por daños punitivos⁴².

La opción por el proceso civil responde también a una estrategia de política penal pública (política criminal) en los Estados Unidos de Norteamérica, y no es otra que un deseo de la jurisprudencia primero, y después del legislador, de facilitar las cosas a las víctimas, en el sentido de que para ella la llevanza del proceso civil representa menos dificultades que el proceso penal, y tiene además ciertos atractivos a los que es difícil renunciar.

Aunque como veremos esta estrategia es discutible que sea la solución idónea, así es. Es mejor el proceso civil para las víctimas, se dice en los Estados Unidos, por estas dos razones:

1ª) Las reglas probatorias son más laxas en el proceso civil que en el proceso penal. En el proceso penal la condena sólo es posible más allá de cualquier duda razonable, lo que implica en la práctica un convencimiento de casi el 100% de que el acusado cometió el delito, mientras que en el proceso civil el demandado sólo es condenado si se da la preponderancia (*Preponderance of Evidence*), es decir, si el Jurado o el juez está convencido en más de un 50% de que causó el daño⁴³. Obviamente, no se trata de porcentajes de persuasión, sino de calidad de la persuasión. Un único testigo puede ser suficiente para lograr esa fuerza.

40 Esto explica, por ejemplo, que el estado de Nueva York tenga jurado civil (v.: <http://www.nyjuror.gov/users/wwwuacs/>), y el estado asociado de Puerto Rico no.

41 Sobre la intervención del Jurado en el momento clave, la determinación de los criterios de intencionalidad o no intencionalidad (qué es ser una persona razonable, por ejemplo, en un caso de negligencia), véanse DIAMOND, J.L. / LEVINE, L.C. / BERNSTEIN, A., *Understanding Torts*, cit., págs. 69 a 71.

42 Véanse DIAMOND, J.L. / LEVINE, L.C. / BERNSTEIN, A., *Understanding Torts*, cit., págs. 211 y 212.

43 Sobre el criterio de la preponderancia, v. GIANNELLI, P.C., *Understanding Evidence* (3ª ed.), Ed. LexisNexis - Matthew Bender, New Providence, NJ, 2009, pág. 47.

Por tanto, es más fácil probar el daño civil que el delito, a pesar de las increíblemente complicadas reglas probatorias (*Rules of Evidence*) anglosajonas⁴⁴, plenas de casuística de difícil interpretación, no sólo para los europeos continentales.

2ª) Si la víctima espera a la condena penal, la sentencia es una prueba admisible en el proceso civil, en los términos referidos *supra*. Se discute si en todos los casos es vinculante para el juez civil, o más bien si facilita de tal manera la prueba de los hechos dañinos que este punto deviene en el proceso civil exento de prueba⁴⁵. Pero en cualquier caso, el que sea prueba admisible ya coloca al demandado ante un grave problema. En cambio, la condena civil no es admisible como prueba en el proceso penal⁴⁶.

Debemos añadir, finalmente, que el que exista un único proceso en el que la víctima pueda ser parte (el civil), evita sentencias contradictorias, lo que siempre sería un riesgo en caso de que fuera parte en los dos.

4. CONSECUENCIAS DE LAS MENORES EXIGENCIAS PROBATORIAS Y LA AUSENCIA DE PRINCIPIOS RIGORISTAS

La pretendida facilidad y menor complejidad del proceso civil, las menores exigencias probatorias acabadas de explicar, y la ausencia de principios rigoristas explican la situación en el *Common Law*, en el siguiente sentido:

1º) Si el autor del delito es condenado y la sentencia reconoce el daño producido, o está implícito por el tipo de delito cometido que se ha producido un daño que hay que reparar, la exigencia del proceso civil para obtener la tutela judicial efectiva es simbólica o formal, porque la víctima ahora demandante tiene casi asegurado por completo que ganará el pleito civil.

La sentencia civil tomará en consideración la condena penal generalmente como un hecho probado, tal y como sucede usualmente en la práctica, en los términos explicados *supra*, con lo que el daño será así muy fácil de probar y la víctima dispondrá de la satisfacción jurídica pertinente.

Por eso en la práctica casi nunca se desarrolla un proceso civil por entero cuando ha existido condena penal, negociando las partes extrajudicialmente la cuantía económica a percibir la víctima. Para los abogados del demandado (el autor del delito) es un caso perdido de antemano con toda seguridad.

Lo que a mí me sorprende es que esta situación tan común en la realidad no haya generado una categoría propia de *Tort*, ni en el derecho federal ni en el de los estados (aquí lo es más si cabe porque, como afirmé, el *Tort Law* se ha desarrollado mayoritariamente por los estados). Me explicaré: Si por lo visto anteriormente, determinados supuestos se han ido configurando por la jurisprudencia como casos propios del Derecho de Daños No Contractuales, es inexplicable para un europeo continental que no se haya generado una categoría propia de “Daños y Perjuicios por Condena por Delito” (en inglés se tendría que decir algo así como *Tort Liability for Criminal Conduct*).

44 Consúltese CHIESA APONTE, Ernesto L., *Tratado de Derecho Probatorio (Reglas de Evidencia de Puerto Rico y Federales)*, Ed. JTS – Abraham, Santo Domingo y San Juan 1999, tomo II, págs. 1213 y 1214, y 1232 a 1234.

45 Véase la explicación que damos en la nota 9.

46 Porque no está prevista expresamente como excepción al principio de la prohibición del Hearsay en la Regla 803 de las Federal Rules of Evidence, cit. Por tanto, la condena penal se puede aportar como prueba en un proceso civil con condiciones, pero la condena civil en ningún caso se puede aportar como prueba en el proceso penal.

Es cierto, como he ejemplificado *supra*, que la víctima tiene diversas pretensiones civiles a su disposición para obtener la reparación, pero no tengo ninguna duda que si la jurisprudencia creara una categoría propia y autónoma como la propuesta, la víctima, al menos en caso de condena en el proceso penal, estaría mucho más protegida y sería todo mucho más fácil para ella, bastándole con aportar la sentencia en donde se recoja el hecho ilícito delictivo que ha causado el daño reparable, y probar por los medios que las reglas probatorias permiten la cuantía del daño patrimonial exactamente producido, o solicitar al juez civil justificadamente, en forma principal o acumulada, la cuantía a que asciende la indemnización por daños morales que considere ajustados al perjuicio sufrido.

2º) Si el autor del delito no es condenado, entonces las diferencias entre el mundo continental europeo y el anglosajón son más remarcables si cabe. Para entender la solución norteamericana hay que conocer las esencias más puras del Derecho vigente en ese gran país.

El tema central es que una persona acusada de haber cometido un delito puede resultar absuelta por falta de pruebas o por prueba insuficiente en el proceso penal, y luego resultar condenada en un proceso civil posterior que la víctima del delito ha instado contra su autor, ahora demandado.

Cierto que en el Derecho anglosajón hay casos en los que la absolución penal se produce, como en Europa, por apreciación de una eximente y la responsabilidad civil no queda afectada por ello. El ejemplo típico, a ambos lados del Atlántico, sería la enajenación mental (*Insanity*)⁴⁷.

Pero de lo que se trata aquí es de una absolución porque el grado de convencimiento del Jurado penal, recordemos que constitucionalmente se exige por las Enmiendas V y XIV que sea más allá de cualquier duda razonable, es decir, por emplear una terminología pedagógicamente muy plástica, un convencimiento del 95% o más, no llegó a ese nivel. La acusación no superó el estándar probatorio penal y fracasó, obteniendo el acusado la absolución.

Las reglas de responsabilidad civil varían entre los diferentes países. En unos casos, como en España⁴⁸, puede haber responsabilidad civil en supuestos de absolución por apreciación de eximente tasados legalmente, sólo que ya no imputable al acusado absuelto (arts. 116 y 118 CP), sino a la persona que en su día resulte condenada, distinta a la que fue absuelta, si ello llegara a suceder. Otros países, sin entrar en mayor detalle por no ser ahora el caso, no lo permiten o lo regulan en forma diferente.

Lo que es sorprendente para nosotros, dado que en España ello no es posible, es que en los Estados Unidos la víctima sí puede dirigirse civilmente contra el presunto autor del delito que resulta luego absuelto, y no sólo eso, sino que además puede ganar el juicio civil y obtener una indemnización de la persona que resultó absuelta.

La absolución del acusado ofrece así a la víctima del delito una posibilidad de reparación que no tendría de ningún otro modo, perfectamente entendible en el mundo anglosajón y no discutido en general por la doctrina norteamericana, pero representa un punto de desunión con el Derecho continental europeo y las diferentes legislaciones que lo conforman, que no permiten exigir responsabilidad civil frente a quien ha resultado absuelto por falta de pruebas. Ambas tutelas aparecen totalmente desvinculadas y la dogmática procesal europea no admite tal separación.

⁴⁷ Véase DRESSLER, J., *Cases and Materials on Criminal Law*, cit., págs. 611 y ss.

⁴⁸ Regulada en los arts. 109 a 122 del Código Penal y no en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El caso más conocido es el de O.J. Simpson, que se cita en los últimos años como paradigmático de esta solución del *Common Law*. Los hechos, en lo que a nosotros interesa fueron en extracto, los siguientes⁴⁹: El famoso jugador de fútbol americano O.J. Simpson fue acusado de haber matado en su domicilio a su esposa Nicole y a un amigo de ésta en 1994. Tras un juicio que duró casi un año, fue declarado inocente por el Jurado el 2 de octubre de 1995, veredicto que sólo tardó menos de cinco horas en ser deliberado y votado. No lograron vencer las dudas probatorias razonables que les acechaban. Dos años después, sin embargo, en 1997, O.J. Simpson fue condenado por un tribunal civil a pagar una suma multimillonaria (33.500.000 USD), al haber sido hallado responsable civil por daños y perjuicios no contractuales (muerte antijurídica), frente a la demanda interpuesta por el padre del amigo asesinado, en un juicio en el que tuvo que testificar.

La explicación de la admisibilidad del juicio civil posterior al penal en que resultó la absolución, se basa en que el daño sufrido por la víctima es un daño real, que sigue existiendo tras la absolución penal y que en consecuencia permanece como no reparado, y que la única posibilidad de obtener la reparación y satisfacción es a través de una protección fundada en una categoría concreta de *Tort Law*, interponiendo una demanda civil contra la única persona que, aunque ya no puede responder penalmente de los hechos, sí puede responder civilmente de los mismos, contra quien fue acusado en el proceso penal y luego absuelto.

Para que este juego procesal sea posible, el *Common Law* parte de la base de que el grado de convencimiento que es necesario para condenar en un proceso civil es mucho menos exigente que en el proceso penal, como afirmamos *supra*. Por seguir con ejemplos plásticos, bastaría para condenar civilmente un 60% de convencimiento. Ello porque la regla de estar convencido “más allá de cualquier duda razonable” no rige en el proceso civil anglosajón, y porque su sustituta, es decir, la regla que se aplica en el proceso civil, es la de la preponderancia, o lo que es lo mismo, la máxima “es más probable que sea así a que no”⁵⁰.

Las reglas probatorias anglonorteamericanas son demasiadas, muy técnicas y complejas, debido a su desarrollo no estatutario (legislativo), sino por la costumbre y a la existencia del Jurado, al que se explica mediante instrucciones todas las posibilidades antes de su deliberación sobre la prueba practicada en el acto del juicio oral ante ellos. Pues bien, esas reglas son las que autorizan que un absuelto en un proceso penal, sea condenado luego en un proceso civil, porque el estándar de convencimiento probatorio es menor, con lo cual un Jurado puede perfectamente entender en el proceso penal que no está seguro al 100% de que A violara a B, y otro Jurado distinto estar convencido en un proceso civil al 51% de que B sufrió un daño inadmisibles por el hecho ilícito de la agresión sexual (contacto dañino) de A, y obligarle a reparar el daño por ello.

Aquí es más difícil pensar en una categoría propia de *Tort* de “Daños y Perjuicios por Absolución de Delito” (que se diría en inglés algo así como *Tort Liability in spite of Acquittal of the Accused*), lo que explica seguramente que no se haya creado, a diferencia del supuesto anterior en el que, como dijimos, la sorpresa es precisamente que en caso de condena no se haya creado una categoría propia. Por eso las

49 Véase una crítica completa del caso en FLETCHER, G.P., *Las víctimas ante el Jurado* (trad. Molina y Muñoz), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1997, págs. 345 a 364.

50 El criterio de la preponderancia es en Estados Unidos de creación jurisprudencial, pues no se contiene expresamente en las *Federal Rules of Evidence*, cit. Véanse HAZARD, G. C. / TARUFFO, M., *La Justicia Civil en los Estados Unidos*, cit., págs. 162 a 165; SHREVE, G.R. / RAVEN-HANSEN, P., *Understanding Civil Procedure*, cit., págs. 441 y 442; BROUN, K.S. (editor general), *McCormick on Evidence* (6ª ed.), *Hornbook Series*, Ed. Thomson-West, St. Paul, MIN, 2006, págs. 568 a 570; GIANNELLI, P.C., *Understanding Evidence*, cit., pág. 47; GRAHAM, M.H., *Federal Rules of Evidence in a Nutshell* (7ª ed.), Ed. Thomson-West, St. Paul, MIN, 2007, págs. 56 a 59. Pero sí en Puerto Rico, Regla 110: Véase CHIESA APONTE, Ernesto L., *Reglas de Evidencia de Puerto Rico 2009*, cit., págs. 98 a 102.

pretensiones deberán fundarse en caso de absolución en las diferentes categorías de Tort ya configuradas jurisprudencial o legalmente.

La pregunta final que queda por hacer críticamente en forma positiva es si este sistema tutela verdaderamente a la víctima en cuanto a su derecho a la reparación del daño.

Es evidente que el hecho de que el sistema no permita la acumulación del proceso civil al proceso penal es un inconveniente respecto a la adecuada celeridad de la tutela judicial de la víctima, especialmente si debe esperar al resultado del proceso penal, aunque sea por razones puramente estratégicas.

Es evidente también que la necesidad de plantear un proceso civil, no pudiendo ser parte en el penal, podría encarecer aún más dicha tutela, a la que se ve obligada en definitiva la víctima porque nunca fue una víctima voluntaria, sino forzosa, del delito y de su autor. Si bien en los Estados Unidos este argumento no tiene tanta fortaleza, porque el abogado de la víctima no cobra honorarios de ella por su defensa, sino que únicamente percibe honorarios de la parte contraria en caso de su condena (*Contingent Fee*, honorarios contingentes, que oscilan en los diferentes estados de 1/3 a 1/5 de la cuantía condenada)⁵¹. El perjuicio económico podría venir por otro lado: Daños que tardan en repararse, pérdida de oportunidades mientras duren los efectos negativos, etc.

Por tanto, en términos estrictamente comparatistas y en mi humilde opinión, si hay condena, el sistema norteamericano es peor para la víctima que el español, pues no resuelve ni fácil ni rápidamente el problema de su reparación civil, ya que le obliga a desarrollar otro proceso, al menos en teoría. Mientras que si hay absolución, el sistema norteamericano es mejor que el español, porque da a la víctima una segunda oportunidad.

Me parece no obstante difícil de armonizar ambos sistemas en este punto, porque los cambios ideológicos que habría que hacer serían quizás demasiado radicales. Por eso entiendo que en el fondo la cuestión importante no es ninguna de estas dos, lo esencial es si en aquellos casos en los que el autor del delito, ahora demandado en el proceso civil, no puede cumplir con la sentencia de condena pagando voluntaria o forzosamente la indemnización fijada, ¿qué sucede entonces? En Estados Unidos, si no tiene un seguro privado que cubra estas eventualidades, v.gr., seguro profesional médico, o existe una ley o disposición que haya creado un fondo de ayuda (v. *infra*), o hay un acuerdo presupuestario expreso (pensemos en las víctimas del 11.9), no hay tutela posible⁵². O sea, exactamente igual que en España.

Ello nos permite deducir que, sea mejor el sistema español porque la víctima es parte, sea mejor el sistema norteamericano porque la víctima no debe ser parte, su derecho a la tutela judicial efectiva no depende de la vía procesal, sino del patrimonio del autor del delito o, subsidiariamente, de la generosidad del la administración federal o del estado. Si tiene suerte, el daño aflictivo y moral que le causó el delito quedarán para siempre, pero resultarán mitigados por la compensación económica que obtenga; si no la tiene, será una doble víctima, del autor del delito y del sistema. Es decir, de nuevo, como en España.

51 Véase sobre este llamativo aspecto BRICKMAN, L., *The Market for Contingent-Fee-Financed Tort*, 25 *Cardozo L.Rev.* 65 (2003), esp. págs. 91 a 93.

52 La obligación de pago del demandado condenado permanece inalterada mientras viva. En Estados Unidos no hay un límite temporal como en España en el que si mejora de fortuna debe cubrir los gastos, y si excede de ese plazo, queda libre de la obligación.

5. MEJORES PERSPECTIVAS DE REPARACIÓN Y COMPENSACIÓN

Una segunda vía, dejando de lado la primera de restitución, por caer dentro del proceso penal, es la civil de reparación o la también civil de compensación, que están mejorando paulatinamente.

1ª) En cuanto a la reparación, es importante tener en cuenta que en Estados Unidos la reparación comprende dos aspectos distintos:

- a) La obtención por parte de la víctima de una satisfacción jurídica de carácter económico que permita dejar las cosas exactamente igual a como estaban antes de la comisión del delito. Por ejemplo, el robo causó daños en la casa por valor de \$4.000 USD, que deben ser entregados a la víctima o a la aseguradora para que pueda pagar el coste de la reparación; y
- b) La reparación permite además obtener una cantidad económica adicional por los daños físicos, psíquicos y materiales sufridos, entre los que se encuentra principalmente la indemnización por lucro cesante. Por ejemplo, cuantificación del honor atacado, de las secuelas psicológicas que se mantendrán durante años, de oportunidades perdidas por la baja laboral durante semanas de la víctima, que es por ejemplo un actor de teatro.

El éxito de la reparación depende en consecuencia de la capacidad económica del condenado o, en su lugar o adicionalmente, de los seguros que puedan cubrir la totalidad o parte de los daños producidos por el hecho ilícito delictivo.

La reparación estadounidense equivale por tanto a la reparación del daño e indemnización de perjuicios del sistema procesal penal español.

2ª) En cambio, la compensación es en Estados Unidos distinta a la reparación, pues la compensación únicamente es posible si la reparación no ha tenido éxito, bien porque el condenado no pueda satisfacer la cantidad acordada en la sentencia, bien porque la víctima no pueda obtener reparación de ninguna otra manera.

Históricamente muchas entidades privadas se ocuparon de compensar a ciertas víctimas, pero en los últimos 40 años la víctima ha visto incrementadas sus posibilidades de compensación civil por los daños sufridos como consecuencia del hecho delictivo, gracias a la articulación de programas de compensación alimentados por fondos gubernamentales públicos, sobre todo para determinados grupos de víctimas pertenecientes a sectores vulnerables, por parte de la administración federal y de los estados⁵³.

Las autoridades públicas de persecución tienen obligación de informar a las víctimas sobre la existencia de estos programas de ayuda, pero de acuerdo con la interpretación judicial sobre los mismos, la víctima no tiene derecho a la compensación, sino sólo una expectativa de derecho, lo que implica que no puede exigirla en un proceso civil por daño no contractual⁵⁴.

Estos programas se nutren de las penas pecuniarias impuestas a los condenados, entre otras fuentes, y no establecen cantidades muy elevadas (unos \$5.000 USD como máximo), pero sirven de ayuda. Los programas de compensación son de muy diversa naturaleza y alcance. Los más comunes son los de

53 Véanse ejemplos en TOBOLOWSKY, P.M. / GABOURY, M.T. / JACKSON, A.L. / BLACKBURN, A.G., *Crime Victim Rights and Remedies*, cit., pág. 183.

54 Las sentencias correspondientes pueden consultarse en TOBOLOWSKY, P.M. / GABOURY, M.T. / JACKSON, A.L. / BLACKBURN, A.G., *Crime Victim Rights and Remedies*, cit., págs. 190 y 301 nota 46.

ayuda a las familias de las víctimas que fallecieron como consecuencia del delito, o a las víctimas que han sufrido lesiones físicas muy graves o graves. Es importante conocer que el derecho de las víctimas a la obtención de una compensación pública es independiente de si el autor del delito está detenido o incluso de si ha sido condenado⁵⁵.

Algunos programas de compensación suelen incluir el pago al abogado, o los gastos médicos, o de funeral. La única contraprestación que se exige a la víctima es que colabore con las autoridades en la investigación del crimen. Si la víctima ha contribuido con su conducta a la comisión del delito, lo más probable es que se le deniegue el derecho a la compensación⁵⁶.

Tanto el *Final Report* de la *President's Task Force*, citado, como las *New Directions from the Field*, citadas también, contribuyeron decisivamente al desarrollo de la compensación pública a la víctima. El primero recomendó al Congreso que aprobara una ley federal en la que se estableciera un fondo de ayuda a los estados con este fin, lo que así se hizo en 1984⁵⁷.

A pesar del derecho que tienen las víctimas a ser informadas de estos programas, la realidad muestra que son poco utilizados en la práctica. También juega en su contra el hecho de que la compensación que se puede obtener no es muy elevada y las solicitudes en comparación muy numerosas. Por esos los estados quieren destinar más personas para las oficinas públicas de compensación, más dinero para entregar a las víctimas y mejorar los sistemas de información⁵⁸.

La compensación estadounidense únicamente es equivalente en consecuencia con el sistema procesal penal español cuando existen fondos públicos para la protección de las víctimas, lo que ocurre, por ejemplo, con las víctimas del terrorismo o de la violencia de género⁵⁹. Tanto en Estados Unidos como en España, e independientemente de si los fondos están constituidos generosamente o no, que nunca lo están, si no está categorizada la víctima, no tiene posibilidad de compensación alguna, lo que limita extraordinariamente su campo de acción.

La víctima suele utilizar estas dos vías cuando la pena de restitución no ha cubierto todo el daño o sus expectativas de indemnización no se han visto colmadas por el monto obtenido en la determinación de la pena. El inconveniente, relativo, como sabemos, es que la reparación le obliga a iniciar un proceso civil, mientras que la compensación depende de trámites administrativos sencillos⁶⁰.

6. NUEVOS ROLES DEL PROCESO CIVIL DESDE ESTA DIFERENTE ÓPTICA

Finalmente, también se observan mejoras en el ámbito de la reclamación en un proceso civil por daño no contractual en los últimos tiempos, como consecuencia del nuevo papel que se desea que desempeñen las víctimas en punto a su protección jurídica posterior a la comisión del delito, dado que son las primeras interesadas en que las cosas vuelvan a como estaban antes del delito a la mayor brevedad posible.

55 Véase *About Victims' Rights*, en <http://www.victimlaw.info/victimlaw/pages/victimsRight.jsp#right1>, cit., pág. 3.

56 Véase *About Victims' Rights*, en <http://www.victimlaw.info/victimlaw/pages/victimsRight.jsp#right1>, cit., pág. 4.

57 Puede verse la evolución completa, tanto en lo federal como en las legislaciones estatales, en TOBOLOWSKY, P.M. / GABOURY, M.T. / JACKSON, A.L. / BLACKBURN, A.G., *Crime Victim Rights and Remedies*, cit., págs. 184 a 190.

58 Una explicación detallada en TOBOLOWSKY, P.M. / GABOURY, M.T. / JACKSON, A.L. / BLACKBURN, A.G., *Crime Victim Rights and Remedies*, cit., págs. 197 a 203.

59 Véase este caso particular en BELOOF, D.E. / CASELL, P.G. / TWIST, St. J., *Victims in Criminal Procedure*, cit., págs. 289 y ss.

60 Un ejemplo de esos trámites sería el del estado de Washington y su Departamento estatal de Trabajo e Industria, v. <http://www.lni.wa.gov/ClaimsIns/CrimeVictims/FilingClaims/Default.asp>.

La evolución es muy clara, aunque no es todo lo profunda ni rápida que sería deseable. Recordemos que el proceso civil apenas era utilizado con anterioridad al movimiento de derechos en favor de las víctimas, que ya conocemos, aumentando su utilización conforme iban calando estas nuevas ideas.

Resulta curioso sin embargo constatar que el *Final Report* de la *President's Task Force*, citado, no hiciera ninguna recomendación en relación a la mejora del proceso civil o el incremento de su utilización, siendo las *New Directions from the Field*, citadas también, las que constataron que poco a poco se iban especializando abogados en estos temas, para asesorar a las víctimas para las que el resultado del proceso penal había sido o absolutamente frustrante o realmente insatisfactorio.

Destaquemos varios aspectos de los nuevos papeles que se están atribuyendo al proceso civil desde el punto de vista que estamos considerando:

1º) El paulatino mejor empleo de esta posibilidad jurídica ha sido debido también a que el proceso civil por daño no contractual es posible en los Estados Unidos no sólo contra el autor del hecho ilícito delictivo que causó el daño, sino también contra una tercera persona, que nada tuvo que ver con el delito pero por cuya conducta negligente se posibilitó que el delito se cometiera, de manera que las posibilidades de reparación son mucho mejores. Por ejemplo, en caso de un accidente de tránsito causado por un conductor embriagado, sería posible demandar no sólo a quien causó el daño por el hecho ilícito delictivo, sino también a la empresa que fabricó el coche si actuó negligentemente al no prever entre sus sistemas de seguridad una alarma específica de que el coche circulaba haciendo esos.

2º) El incremento del proceso civil responde obviamente a un desarrollo del derecho de daños no contractuales tanto en la administración federal como en los estados. No ha sido tan apreciable como debería haberlo sido, pero es perceptible la mejora⁶¹. La cuestión es, recordemos, que al tener su fundamento más importante en el *Common Law*, ha habido que desarrollar estatutariamente nuevas clases de pretensiones (*Actions*) para que la víctima pediera tener opciones, siendo los tribunales los encargados de su interpretación y modernización para que conforme avanzan los tiempos y se plantean nuevos retos las víctimas sigan teniendo sus oportunidades en el proceso civil. Este desarrollo ha afectado principalmente a las pretensiones de daño no contractual por muerte ilícita (*Wrong Death*), por ilícitos contra la propiedad, contra la libertad sexual, por acoso (*Stalking*), por agresión a menores, etc.

Las pretensiones contra terceras personas han resultado más problemáticas, porque su expansión ha sido, en comparación con las acciones contra el autor del delito, mucho más significativa. Para facilitar su aprendizaje y utilización se formuló una declaración ordinaria sobre el *Common Law* general norteamericano, recogida en la "Recopilación Análítica Americana de Derecho de Daños no Contractuales" (*American Restatement of Torts*), obra del Instituto de Derecho Americano (ALI: *American Law Institute*), que elaboró una "Segunda Recopilación Análítica de Derecho" en 1977, de la que forma parte⁶².

Esta recopilación ha contribuido a orientar nuevos desarrollos de los llamados "deberes de cuidado razonable" (*Duties of Reasonable Care*), que permiten exigir responsabilidad a quien no ha cometido el hecho pero debió preverlo o garantizar que no ocurriera, u ofrecer ayuda a quien sufriera el daño, una

61 Para los detalles véanse TOBOLOWSKY, P.M. / GABOURY, M.T. / JACKSON, A.L. / BLACKBURN, A.G., *Crime Victim Rights and Remedies*, cit., págs. 209 a 225.

62 Se trata de varios volúmenes, en los que se recogen sistemáticamente, se analizan y se critican, los principios generales del *Common Law* sobre responsabilidad en el derecho de daños no contractuales norteamericano. No tiene efecto vinculante para los jueces, pero es obra de consulta obligada por todos ellos, al igual que por los abogados especialistas. Vide *RESTATEMENT OF THE LAW - SECOND. TORTS 2d as adopted and promulgated by American Law Institute*, 4 vols. y varios apéndices, Ed. American Law Institute, St. Paul, MINN, 1965-2008.

excepción al principio de exigencia de responsabilidad a quien directamente causó el daño. Por ejemplo, de los padres frente a actos delictivos de sus hijos menores, de los propietarios de empresas frente a conductas ilícitas penalmente de sus empleados, de los dueños de un hospital psiquiátrico frente a acciones penalmente punibles de sus internos, etc., etc.

3º) No olvidemos, finalmente, que el proceso civil tiene varias ventajas sobre el proceso penal, lo que ayuda a mejorar sus estadísticas de utilización por las víctimas: Menores exigencias probatorias (preponderancia frente a más allá de cualquier duda razonable), al ser parte en el proceso controla en todo momento lo que sucede pudiendo influir en lo que va a suceder, o el efecto disuasorio sobre futuros delincuentes si obtiene una indemnización impactante, aspectos favorables que no se pueden obtener a través de la pena de restitución.

Pero no todo son ventajas, también hay desventajas, pues además de que se requiere que el proceso se dirija contra una persona identificada, tiene sus costos, con los matices de los *Contingent Fees* antes indicados. Por eso, si fracasa el proceso civil, la situación de la víctima puede ser todavía peor. Esto explica que su desarrollo no haya sido tan espectacular como hubiera sido deseable. La doctrina propone para estos casos que se amplíe los objetivos de la pena de restitución, permitiendo que cubran todos los posibles daños no contractuales también⁶³.

SELECCIÓN BIBLIOGRÁFICA

AUSTERN, D.T., *The Crime Victim's Handbook. Your Rights and Role in the Criminal Justice System*, Ed. Viking Penguin, New York, NY (USA) 1987.

BASSIOUNI, M.C., *International Protection of Victims*, International Association of Penal Law, Ed. Erès, Toulouse 1988.

BELOOF, D.E./ CASELL, P.G. / TWIST, St. J., *Victims in Criminal Procedure* (2ª ed.), Ed. Carolina Academic Press, Durham, NC (USA) 2006.

DUBBER, M.D., *Victims in the War on Crime. The Use and Abuse of Victim's Rights*, Ed. New York University Press, New York and London 2002.

FLETCHER, G.P., *With Justice for Some. Victim's Rights in Criminal Trials*, Ed. Addison-Wesley Publishing Company, Reading Massachusetts (USA) 1995. Este libro ha sido traducido al castellano, bajo: FLETCHER, G.P., *Las víctimas ante el Jurado* (trad. Molina y Muñoz, bajo la revisión de Muñoz Conde), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1997.

GINSBURG, W.L., *Victims' rights. A complete Guide to Crime Victim Compensation*, Ed. Sphinx Pub., Clearwater, FLA (USA) 1994.

HAZARD, G. C. / TARUFFO, M., *La Justicia Civil en los Estados Unidos* (trad. F. Gascón Inchausti), Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona 2006.

63 TOBOLOWSKY, P.M. / GABOURY, M.T. / JACKSON, A.L. / BLACKBURN, A.G., *Crime Victim Rights and Remedies*, cit., pág. 225.

PIZZI, W.T., *Victims Rights: Rethinking our "Adversary System"*, Utah Law Review 1999, núm. 2, págs. 349-367.

PIZZI, W.T. / PERRON, W., *Crime Victims in German Courtrooms: A Comparative Perspective on American Problems*, Stan.L.Rew., núm. 32, págs. 37 y ss.

TOBOLOWSKY, P.M. / GABOURY, M.T. / JACKSON, A.L. / BLACKBURN, A.G., *Crime Victim Rights and Remedies* (2ª ed.), Ed. Carolina Academic Press, Durham, NC (USA) 2010.

WILSON, D.J., *The complete Book of Victim's rights*, Ed. ProSe, Highlands Ranch Colorado (USA) 1995.

WRIGHT, M., *Justice for Victims and Offenders. A Restorative Response to Crime* (2ª ed.), Ed. Waterside Pr., Winchester 1996.

PROCESO PENAL Y CONSTITUCIÓN

Javier Llobet Rodríguez

Coordinador de la Maestría en Ciencias Penales de la UCR
Presidente de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica

I. LUIS PAULINO MORA Y LA CREACIÓN DE LA SALA CONSTITUCIONAL

Luis Paulino Mora Mora estuvo ligado como profesor desde su inicio al Posgrado en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica. Precisamente las materias que impartió fueron las relacionadas a la relación del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal con el Derecho Constitucional. Igualmente dentro de la Asociación de Ciencias Penales se encargó de explicar el nuevo Código Procesal Penal de 1996 a partir de los principios constitucionales, ello desde la primera edición del libro “Reflexiones sobre el nuevo Código Procesal Penal”.

Fue uno de los magistrados que fueron designados en la Sala Constitucional, con la creación de ésta en 1989¹, desempeñando un papel fundamental en los cambios jurisprudenciales que en materia penal se produjeron con dicha Sala, que pueden ser catalogados como una revolución jurídica. Gracias a la influencia de Luis Paulino Mora puede decirse que el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal fueron constitucionalizados desde el inicio de funciones de la Sala, adelantándose a las otras materias del Derecho. Así resultó que una serie de reclamos de violación de la Constitución por leyes aprobadas por la Asamblea Legislativa, que habían fracasado ante la Corte Plena, por ejemplo en lo relativo a las intervenciones telefónicas², la deserción del recurso³, la prohibición de excarcelación en materia de drogas y psicotrópicos⁴, el derecho a recurrir el fallo condenatorio⁵, llegaron a tener éxito al ser planteados ante la Sala Constitucional. Todo ello provocó que el Código de Procedimientos de 1973, que había recibido pocos cambios legislativos desde su vigencia, fuese modificado sustancialmente con las resoluciones de la Sala Constitucional, que declararon la inconstitucionalidad tanto de diversas normas, entre ellas las arriba mencionadas⁶. Igualmente de gran importancia es que al entrar en funciones la Sala Constitucional se declararon con lugar una serie de recursos de hábeas corpus, realizándose un control de la fundamentación de los autos de prisión preventiva. Ello ocurrió especialmente durante los primeros años de vigencia de la Sala Constitucional y contribuyó a la disminución del porcentaje de presos sin condena en Costa Rica. Debe resaltarse también el papel desempeñado por la Sala Constitucional con respecto a la ejecución de las sanciones privativas de libertad, especialmente antes de la entrada en vigencia del Código Procesal Penal de 1996 y del fortalecimiento del juez de ejecución. Sin embargo, no han dejado, aun bajo el nuevo Código, de existir diversas resoluciones que con posterioridad han señalado los problemas del hacinamiento carcelario y el quebranto al principio de dignidad de la persona humana que ello implica.

Fue a partir de las discusiones sobre el derecho a recurrir la sentencia condenatoria que la Sala Constitucional en 1990 por primera vez reconoció el carácter auto-ejecutivo de la Convención Americana de Derechos Humanos, produciendo un control de convencionalidad. Se llegó por la Sala Constitucional

1 Ley 3128 del 26-8-1989.

2 Corte Plena, voto del 15-1-1987.

3 Corte Plena, voto del 23-6-1988.

4 Corte Plena, voto del 27-4-1988.

5 Corte Plena, voto del 22-5-1986.

6 Véase por ejemplo: votos 719-90; 1059-90; 1261-90; 1331-90; 52-91; 264-91; 323-92; 5751-93; 5752-93; 1193-95.

a admitir el carácter constitucional e incluso supraconstitucional de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Se suma a ello que la Sala Constitucional a través de diversas resoluciones sobre la ejecución de la sanción privativa de libertad ha aplicado instrumentos internacionales del soft Law, por ejemplo las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, resaltando el carácter obligatorio y supraconstitucional de dichos instrumentos.

Por otro lado, como deben destacarse diversas resoluciones de la Sala Constitucional en materia penal sustantivo, en las que intervino como redactor Luis Paulino Mora, como las incluidas en el apéndice. Igualmente un ejemplo de defensa del principio de dignidad de la persona humana es el voto salvado redactado por él con respecto a la pena de 50 años de prisión, establecida en el artículo 51 del Código Penal, que también es incluido en el apéndice.

II. DERECHO PROCESAL PENAL COMO DERECHO CONSTITUCIONAL APLICADO

Cuando se habla del Derecho Procesal Penal se dice con frecuencia que el mismo se trata de Derecho Constitucional aplicado⁷ o bien que el Derecho Procesal es el sismógrafo de la Constitución⁸, lo que enfatiza la importancia que tiene como expresión de la relación entre los habitantes de la República con el Estado, en cuanto al régimen de derechos de los primeros⁹. No en vano buena parte de las normas constitucionales están relacionadas con el Derecho Procesal Penal, siendo una de las ramas del Derecho que tiene una mayor regulación en la Constitución, incluso mucho mayor que el Derecho Penal sustantivo.

La doctrina establece que el Derecho Procesal Penal de un Estado Democrático de Derecho no solamente tiene un carácter instrumental con respecto al Derecho Penal sustantivo, sino tiene sus fines propios, dentro de ellos es que el juzgamiento de los delitos se lleve a cabo con respeto al debido proceso¹⁰. Así, se reconoce que no puede, por ejemplo, buscarse la verdad a cualquier precio¹¹, para hacer posible la imposición de la pena correspondiente, sino debe realizarse ello dentro de formas que garanticen los derechos de los participantes en el proceso, entre ellos el imputado, formas que no deben ser consideradas como meros formalismos¹². Debe resaltarse que en los libros de texto de Derecho Procesal Penal se menciona con frecuencia la importancia de la búsqueda de la verdad material en el proceso penal, haciéndose una contraposición con la verdad formal, que caracterizaría al proceso civil. Sin embargo, esta afirmación de la búsqueda de la verdad material no deja de ser problemática, ya que precisamente el sistema inquisitivo tenía como uno de sus postulados que se perseguía la verdad material, lo que llevaba incluso a la justificación de la práctica de la tortura, como método fundamental de averiguación de la

7 Cf. Zipf, *Strafprozessrecht*. Berlín/Nueva York, 1977, p. 16.

8 Cf. Roxin, *Strafverfahrensrecht*. Múnich, Beck, 1998, Par. 2.

9 En ese sentido ha dicho Walter Antillón que "El sistema penal, particularmente el proceso penal, responden al equilibrio de poder entre los ciudadanos y el aparato estatal". Antillón. *La historia ¿Mala consejera? En: Ciencias Penales*, No. 18, 2000, p. 47. Ha indicado también que el proceso jurisdiccional es un "(...) fenómeno socio-histórico", mostrando "(...) su manera particular de insertarse en el tejido social, su estrecha relación con el poder político: su tenebrosa función al servicio de las tiranías y la misión educadora y liberadora que estaría llamado a cumplir en las democracias; en otras palabras, la persistente pero atormentada vocación del hombre por hacer de ese proceso un instrumento en la búsqueda humana de la justicia". Antillón. *Teoría del proceso jurisdiccional*. San José, Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 16. Sobre la relación entre el régimen político y el sistema procesal penal véase en particular: Lobet Rodríguez, J. "Justicia penal" en el Estado arbitrario (La reforma procesal penal durante el nacionalsocialismo). San José, Editorial Jurídica Continental, 2004.

10 Cf. Beulke, *Strafprozessrecht*. Heidelberg, C. F. Müller, 2004, Par. 1, III, 2, No. 5, p. 3.

11 Se trata de una afirmación que es repetida en general por la doctrina alemana. Cf. Zipf, *op. cit.*, p. 16; Roxin, *Derecho Procesal Penal (Traducción: Córdoba/Pastor)*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, Par. 1, B., II, p. 3; Roxin, C.: *Strafverfahrensrecht*, Par. 1, B, II; Hassemer, W.: *Fundamentos de Derecho Penal*. España, 1984, p. 188; Kramer, Bernhard. *Grundbegriffe des Strafverfahrensrecht. Ermittlung und Verfahren*. Stuttgart y otros, Kohlhammer, 1984, p. 25.

12 En este sentido: Hassemer, W.: *Grundlinien eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens*. En: *KritV (Alemania)*, 1990, p. 271.

verdad. Más bien debemos hablar, como lo indicada Winfried Hassemer de que a través del proceso penal se busca una verdad formalizada, porque existen límites para la búsqueda de la verdad, establecidos a partir del respeto al principio de dignidad de la persona humana y el debido proceso¹³

Como se indicó la configuración política del Estado tiene incidencia en general con respecto al sistema de garantías establecido en la legislación procesal penal. En un Estado Democrático de Derecho de gran relevancia es la regulación del imputado como un sujeto de derechos y no como un mero objeto de la actuación estatal, lo que lleva a que tenga que garantizarse la presunción de inocencia y el derecho de defensa y que se prohíba todo tipo de coacción tendiente a obtener su confesión. Se debe garantizar el derecho de defensa técnica del imputado y el derecho de abstener de declarar, los que tienen una relación entre sí. Por otro lado, tiene relevancia la garantía del derecho de ofrecer prueba de descargo. Igualmente fundamental es la garantía de independencia judicial y de la imparcialidad del juzgador, a lo que se suma el respeto al principio del juez natural, de modo que la designación de los jueces se lleve a cabo de manera objetiva. Ello conduce a la prohibición de tribunales especiales. Como garantía de la imparcialidad del juzgador es de suma importancia la vigencia del principio acusatorio, que lleva a distinguir la función acusatoria, ejercida por el Ministerio Público, de la función del juez. Ello conduce necesariamente al carácter predominante pasivo que debe tener el juzgador, desarrollándose el juicio oral y público y al protagónico del Ministerio Público, la defensa y los diversas partes a las que se le da participación. La publicidad del juicio oral garantiza, por otro lado, la transparencia en el juzgamiento. De gran relevancia, como definidor de un sistema procesal es la regulación de la prisión preventiva, puesto que en un Estado de Derecho se necesita que se respeten los principios de presunción de inocencia y proporcionalidad en las previsiones legales de la prisión preventiva, lo mismo que en las decisiones judiciales¹⁴. Por otro lado, si bien se han llegado a admitir criterios de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, ello de acuerdo al principio de proporcionalidad, se trata de evitar arbitrariedades en el ejercicio de esos criterios, de modo que se establezcan previamente parámetros legales, que conduzcan al ejercicio igualitario de los criterios de oportunidad.

De gran importancia en un Estado de Derecho es la garantía de la seguridad jurídica, a través de la regulación de un proceso penal que debe ser respetado¹⁵, existiendo mecanismos procesales para

13 Al respecto dice Hassemer: "(...) la meta es más bien la obtención formalizada de la verdad. El Derecho procesal plantea al Juez una tarea que no puede realizar: averiguar la verdad a cualquier precio. El precio son los derechos de la persona que sirve de medio de prueba y tales derechos 'cuestan' la completa averiguación de la verdad... El mismo Derecho impide averiguar tanto como sería necesario para fundamentar un caso 'verdadero'. Lo que el Juez descubre no es la verdad material, sino la verdad obtenida por vías formalizadas, es decir la verdad forense, y es a ésta a la que se dirige la comprensión escénica en el proceso penal". Hassemer. *Fundamentos...*, p. 188. En sentido similar indica Ferrajoli. "La verdad perseguida por el modelo formalista como fundamento de una condena es, a su vez, una verdad formal o procesal, alcanzada mediante el respeto a reglas precisas y relativa a los solos hechos y circunstancias perfilados como penalmente relevantes". Ferrajoli, Luigi: *Derecho y razón* (Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y otros). Madrid, Trotta, 1995, p. 45. Juan Marcos Rivero señala que el modelo clásico garantista, dentro del que ubica a Luigi Ferrajoli, parte de la verdad como correspondencia. Rivero Sánchez, Juan Marcos. *Episteme y derecho. Una exploración jurídico-penal*. Granada. Editorial Comares, 2004, p. 53. Sin embargo, no parece adecuada esa posición de acuerdo con la cita que se hizo arriba de Ferrajoli.

14 Cf. Llobet Rodríguez, J.: *Die Unschuldsvermutung und die materiellen Voraussetzungen der Untersuchungshaft*. Friburgo de Brisgovia, Max Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1995; Llobet Rodríguez, J.: *La presunción de inocencia y la prisión preventiva (según la doctrina alemana)*. *Revista de Derecho Procesal (España)*, 1995, pp. 547-571; Llobet Rodríguez, J. *Presunción de inocencia y proporcionalidad de la detención preventiva en el Código de Procedimiento Penal colombiano*. En: *Derecho Penal Liberal y Dignidad Humana*. En: *Homenaje al Dr. Hernando Londoño Jiménez* (Coordinador: Fernando Velásquez). Bogotá, Temis, 2005, pp. 355-372.

15 Señala Walter Antillón que el nombre de proceso debe reservarse: "(...) únicamente a la actividad informada en aquellas reglas inderogables, de forma tal que, según ese criterio, no sería proceso, sino cualquier otra cosa (ya sea que pretenda hacerse pasar por proceso o no) la actividad pública que no cumpla con dichas reglas, aunque esté precedida por un juez". Antillón, *op. cit.*, p. 154. Véase también: p. 402, en donde dice: "Según nuestro criterio mencionado ya desde las primeras páginas de este Manual, jurídica y humanamente no se puede admitir que exista otro proceso que aquel que encarna el ideal conocido como 'debido proceso legal'". Es importante citar además las referencias al proceso que da Walter Antillón al decir: "Si bien el proceso es una actividad de la vida social, no es una actividad antojadiza, arbitraria, sino una actividad 'en forma', es decir ordenada, según criterios legales que atañen a los sujetos, a los objetos, al orden lógico y cronológico de los actos" (p. 277).

reclamar la violación del debido proceso. Relevante es que incluso hoy día se conciben esas garantías no solo como protectoras del imputado, sino también de la misma víctima, en cuanto esta tiene derecho a que se realice una investigación seria frente a las violaciones a sus derechos, rechazándose con ello también que la arbitrariedad opere en contra de la investigación de los delitos.

Debe tenerse en cuenta que en ocasiones las garantías de un Estado de Derecho han sido desvalorizadas, indicándose que tienen un carácter meramente formal. Sin embargo, es importante anotar que una buena forma de apreciar la importancia de las garantías, es compararlas con la situación en la que existe una ausencia de ellas¹⁶. Por ello mismo, frente a las críticas al carácter meramente formal de las garantías ante la justicia penal, debe afirmarse que la garantía de condiciones mínimas de carácter económico, social y cultural tiene una gran relevancia para el pleno ejercicio de las garantías penales¹⁷, dándose así una interdependencia entre los derechos humanos de la primera y los derechos de la segunda generación¹⁸, sin embargo, no puede negarse que aun en situaciones en las que, contrariándose el principio de Estado Social, no se garantiza a una persona este mínimo de condiciones, existe un ámbito mínimo de realidad de las garantías penales y procesales. En este sentido se ha resaltado por diversos autores partidarios de la concepción del Derecho Penal Mínimo o Garantista la necesidad de profundizar las garantías propias de un Estado de Derecho¹⁹. Por ello, una buena forma de analizar la importancia de las garantías del debido proceso, es estudiar aquellos regímenes en que se ha dado la eliminación de dichas garantías, tal y como ocurrió, por ejemplo durante el nacionalsocialismo²⁰.

En un Estado autoritario, además de estructurarse el “proceso” penal conforme a postulados autoritarios, de acuerdo a las características de un proceso inquisitivo, lo que impera en definitiva es la arbitrariedad, ya que no se establecen mecanismos eficaces para reclamar violaciones a la normativa existente. Por ello mismo, no se admiten reclamos en contra de la actuación arbitraria de la policía, de modo que se llega a un sistema paralelo de represión policial de hecho, que lleva a que no se presenten los detenidos ante una autoridad judicial y a que sean objeto de las peores arbitrariedades, incluida la tortura y el asesinato

16 Con respecto a ello indica Raymond Aron: “Entre las libertades que Marx llamaba formales hay dos: la protección contra las arbitrariedades de la policía y, en materia intelectual, la limitación del principio de autoridad, que me parecen responder a necesidades incomprensibles de la naturaleza humana. La arbitrariedad policiaca o la ortodoxia del Estado no parecerán nunca al hombre de la calle o al hombre de pensamiento, cualesquiera que sean las sutilezas de la dialéctica, una forma de la libertad”. Aron. *Ensayo sobre las libertades* (Traducción: Ricardo Ciudad Andreu). Madrid, Alianza, 1974, p. 102.

17 Debe reconocerse la crítica hecha por Anatole France, cuando señaló que la ley prohíbe lo mismo a los pobres que a los ricos que vayan mendigando, que roben pan y que duerman bajo los puentes. Citado por: Kriele. *Liberación e Ilustración. Defensa de los Derechos Humanos* (Traductor: Claudio Gancho). Barcelona, Herder, 1982, p. 65.

18 En este sentido en la Declaración y Programa de Viena, aprobada por la Conferencia de Derechos Humanos de la ONU el 25 de junio de 1993, se dijo: “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso (...)”. Cf. Instituto Interamericano de Derechos Humanos (Editor). *Instrumentos Internacionales de Protección de los Derechos Humanos*. San José, 1999, p. 461. Sobre los problemas que han existido para el reconocimiento de un derecho a reclamar jurisdiccionalmente el cumplimiento de los derechos sociales, económicos y culturales: Antillón. *Teoría...*, pp. 218-219.

19 Cf. Ferrajoli. *Derecho y razón; Aniyar. Democracia y justicia penal. Caracas, Ediciones del Congreso de la República, 1992; Baratta. 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)*, No. 40, 1987, pp. 623-650; Zaffaroni. *En busca de las penas perdidas*. Bogotá, Temis, 1993, pp. 192-198. Sobre el tema: Llobet Rodríguez. *Cesare Beccaria y el Derecho Penal de hoy. Garantías y sistema penal*. Saarbrücken, Editorial Académica Española, 2011, introducción.

20 Véase: Llobet Rodríguez. “Justicia Penal” en el Estado arbitrario...

extrajudicial²¹. Todo ello va unido a la impunidad que se garantiza en los regímenes autoritarios a los violadores de los derechos humanos. Así en el régimen nacionalsocialista, lo mismo que en las dictaduras latinoamericanas, el “proceso” penal estaba al servicio de la arbitrariedad, cumpliendo simplemente una función de legitimación, resultando que la misma estructuración autoritaria del “proceso” penal era solamente una de las formas de represión, puesto que cuando se quería se actuaba simplemente por la vía policial de hecho, deteniendo, torturando y dando muerte, sin rendir ninguna cuenta ante los tribunales²². Por otro lado, un aspecto que identifica a un régimen autoritario es la falta de reconocimiento de derechos frente al Estado (derechos fundamentales), considerándose al respecto al ser humano como mero objeto del Poder Estatal, obligado frente al Estado, pero sin derechos ante éste.

III. LA AMPLIACIÓN DE LAS GARANTÍAS ESTABLECIDAS EN LA CONSTITUCIÓN POR EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

A las garantías procesales establecidas en la Constitución Política que hay añadir que hoy día las establecidas en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Estado. Sobre ello reconoce que las garantías establecidas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tienen un carácter supraconstitucional, cuando se establecen mayores garantías que las previstas en la Constitución Política, de acuerdo con el principio pro hómīne²³. Esto implica una mayor amplitud del régimen de garantías procesales que el establecido en la propia Constitución Política. Debe tenerse en cuenta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en forma expresa ha venido indicando que las autoridades administrativas y jurisdiccionales de los Estados parte del sistema interamericano de protección de los derechos humanos deben realizar un control de convencionalidad con respecto a la normativa de sus respectivos Estados, para lo cual deben considerar no solamente la normativa de la Convención Americana de Derechos Humanos, sino además la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La exigencia expresa del control de convencionalidad se estableció por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo en la sentencia de 26 de septiembre de 2006 en el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Así se dijo: *“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”* (No. 124).

21 Sobre ello indica Claus Roxin: *“En el Estado totalitario actual está asegurado, a través de la dependencia personal y objetiva de los jueces, que las decisiones de los jueces estén en consonancia con las directivas de la oligarquía militar o del partido. En el absolutismo, acusador y juez son idénticos (proceso inquisitivo); en las dictaduras, la justicia política, que en ellas está particularmente extendida, es ejercida de facto por la policía (Gestapo, SD), de modo que la acumulación de poderes como fundamento constitutivo de esos tipos de Estado se puede reproducir, en menor escala, en el proceso penal”*. Agrega: *“En el Estado absoluto o totalitario el imputado es, exclusivamente, objeto del procedimiento (inquirido, objeto de investigación) o, al menos, no puede ejercer en la práctica los derechos que le corresponden según el orden procesal, cuando esos derechos entran en contradicción con los intereses de poder de la conducción del Estado. El instituto del procedimiento penal característico para ello es el tormento (tortura, interrogatorio coactivo), que en el absolutismo estaba previsto en la ley y en el Estado totalitario es practicado una y otra vez contra la ley, con fundamento en la ‘razón de Estado’”*. Roxin. *Derecho Procesal Penal*, Par. 2, A. II 1, p. 10.

22 *Sobre la función legitimadora que se perseguía por el régimen nazi al mantener un sistema de administración de justicia: Schumacher, Ulrich. Staatsanwalt und Gericht im Dritten Reich. Colonia, Pahl-Rugenstein Verlag, 1985, p. 56.*

23 *Sobre el principio pro hómīne: Llobet Rodríguez, J. Derechos humanos en la justicia penal. San José, Editorial Jurídica Continental, 2008, pp. 106-109.*

IV. LAS GARANTÍAS PROCESALES Y EL DEBER ESTATAL DE ACTUACIÓN

Al hablarse de la relación entre el Derecho Procesal y la Constitución Política, lo mismo que de las consecuencias del principio del debido proceso, debemos hacer mención al respeto de los derechos fundamentales en el proceso penal. Tradicionalmente cuanto se hace referencia a los derechos fundamentales de carácter individual, dentro de los que se encuentran los derechos frente a la administración de justicia, se estima que implican simplemente que el Estado se abstenga de quebrantarlos, mientras que los derechos sociales suponen la existencia de prestaciones sociales por parte del Estado tendientes a garantizarlos²⁴. Esta es una apreciación errónea, ya que las garantías frente a la administración de justicia, entre ellas la relativa al debido proceso, suponen que el Estado dote a la administración de justicia no solamente de condiciones materiales, sino además de una legislación, que permita el acceso a la justicia²⁵. Lo anterior requiere que se provea a los órganos que investigan los delitos, por ejemplo la Policía y el Ministerio Público, de suficientes recursos para llevar a cabo la investigación²⁶. Ello implica también la provisión de recursos adecuada para los dictámenes periciales que se requieran al respecto. Se suma a esto que es de gran importancia la exigencia de una defensa de oficio o pública, que desempeñe adecuadamente la labor de asistencia y representación de los imputados, cuando no lleguen a nombrar un defensor particular²⁷. Implica ello que existan suficientes abogados defensores y que se les dé condiciones adecuadas de trabajo y que se parta de una concepción de la defensa de oficio o pública como un servicio público y no como un acto de beneficencia. Al final de cuentas la dotación de una defensa de oficio o pública, que debe ir mucho más allá que en la materia penal, es una expresión del Estado Social de Derecho.

V. EL GARANTISMO PENAL Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL

Debe resaltarse la relación estrecha entre la corriente denominada como el garantismo y el Derecho Constitucional. Ello ha llevado a Eugenio Zaffaroni a indicar con razón que los conceptos de garantismo y Estado de Derecho son sinónimos²⁸. Precisamente se utiliza con frecuencia la denominación neoconstitucionalismo como un sinónimo del garantismo. Este expresa su preocupación por la tutela de los derechos fundamentales (individuales y colectivos) de los seres humanos. De acuerdo al garantismo el Estado y el Derecho existen para proteger los derechos de los seres humanos y no tienen un fin en sí mismo, con lo que se rechazan las concepciones de carácter autopoyético. Se reconoce que el legislador tiene límites no solamente formales, sino también sustanciales, en cuanto al contenido de las leyes, que debe ser acorde con los derechos fundamentales que tiene toda persona. Ello lleva a un desarrollo amplio de

24 Cf. Ferrajoli. *Derecho y razón*, p. 861.

25 Cf. Hutter, Franz-Josef. *No Rights. Menschenrechte als Fundament einer funktionierenden Weltordnung*. Berlin, Aufbau Taschenbuch Verlag GmbH, 2003, p. 70; Llobet Rodríguez. *Derechos Humanos en la Justicia Penal*. San José, Escuela Judicial/Editorial Jurídica Continental, 2008, p. 114; Pinto, Mónica. *El Derecho Internacional. Vigencia y desafíos en un escenario globalizado*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 101; Fernández, María Encarnación. *Los derechos económicos, sociales y culturales*. En: Megías Quirós (Coordinador). *Manual de Derechos Humanos*. Buenos Aires, Thomson/Aranzadi, 2006, p. 120.

26 *Con respecto al Ministerio Público es importante lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos humanos en el caso Tristán Donoso, por sentencia del 27 de enero de 2009. Se dijo: "El principio de legalidad de la función pública, que gobierna la actuación de los funcionarios del MP, obliga a que su labor en el ejercicio de sus cargos se realice con fundamentos normativos definidos en la Constitución y las leyes (...) Los fiscales deben velar por la correcta aplicación del derecho y la búsqueda de la verdad de los hechos sucedidos, actuando con profesionalismo, buena fe, lealtad procesal, considerando tanto elementos que permitan acreditar el delito y la participación del imputado en dicho acto, como también los que puedan excluir o atenuar la responsabilidad penal del imputado"* (165).

27 *Acerca de ello: Llobet Rodríguez. Derecho Procesal Penal III. Garantías procesales*. San José, Editorial Jurídica Continental, 2007, pp. 156-174.

28 Zaffaroni. *El enemigo en el Derecho Penal*. Buenos Aires, Ediar, 2009, p. 169.

las consecuencias que se extraen de principios procesales como la independencia judicial y la presunción de inocencia. Se hace una distinción entre el Estado de Derecho en sentido formal y el Estado de Derecho en sentido sustancial. Con el primero se hace mención al ordenamiento en que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y procedimientos establecidos. El Estado de Derecho en sentido sustancial, acorde con el garantismo, hace mención a aquellos ordenamientos en que todos los poderes, incluido el legislativo, están vinculados al respeto de principios sustanciales, establecidos por las normas constitucionales, como la división de poderes y los derechos fundamentales. Se expresa así una preocupación por la tutela de los derechos fundamentales (individuales y sociales) de los seres humanos. Se parte no solamente de la sujeción a la ley, sino de la sujeción de la persona legisladora y jueza a la Constitución y a los derechos fundamentales establecidos en ésta. Ello es aplicable también a los otros funcionarios públicos. Se diferencia entre vigencia (ser), que implica la aprobación de una norma conforme al procedimiento establecido y validez (deber ser), que implica el sometimiento al control del respeto de las garantías constitucionales. Se habla así que el garantismo es un positivismo crítico, contrastándolo con el positivismo jurídico. Este último implica un análisis meramente formal del derecho, mientras que el positivismo crítico, significa que el análisis del Derecho no es sólo formal, sino también sustancial. Se parte de que los principios ilustrados y los del Derecho Internacional de los Derechos Humanos han tenido acogida en la Constitución, lo que debe tener influencia en la interpretación de la ley, o en la invalidez de ésta. Esto implica límites al principio de las mayorías, ya que ninguna mayoría (electoral, legislativa o plebiscitaria) puede desconocer las garantías. Lo anterior tiene gran importancia con respecto a las garantías frente a la justicia penal. En este sentido indica Luigi Ferrajoli: *“No puede castigarse a un ciudadano sólo porque ello responda al interés o la voluntad de la mayoría. Ninguna mayoría, por más aplastante que sea, puede hacer legítima la condena de un inocente o subsanar un error cometido en perjuicio de un solo ciudadano. Y ningún consenso político – del parlamento, la prensa, los partidos o la opinión pública – puede suplantar la falta de prueba de una hipótesis acusatoria. En un sistema penal garantista, el consenso mayoritario o la investidura representativa del juez no atañen nada a la legitimidad de la jurisdicción, dado que ni la voluntad o el interés general ni ningún otro principio de autoridad pueden hacer verdadero lo falso, o viceversa”*²⁹.

En el ámbito del sistema penal el garantismo pretende ser heredero de la doctrina ilustrada. En lo correspondiente al Derecho Procesal Penal el garantismo le da mucha importancia a los principios de independencia judicial, de imparcialidad y del juez natural, lo mismo que la garantía del derecho de defensa y la presunción de inocencia. Va a resaltar la defensa de un proceso de carácter acusatorio, dándole una gran importancia al respeto al principio acusatorio dentro del proceso penal³⁰. Ferrajoli explica el garantismo penal en 10 axiomas, resultando que los últimos 4 de ellos tienen relación con el proceso penal: A7: Nulla culpa sine iudicio (principio de jurisdiccionalidad, también en sentido lato o en sentido estricto); A8: Nullum iudicium sine accusatione (principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación); A9: Nulla accusatio sine probatione (principio de la carga de la prueba o de verificación); A10: Nulla probatio sine defensione (principio del contradictorio, o de la defensa, o de refutación³¹). El axioma nulla poena sine iudicio está en particular relacionada con la presunción de inocencia, mientras que los tres axiomas restantes son expresión del derecho de defensa.

29 Ferrajoli. *Derecho y razón*, p. 544.

30 *Acerca del garantismo*: Ferrajoli. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Roma, 1990; Ferrajoli. *Derecho y razón*; Ferrajoli. *El Estado Constitucional de Derecho hoy el modelo y su divergencia de la realidad*. En: Andrés Ibáñez, Perfecto (Editor). *Corrupción y Estado de Derecho*. Madrid, Trotta, 1996 pp. 15-29; Ferrajoli. *Derecho y garantías. La ley del más débil* (Traducción: Perfecto Andrés Ibáñez y Anbdrea Greppi). Madrid, Trotta, 1999, Ferrajoli. *Garantismo. Una discusión entre Derecho y Democracia* (Traducción: Andrea Greppi). Madrid, Trotta, 2006; Andrés Ibáñez. *En torno a la jurisdicción*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007; Carbonell, Miguel (Coordinador). *Neoconstitucionalismo*. Madrid, Trotta, 2005; Carbonell, Miguel/Salazar, Pedro (Coordinadores). *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid, Trotta, 2005.

31 Cf. Ferrajoli. *Derecho y razón*, pp. 93-94; Ferrajoli. *Principia iuris*. Madrid, Trotta, T. II, 2011, p. 351.

VI. EL RESPETO AL DEBIDO PROCESO COMO EXIGENCIA CONSTITUCIONAL

Al establecerse la relación entre el Derecho Procesal Penal y el Derecho Constitucional se indica que el primero debe respetar el debido proceso. Debe reconocerse que el concepto de dicho principio es impreciso, y hasta podría ser sostenido por alguien que todo quebranto a la ley procesal supone una violación al debido proceso³². Se trata de un concepto de carácter abstracto que con frecuencia en materia penal es utilizado de manera indistinta con el de presunción de inocencia³³, cuando se refiere a los derechos del imputado, llegándose a abarcar los diversos derechos que el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos han ido considerando como necesarios para el juzgamiento de los delitos. Se trata en definitiva de un principio que está relacionado también con el del Estado de Derecho, en cuanto se garantiza la seguridad jurídica de los habitantes del Estado, de modo que, por ejemplo los inculcados en materia penal no pueden ser condenados si no es conforme a una serie de normas que garanticen en definitiva el respeto a su dignidad humana, especialmente la presunción de inocencia y el derecho de defensa, lo mismo que la independencia e imparcialidad del juzgador.

A manera de enumeración deseo mencionar algunos aspectos que deben ser estimados con respecto al debido proceso: a) un Estado de Derecho requiere del respeto al debido proceso, b) el debido proceso exige el respeto de los derechos fundamentales y de los derechos humanos, c) el debido proceso es una exigencia del principio de dignidad de la persona humana, d) el debido proceso, tal y como lo ha indicado el garantismo, se erige como un límite a las mayorías, e) el debido proceso rige no solamente en el proceso penal, sino también en los diversos tipos de procesos (civiles, administrativos, de familia), f) el debido proceso opera también en los procedimientos administrativos, g) el debido proceso no protege solamente a los imputados, sino también a las víctimas y demás intervinientes en el proceso penal, h) el debido proceso debe contener regulaciones y condiciones especiales que permitan el acceso a la justicia de los sujetos que se encuentran en situación de vulnerabilidad.

Debe resaltarse la relación entre el respeto al debido proceso y el derecho al acceso a la justicia. Este ha sido una de las preocupaciones a nivel latinoamericano, debido a diversos problemas estructurales que se han presentado en el sistema de administración de justicia, por ejemplo por la falta de independencia judicial, la corrupción judicial, la larga duración de los procesos judiciales, la burocratización de la administración de justicia, la prioridad de formalismos antes que de tutela de los derechos, los altos costos de la justicia, las dificultades de los sectores vulnerables de la sociedad de acceder a la justicia, a lo que se une la desigualdad de trato por razones económicas y sociales, etc. Estas dificultades se presentan no solo en jurisdicciones diferentes a la penal, sino también en esta. Fundamental para el acceso a la justicia es la

32 *Sobre el debido proceso véase: Corte Interamericana, Opinión Consultiva CC-9/87 del 6 de octubre de 1987, relativa a las Garantías Judiciales en Estados de Emergencia. Además la opinión consultiva OC-16-99 del 1 de octubre de 1999, correspondiente al derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso. Sobre el debido proceso en la jurisprudencia interamericana: García Ramírez, S. El debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: Tavorari, R. (Coordinador). Derecho Procesal Penal contemporáneo. Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile y otros, 2010, pp. 1-72; Quispe Remón, Florabel. El debido proceso en el Derecho Internacional y en el sistema interamericano. Valencia, Tirant lo blanch, 2010; Medina Quiroga, C. La convención americana: teoría y práctica. Santiago de Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2003, pp. 265-342; Albanese, Susana. Garantías Judiciales. Buenos Aires, Ediar, 2007; Gozaine, Osvaldo. El debido proceso. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004; Salmón, Elizabeth/Blanco, Cristina. El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lima, Instituto de Democracia y Derechos Humanos/Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012; Huertas Díaz, Omar/Trujillo Londoño, Francisco Javier./ Lozano Pacheco, Luis Gonzalo/Sanabria Rincón, José Alfredo. El derecho al debido proceso y las garantías judiciales en la dimensión internacional de los derechos humanos. Bogotá, Ibáñez, 2007.*

33 *Dice el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa" (el subrayado no es del original).*

garantía del derecho a la defensa técnica desde el momento mismo de la detención policial y de que se provea desde ese momento de un abogado defensor a todo aquel no nombre un defensor de confianza.

Entre los aspectos esenciales del debido proceso está que se garantice un juez independiente, imparcial y que sea el juez natural. Se trata de garantías esenciales para la configuración política de un Estado como un Estado Democrático de Derecho. Precisamente durante los regímenes autoritarios se tiende a quebrantar estos principios y a ello se debe que durante las dictaduras latinoamericanas de la seguridad nacional, los recursos de hábeas corpus presentados a favor de las personas detenidas arbitrariamente y desaparecidas fueron sistemáticamente declarados sin lugar. Igualmente durante el nacionalsocialismo uno de los aspectos fundamentales fue el control político del Poder Judicial. Por ello incluso poco después de las elecciones alemanas del 5 de marzo de 1933 se había actuado ya en contra de la independencia judicial a través de una actuación de hecho de los nacionalsocialistas, ya que las tropas de asalto (SA), habían ingresado a los edificios de los tribunales y habían obligado a los jueces, fiscales, abogados y notarios judíos a abandonar dichos edificios, sin que la policía interviniera³⁴. Se une a ello la inexistencia del principio de independencia judicial a través del principio autoritario y el del Führer establecían en definitiva a Hitler como el “máximo juez”³⁵, lo mismo que la configuración de Tribunales Especiales totalmente politizados³⁶. También durante los regímenes del comunismo soviético uno de los aspectos que se eliminó fue la independencia judicial.

Las garantías de la independencia judicial, de la imparcialidad del juzgador y del juez natural son básicas, ya que si no se garantizan el proceso judicial es una farsa, previamente decidida, con grave quebranto al principio de igualdad, convirtiéndose la garantía del derecho de defensa, en meramente formal.

Los principios del juez independiente, el juez imparcial y el juez natural son previstos expresamente en el párrafo 1) del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y aplicables a las diversas jurisdicciones de la Administración de Justicia. La importancia de estos principios ha llevado que se hayan aprobado una serie de instrumentos internacionales tendientes a garantizarlos y a establecer con cierto detalle los presupuestos en que se basan, por ejemplo los principios básicos de la ONU sobre la independencia de la judicatura, aprobados en 1985. En el mismo sentido la Cumbre de Presidentes de Cortes Suprema de Iberoamérica, aprobó en 2001 el Estatuto del Juez Iberoamericano y en 2006 el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, en los que la garantía de la independencia judicial, la imparcialidad y el juez natural ocupen un lugar primordial.

Los principios básicos de la ONU sobre la independencia de la judicatura parten del juez independiente, para desarrollar los principios del juez imparcial y del juez natural, como derivados del mismo, pero mi

34 Cf. Bundesminister der Justiz (Editor). *In Namen des deutschen Volkes. Justiz und Nationalsozialismus*. Colonia, Verlag Wissenschaft und Politik, 1989., p. 72; Johnson. *El terror nazi* (Traductor: Marta Pino Moreno). Barcelona, 2002, pp. 118-119.

35 *Sobre el principio del Führer en el nacionalsocialismo véase en particular: Majer. Grundlagen des nationalsozialistischen Rechtssystems*. Stuttgart y otros, Verlag W. Kohlhammer, 1987, pp. 77-116; Sampay. *El Estado nacional-socialista alemán*. En: *Revista Jurídica Argentina*, No. 18, abril-junio de 1940, pp. 144-145; Lobet Rodríguez. “Justicia Penal” en el Estado arbitrario, pp. 85-86.

36 Indica Ian Kershaw que en el juicio que se realizó en contra de algunos acusados de participar en el complot para asesinar a Adolf Hitler con el atentado del 20 de julio de 1944, los acusados “(...) tuvieron que soportar la cólera feroz, el desprecio mordaz y la humillación implacable que amontonó sobre ellos el presidente del Tribunal, el juez Roland Freisler (...). Los acusados mostraban señales visibles de las torturas a que habían sido sometidos en prisión. Para degradarlos hasta en la apariencia física, iban vestidos con ropas andrajosas, sin cuello ni corbata, y se les mantuvo esposados incluso mientras estaban sentados allí en la sala del juicio. A Witzleben hasta le privaron del tirante o cinturón, de manera que tenía que sujetarse los pantalones con una mano. No se les permitió expresarse ni explicar sus motivos, porque Freisler les interrumpía en cuanto lo intentaban, bramando insultos, tachándoles de rufianes, traidores, asesinos, cobardes (...). Se había dado orden (...) de que se filmasen los juicios, con el propósito de incluir extractos de ellos en los noticiarios, así como un documental titulado ‘Traidores ante el Tribunal del Pueblo’ (...). Freisler daba tales gritos que el cámara tuvo que decirle que estaba destrozando la grabación sonora”. Kershaw. Hitler. 1936-1945 (Traducción: José Manuel Álvarez). Barcelona, Península, 2000, p. 874.

criterio es que en definitiva el principio inicial que es el presupuesto más elemental del debido proceso y sin el cual no tiene sentido ninguna garantía, es el principio del juez imparcial³⁷, resultando que el principio del juez independiente y del juez natural, lo que pretenden es garantizar que el juez sea imparcial. En la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos, aunque existen una serie de resoluciones que se han referido al principio del juez imparcial, el gran desarrollo se aprecia, en concordancia con los principios de la ONU mencionados en lo atinente a la independencia de la judicatura.

En cuanto a la imparcialidad la Corte Interamericana de Derechos humanos en sentencia del 20 de noviembre de 2009 en el caso Usón Ramírez indicó que “*el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial es una garantía fundamental del debido proceso. Es decir, se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio*” (No. 117). Sobre el principio de imparcialidad del juzgador debe resaltarse también lo resuelto por la Corte Interamericana de derechos Humanos en el caso de Mauricio Herrera en sentencia de 4 de julio de 2004 contra de Costa Rica, en el que indicó «171. (...) *El derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial es una garantía fundamental del debido proceso. Es decir, se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio. Esto permite a su vez, que los tribunales inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática (...)*». Agregó que “170 (...) *El tribunal debe carecer, de una manera subjetiva, de prejuicio personal. Segundo, también debe ser imparcial desde un punto de vista objetivo, es decir, debe ofrecer garantías suficientes para que no haya duda legítima al respecto*”. Indicó un aspecto que es mencionado con frecuencia por la doctrina (...) *hasta las apariencias podrán tener cierta importancia*»³⁸. Todo ello debería llevar, tal y como lo ha considerado la Sala Constitucional costarricense aplicando lo resuelto en el caso de Mauricio Herrera, que las causales de recusación y excusa de los jueces no pueden ser taxativas. La Corte Interamericana de Derechos Humanos la importancia de la garantía del derecho de recusar a los jueces. Así en el caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, por sentencia de 5 de agosto de 2008 indicó que la institución de la recusación tiene un doble fin: por un lado actúa como una garantía para las partes en el proceso, y por el otro, busca otorgar credibilidad a la función que desarrolla la Jurisdicción (No. 63). Dijo además que la recusación no debe ser vista necesariamente como un enjuiciamiento de la rectitud moral del funcionario recusado, sino más bien como una herramienta que brinda confianza a quienes acuden al Estado solicitando la intervención de órganos que deben ser y aparentar ser imparciales (No. 63). Sin embargo, debe resaltarse que la Corte Interamericana de Derechos Humanos aunque ha resaltado que debe garantizarse el derecho de recusar a los jueces, ha indicado que el deber de los mismos de apartarse de oficio, cuando estén en una situación que pueda afectar su imparcialidad. Así se dispuso, por ejemplo en la sentencia de 24 de febrero de 2012 (caso Atala Riffo y niñas vs. Chile) (No. 238).

El tema del principio de imparcialidad de los jueces, lo mismo que de las autoridades administrativas que resuelven peticiones de los particulares o imponen sanciones administrativas, ha ocupado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en muchos fallos. Debe resaltarse además que la misma ha

37 *Importante al respecto es lo que indica Perfecto Andrés Ibáñez: “El rasgo más característico de la jurisdicción, el primer rasgo, el último si se quiere ser radical, es el de que el juez debe ser un extraño al conflicto, debe ser un tercero. En los ayuntamientos medievales de Italia, y probablemente de algunos otros países, se buscaba al extranjero para dirimir conflictos entre los vecinos; se buscaba la absoluta ajenidad al conflicto, la terceridad. Esa condición de tercero como garante de justicia es una vieja aspiración que se encuentra latiendo desde el primer momento de la jurisdicción. Jurisdicción en este sentido sería decir el derecho desde la condición de tercero imparcial”. Ibáñez, P.A.: La jurisdicción: institución para garantizar los derechos humanos. En: Rujana Quintero, Miguel (Editor). Democracia, derechos humanos y Derecho Internacional Humanitario. Bogotá, Facultad de Filosofía, Universidad Libre, 2000, p. 168.*

38 *Sobre la garantía de la imparcialidad véase además por ejemplo: Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencia de 5 de agosto de 2008 (No. 56).*

rechazado los llamados tribunales sin rostro, destacando entre los aspectos problemáticos de los mismos la imposibilidad que existe de recusar a la persona juzgadora, al no conocerse su identidad³⁹.

Debe resaltarse, por otro lado, la gran importancia del principio de independencia judicial, con respecto al cual se presentan con frecuencia graves problemas en Latinoamérica. La Corte Interamericana ha tenido la oportunidad de desarrollar el principio de independencia judicial en diversos fallos. Por ejemplo en el caso Aplitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencia de 5 de agosto de 2008 indicó: *“El objetivo de la protección radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación”* (Nº 55). En relación con la independencia externa destacó la importancia de la separación de los poderes públicos (Nº 55). Se hizo un desarrollo de algunos aspectos relacionados con la independencia judicial interna, como la inamovilidad, lo mismo que un proceso adecuado de nombramiento (Nº 138). Destacó la importancia de la estabilidad y permanencia (Nº 43) e indicó que aun los jueces provisorios no pueden ser libremente removidos (Nº 43). Resaltó además que *“los jueces no pueden ser destituidos únicamente debido a que su decisión fue revocada mediante una apelación o revisión de un órgano judicial superior”* (No. 84). Indicó en cuanto al régimen disciplinario de los jueces que *“La autoridad a cargo del proceso de destitución de un juez debe conducirse imparcialmente en el procedimiento establecido para el efecto y permitir el ejercicio del derecho de defensa”* (Nº 44). Deben destacarse además otros votos que desarrollaron ampliamente las implicaciones del principio de independencia judicial, por ejemplo la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada en el caso Reverón Trujillo vs. Venezuela, de 30 de junio de 2009 y la sentencia dispuesta en el caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela de 1 de julio de 2011. Estas sentencias tienen también como antecedente la dictada en el caso del Tribunal Constitucional Vs Perú, dictada el 31 de enero de 2001.

En dichos fallos la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha acudido entre otros aspectos los principios básicos de la ONU sobre la independencia de la judicatura de 1985, antes mencionados, para precisar el contenido de la independencia judicial. Se ha señalado en casos como el Reverón Trujillo que el hecho de que aproximadamente el 40% de los jueces sean provisorios genera obstáculos para la independencia judicial (Nº 121). Ello fue reiterado en el caso Chocrón Chocrón (Nº 100).

Junto al principio del juez independiente e imparcial, el tercer principio básico con respecto al juzgador es del juez natural, que ha sido desarrollado en diversas resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha sido desarrollado en diversos fallos de Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo en el caso Ivcher Bronstein, resuelto por sentencia del 6 de febrero de 2001. Con respecto a ese principio es fundamental que los criterios de competencia sean establecidos legalmente y no permitan la manipulación de la misma. Sobre el quebranto a ello se expresó en el caso concreto que antes de la resolución que dejó sin efecto la nacionalidad de Ivcher, se procedió a alterar la composición de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia.

En el caso Castillo Petruzzi, resuelto por la Corte Interamericana el 30 de mayo de 1999, se hizo referencia al quebranto al principio del juez natural a través de traslado de la competencia de un tribunal común a uno militar, ello en el juzgamiento de un civil. Sobre ello mismo en el caso Usón Ramírez, resuelto por

39 *Por ejemplo: Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Castillo Petruzzi, sentencia de 30 de mayo de 1999, en donde se dijo: “133. (...) La circunstancia de que los jueces intervinientes en procesos por delitos de traición a la patria sean ‘sin rostro’, determina la imposibilidad para el procesado de conocer la identidad del juzgador y, por ende, valorar su competencia. Esta situación se agrava por el hecho de que la ley prohíbe la recusación de dichos jueces”.*

sentencia del 20 de noviembre de 2009 se consideró que “[c]uando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural” (No. 109). Existen numerosas resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que han declarado el quebranto al principio del juez natural a partir de la extensión de la jurisdicción militar a sujetos particulares.

Otra garantía básica del debido proceso es el derecho de defensa, lo que se expresa en el derecho a ser oído en un plazo razonable y por un tribunal independiente, imparcial y establecido en la ley, a lo que se hace mención en el artículo 8 inciso 1) de la Convención Americana de Derechos Humanos. La relación estrecha entre el debido proceso y el derecho de defensa se aprecia claramente en la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Genie Lacayo, en la que se puso como sinónimo de debido proceso el “derecho de defensa procesal”⁴⁰. La relación estrecha entre debido proceso y garantía del derecho de defensa fue afirmada también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva CC-9/87 del 6-10-1987, sobre las Garantías Judiciales en Estados de Emergencia. Así se dijo que “el llamado “debido proceso legal”: “abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”. Debe resaltarse que gran parte de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado aspectos en que se ha quebranto el derecho de defensa de los imputados, por ejemplo, por la falta de comunicación de los hechos atribuidos, la falta de nombramiento oportuno de un abogado defensor, las dificultades para la comunicación privada con éste, la ausencia de nombramiento de un traductor o intérprete, el desconocimiento de la prueba de cargo, las dificultades para controvertir éste, la imposibilidad de ofrecer prueba de descargo, la falta de correlación entre acusación y sentencia, lo mismo que el quebranto al derecho a recurrir la sentencia⁴¹. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha ocupado de aspectos como el derecho de defensa material, por ejemplo el derecho de que se le comuniquen al imputado los cargos atribuidos, el derecho de conocer la prueba incriminatoria, el derecho de controvertir dicha prueba incriminatoria⁴², de ofrecer prueba de descargo⁴³, lo mismo que la necesidad de correlación entre acusación y sentencia en el caso del dictado de una sentencia condenatoria. Lo mismo cabe indicar con respecto al derecho a la defensa técnica. Debe destacarse que en el caso Barreto Leiva se dijo: “Si el derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona (...), el investigado debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento, sobre todo en la diligencia en la que se recibe su declaración. Impedir a éste contar con la asistencia de su abogado defensor es limitar severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio del poder punitivo” (No. 62)⁴⁴. Ello tiene

40 Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 29 de enero de 1997.

41 Sobre ello: García Ramírez. *El debido...*, pp. 30-33. Acerca del derecho de defensa véase: Llobet Rodríguez, Javier. *Derecho Procesal Penal. III. Garantías procesales (Segunda parte)*. San José, Editorial Jurídica Continental, 2007.

42 Por ejemplo la Corte Interamericana en el caso Castillo Petruzzi, resuelto por sentencia del 30 de mayo de 1999 dijo: “138. La Corte observa que el artículo 717 del Código de Justicia Militar, norma aplicable a los casos de traición a la patria, 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 de la DINCOTE que participaron en la fase de investigación (...).”

43 Por ejemplo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Cantoral Benavides, resuelto por sentencia del 18 de agosto de 2000 indicó: “127. (...) En el desarrollo de las actuaciones realizadas por los jueces del fuero común se presentaron las siguientes situaciones: a) se pusieron obstáculos a la comunicación libre y privada entre el señor Cantoral Benavides y su defensor; b) el abogado de la víctima no pudo lograr que se practicaran ciertas diligencias probatorias cruciales para los fines de la defensa, como la recepción de los testimonios de los miembros de la DINCOTE que participaron en la captura de Cantoral Benavides y en la elaboración del atestado incriminatorio; tampoco pudo conseguir que se celebrara la confrontación pericial tendiente a esclarecer las divergencias que arrojaron los dos peritajes grafológicos practicados en el proceso; y c) 8...”

44 Se dijo además: “Impedir que la persona ejerza su derecho de defensa desde que se inicia la investigación en su contra y la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos es potenciar los poderes investigativos del Estado en desmedro de derechos fundamentales de la persona investigada. El derecho a la defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo”.

gran relevancia en Latinoamérica en donde el periodo en que un detenido está bajo la custodia policial se encuentra tradicionalmente en una situación de vulnerabilidad que favorece el quebranto de los derechos humanos, por ejemplo la práctica de la tortura y el quebranto al derecho de abstención de declarar.

VII. RÉGIMEN POLÍTICO LIBERAL Y DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

En Latinoamérica se ha tendido a reconocer todos y cada uno de los derechos en la Constitución Política, pero a nivel de la ley ordinaria y de la práctica de las autoridades y tribunales se llegan a desconocer con frecuencia los derechos contemplados constitucionalmente. Así frente a las normas que establecen la garantía de la dignidad humana y del debido proceso, han sido frecuentes las detenciones arbitrarias, la tortura y las ejecuciones extrajudiciales, en un pasado con la justificación de la doctrina de la seguridad nacional, como parte de la lucha en contra de la subversión, y hoy día bajo los regímenes democrático liberales como parte de lo que se ha denominado la doctrina de la seguridad ciudadana y de la lucha contra la criminalidad⁴⁵, como lo ha reconocido en abundante jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así al lado de la normativa procesal que establece el sistema de garantías, existe con frecuencia una actuación de hecho con la participación o tolerancia de las autoridades judiciales, que actúa sin apego a norma alguna y en la forma más arbitraria.

Es discutible si esta actuación de hecho podría incluso ser catalogada por el mismo Günther Jakobs como un Derecho Penal del enemigo legítimo, ya que en su concepción del mismo en principio parte de que supone una serie de reglas que se apartan del Derecho Penal del ciudadano y no propiamente situaciones que se basan en reacciones de hecho, realizadas o toleradas por las autoridades judiciales, pero no sujetas a regla alguna⁴⁶.

Aparte de las situaciones de hecho indicadas, se han introducido una serie de institutos propios del Derecho Penal del enemigo en los Códigos Procesales latinoamericanos, alejándose del sistema acusatorio, por ejemplo el testigo de la corona, los agentes encubiertos, los testigos anónimos, la relativización de las reglas de la prueba ilícita de acuerdo con la importancia de la causa y la prisión preventiva basada en

45 En este sentido indica Raúl Zaffaroni que la doctrina de la "seguridad ciudadana" en su versión latinoamericana plantea en sustitución de la doctrina de la "seguridad nacional", otra "guerra sucia", supuestamente desatada por la criminalidad callejera. Zaffaroni. *Política criminal y derechos humanos en América Latina: de la "Seguridad Nacional" a la "Seguridad Ciudadana"*. En: *Consideraciones en torno a una nueva política criminal en Centroamérica y Panamá* (Editor: ILANUD). San José, 1992, p. 176. En sentido similar: Aniyar, op. cit., p. 248. Sobre el abandono de las garantías procesales como parte del reclamo de ley y orden: Arzt, op. cit., pp. 70-73.

46 Dice Jakobs: "El Derecho penal del enemigo sigue siendo Derecho en la medida en que vincula a su vez a los ciudadanos, más exactamente al Estado, sus órganos y funcionarios en la lucha contra los enemigos. Lo que sucede es que el Derecho penal del enemigo no es una regulación para la aniquilación ilimitada, sino, en un Estado de Derecho administrado con inteligencia, una ultima ratio que es aplicada conscientemente en cuanto excepción, como algo que no es idóneo para su uso permanente". Jakobs. *¿Derecho Penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de juridicidad*. En: Jakobs/Polaino Navarrete, M./Polaino Orts, M. *Derecho penal del enemigo*. Córdoba, Editorial Mediterránea, 2007, p. 32. Se pregunta Jakobs si el Derecho Penal del enemigo es legítimo. Dice que para responder hay que señalar dos aspectos: "En primer lugar, el Estado no tiene por qué poner en juego negligentemente su configuración, cuando se habla del Derecho Penal del enemigo, esto no significa 'ley de fugas', 'pena de sospecha' o incluso 'descuartizamiento público para intimidación o cosas similares (aunque esto, desde luego, no resuelve el problema de cómo trazar sus límites)". Agrega "En segundo lugar, la inferencia de una respuesta a la cuestión de la legitimidad del concepto abstracto de Estado de Derecho carece de valor". Al explicar ello indica que el carácter de Estado de Derecho no puede ser determinado en abstracto porque no se prevea la custodia de seguridad, que no se prevea la fundación de una asociación terrorista exclusivamente en cuanto delito contra el orden público, que sean ajeno a la incomunicación, a las escuchas masivas, a los agentes encubiertos y otros instrumentos. Parte Jakobs desde su concepción que dichos métodos pueden más bien ser necesarios para la vigencia real del Estado de Derecho, ello desde un análisis en concreto, ya que si no se prevén puede vaciarse de contenido el derecho del ciudadano a la seguridad. Agrega que el Derecho Penal del enemigo debe ser limitado a lo necesario. Jakobs. *¿Terroristas como personas en Derecho?* En: Cancio Mellá/Gómez-Lara Diez. *Derecho Penal del enemigo*. Montevideo/Buenos Aires, Bdef, 2006, pp. 87-88.

el peligro de reiteración, la alarma social o la flagrantia, lo mismo que los delitos no excarcelables. Se tiende en todo ello a un Derecho Penal del autor, que es precisamente una de las características del Derecho Penal del enemigo y que lo asemeja a las propuestas procesales del Positivismo Criminológico de Ferri⁴⁷ y Garofalo⁴⁸.

Debe tenerse en cuenta que Günther Jakobs al hacer referencia al Derecho Penal del enemigo, hace mención a que este tiene aplicación en los regímenes democráticos y precisamente él desarrolla el mismo pensando en el régimen político democrático alemán⁴⁹, considerando que el Derecho Penal del enemigo es un mal inevitable, pero que se hace necesario contener el mismo diferenciándolo del Derecho Penal del ciudadano, para que no termine contaminando a este último. Este Derecho Penal del enemigo, de acuerdo con Günther Jakobs, se da en la lucha contra la delincuencia organizada, el narcotráfico, el terrorismo, la pedofilia, los delincuentes habituales y la misma criminalidad económica. Relacionado con las consideraciones de Günther Jakobs de la necesidad de defender el Derecho Penal del ciudadano, estableciendo una delimitación y un muro de contención del Derecho Penal del Enemigo, y con ello de defensa del Estado de Derecho, es lo que en Alemania Federal luego de la segunda guerra mundial se conoció como “La democracia combativa” (Streitbare Demokratie) o “Estado de Derecho defensivo” (Wehrhafter Rechtsstaat), que era una concepción que criticaba la pasibilidad que había tenido el Estado de Derecho durante la República del Weimar frente los que la combatían⁵⁰. Esto justificó una serie de limitaciones de las garantías de los imputados y condenados, en particular de aquellos a los que se atribuían actos de terrorismo, en la década de los setenta del siglo pasado justificados en la necesidad de lucha en contra del terrorismo de izquierda frente al auge de actos terroristas que se llegó a dar, por ejemplo se restringió el derecho de defensa del imputado y la comunicación del preso preventivo con el exterior, incluyendo con su abogado. Se reforzó además la posibilidad de mantener en prisión preventiva al imputado. Estas disposiciones pueden ser catalogados como parte de lo que hoy día Günther Jakobs ha llamado como el Derecho Penal del enemigo y fueron criticadas con razón por ser difícilmente compatibles con los principios del Estado de Derecho⁵¹. Igualmente a partir de la década de los noventa del siglo pasado se han venido aprobando en Alemania una serie de leyes de combate de la criminalidad organizada, que han venido restringiendo los derechos de los imputados y los condenados⁵² y que son mencionadas por Günther Jakobs como ejemplo de la existencia del Derecho Penal del enemigo. Como expresión del Derecho Penal del enemigo menciona además Jakobs la legislación que se ha venido aprobando en los diversos países, incluyendo los Estados Democráticos de Derecho, como consecuencia de los atentados del 11 de septiembre de 2001.

Se discute si Günther Jakobs se limitó a realizar una mera descripción del fenómeno del Derecho Penal del enemigo como algo existente, o bien ha pretendido darle una legitimidad al mismo. Es cierto que el

47 Ferri, E. *Sociología criminal*, T. II. (Traducción: von Soto y Fernández). Madrid, 1908: Ferri, E. *Discurso*. En: *La Scuola Positiva (Italia)*, 1912, pp. 297-320.

48 Garofalo, R. *Il Pericoli sociali di alcune teorie giuridiche*. En: *Archivio di Psichiatria (Italia)*, No. 3, 1882a, pp. 380-393; Garofalo, R. *La criminología* (Traductor: P. Dorado Montero). Madrid, 2a. Edición, s.f.

49 Sobre ello dice Zaffaroni que a Jakobs “se le debe criticar su introducción de elementos propios del estado absoluto dentro del estado de derecho, sin advertir que lo implosiona”. Señala que Jakobs no es coherente, al mantener su opción por el estado constitucional de derecho”. Zaffaroni. *El enemigo...*, p. 156. Miguel Polaino Orts, quien defiende el Derecho Penal del enemigo, indica que para el funcionalismo “sólo en Estados democráticos cabe plantear la existencia de un legítimo Derecho penal del enemigo”. Polaino Orts. *Derecho Penal del enemigo*. Barcelona, Bosch, 2009, p. 99. Agrega: “el tratamiento del enemigo al que se refiere Jakobs está en todo momento sometido al mantenimiento de las garantías esenciales del Estado de Derecho”. (pp. 137. Véase también: 554, 556 y 558).

50 Sobre esta concepción: Stern, K. *Derecho del Estado de la República Federal de Alemania*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, pp. 383-393.

51 Cf. Dahs. *Das “Anti-Terroristen Gesetz” – eine Niederlage des Rechtsstaats*. En: *NJW (Alemania)*, 1976, pp. 2145-2151; Dahs, H. *Wehrhafter Rechtsstaat und frei Verteidigung – ein Widerspruch*. En: *ZRP (Alemania)*, pp. 164-169; Llobet Rodríguez, J. *La reforma procesal...*, pp. 26-29.

52 Cf. Llobet Rodríguez. *La reforma procesal...*, pp. 27-28.

Derecho Penal del enemigo no es un fenómeno nuevo, sino que es una tendencia que hacia concepciones autoritarias se había dando en diversos países⁵³, a lo que se hizo mención antes con respecto a Alemania. Sin embargo, la concepción de Jakobs no parece limitarse a una descripción del fenómeno, sino a una justificación del mismo, lo que se aprecia claramente al negarle el carácter de persona al enemigo. Por otro lado, una concepción que se limita a describir un fenómeno con caracteres autoritarios y que no realiza una crítica a ello, en definitiva legitima eso. Por ello en general la doctrina tiende a sostener que Jakobs no solamente describe, sino también defiende el Derecho Penal del enemigo⁵⁴. Frente a las ideas actuales del Derecho Penal de enemigos debe indicarse que el terrorismo y otros fenómenos delictivos de gravedad deben ser enfrentados firmemente, emprendiéndose acciones preventivas y sancionándose penalmente a los responsables de esos actos, pero ello debe realizarse dentro del marco establecido de protección de los derechos fundamentales. Debe tenerse en cuenta que aun a aquellas personas a las que se les acusa, o inclusive se les ha condenado, por no respetar los derechos de los otros, debe respetárseles los derechos fundamentales establecidos constitucionalmente, lo mismo que los derechos humanos, previstos en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. La Administración de Justicia debe llevarse a cabo manteniendo intangible la dignidad de la persona humana⁵⁵. De acuerdo con dicho principio se exige que el imputado sea tratado como un sujeto procesal y no como un mero objeto de la persecución estatal. Por ello la dignidad de la persona humana no puede relativizarse con base en un supuesto interés de la mayoría. Derechos procesales como la presunción de inocencia, el derecho de defensa del imputado, el derecho al juez natural, el derecho de abstenerse de declarar, la prohibición de la tortura, etc., no son sino expresión del principio de dignidad de la persona humana. Afirmaciones como la negación del carácter de persona a los que han cometido actos delictivos de gravedad, deben ser rechazadas firmemente. No debe olvidarse que la base de la legitimación de un Estado de Derecho es que respeta la dignidad de la persona de aquellos que no respetan la de otros. Como bien lo indica Luigi Ferrajoli: “*Un Estado que mata, que tortura, que humilla a un ciudadano no solo pierde su legitimidad, sino que contradice su razón de ser, poniéndose al nivel de los mismos delincuentes*”⁵⁶.

El Derecho Penal del enemigo está relacionado con el Populismo Punitivo, en cuanto este llega a proponer un Derecho Penal del enemigo para la delincuencia tradicional, especialmente la callejera. A lo largo de toda Latinoamérica se han venido aprobando contrarreformas legislativas, que tienden a regular facetas del Derecho Penal del enemigo, siendo uno de los ámbitos más sensibles para ello el correspondiente a la prisión preventiva.

Este auge del populismo punitivo se da en el contexto de los problemas graves de inseguridad ciudadana que se presentan en general en Latinoamérica, por ejemplo, los tres países del norte de Centroamérica:

53 Indica Raúl Zaffaroni: “Lleva razón Prittwitz cuando afirma que si Jakobs hubiera utilizado los términos tradicionales para decir más o menos lo mismo, no hubiera desatado ningún impacto negativo, lo que se corrobora con la visión que nos ha dado la historia del poder punitivo y de la doctrina penal. En efecto creemos que si no hubiera hablado de enemigo y de no persona, y se hubiera limitado a repetir lo que sostenía Welzel o incluso von Liszt, no hubiera despertado mucha polémica. Pero justamente es su vocabulario su mejor acierto, pues con su terminología pone en aprietos a todo el penalismo, dado que al rescatar y hacer expreso el concepto de enemigo o de extraño y su inevitable carácter de no persona, desnuda el fenómeno y con ello, la mala conciencia del derecho penal (doctrina penal) frente a la teoría política (...). Puede firmarse que el mayor mérito de esta propuesta es la claridad y la frontal sinceridad con que define el problema”. Zaffaroni, E. R. *El enemigo en el Derecho Penal*, p. 154.

54 En contra de ello Zaffaroni indica que Jakobs en realidad se proclama enemigo del Derecho Penal del enemigo, pero cree ahora que es imposible contenerlo y por lo tanto, propone contenerlo. Zaffaroni. *El enemigo...* p. 162.

55 Una crítica al Derecho Penal del enemigo por no reconocer el principio de dignidad de la persona humana en: Gracia Martín, L. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho Penal del enemigo”. En: *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02, 2005

56 Ferrajoli. *Derecho y razón*, p. 396. Indica Ferrajoli: “La razón jurídica del estado de derecho no conoce enemigos y amigos, sino sólo culpables y inocentes. NO admite excepciones a las reglas - si se toman en serio como reglas, y no como simples técnicas - no pueden plegarse a conveniencia según la ocasión. Y en la jurisdicción el fin no justifica nunca los medios”. Ferrajoli, L. *El Derecho Penal del enemigo y la disolución del Derecho Penal*. En *Nuevo Foro Penal (Colombia)*, No. 69, 2006, p. 3).

Guatemala, Honduras y El Salvador, tienen tasas de homicidios de las más altas del mundo. Así así 2012 Honduras presentó 90,4 homicidios por 100,000 habitantes, Belice 44,7, El Salvador 41,2, y Guatemala 39,9. Otros países centroamericanos presentan tasas un tanto menores, pero no por ello no elevadas, estando muy por encima de la media mundial, de este modo Panamá presentó 17,2, Nicaragua 11,3 y Costa Rica 8,5 homicidios por 100,000 habitantes⁵⁷. Esta situación ha sido instrumentalizada por el populismo punitivo, el que precisamente tiene su ámbito de aplicación en los regímenes democráticos, con elecciones y bajo la libertad de prensa. Efectivamente el populismo punitivo ha unido a los políticos con sus propuestas electorales de mano dura y al periodismo amarillista y ha utilizado para sus propósitos a las víctimas de delitos. Se le atribuye la culpa de la criminalidad a la lenidad del sistema penal, bajo el lema de que no deben protegerse los derechos de los delincuentes, sino los derechos de las víctimas⁵⁸. Esta corriente tiene su base ideológica en el realismo de derecha, que ha llevado a los Estados Unidos de América a convertirse en uno de los países con más presos por habitante del mundo, todo en un sistema penal que fomenta las reacciones estereotipadas, ligadas a los grupos sociales más desfavorecidos socialmente y a la criminalidad callejera⁵⁹. Esto se ha traducido en Latinoamérica en el fomento de políticas de encarcelamiento masivo a través de políticas de tolerancia cero, que han producido un aumento de la cantidad de privados de libertad, tanto los que están en prisión preventiva como los que cumplen una pena privativa de libertad, que ha producido un gran hacinamiento carcelario, cuyas consecuencias se han hecho más manifiestas últimamente. A ello se refirió por ejemplo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de 27 de abril de 2012, en el caso Pacheco Teruel y otros contra Honduras.

El populismo punitivo parte de sostener que el problema de la criminalidad tradicional no tiene causas de carácter social, sino se basa fundamentalmente en la lenidad de las leyes, entre ellas las procesales. Se dice así que el problema del aumento de la criminalidad es porque el sistema penal es una alcahuetería, que se preocupa por los derechos humanos de los delincuentes y no de las víctimas. Se afirma además que como consecuencia de ello los delincuentes andan sueltos y la gente honrada está bajo rejas. Se dice que los culpables del problema de la criminalidad son los expertos en ciencias sociales y los defensores de los derechos humanos⁶⁰.

57 Datos que provienen del Informe de las Naciones Unidas sobre el 2012, según se indica en: - Honduras lleva al Istmo a la cima de la violencia social. *La Nación*, 11 de abril de 2014, p. 27 A. Sobre el problema de la violencia en Centroamérica. Llobet Rodríguez, J. Las maras y pandillas en Centroamérica. En: *Justicia Penal y Estado de Derecho. Homenaje a Francisco Castillo González*. San José, ILANUD/Editorial Jurídica Continental, 2007, pp. 193-217; PNUD. *Informe sobre Desarrollo Humano para América Central 2009-2010. Abrir espacios a la seguridad ciudadana y el desarrollo humano. Principales hallazgos y propuestas*. Colombia, 2009.

58 Sobre el populismo punitivo: Pratt, John. *Penal Populism*. Londres/Nueva York, Routledge, 2007; Roberts, Julian/Stalans, Loretta/Indermaur; David/Hough, Mike. *Penal Populism and Public Opinion*. Nueva York, Oxford, 2003; Salas, Ricardo. *En busca del paraíso perdido (apuntes sobre el populismo punitivo)*. En: Llobet Rodríguez, Javier/Durán Chavarría, Douglas. *Política criminal en el Estado de Derecho. Homenaje a Enrique Castillo Barrantes*. San José, Editorial Jurídica Continental, 2010, pp. 155-171; Garland, David. *La cultura del control*. Barcelona, Gedisa, 2005; Garland, David. *Crimen y Castigo en la modernidad tardía*. Bogotá, Universidad de los Andes, 2007.

59 Cf. Wacquant. *Las cárceles de la miseria*. Buenos Aires, Manantial, 2000; Wacquant. *Las dos caras del gueto*. Buenos Aires, Siglo XXI, 2010; Wacquant, Löic. *Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social*. Barcelona, Gedisa, 2010; Wacquant. *Los condenados de la ciudad. Gueto, periferias y Estado*. Buenos Aires, Siglo XXI, 2007; Ferrajoli. *Principia iuris*, T. II, pp. 362-363; Re, Lucía. *Cárcel y globalización*. Buenos Aires, Ad-hoc, 2008.

60 Señala Anitua con respecto a la discusión en los Estados Unidos, mencionando a James Q. Wilson, uno de los teóricos del realismo de derecha: "Para Wilson los índices delictivos en los Estados Unidos habían subido porque habían bajado las posibilidades de ser detenido, condenado y, sobre todo ser severamente era castigado. Argumentaba que las consideraciones disuasorias debían ajustar el nivel general de imposición de penas y que los delincuentes peligrosos o reincidentes debían ser sujetos a penalidades más severas, incapacitadoras, y en algunos casos a la misma muerte". Anitua. *Historias de los pensamientos criminológicos*. Buenos Aires, Editores de Puerto, 2005, p. 487. Agrega Anitua, refiriéndose a la obra de George Kelling y Catherine Coles, teóricos del realismo de derecha: "En el libro también recurrían a la vieja técnica inquisitorial de encontrar culpables entre los deslegitimadores de su teoría, los criminólogos y políticos liberales, en sus reclamos por libertad, tolerancia y derechos humanos, serían en realidad, los responsables de todo ese desmadre. La culpa de lo que pasa en los Estados Unidos la tendrían las sentencias del tipo 'Miranda contra Arizona' y demás medidas limitadoras de 'excesos' policiales". Anitua, op. cit., p. 489. Sobre los antecedentes de la discusión en los Estados Unidos: Arzt, Gunther. *Der Ruf nach Recht und Ordnung*. Tubingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1976.

En ese discurso la defensa de los derechos de las víctimas lo que significa es reducción de los derechos de los imputados y de los condenados⁶¹.

Aspecto fundamental de ese planteamiento, como se dijo, es la extensión de la prisión preventiva. Así como la doctrina dice que el Derecho Procesal Penal es Derecho Constitucional aplicado y el sismógrafo de la Constitución, se afirma que la regulación de la prisión preventiva define las características del sistema procesal y está relacionada íntimamente con el régimen político existente⁶². Por ello en regímenes como el fascismo y el nacionalsocialismo se tendía a criticar todo límite que la presunción de inocencia pudiera imponer a la prisión preventiva y a considerar que la privación de libertad debía poder ser dispuesta con amplitud para garantizar los derechos de la colectividad. Si nos atenemos a la regulación de la prisión preventiva y los altos porcentajes de presos sin condena en Latinoamérica, deberíamos sacar conclusiones negativas de los Estados latinoamericanos en cuanto al respecto de una garantía básica de un Estado Democrático de Derecho como la presunción de inocencia. En el ámbito latinoamericano, como se reveló desde la investigación del ILANUD sobre el preso sin condena en 1980, la prisión preventiva ha tenido tal extensión que realmente es la regla, de modo que la mayoría de los privados de libertad en Latinoamérica se encuentran en prisión preventiva y no cumpliendo una pena privativa de libertad. De esta manera se estimó que el 65% de los privados de libertad en esta región estaban bajo prisión preventiva⁶³. Esa problemática fue una de las causas que motivó la reforma procesal que se inició a inicios de la década de los noventa del siglo pasado en Latinoamérica, sin embargo, los nuevos Códigos aprobados siguiendo al Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, se apartaron de éste en la regulación de la prisión preventiva, previendo muchas de las causales que existían bajo los Códigos derogados⁶⁴. A ello se ha unido una serie de contrarreformas impulsadas por el populismo punitivo en diversos países, que han contribuido a la extensión de la prisión preventiva. Por todo ello según estadísticas de ILANUD en el período 2005-2006, Uruguay tuvo un 94% de presos sin condena, Paraguay y Bolivia 73%, Perú 70%, Colombia 65%, México 59%, Argentina 58%, Ecuador y República Dominicana 56% y Venezuela 55%⁶⁵. Ante esta situación no debe considerarse extraño el desarrollo que ha tenido la prisión preventiva en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶⁶. Se ha afirmado así que la prisión

61 *Sobre ello: Chirino Sánchez, Alfredo. La seguridad como topos discursivo en la política criminal centroamericana. Perspectivas de una desesperanza. En: Reyna Alfaro/Cuaresma Terán (Directores). Derecho Penal y Estado de Derecho. Buenos Aires, B de f, 2008, pp. 31 y 35. Sobre el tema véase además: Diez Ripollés, José Luis. La política criminal en la encrucijada. Buenos Aires, B de f., 2007, p. 77, en donde señala que en el discurso actual las víctimas reales o potenciales no admiten indiferencia, de modo que cualquier ganancia de parte del delincuente en garantías procesales o beneficios penitenciarios se ve como una pérdida para las víctimas, que lo ven como un agravio, y cualquier avance en atención de las víctimas se considera que es bueno que repercuta en un empeoramiento de las condiciones existenciales del delincuente.*

62 *Lorca Navarrete, A. M.: La prisión provisional de España y la crisis de una ley socialista. En: Doctrina Penal (Argentina), No. 27, 1984, p. 453; Muñoz Conde, F./Moreno Catena, V.: La prisión provisional en el derecho español. En: La reforma penal y penitenciaria (España) (1980), pp. 344-345.*

63 *Carranza, E./Houed, M./Mora, L. P./Zaffaroni, R. El preso sin condena en América Latina y el Caribe. San José, Ilanud, 1988. Sobre la regulación de la prisión preventiva en América Latina: Llobet Rodríguez, J. Die Untersuchungshaft in den mittel- und südamerikanischen Ländern. En: Untersuchungshaft und Untersuchungshaftvollzug (Editor: F. Dünkel y J. Vaag). Friburgo de Brisgovia, 1994, pp. 335-373; Llobet Rodríguez, J.: Situación actual de la regulación de la prisión preventiva en los países latinoamericanos con un sistema continental europeo, y perspectivas a la luz del nuevo proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica. En: Masa/Schipani. Un "Codice Tipo" di Procedura Penale per L'America Latina. Roma, Cedam, 1994, pp. 375-382.*

64 *Llobet Rodríguez Javier. Prisión preventiva, presunción de inocencia y proporcionalidad en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988. En: Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Memoria de las Jornadas. Lima, Universidad de Lima, 2008, pp. 325-360.*

65 *Datos suministrados por Elías Carranza, Director del ILANUD.*

66 *Sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con respecto a la prisión preventiva, lo mismo que los informes de la Comisión Interamericana al respecto véase: Navas Aparicio, A. Reenmarcar el fundamento de aplicación de la prisión preventiva a partir del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En: Ciencias Penales (Costa Rica), No. 27, 2010, pp. 93-108; Llobet Rodríguez, J. Prisión preventiva, populismo punitivo y protección de los derechos humanos en el sistema interamericano. En: Llobet Rodríguez, J./Durán, D.: Política criminal en el Estado Social de Derecho. San José, Editorial Jurídica Continental, 2010, pp. 183-219; Bigliani, P./Bovino, A. Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema penitenciario. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008.*

preventiva no puede constituirse en una pena anticipada⁶⁷. Desde la sentencia del caso Suárez Rosero del 12 de noviembre de 1997 se ha enfatizado que las únicas causales de prisión preventiva admisibles con el peligro concreto de fuga y el peligro concreto de obstaculización, lo que significa por exclusión lógica el rechazo del peligro de reiteración delictiva, previsto generalmente en la legislación latinoamericana⁶⁸. Ello supone también el rechazo de la alarma social o prisión preventiva para evitar escándalo supuesto para ordenar la prisión preventiva. Debe añadirse que no son admisibles el llamado peligro presunto de fuga, con frecuencia previsto en Latinoamérica, ya que se exige que el peligro sea concreto y que exista una fundamentación del mismo. Implica además el rechazo de los delitos no excarcelables, tan frecuentes en Latinoamérica. Además se exige el carácter excepcional que debe tener y el necesario respeto que debe existir del principio de proporcionalidad⁶⁹. Se ha desarrollado además desde el mismo caso Suárez Rosero por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el derecho del preso preventivo a que su caso sea resuelto en forma definitiva en un plazo razonable⁷⁰.

Frente al reclamo del populismo punitivo de que se desatiende por el sistema penal los derechos de las víctimas, esto para proteger el de los imputados, debe indicarse lo siguiente: un principio fundamental es la solidaridad y empatía con las víctimas. La víctima tiene derechos en el proceso penal que han venido siendo recogidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pero su posición es diferente a la del imputado, ya que el mismo puede ser objeto de graves injerencias estatales en sus derechos, e incluso se le puede llegar a imponer una pena privativa de libertad si es condenado, lo que no puede ocurrir con respecto a la víctima. La víctima tiene derecho a ser oída, a la protección frente a amenazas y a ataques a su integridad y vida, a la protección frente a la segunda victimización, a la reparación, lo mismo que a la realización de una investigación seria y en un plazo razonable, resuelta por un juez independiente e imparcial⁷¹. Es entendible el enojo y la exigencia de las víctimas de que frente a un hecho delictivo haya una respuesta. Sin embargo, no debe verse como contrario a los derechos de las víctimas, que en el juzgamiento de los delitos y la ejecución de las sanciones se respete los principios de un Estado Social de Derecho y con ello el debido proceso. Siempre hay que partir de que hay que buscar al culpable y no a un culpable. La víctima no tiene derecho a que convierta a una persona en un chivo expiatorio, irrespetándose

67 Corte Interamericana de Derechos humanos, caso Acosta Calderón Vs. Ecuador, sentencia de 24 de junio de 2005, No. 111; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007; No. 146; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Usón Ramírez contra Venezuela, sentencia de 20 de noviembre de 2009, N°144.

68 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Suárez Rosero, sentencia de 12 de noviembre de 1997, No. 77. Sobre este caso: Bovino, A. Justicia penal y derechos humanos. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, pp. 3-54. Véase además: Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Tibi Vs. Ecuador, sentencia de 7 de septiembre de 2004, No. 180; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Palamara Iribarne Vs. Chile, sentencia de 22 de noviembre de 2005, No. 198; Corte Interamericana de Derechos humanos, caso Acosta Calderón Vs. Ecuador, sentencia de 24 de junio de 2005, No. 111; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Servellón García y otros Vs. Honduras, sentencia de 21 de septiembre de 2006, No. 90; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, sentencia de 21 de noviembre de 2007, No.93; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Yvon Neptune vs. Haití, sentencia de 6 de mayo de 2008; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Bayarri vs. Argentina, sentencia de 30 de octubre de 2008, No. 74; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Barreto Leiva contra Venezuela, sentencia de 17 de noviembre de 2009, No. 111; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Usón Ramírez contra Venezuela, sentencia de 20 de noviembre de 2009, N° 144.

69 Cf. Corte Interamericana de Derechos humanos, caso Acosta Calderón Vs. Ecuador, sentencia de 24 de junio de 2005, No. 74; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Tibi Vs. Ecuador, sentencia de 7 de septiembre de 2004, No. 107, No. 106; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay, sentencia de 2 de septiembre de 2004, No. 228; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2005, No. 106; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso López Álvarez Vs. Honduras, sentencia de 1 de febrero de 2006, No. 67.

70 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Suárez Rosero, sentencia de 12 de noviembre de 1997, No. 72. Véase además: Corte Interamericana de Derechos humanos, caso Acosta Calderón Vs. Ecuador, sentencia de 24 de junio de 2005, N° 105.

71 Cf. Llobet Rodríguez, Javier. Derechos Humanos en la justicia penal. San José, Escuela Judicial/Editorial Jurídica Continental, 2008, p. 254.

el derecho de defensa y la presunción de inocencia y en general el debido proceso, ya que ello significaría que existiría una víctima adicional, aquella que fue instrumentalizada por el sistema penal⁷².

Debe considerarse que el reconocimiento de los derechos de las víctimas dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha estado ligado en gran parte a la violación de derechos de personas que fueron imputadas o sospechosas de hechos delictivos, o bien fueron condenadas por los mismos, llegándose a violentar sus derechos, por ejemplo a través de detenciones arbitrarias, ejecuciones extrajudiciales o la práctica de la tortura, o bien, por medio del quebranto del derecho de defensa material o técnica, del derecho de abstención de declarar o de la presunción de inocencia, o bien en la ejecución de la pena al derecho a no ser objeto de sanciones crueles y al derecho al trato conforme a la dignidad humana. A partir del derecho al reclamo de dichas violaciones, se ha llegado al reconocimiento del derecho de las víctimas a que se lleve a cabo una investigación seria en un plazo razonable y a que el asunto sea resuelto por un tribunal independiente e imparcial, lo mismo que al derecho de audiencia⁷³. Lo anterior es importante, ya que cuando se habla de la garantía de los derechos de las víctimas, muchas veces no se considera que víctimas son también las que sufren abuso de poder por las autoridades estatales, o bien cuando las mismas toleraron o fomentaron el quebranto de sus derechos.

Debe tenerse en cuenta que la base de la legitimación de un Estado de Derecho, es que incluso a aquellos a los que se les acusa de haber quebrantado los derechos de otros o se les ha condenado por ello, debe respetárseles sus derechos. Caso contrario, el Estado en el ejercicio del *ius puniendi*, no podría argumentar ninguna moral superior sobre los delincuentes⁷⁴, puesto que se habría puesto al nivel de ellos.

VIII. CONCLUSIONES

Se habla de un ligamen estrecho entre el sistema procesal y el sistema político. Sin embargo, en los tiempos actuales el auge del Derecho Penal del enemigo y del Populismo Punitivo pone en entredicho dicho postulado. Frente a los cuestionamientos al respeto de los derechos de los imputados en el proceso penal, alegándose que con ello se desatiende a las víctimas, no debe dejarse de considerar que el gran desarrollo que ha tenido el respeto a los derechos de las víctimas es a partir de quebrantos que se han dado a los derechos de personas a las que se les atribuía por los órganos policiales o por el sistema penal en general la comisión de alguna conducta ilícita.

72 Cf. Ferrajoli. *Derecho y razón*, pp. 66, 68.

73 Véase por ejemplo: caso de los "Niños de la Calle", resuelto por sentencia del 19 de noviembre de 1999: "227. Por otra parte, del artículo 8 de la Convención se desprende que las víctimas de las violaciones de los derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en busca de una debida reparación". La Corte Interamericana en el caso Blake, por sentencia del 24 de enero de 1998 se refirió a las garantías judiciales que deben dársele a la víctima, ello con base en el artículo 8 inciso 1) de la CADH. Debe resaltarse que con base en el artículo 8 inciso 1) de la CADH la Corte Interamericana ha exigido el respeto al derecho de la víctima a que el asunto sea juzgado por un juez natural e imparcial, considerando, por ejemplo, que no reúnen ese carácter los tribunales militares, que resuelven los asuntos en que se discute una actuación violatoria de los derechos humanos realizada por un militar. Así se dispuso en el caso Durand y Ugarte, por sentencia del 16 de agosto de 2000. Por otro lado, la Corte ha resaltado que del artículo 8 inciso 1) de la CADH se desprende el derecho de la víctima a que el asunto en que se reclama la desaparición forzosa y tortura se resuelva en un plazo razonable, haciéndose referencia al derecho de la parte acusadora de que se respeten las garantías procesales, en particular el debido proceso y el derecho de defensa, comprendiendo dentro de la parte acusadora a los familiares de la víctima desaparecida. Así se dispuso en el caso Genie Lacayo, resuelto por sentencia del 29 de enero de 1997. Importante es que se hizo referencia allí al derecho de la parte acusadora de que se respeten las garantías procesales, en particular el debido proceso y el derecho de defensa, comprendiendo dentro de la parte acusadora en este caso a los familiares de la víctima desaparecida. Véase además el caso las Palmeras, resuelto por sentencia del 6 de diciembre de 2001 (No. 65).

74 Ferrajoli. *Derecho y razón*, p. 396.

BIBLIOGRAFÍA

- Albanese, Susana. Garantías Judiciales. Buenos Aires, Ediar, 2007;
- Andrés Ibáñez. En torno a la jurisdicción. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007;*
- Anitua. Historias de los pensamientos criminológicos. Buenos Aires, Editores de Puerto, 2005
- Aniyar. Democracia y justicia penal. Caracas, Ediciones del Congreso de la República, 1992.
- Antillón. La historia ¿Mala consejera? En: Ciencias Penales, No. 18, 2000.
- Antillón. Teoría del proceso jurisdiccional. San José, Investigaciones Jurídicas, 2001.
- Aron. Ensayo sobre las libertades (Traducción: Ricardo Ciudad Andreu). Madrid, Alianza, 1974.
- Arzt, Gunther. Der Ruf nach Recht und Ordnung. Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1976.
- Baratta. 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), No. 40, 1987, pp. 623-650.
- Beulke. Strafprozessrecht. Heidelberg, C. F. Müller, 2004.
- Bigliani, P./Bovino, A. Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema penitenciario. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008.
- Bundesminister der Justiz (Editor). In Namen des deutschen Volkes. Justiz und Nationalsozialismus. Colonia, Verlag Wissenschaft und Politik, 1989.
- Carbonell, Miguel (Coordinador). Neoconstitucionalismo. Madrid, Trotta, 2005.*
- Carbonell, Miguel/Salazar, Pedro (Coordinadores). Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. Madrid, Trotta, 2005.*
- Carranza, E./Houed Vega, M. /Mora Mora, L.P./Zaffaroni, R.: El preso sin condena en América Latina y el Caribe. San José, ILANUD, 1988.
- Chirino Sánchez, Alfredo. La seguridad como topos discursivo en la política criminal centroamericana. Perspectivas de una desesperanza. En: Reyna Alfaro/Cuaresma Terán (Directores). Derecho Penal y Estado de Derecho. Buenos Aires, B de f, 2008.
- Dahs. Das "Anti-Terroristen Gesetz" – eine Niederlage des Rechtsstaats. En: NJW (Alemania), 1976, pp. 2145-2151.*
- Dahs, H. Wehrhafter Rechtssaat und frei Verteidigung – ein Widerspruch. En: ZRP (Alemania), pp. 164-169; Llobet Rodríguez, J. La reforma procesal..., pp. 26-29.*
- Diez Ripollés, José Luis. La política criminal en la encrucijada. Buenos Aires, B de f., 2007.

Fernández, María Encarnación. Los derechos económicos, sociales y culturales. En: Megías Quirós (Coordinador). Manual de Derechos Humanos. Buenos Aires, Thomson/Aranzadi, 2006.

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

Ferrajoli. Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale. Roma, Laterza, 1990;

Ferrajoli. El Estado Constitucional de Derecho el modelo y su divergencia de la realidad. En: Andrés Ibáñez, Perfecto (Editor). Corrupción y Estado de Derecho. Madrid, Trotta, 1996, pp. 15-29.

Ferrajoli. Derecho y garantías. La ley del más débil (Traducción: Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi). Madrid, Trotta, 1999.

Ferrajoli. Garantismo. Una discusión entre Derecho y Democracia (Traducción: Andrea Greppi). Madrid, Trotta, 2006.

Ferrajoli, L. El Derecho Penal del enemigo y la disolución del Derecho Penal. En Nuevo Foro Penal (Colombia), No. 69, 2006a, pp. 13-31.

Ferrajoli. Principia iuris. Madrid, Trotta, T. II, 2011.

Ferri, E. Sociología criminal, T. II. (Traducción: von Soto y Fernández). Madrid, 1908.

Ferri, E. Discorso. En: La Scuola Positiva (Italia), 1912, pp. 297-320.

Ferrajoli. Principia iuris. Madrid, Trotta, T. II, 2011

García Ramírez, S. El debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: Tavolari, R. (Coordinador). Derecho Procesal Penal contemporáneo. Ponencias de las XXII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile y otros, 2010, pp. 1-72;

Garofalo, R. II Pericoli sociali di alcune teorie giuridiche. En: Archivio di Psichiatria (Italia), N° 3, 1882a, pp. 380-393.

Garofalo, R. La criminología (Traductor: P. Dorado Montero). Madrid, 2a. Edición, s.f.

Gozaíne, Osvaldo. El debido proceso. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004;

Gracia Martín, L. Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado "Derecho Penal del enemigo". En: Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología. criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02, 2005-

Hassemer, W.: Fundamentos de Derecho Penal. España, 1984

Hassemer, W.: Grundlinien eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens. En: KritV (Alemania), 1990, pp. 260-278.

Hutter, Franz-Josef. No Rights. Menschenrechte als Fundament einer funktionierenden Weltordnung. Berlín, Aufbau Taschenbuch Verlag GmbH, 2003

Huertas Díaz, Omar/Trujillo Londoño, Francisco Javier./Lozano Pacheco, Luis Gonzalo/Sanabria Rincón, José Alfredo. El derecho al debido procedso y las garantías judiciales en la dimensión internacional de los derechos humanos. Bogotá, Ibáñez, 2007.

Jakobs. ¿Terroristas como personas en Derecho? En: Cancio Meliá/Gómez-Lara Diez. Derecho Penal del enemigo. Montevideo/Buenos Aires, Bdef, 2006, pp. 76-116.

Jakobs. ¿Derecho Penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de juridicidad. En: Jakobs/Polaino Navarrete, M./Polaino Orts, M. Derecho penal del enemigo. Córdoba, Editorial Mediterránea, 2007, p. 15-40.

Johnson. El terror nazi (Traductor: Marta Pino Moreno). Barcelona, 2002.

Kershaw. Hitler. 1936-1945 (Traducción: José Manuel Álvarez). Barcelona, Península, 2000.

Kramer, Bernhard. Grundbegriffe des Strafverfahrensrecht. Ermittlung und Verfahren. Stuttgart y otros, Kohlhammer, 1984.

Kriele. Liberación e Ilustración. Defensa de los Derechos Humanos (Traductor: Claudio Gancho). Barcelona, Herder, 1982.

Lorca Navarrete, A. M.: La prisión provisional de España y la crisis de una ley socialista. En: Doctrina Penal (Argentina), No. 27, 1984, pp. 453-465.

Llobet Rodríguez, J.: La reforma procesal penal (un análisis comparativo latinoamericano-alemán). San José, Escuela Judicial, 1993.

Llobet Rodríguez, J.: Situación actual de la regulación de la prisión preventiva en los países latinoamericanos con un sistema continental europeo, y perspectivas a la luz del nuevo proyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica. En: Masa/Schipani. Un "Codice Tipo" di Procedura Penale per L' America Latina. Roma, Cedam, 1994, pp. 375-382.

Llobet Rodríguez. Die Untersuchungshaft in den mittel- und südamerikanische Länder. En: Untersuchungshaft und Untersuchungshaftvollzug (Editor: F. Dünkel y J. Vaag). Friburgo de Brisgovia, 1994, pp. 335-373.

Llobet Rodríguez, J.: Die Unschuldsvermutung und die materiellen Voraussetzungen der Untersuchungshaft. Friburgo de Brisgovia, Max Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 1995.

Llobet Rodríguez, J.: La presunción de inocencia y la prisión preventiva (según la doctrina alemana). Revista de Derecho Procesal (España), 1995, pp. 547-571.

Llobet Rodríguez, J. "Justicia penal" en el Estado arbitrario (La reforma procesal penal durante el nacionalsocialismo). San José, Editorial Jurídica Continental, 2004.

Llobet Rodríguez, J. Presunción de inocencia y proporcionalidad de la detención preventiva en el Código de Procedimiento Penal colombiano. En: Derecho Penal Liberal y Dignidad Humana. En: Homenaje al Dr. Hernando Londoño Jiménez (Coordinador: Fernando Velásquez). Bogotá, Temis, 2005, pp. 355-372.

Llobet Rodríguez. Derecho Procesal Penal. I. Aspectos generales. San José, Editorial Jurídica Continental, 2005.

Llobet Rodríguez. Derecho Procesal Penal III. Garantías procesales. San José, Editorial Jurídica Continental, 2007.

Llobet Rodríguez, J. Las maras y pandillas en Centroamérica. En: Justicia Penal y Estado de Derecho. Homenaje a Francisco Castillo González. San José, ILANUD/Editorial Jurídica Continental, 2007, pp. 193-217.

Llobet Rodríguez. Derechos Humanos en la Justicia Penal. San José, Escuela Judicial/Editorial Jurídica Continental, 2008.

Llobet Rodríguez Javier. Prisión preventiva, presunción de inocencia y proporcionalidad en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988. En: Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Memoria de las Jornadas. Lima, Universidad de Lima, 2008, pp. 325-360.

Llobet Rodríguez. Prisión preventiva, populismo punitivo y protección de los derechos humanos en el sistema interamericano. En: Llobet Rodríguez, J./Durán, D.: Política criminal en el Estado Social de Derecho. San José, Editorial Jurídica Continental, 2010, pp. 183-219.

Llobet Rodríguez. Cesare Beccaria y el Derecho Penal de hoy. Garantías y sistema penal. Saarbrücken, Editorial Académica Española, 2011.

Majer. Grundlagen des nationalsozialistischen Rechtssystems. Stuttgart y otros, Verlag W. Kohlhammer, 1987.

Medina Quiroga, C. La convención americana: teoría y práctica. Santiago de Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2003, pp. 265-342;

Muñoz Conde, F/Moreno Catena, V.: La prisión provisional en el derecho español. En: La reforma penal y penitenciaria (España), 1980, pp. 339-431.

Navas Aparicio, A. Reenmarcar el fundamento de aplicación de la prisión preventiva a partir del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En: Ciencias Penales (Costa Rica), No. 27, 2010, pp. 93-108.

Pellegrini Grinover. Lineamenti generali del nuovo processo penale nell' America Latina: Argentina, Brasile e Codice modello per l' America Latina. En: Consiglio Nazionale delle Ricerche (Editor). Un Codice Tipo di Procedura Penale per L' America Latina. Roma, T. I, 1990.

Pinto, Mónica. El Derecho Internacional. Vigencia y desafíos en un escenario globalizado. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2004.

PNUD. Informe sobre Desarrollo Humano para América Central 2009-2010. Abrir espacios a la seguridad ciudadana y el desarrollo humano. Principales hallazgos y propuestas. Colombia, 2009.

Polaino Orts. Derecho Penal del enemigo. Barcelona, Bosch, 2009.

Pratt, John. Penal Populism. Londres/Nueva York, Routledge, 2007.

Quispe Remón, Florabel. El debido proceso en el Derecho Internacional y en el sistema interamericano. Valencia, Tirant lo blanch, 2010.

Roberts, Julian/Stalans, Loretta/Indermaur; David/Hough, Mike. Penal Populism and Public Opinion. Nueva York, Oxford, 2003.

Roxin, C.: Strafverfahrensrecht. Munich, 1998.

Roxin. Derecho Procesal Penal (Traducción: Córdoba/Pastor). Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000.

Salas, Ricardo. En busca del paraíso perdido (apuntes sobre el populismo punitivo). En: Llobet Rodríguez, Javier/Durán Chavarría, Douglas. Política criminal en el Estado de Derecho. Homenaje a Enrique Castillo Barrantes. San José, Editorial Jurídica Continental, 2010, pp. 155-171.

Salmón, Elizabeth/Blanco, Cristina. El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lima, Instituto de Democracia y Derechos Humanos/Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012.

Sampay. El Estado nacional-socialista alemán. En: Revista Jurídica Argentina, No. 18, abril-junio de 1940, pp. 140-147.

Schübelin, Jürgen. Die Toten auf den Strassen von Honduras. En: Deutschen Institut für Menschenrechte y otros (Editores). Francfort del Meno, Suhrkamp, 2005, pp. 167-177.

Schumacher, Ulrich. Staatsanwalt und Gericht im Dritten Reich. Colonia, Pahl-Rugenstein Verlag, 1985.

Stern, K. Derecho del Estado de la República Federal de Alemania. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

Wacquant. Las cárceles de la miseria. Buenos Aires, Manantial, 2000.

Wacquant. Los condenados de la ciudad. Gueto, periferias y Estado. Buenos Aires, Siglo XXI, 2007.

Wacquant. Las dos caras del gueto. Buenos Aires, Siglo XXI, 2010.

Wacquant, Löic. Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social. Barcelona, Gedisa, 2010.

Waldmann, Peter. Staatliche und parastaatliche Gewalt in Lateinamerika. En: Junker, Detlef/Nohlen, Dieter/Sangmeister, Hartmut (Editores). Lateinamerika am Ende des 20. Jahrhunderts. München, Verlag Beck, 1994, pp. 75-103.

Waldmann, Peter. Staatliche und parastaatliche Gewalt in Lateinamerika. En: Junker, Detlef/Nohlen, Dieter/Sangmeister, Hartmut (Editores). Lateinamerika am Ende des 20. Jahrhunderts. München, Verlag Beck, 1994, pp. 75-103.

Zaffaroni, R.: Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina. Informe final. Buenos Aires, Depalma, 1986.

Zaffaroni. Hacia un realismo radical. Caracas, Monte Ávila Editores, 1992.

Zaffaroni. Política criminal y derechos humanos en América Latina: de la "Seguridad Nacional" a la "Seguridad Ciudadana". En: Consideraciones en torno a una nueva política criminal en Centroamérica y Panamá (Editor: ILANUD). San José, 1992.

Zaffaroni. Muertes anunciadas. Bogotá, Temis, 1993.

Zaffaroni. En busca de las penas perdidas. Bogotá, Temis, 1993.

Zaffaroni. El enemigo en el Derecho Penal. Buenos Aires, Ediar, 2009.

Zipf, Strafprozessrecht. Berlín/Nueva York, 1977.

- Honduras lleva al Istmo a la cima de la violencia social. La Nación, 11 de abril de 2014, p. 27 A

EL CODIGO PROCESAL PENAL DE 1996-1998 LOGROS, PENDIENTES Y DESAFÍOS

Daniel González Álvarez
Exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia
Director de la Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica

Nuestro país había dado un cualitativo salto hacia la instauración de un sistema de justicia penal oral con la adopción del Código de Procedimientos Penales de 1973, que entró en vigencia paulatinamente en distintos territorios del país a partir de 1975, sustentado en el entonces vigente Código para la Provincia de Córdoba, Argentina.¹

Años después adoptamos el Código Procesal Penal en 1996 y en vigencia desde 1998.² Hablar o escribir sobre los avances, los problemas y los pendientes derivados de los primeros quince años de vigencia del Código Procesal Penal de Costa Rica es difícil sin recordar a nuestro entrañable amigo **Luis Paulino Mora Mora**, quien fue el más entusiasta propulsor y uno de los principales redactores de ese texto junto con un selecto grupo de colegas coordinados por este servidor, en una época en que ya se comenzaban a vislumbrar las dificultades del sistema penal para reaccionar de manera adecuada y proporcionada frente al incremento de la criminalidad.

Los problemas ocasionados por el narcotráfico y la delincuencia organizada ya se manifestaban agudamente en aquellas épocas en que discutíamos la necesidad de reformar nuestro proceso penal, para transformarlo en otro que resultara más humanitario, más expedito, más eficiente y a la vez más justo, de cara al sistema mixto pero marcadamente inquisitivo que caracterizaba el sistema penal de aquellas épocas.

No fue una tarea ideológicamente fácil, la presencia del sentimiento represivo generalizada en los ciudadanos y producto de esa idea muy enraizada en nuestra cultura, de que el castigo es la única vía para expiar el mal provocado con el delito, estaba muy presente en aquel entonces, quizás no tanto como ahora, pero resultaba muy popular entre la ciudadanía. En ese contexto hablar de la necesidad de que nuestro sistema penal fuese más respetuoso de los derechos humanos, en especial de las personas sometidas a juicio, no resultaba ser una posición muy aceptada por los juristas, incluso entre los entendidos y menos entre la ciudadanía que pedía y sigue pidiendo a gritos una respuesta muy represiva para los trasgresores de la ley.³

-
- 1 MAIER, Julio B.J. *La reforma del procedimiento penal en Costa Rica. En Doctrina Penal*, año 1, Julio-Diciembre 1977, pp. 103 ss.
 - 2 Hemos adoptado aquí como fecha de la reforma y del Código la dualidad 1996-1998 o simplemente 96-98, en virtud de que en el lenguaje cotidiano en nuestro país el Código Procesal Penal de 1996 (año de su aprobación) es mencionado como el Código Procesal Penal de 1998 (año de su vigencia), con el fin de no perder de vista, además, que ese texto recoge las ideas que sobre el proceso penal se decantaban en nuestro continente a finales de los años 80 y principios de los 90.
 - 3 cfr. GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel. Informe Nacional, en "Las Reformas Procesales Penales en América Latina" Julio B.J. Maier, Kai Ambos y Jan Woischnik, Coordinadores, Konrad Adenauer Stiftung, Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 269 ss.; GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel. La aplicación del nuevo Código Procesal Penal en Costa Rica, en "Ciencias Penales" N° 14, San José, 1997, pp. 105 ss.; HOUED VEGA, Mario. El proceso penal en Costa Rica, en "El Proceso Penal, Sistema Penal y Derechos Humanos", E.R. Zaffaroni, Coordinador, Editorial Porrúa, México, 2000, pp. 137 ss.; y GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel y DALL'ANESE RUIZ, Francisco. Alcances prácticos de la reforma procesal penal en Costa Rica, en Ciencias Penales N° 21, San José, 2003, pp. 131 a 186.- Véase también LLOBET RODRIGUEZ, Javier. Derecho Procesal Penal. Tomo I Aspectos Generales. Editorial Jurídica Continental, San José, 2005, en especial pp. 110 ss.

El grupo que asumió la tarea de transformar el proceso penal nunca enarboló una posición abolicionista, ni siquiera reduccionista del sistema, salvo lo relacionado con la necesidad de aplicar medidas alternativas y criterios de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, como lo hacen en la actualidad los sistemas penales más avanzados tanto del sistema germano romano como del anglosajón.

No obstante algunos visualizaron que se trataba de un Código de esa orientación y de alguna manera fue encasillado hacia aquellas posiciones. Quizás a eso se deba, entre otros aspectos, el que nunca se haya superado el dos por ciento la cantidad de medidas alternas aplicadas en la experiencia costarricense, situación muy distinta en algunos de los países de la región, donde las medidas alternativas son aplicadas de manera considerable, sin que nadie se rasgue las vestiduras señalando que van camino hacia el abolicionismo.

Si debemos reconocer que en aquellos años de discusión del entonces proyecto de Código Procesal Penal, a finales de los ochenta y principios de los noventa, existían mayores consensos y un excelente liderazgo judicial en lo que a iniciativas legales se refiere. El Judicial convocó para esos efectos representantes de distintos sectores y se integraron en este esfuerzo las Universidades, particularmente la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, el Congreso, el Poder Ejecutivo y el Colegio de Abogados hasta aprobar en 1996 ese texto que nos rige hasta ahora, bastante parchado en estos quince años de vigencia.

En estos primeros quince años no ha faltado quien señale que el Código fracasó, ante el empuje de la criminalidad y el aumento real de la delincuencia organizada, ya no solo de la percepción de la inseguridad ciudadana. Al respecto bastaría con señalar que tienen razón quienes piensan así si partieron de la idea de que el Código Procesal Penal resultaba ser el instrumento con el cual eliminaríamos la criminalidad, o al menos la reduciríamos a niveles aceptables, en situaciones de mayor confort. Efectivamente, si alguien hubiese impulsado el cambio del proceso penal marcadamente inquisitivo hacia otro de carácter marcadamente acusatorio, pensando que con ello se reduciría significativamente la criminalidad, pues sí, el Código resultaría un verdadero fracaso, un fiasco, una empresa muy mal emprendida. Pero la verdad es que ello nunca constituyó un objetivo que se haya propuesto con la adopción de un nuevo Código Procesal Penal.

Sí nuestro Código Procesal Penal hubiere fracasado, tendríamos que admitir que el sistema oral, acusatorio y adversarial fracasó, es decir que el sistema propio de un estado democrático, respetuoso de los derechos ciudadanos, no es un modelo que los costarricenses podamos ajustar a nuestras tradiciones jurídicas, y que necesitamos volver a sistemas más duros, menos respetuosos de los derechos ciudadanos, más drásticos en la represión, típicos de sistemas autoritarios, porque nos acecha la criminalidad. Desde luego que nuestro país merece un proceso penal democrático, propio de nuestra idiosincrasia pacifista, ajustado a las circunstancias sociales que nos rigen, pero sobre todas las cosas un sistema que responda a nuestro sistema de garantías constitucionales.

Lo anterior no significa que las instituciones encargadas de la persecución penal deban ser débiles. Todo lo contrario pues, como expondremos más adelante en estas líneas, consideramos indispensable fortalecer aún más los sistemas de investigación y de persecución del delito, dotarlos de mayores recursos materiales y humanos, fortalecerlos tanto desde el punto de vista jurídico, como desde el punto de vista económico, material, organizacional, estructural.

Pero en algo si tienen justificada razón los críticos del Código. Es cierto que nunca se pretendió reducir la delincuencia organizada y el narcotráfico, ni eliminar o reducir la delincuencia, sino tener en el país un sistema de justicia más ajustado hacia un estado de derecho, respetuoso de las garantías y los derechos

fundamentales de los ciudadanos, incluyendo a los imputados y a las víctimas.⁴ Pero también es cierto que la apuesta por un nuevo Código Procesal también se hizo con la intención de reducir los ámbitos de impunidad, para disminuir la cantidad de delitos sin investigación, y para bajar la cantidad de víctimas sin que éstas hubiesen encontrado alguna respuesta decorosa del sistema penal.

Y en este último punto sí que debemos señalar que las cosas no han estado bien, como puntualizaremos más adelante en el desarrollo del texto. En efecto no hemos logrado bajar el índice de impunidad a los niveles que la ciudadanía desearía, en especial en los delitos que afectan intereses colectivos o generales, como los casos de corrupción en la administración pública y en la empresa privada. La verdad todavía constituyen verdaderos desafíos, que deben asumirse tratando de utilizar de manera más racional y adecuada el sistema penal, con el fin de disminuir los ámbitos de impunidad, para lo cual deben comenzarse a aplicar medidas alternativas en los casos de delitos menores, con penas bajas, realizados con mínima violencia sobre las personas, los cuales son los que atascan todo el funcionamiento del sistema y mantienen ocupados a sus operadores, con desatención evidente de los casos complejos y graves, aquellos que afectan a la colectividad de manera irreversible.

Hay aciertos y muy importantes con la adopción del Código Procesal Penal del 96-98, pero debemos reconocer que todavía hay tareas pendientes, aspectos que no han logrado ponerse en vigencia en la realidad del proceso, así como también existen verdaderos desafíos, ajustes y cambios que requieren atención como esperamos exponer en estas líneas.

La verdad es que el apoyo ciudadano que en ocasiones se percibe frente a alguna propuesta populista tiene sustento ante la falta de resultados adecuados del funcionamiento del sistema penal⁵, de ahí la importancia de realizar ajustes y cumplir en la práctica el contenido de algunas figuras contenidas en la reforma legislativa del 96-98 que no han logrado ponerse en vigencia de manera significativa y trascendente, como las medidas alternas para los delitos menores, en especial los patrimoniales sin grave violencia sobre las personas.

1.- PRINCIPALES PROPUESTAS DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 1996-98

El objetivo más importante que se planteó con la reforma fue la necesidad de que el proceso penal cumpliera, más allá de una mera ficción jurídica, principios, garantías y derechos fundamentales decantados desde la Revolución Francesa e incorporados en nuestra Constitución Política y recogidos en una buena cantidad de Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Costa Rica⁶.

4 MAIER, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos. 2º Reimpresión de la 2º edición. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2002, en especial pp. 257 ss.*; y BINDER, Alberto M. *Política Criminal, de la formulación a la praxis. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, en especial pp. 125 ss.*

5 ZUÑIGA NÚÑEZ, Mario. **Contra la pasividad de Cenicienta: condiciones culturales para el “populismo punitivo” en Costa Rica.** Profesor Escuela de Antropología (UCR), investigador del DEI. Esta ponencia fue presentada en la mesa redonda “Inseguridad ciudadana y populismo punitivo”, organizada por el Instituto de Investigaciones Filosóficas (IIF) el 10 de diciembre de 2009 en el marco de las 15 Jornadas de Investigación Filosófica. ZAMORA ACEVEDO, Miguel. **Acerca del discurso populista punitivo, en Libro Homenaje al Prof. Dr. Francisco Castillo González en sus 70 años.** Vicerrectoría de Investigación, Universidad de Costa Rica, San José, 2014, pp. 135 ss.

6 MORA MORA; Luis Paulino. *Garantías derivadas del debido proceso. En Derecho Procesal Penal Costarricense, Tomo I, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 2007, pp. 21 ss.*- CARVAJAL PEREZ, Marvin. *El Proceso Penal en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, ídem, pp. 165 ss.*- LLOBET RODRIGUEZ, Javier. *Derecho Procesal Penal. Tomo I Aspectos Generales. Editorial Jurídica Continental, San José, 2005, pp. 323 ss.* ARMILLO SANCHO, Gilbert; LLOBET RODRIGUEZ, Javier; y RIVERO SANCHEZ, Juan Marcos. *Nuevo proceso penal y Constitución. Prólogo de Víctor Moreno Catena. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, 1998. Sobre el diseño constitucional del proceso penal cfr. BINDER, Alberto. Introducción al Derecho Procesal Penal. Tomo I., Editorial Jurídica Continental, San José, 2014, pp. 67 ss.*

Observábamos la práctica forense de entonces y ubicábamos una buena cantidad de transgresiones a derechos fundamentales vitales, no obstante que la existencia de esos derechos, principios y garantías en el ordenamiento jurídico nadie cuestionaba, ni cuestiona ahora, como el derecho de defensa. Nos conformábamos con que éstos derechos fuesen reconocidos en el ordenamiento jurídico, pero a su vez no nos interesaba mucho si algunos de ellos se veían comprometidos en la práctica, no tanto por incumplimiento de los operadores sino más por disposiciones legales expresas de segundo orden, que no permitían verificar su cumplimiento efectivo, como por ejemplo la posibilidad de recibirle declaración al imputado sin que éste conociera el contenido de la investigación, sin que hubiese hablado siquiera previamente con su defensor, porque lo importante resultaba ser “indagarlo”, recibirle la declaración “indagatoria” sin que se hubiese contaminado con el contenido de la investigación, para que no pudiera asumir una actitud defensiva y tratar de pescarlo en las falsedades, en un contexto en que esa declaración también sería tomada en cuenta en el dictado de la sentencia. Con la creación de la Sala Constitución a finales de los años 80 iniciaba un largo camino de declaratorias de inconstitucionalidad de algunas de las normas más significativas del Código de Procedimientos Penales del 73.⁷

El sistema anterior además permitía que todas las declaraciones de la investigación pudiesen tomarse en cuenta para el dictado de la sentencia, de manera que el juicio oral resultaba ser una lectura, cuando al menos se leía, de lo ocurrido en la investigación.

En síntesis el objetivo central de la reforma procesal penal del 96-98 fue el intentar reducir lo que Ferrajoli señala como antinomias entre normas y principios del nivel superior y normas y praxis del nivel inferior, dado ese distanciamiento que apreciábamos entre normatividad constitucional y efectividad del sistema procesal penal de entonces.⁸

a) FORTALECIMIENTO DE LA ORALIDAD EN EL JUICIO

Una comparación entre las regulaciones del Código de Procedimientos Penales de 1973 con el Código Procesal Penal de 1996 nos permiten concluir, sin lugar a dudas, que éste último vino a reforzar la oralidad en el procedimiento penal que ya había iniciado el Código del 73, en especial en la fase de juicio.⁹

Tal fortalecimiento se desarrolló a través de varios mecanismos, sin embargo para comprender su magnitud bástenos señalar que conforme al Código del 73 el juicio oral se desarrollaba sobre la base de la lectura de declaraciones que los testigos habían prestado en la instrucción (investigación). Pero no se crea que las declaraciones las recibían el Juez de Instrucción y resultaban leídas en el juicio. Ninguna de las dos cosas ocurría en la práctica forense de la época. Las declaraciones durante la instrucción del Juez eran recibidas por los oficinistas (escribientes) en el Despacho Judicial del Juez de Instrucción, sin la participación del Juez ni de las partes. De ese modo el oficinista se limitaba a citar a los testigos, quienes iban llegando al Juzgado cuando tuvieren disponibilidad de hacerlo, con intervalos de semanas y meses entre ellos y así se iba formando el expediente de instrucción. Cuando el testigo comparecía al Juzgado, el oficinista se limitaba a preguntarle “qué sabe usted de este asunto”, e inmediatamente transcribía el relato del testigo, sin que hubiese presencia del Agente del Ministerio Público, del defensor, del imputado ni del Juez. Por lo

7 *Una recopilación de la Jurisprudencia Constitucional puede consultarse en CORDOBA ORTEGA, Jorge y GONZÁLEZ PORRAS, Andrés. Constitución Política de la República de Costa Rica, Concordada y con jurisprudencia de la Sala Constitucional. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, 2010, en especial pp. 113 ss.*

8 *FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta, Madrid, 1995, pp. 697 ss.*

9 *QUIROS CAMACHO, Jenny. La oralidad en el proceso penal costarricense. En Derecho Procesal Penal Costarricense, Tomo II, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 2007, pp. 515 ss.; y MADRIGAL ZAMORA, Roberto. La oralidad durante la fase preparatoria del nuevo proceso penal, en Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 1998, N. 15, pp.91 ss.*

general el oficinista no tenía mayor conocimiento del caso, y en la mejor de las experiencias se limitaba a transcribir el relato del testigo, y en muchos asuntos terminaba haciendo una interpretación del relato, para simplificar su función receptora de declaraciones, omitiendo aspectos relevantes o tergiversándolos. El Juez, al final del día, firmaba las actas de los testigos que habían concurrido a su despacho, como ficción jurídica de formalidad, para hacer constar que fueron recibidas en su Despacho.

En la fase de juicio el Código del 73 autorizaba incorporarlo por lectura cuando el testigo no comparecía, porque se desconocía su residencia o tenía algún obstáculo para comparecer, o simplemente porque las partes estaban de acuerdo, lo que ocurría en la mayoría de asuntos porque no se contaban con unidades especializadas en localizar personas, sino que entonces el Poder Judicial debía solicitar el auxilio de la policía administrativa, para que cuando tuvieran tiempo los citaran.

Y, conforme a la práctica forense, la lectura de aquellas actas en juicio tampoco se realizaba, sino que bastaba con que el Juez o el Presidente del Tribunal señalara que tales y cuales declaraciones se tenían por incorporadas al debate, sin necesidad de lectura y sin que el público supiese de qué se trataba aquello.

El Código del 96-98 prohibió la incorporación por lectura de las declaraciones de los testigos realizadas durante la investigación, y en su lugar creó la figura del anticipo jurisdiccional de prueba para casos excepcionales y tasados en que el testigo no pueda comparecer al debate, pero exigiendo como presupuestos básicos que la declaración se reciba en audiencia, con la presencia obligada del Juez, el Fiscal y el Defensor. Obviamente tal medida enriqueció la oralidad durante el juicio, cambiando la práctica de declaraciones de papel que se tenía con anterioridad.

Otras medidas también fortalecieron la oralidad, como el disponer de la audiencia intermedia para discutir sobre la admisibilidad de la prueba para el juicio y discutir sobre la procedencia de la acusación; así como también al sentarse las bases para que las medidas cautelares se discutieran en audiencia de manera oral, al disponerse en forma facultativa tal posibilidad, hasta que finalmente años después se haya modificado el Código y se hicieran obligatorias.

Todas estas medidas, entre otras, fortalecieron la oralidad que ya había arrancado en el sistema de justicia penal desde la adopción del Código del 73.

b) FORTALECIMIENTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La reforma procesal penal del 96-98 buscó fortalecer la función encargada al Ministerio Público de perseguir los delitos y disminuir la impunidad, al menos si hacemos una comparación con la institución que se había moldeado con la reforma del Código del 73 y su primera ley orgánica.¹⁰

Para tales efectos debía fortalecerse al Ministerio Público como institución, como ente encargado de dirigir la investigación y obtener una decisión jurisdiccional de condena.

b.1 Para lograr esos objetivos entre otros aspectos se reformó totalmente la Ley Orgánica del Ministerio Público, que elevó el rango o nivel institucional no obstante que ya para entonces se echaba de menos, como todavía ocurre, una mención constitucional al Ministerio Público que dejara jurídicamente consolidada su independencia funcional y el nivel jurídico del órgano, como uno de los entes públicos de más alto nivel, al igual que la Procuraduría General de la República, la Contraloría General de la República o la Defensoría de los Habitantes.

¹⁰ Véase HOUED VEGA, Mario y CRUZ CASTRO, Fernando. *El Ministerio Público en la relación procesal penal*, en *Revista de Ciencias Jurídicas*, N° 39, San José, 1979.

Por ley no podía equipararse el rango jurídico y las prerrogativas constitucionales del Fiscal General con la de los miembros de los Supremos Poderes del Estado, sin embargo se trabajó en diferentes líneas para otorgarle al menos aquellas prerrogativas que legislativamente fueren posibles por medio de la ley, como la de elevar su rango salarial, y otros aspectos que dignificaran el estatus laboral de la jefatura del Ministerio Público.

b.2 También se estableció jurídicamente que el Ministerio Público, por medio del Fiscal General y sus unidades de apoyo, resultaba ser el órgano encargado de diseñar y llevar adelante la política de persecución penal en el estado costarricense, pues con anterioridad distintos entes, principalmente vinculados a la actividad político-administrativa del Poder Ejecutivo, definían las prioridades y establecían qué delitos debían perseguirse y a cuales debía dársele mayor relevancia policial.

Además se incorporó el principio de oportunidad¹¹, mediante el cual el Ministerio Público podía consolidar su propia política de persecución penal, según los criterios definidos en la ley al tasarse las causales en las que podía dejar de acusar ciertos delitos en determinadas circunstancias, no obstante que existieren pruebas suficientes para solicitar una condena.

b.3 También, en la misma línea de fortalecimiento del órgano encargado de la persecución penal se modificó y se fortaleció su estructura orgánica.

Entre otros aspectos debe mencionarse que se establecieron distintas jefaturas a nivel nacional, con la creación de las Fiscalías Adjuntas tanto en cada uno de los distintos Circuitos Judiciales del país, como en cada una de las unidades especializadas, para modificar la concepción celular que existía antes con la dispersión de Agencias Fiscales y Fiscalías de Juicio a lo largo de todo el país y en su lugar unirlas bajo el mando de una fiscalía adjunta territorial o bien especializada en determinadas materias que se estimaron esenciales.

Asimismo se le dotó de disposiciones jurídicas muy flexibles que le permitieran a la Fiscalía General trasladar sin problema funcionarios según las necesidades que demande la actividad delictiva, o bien crear unidades especiales de investigación y persecución penal, mediante lo cual pudiera cambiar sin mayor trámite legislativo su propia organización cuando fuere necesario reforzar determinadas Fiscalías o la persecución de determinados delitos en cualquier lugar del país conforme éstas actividades lo demanden.

b.4 Entre otros aspectos también debe mencionarse que al entrar en vigencia el Código Procesal Penal en 1998 se duplicó la plantilla de fiscales del Ministerio Público, pues se le estaban otorgando mayores responsabilidades y funciones que exigían también la necesidad de otorgarle mayores recursos humanos era llevarla adelante.

Estas y otras medidas tanto jurídicas como administrativas fortalecieron la figura del Fiscal General, la de los Agentes y la del Ministerio Público como órgano del Estado costarricense.

11 *TIJERINO PACHECO, José María. El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal. En Derecho Procesal Penal Costarricense, Tomo I, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 2007, pp. 495 ss. GATGENS GOMEZ, Erick y RODRIGUEZ CAMPOS, Alexander. El principio de oportunidad. Conveniencia procesal de la persecución penal. Editorial Juritexto, San José, 2000.*

c) FORTALECIMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN EN MANOS DEL MINISTERIO PÚBLICO Y LA POLICÍA JUDICIAL

Ante la imperiosa necesidad de que los delitos fuesen adecuadamente investigados, pero de manera científica y que a su vez se respetaran los derechos ciudadanos, la reforma procesal penal del 96-98 se propuso fortalecer la investigación por varias vías, principalmente por medio de tres grandes cambios: Eliminar la figura del Juez de Instrucción, trasladar la investigación al Ministerio Público y la policía Judicial, y desformalizar o mejor desjurisdiccionalizar los actos de la investigación. Se impulsó la necesidad de que la investigación fuese desarrollada por órganos que tuviesen mayor capacidad profesional y vocación de hacerlo, para lograr por un lado mayor eficiencia y eficacia, y por otro lograr un mayor respeto a los derechos ciudadanos, incluso a los de la víctima.

c.1 La figura del Juez de Instrucción ya había cumplido su época¹². Un órgano que estaba diseñado para garantizar los derechos del imputado durante el procedimiento penal y a su vez fuese el responsable de la investigación del delito, como resultaba ser el Juez Instructor, estaba realmente comprometido entre dos posiciones la mayoría de contradictorias. Si el Juez instructor se destacaba por ser un excelente investigador, acucioso en las pesquisas y dedicado a la persecución de los delitos, terminaba de alguna manera minimizando los derechos del imputado, tanto que éste último terminaba peleando en el proceso contra el Juez y no contra un incipiente Ministerio Público que existía en aquel entonces. Por otro lado, si el Juez de Instrucción resultaba ser exigente en extremo con de los derechos del imputado, riguroso en el escrutinio, en la selección y en el análisis de la prueba de cargo, muchas veces terminaba afectando la investigación y dejando impune un hecho delictivo en perjuicio de otro ciudadano llamado víctima, ante interpretaciones extensivas de las reglas de la nulidad, exigiendo formalismos sin que en la práctica existiesen verdaderas afectaciones al imputado que ameritaran ser subsanadas o repuestas, a través de mecanismos como la nulidad por la nulidad.¹³

La principal función del Juez de Instrucción consistía en investigar de oficio los hechos delictivos, era el responsable de disponer qué actividades de recopilación de pruebas se llevaban adelante, y por lo general se comunicaba directamente con la policía judicial. En algunos casos los jueces participaban activamente en los actos de investigación, y luego correspondía a ellos mismos examinar la validez de la prueba y otorgarle el grado de credibilidad de esos elementos conforme a las reglas de la “sana crítica”.

El Juez Instructor de entonces se encargaba además de delimitar la acusación contra el imputado, pues a él correspondía dictar el auto de procesamiento y prisión preventiva, el cual constituía posteriormente la base en la que se sustentaría el Agente Fiscal del Ministerio Público para formular el “requerimiento de elevación a juicio” o acusación en sentido estricto. Luego de formulada esa acusación al Juez de Instrucción correspondía luego dictar el auto de elevación a juicio, que constituía la base del juicio oral. En otras palabras el Juez de Instrucción participaba activamente en la formulación de la acusación.

Por esa razón la reforma eliminó la figura del Juez de Instrucción y en su lugar estableció al Juez de Garantías denominado en nuestro país simplemente como Juez Penal, como el encargado de resolver los diferendos que se susciten durante la investigación entre el Ministerio Público por un lado, y la defensa y el imputado por el otro, así como encargado de extender las autorizaciones para proceder cuando se comprometan derechos o garantías constitucionales, como en los casos de la aplicación de la prisión, las escuchas telefónicas, los allanamientos, etc.

¹² *Sobre estos aspectos cfr. CRUZ CASTRO, Fernando. La función acusatoria en el Proceso penal costarricense. En Derecho Procesal Penal Costarricense, Tomo I, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 2007, pp. 951 ss.*

¹³ **CRUZ CASTRO, Fernando. La Nulidad por la Nulidad, La Justicia Prompta y Cumplida y la Vigencia del Formalismo Procesal. Corte Suprema de Justicia. Escuela Judicial, San José. 1994**

c.2 Por esas razones la investigación de los delitos se trasladó a manos del Ministerio Público con el auxilio de la Policía Judicial y los demás órganos del Estado encargados de la función policial en sede administrativa y esta fue una de las reformas más importantes del Código Procesal Penal del 96-98.

Por un lado, para hacer más eficiente la persecución penal resultaba necesario otorgarle esta delicada función a un órgano especializado, cuya función fuere la de llevar adelante la acusación penal y no se le exigiese una posición objetivamente neutral entre las partes, como la que supuestamente debía mantener el juez y remarco supuestamente porque incluso se le exigía al Juez de instrucción.

Pero además, por otro lado, ese traslado de la investigación se sustentaba en la necesidad de fortalecer la defensa de los derechos de las partes, en especial los del imputado, pues no era posible que el sujeto que como juez debía encargarse de velar por el respeto de los derechos del imputado, fuese a su vez el encargado de investigar el delito, de recopilar la prueba, de valorarla y el encargado de sentar las bases de la acusación escrita contra el imputado.

Resultaba necesario distinguir y escindir la función de investigación de la función jurisdiccional a desarrollar durante la primera fase del procedimiento penal. Al final también esta medida terminó fortaleciendo la función del Ministerio Público en la persecución de los delitos.

d) FORTALECIMIENTO DE LA POSICIÓN DE LA VÍCTIMA

Antes de la reforma del 96-98 la víctima resultaba ser un sujeto con mínimas potestades procesales durante la tramitación del procedimiento penal.¹⁴ El Código Procesal Penal vino a fortalecer su posición en muchos aspectos, entre los cuales cabe destacar aquí en primer término al ampliarse el concepto o la cantidad de personas que pueden invocar en el proceso penal la calidad de víctima de delito, con todas sus implicaciones; en segundo lugar al establecerse la posibilidad de constituirse en un acusador coadyuvante, pudiendo así ejercer la acción penal también junto con el Ministerio Público; y en tercer lugar, al establecerse la posibilidad para la víctima de negociar con el imputado una solución diversa y alterna al proceso penal oficial por medio de la reparación integral del daño y la conciliación. La reforma 96-98 también adoptó otras medidas para fortalecer la posición de la víctima en el proceso penal, como por ejemplo al pedirle opinión para resolver aspectos relevantes sobre el curso del procedimiento, pero baste señalar esos tres casos para tener una idea de la necesidad de fortalecer esa figura.¹⁵

d.1 En efecto, antes del Código del 96 la víctima no era considerada parte esencial del procedimiento, el Título V del Código del 73 dedicado a “Las Partes y sus defensores” ni siquiera lo mencionaba como tal, salvo al “actor civil” y desde entonces también podía constituirse en querellante por delitos de acción privada.

No fue sino hasta la aprobación del Código del 96-98 que se consideró como víctima a un grupo considerable de sujetos, con facultades esenciales en el procedimiento, estimándose como tales a:

¹⁴ **ESER, Albin.** *Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal*, en “De los delitos y de las víctimas”, *Ad-hoc*, Buenos Aires, 1992, pp. 13 ss.

¹⁵ **ARIAS MEZA; Jeannette.** *La víctima de delito en el proceso penal: Un enfoque desde la victimología y los derechos humanos.* En *Derecho Procesal Penal Costarricense, Tomo I, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 2007, pp. 1049 ss.*

- i) La persona directamente ofendida por el delito.
- ii) El cónyuge, la persona conviviente con más de dos años de vida en común, el hijo o la hija, la madre y el padre adoptivos, los parientes dentro del tercer grado de consanguinidad o el segundo de afinidad y el heredero declarado judicialmente, en los delitos cuyo resultado sea la muerte del ofendido.
- iii) Las personas socias, asociadas o miembros, respecto de los delitos que afecten a una persona jurídica, cometidos por quienes la dirigen, administran o controlan.
- iv) Las asociaciones, fundaciones y otros entes que tengan carácter registral, en los delitos que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses.

Obviamente lo anterior permitió consolidar la participación de una buena cantidad de personas y grupos afectados por la acción delictiva, bastante más allá del concepto tradicional que regía con anterioridad de que la víctima era simplemente el ofendido directo del delito, con reglas de derecho penal sustantivo muy restrictivas, bajo la esfera de la protección de los derechos afectados con la conducta delictiva.

d.2 En segundo lugar, antes de la reforma la víctima era un sujeto procesal de poca relevancia, pues su intervención en el proceso penal se limitaba a formular la denuncia y a participar como un testigo, aunque ya el Código del 93 le otorgaba la posibilidad de formular la acción civil resarcitoria y en algunos casos restringidos únicamente a constituirse en querellante de los escasos delitos de acción privada.

La reforma del 96-98 le viene a otorgar a la víctima la posibilidad de constituirse en acusador coadyuvante con el Ministerio Público en delitos de acción pública, con lo cual pasa de ser un sujeto a quien sólo le interesa el resarcimiento del daño, para transformarse en un verdadero acusador penal, a llevar adelante la acusación aportando elementos de prueba para el juicio contra el imputado, señalando la calificación jurídica que en su criterio corresponde al caso, con independencia de la posición del Ministerio Público en la causa.

Se rompe así el monopolio del ejercicio de la acción penal que mantenía el Ministerio Público según la regulación anterior, pues esta función debe a partir de entonces compartirla, al menos eventualmente, con el ciudadano a quien de alguna manera le ha producido afectación la acción delictiva siempre que formule la coadyuvancia en la etapa intermedia, con la idea de remozar y darle mayor impulso a la acusación formulada contra el imputado.

d.3 Finalmente debemos mencionar que la reforma del 96-98 otorga a la víctima la suficiente potestad para que su criterio y su opinión prevalezcan sobre los de los órganos oficiales encargados de la persecución del delito, con el fin de concluir el proceso de una manera distinta o alterna a la pena, a través de la reparación del daño y la conciliación.

Hasta entonces la potestad punitiva del Estado se consideraba indisponible por los particulares. Con estas medidas alternativas al procedimiento penal, la víctima adquiere una posición de trascendencia en el proceso penal, y puede definir la conclusión de los procedimientos en ciertos casos, especialmente tasados en la ley, en especial en ciertos delitos menos graves y en los casos en que procede la suspensión condicional de la pena.

e) ESTABLECIMIENTO DE MECANISMOS DE ACELERACIÓN DEL PROCEDIMIENTO PENAL

Los plazos de duración del proceso penal en aquellos años eran extensos y se requería adoptar algunos mecanismos de aceleración, como lo hacen todos los códigos procesales de occidente, para no circunscribirnos a Latinoamérica.

El Código del 73 había adoptado la denominada “Citación Directa” con muy poco suceso pese a los reiterados esfuerzos para ponerla en vigencia en la práctica, con la idea de acelerar los procedimientos¹⁶. Para la reforma del 96-98 se adoptan varios mecanismos de aceleración, entre los que cabe mencionar el proceso abreviado, la suspensión del proceso a prueba y la necesidad de fijarle plazo para el cierre de la investigación.

e.1 La adopción del proceso abreviado se sustentó en la necesidad de acelerar los procedimientos cuando el imputado, debidamente asesorado por su defensor, aceptara la responsabilidad penal y en consecuencia renunciara a la realización de un juicio oral pleno, a cambio de obtener una disminución hasta de un tercio de la pena aplicable en el caso.

La idea central del procedimiento abreviado era la de eliminar los juicios orales innecesarios, principalmente para los casos de flagrancia, cuando la prueba contra el imputado resultaba evidente y su condena era inminente desde cualquier perspectiva.¹⁷

e.2 Por otra parte con la reforma 96-98 también se incorporó al Código una nueva forma de terminación anticipada al establecerse la suspensión del proceso a prueba. Para la época de aprobación del Código del 96-98 casi a la mitad de las personas condenadas a penas privativas de libertad después de tramitar todo un procedimiento penal, se les concedía el “beneficio” de condena de ejecución condicional, según el cual no debía cumplir la pena a cambio de someterse al cumplimiento de varias condiciones durante un período de prueba.

El Código del 96-98 estableció una terminación temprana para el procedimiento, con una medida muy similar a la condena de ejecución condicional, pero aplicable en las primeras fases del procedimiento, a aquellos imputados que deseaban terminar su asunto asumiendo cumplir condiciones que impone el Juez, a cambio de continuar la tramitación y con la ventaja de no quedar inscrito como autor de un hecho punible en el Registro Judicial respectivo, siempre que presente un adecuado plan de reparación del daño causado. La medida resulta aplicable para los casos que admitan la aplicación de la suspensión condicional de la pena, con algunas limitaciones.

Conforme se expuso entonces, la idea central fue la de no esperar a que el asunto se elevara a juicio, se realizara el debate y se dictara la sentencia para aplicar un sustitutivo penal de suspensión de pena, lo cual atiborraba de casos el sistema penal. En su lugar, para aquellos asuntos en los cuales el imputado, asesorado debidamente por su defensor, aceptara la aplicación de este sustitutivo del proceso, a cambio del cumplimiento de ciertas condiciones y además, estableciera un plan de reparación del daño a la víctima, aspectos que debe controlar el Ministerio Público.

16 JIMENEZ VASQUEZ, Carlos María. *Citación directa: aspectos básicos del procedimiento y de la información sumaria*. Mesén Editores, San José, 1996.-

17 SALAZAR MURILLO, Ronald. *El juicio abreviado*. Investigaciones Jurídicas S.A. San José, 2003, particularmente pp. 58 ss.- Véanse también los trabajos recogidos en MAIER, JULIO y BOVINO, ALBERTO, compiladores. *El procedimiento abreviado*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001.

e.3 Otro instrumento dirigido a acelerar el procedimiento penal fue la posibilidad para la defensa de solicitarle al Juez que le fije un plazo al Ministerio Público para que concluya la investigación preparatoria, que no puede ser mayor de seis meses, cuando estima que se ha extendido más allá del tiempo razonable para concluirla. Se estableció además, como medida de vigilancia, que el incumplimiento del plazo fijado por el Juez podría acarrear la extinción de la acción penal.

Desde luego también se fijaron plazos para que los operadores realizaran sus actuaciones, sin embargo al ser éstos de carácter ordenatorio, su incumplimiento no ha tenido mayor trascendencia, debido a la sobrecarga de trabajo.

f) ADOPCIÓN DE MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN MATERIA PENAL

Otra de las novedades que introdujo en nuestro sistema jurídico el Código del 96-98 fue la posibilidad de celebrar acuerdos y convenios entre víctimas y victimarios, por medio de la conciliación, como forma de finalizar el conflicto penal, como ya lo indicamos atrás.

Antes de la promulgación del Código del 96-98 nuestro sistema de justicia penal se caracterizaba por la indisponibilidad de la pretensión punitiva del Estado, quien se reservaba el derecho de definir, en todo los casos, la forma en que se solucionaba el conflicto, por medios oficiales y generalmente con poca o ninguna intervención de las personas involucradas.

Podríamos mencionar también la suspensión del proceso a prueba, el cual si bien no constituye un mecanismo sustitutivo del sistema penal, si viene a configurar una manera alternativa al procedimiento común, por medio del cual el imputado no es sometido a proceso y eventualmente a una pena, si asume el cumplimiento de una serie de condiciones, entre las cuales se encuentra la reparación del daño a la víctima.

g) FORTALECIMIENTO DEL DERECHO DE DEFENSA DEL IMPUTADO

De último y no porque sea menos importante, menciono que paralelamente también se fortalecieron los derechos del imputado en el procedimiento penal.

Pero no se piense que se crearon nuevas garantías o se establecieron privilegios para que lograra eludir la acción de la justicia, no obstante que algunos han calificado el que se fortalecieron estos derechos con una posición extremadamente garantista, suficiente para permitirle al imputado eludir su responsabilidad recurriendo a meras interpretaciones legalistas y a la exigencia de requisitos formales. Más lejos de la realidad no se podría estar.

Lo que en esencia realizó el Código del 96-98 fue simplemente llevar a una reglamentación legal las garantías y los derechos del imputado en un proceso penal propio de un estado democrático y de derecho, según las reglas del debido proceso, al regular y tratar de hacer efectivos derechos ya reconocidos por nuestra Constitución Política y por los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por nuestro país, y por eso vigentes y de aplicación obligatoria.¹⁸

¹⁸ MORA MORA, Luis Paulino. *Garantías derivadas del debido proceso*. Cit., pp. 21 ss.- CARVAJAL PEREZ, Marvin. *El Proceso Penal en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos*, cit., pp. 165 ss.- LLOBET RODRIGUEZ, Javier. *Derecho Procesal Penal*. Cit., pp. 323 ss. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Coordinador. El Proceso Penal. Sistema Penal y Derechos Humanos*. Editorial Porrúa, México, 2000.

Un doble discurso ha venido acompañando esta queja. Por un lado se afirma que nuestro sistema procesal penal es respetuoso de las garantías del imputado reconocidas a nivel constitucional y en el sistema internacional de los derechos humanos, pero por otro lado cuando se pretende reglamentar esos derechos y esas garantías en la legislación, en la articulación cotidiana del procedimiento para hacerlos efectivos, surgen voces que clasifican de garantismo recalcitrante tales medidas, en una época en que el péndulo –para no decir lo política y socialmente correcto- está del lado de la defensa de los derechos de la víctima y en consecuencia, hacia una disminución en el reconocimiento pleno de las garantías del imputado.

g.1 Varios fueron los mecanismos utilizados para hacer efectivos los derechos constitucionales del imputado en el proceso penal, particularmente al reglamentar la participación de la defensa en una serie de actos del procedimiento, y al establecerse como obligatoria su participación como condición indispensable de validez de los actos.

Señalarlos nos conduciría a referir prácticamente todo el procedimiento, pero para justificar nuestra afirmación inicial y comprender sus alcances obsérvese, en primer lugar, que el Código del 96-98 inicia precisamente con una enumeración y descripción de los derechos y garantías fundamentales previstos para el proceso penal, haciendo una importante clasificación que deben tener presente todos los operadores del procedimiento, resaltándose los siguientes: el principio de legalidad, las reglas de interpretación de las normas, el principio del juez natural, la oralidad, la justicia pronta, la independencia de los jueces, el principio de objetividad, la necesidad de resolver el conflicto, el principio de inocencia, la excepcionalidad y restricción de las medidas cautelares, el principio de persecución única, la inviolabilidad de la defensa, el derecho a una defensa técnica, entre otros.¹⁹

De todos estos derechos, principios y garantías resultamos el de inocencia, pues conforme a la nueva descripción contenida en el Código del 96-98 dicho principio pasó de ser una presunción a un estado efectivo. En el sistema anterior el imputado debía presumirse inocente, y debía presumirse porque se consideraba en el fondo que no lo era, ya no se le consideraba como tal por el solo hecho de estar sometido a un procedimiento penal donde muy posiblemente se le iba a condenar. En el Código del 96-98 el principio de presunción de inocencia pasó a considerarse como el principio de inocencia, según el cual el imputado resultaba inocente, sin presunciones, y debía ser tratado como tal en todo el curso del procedimiento, hasta que una sentencia condenatoria firme, dictada en un proceso tramitado conforme a las reglas del debido proceso legal, descartara esa condición de inocencia. Con ello se pretendieron cambiar para varios aspectos prácticos muy importantes para el imputado, principalmente estimarlo en su plena condición de ciudadano y como un sujeto con derechos y obligaciones.

g.2 En segundo lugar mencionamos que el Código del 96-98 eliminó la exigencia del dictado del “**Auto de Procesamiento**” requerida en la legislación anterior. En efecto, conforme al Código del 73 resultaba necesario al inicio del procedimiento penal que el Juez de Instrucción hiciera un análisis muy primario sobre la existencia de los hechos delictivos denunciados y sobre la responsabilidad del imputado en esos hechos delictivos.

Como era de esperarse este “**Auto de Procesamiento**” constituyó una forma de disminuir o eliminar el principio de “presunción” de inocencia que regía entonces, pues un Juez en el uso de sus potestades ya había señalado en resolución jurisdiccional que resultaba “muy probable” (y también se presumía) que los hechos y el delito denunciado existían, y también que resultaba muy probable que el imputado era el autor o había intervenido como partícipe en la realización de ese delito. En tal contexto considerar al

19 MORA MORA, Luis Paulino. *Garantías derivadas del debido proceso*. Cit., pp. 21 ss.-

imputado como inocente, conforme lo exigía desde décadas anteriores nuestra Constitución, resultaba ser una quimera, pues pasó a ser de un presunto inocente a un presunto culpable.

La reforma del 96-98 eliminó esta exigencia al considerar el Auto de Procesamiento como un resabio de carácter inquisitivo que había propiciado volcar el principio de inocencia que cobija constitucionalmente al imputado por un principio de presunta culpabilidad en el delito. Esta situación fue reforzada por lo expuesto con anterioridad (**Supra f.1**) sobre el principio de inocencia.

g.3 En tercer lugar mencionamos, siempre a título de ejemplificación y sin agotar todas las posibilidades, que el Código del 96-98 estableció una regulación muy especial y restrictiva para la aplicación de las medidas cautelares, en especial la prisión preventiva.

En efecto el Código reguló de una manera más comprensible y adecuada el uso de la prisión preventiva, que aparecía antes como de aplicación automática cuando se decretaba el “auto de procesamiento” por delito con pena mayor de tres años, lo que había provocado un crecimiento de las personas privadas de libertad en espera de juicio.

Ya desde 1993, es decir antes de la aprobación del Código del 96-98 una reforma al régimen de la prisión preventiva había cambiado esta situación, al extraerse del entonces proyecto de Código del 96-98 algunas de sus disposiciones sobre este tema, para anticiparlas, con el fin de cumplir con algunas disposiciones sobre la libertad y la prisión preventiva que ya emitía la Sala Constitucional en sus primeros años de creación.²⁰

Debemos reconocer, anticipándonos a lo que expondremos más adelante, que éste régimen ha venido transformándose y endureciéndose ante los reclamos ciudadanos por el avance de la criminalidad, con la creencia de que esto de alguna manera disminuirá los hechos delictivos.

2.- PROBLEMAS EN LA GESTIÓN JUDICIAL

No obstante los esfuerzos que se realizan en el Poder Judicial para sacar adelante la tarea y disminuir los atrasos en la tramitación de los procesos penales²¹, la verdad es que, conforme expondremos de seguido, existen graves problemas que afectan de manera directa la gestión judicial, y dichos problemas tienden a confundirse con problemas propios del proceso penal, lo que motiva en muchas ocasiones algunas propuestas que no necesariamente nos conducirán a resolver la congestión y el atraso, con graves implicaciones para el funcionamiento del sistema penal.

Basados en datos no sometidos a discusión, originados por el propio Poder Judicial y que en atención a su adecuada política de transparencia se encuentran en su página Web²², observaremos como el costo

20 LOBET RODRIGUEZ, Javier. *La prisión preventiva*. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 1999, en especial pp. 147 ss.

21 *Sobre el trabajo del equipo de reducción de circulante del Poder Judicial véase: SECCIÓN DE ESTADÍSTICAS, DEPARTAMENTO DE PLANIFICACIÓN DEL PODER JUDICIAL. Primer Informe Estadístico de la Gestión desarrollada por el Programa contra el Retraso Judicial, Primer Trimestre 2012 (ANÁLISIS Y CUADROS), y del mismo Informe N° 129-EST-2013, que sirvió de base al Taller “Propuestas para mejorar la gestión de los Tribunales Penales” celebrado en la Corte Suprema de Justicia los días 15, 22 y 29 de noviembre de 2013. En dicho informe se hacen importantes análisis del último quinquenio en el comportamiento del trabajo de los despachos penales. Puede consultarse en http://sitios.poder-judicial.go.cr/planificacion/informes_relevantes.html*

22 *El sitio Web del Poder Judicial: www.poder-judicial.go.cr en la siguiente dirección: http://sitios.poderjudicial.go.cr/planificacion/Estadisticas/compendios_generales.html*

de la justicia va en aumento, la cantidad de funcionarios judiciales va en aumento, hay una disminución en los asuntos ingresados, y sin embargo se vienen dictando cada vez menos resoluciones judiciales, produciéndose como consecuencia una verdadera congestión de asuntos.

Para tales reflexiones nos sustentamos en la información que aparecen en los Compendios de Indicadores Judiciales de la Sección de Estadísticas del Departamento de Planificación del Poder Judicial²³, los cuales han sido elaborados con base en los parámetros que a nivel internacional ha suministrado el Centro de Justicia para las Américas (CEJA) con el fin de hacer comparables los sistemas de justicia de nuestra región, y en cuya elaboración ha tenido una destacada participación la experiencia de nuestro país, particularmente la Sección de Estadísticas del Departamento de Planificación del Poder Judicial de Costa Rica.

Para nuestros propósitos hemos simplificado la información destacando los datos reportados para los años 2000, 2009, 2011 t 2012, con el fin de tener una idea de la tendencia numérica del dato reportado en cada caso durante los últimos doce años.

a.- EN RELACIÓN CON EL GASTO EN JUSTICIA

Con base en las informaciones que nos suministra la Sección de estadísticas del Departamento de Planificación del Poder Judicial en los cuadros 1, 2 y 3, podemos concluir sin lugar a dudas que en nuestro país el gasto de los servicios de justicia van en un creciente aumento conforme pasan los años.

Cuadro 1	
Gasto en justicia en relación con el gasto público	
Año	Porcentaje
2000	5.0%
2009	6.2%
2011	6.5%
2012	6.7%

FUENTE: Sección de Estadísticas, Dpto. Planificación Poder Judicial

El Cuadro 1 permite señalar que conforme pasan los años se le asignan más recursos a la gestión del Poder Judicial, y que finalmente se ha superado el mínimo constitucional del 6%, tomando en cuenta que para cuando se dispuso ese mínimo el Poder Judicial no tenía asignado ni el Organismo de Investigación Judicial, ni el Ministerio Público ni la Defensa Pública, órganos que absorben una buena parte de los recursos asignados al sistema de justicia.

²³ Nos estaremos sustentando para todos los datos estadísticos que de seguido se exponen, en los siguientes informes de la Sección de Estadísticas del Departamento de Planificación del Poder Judicial:
Compendio de Indicadores Judiciales 2000-2009, noviembre 2010 (Informe rendido ante Corte Plena a inicios de 2011, documento 12434).-
Compendio de Indicadores Judiciales 2007-2011 (1350-PLA-2012 / 222-EST-2012) Diciembre, 2012.
Compendio de Indicadores Judiciales 2008-2012 (269-PLA-2014/20-EST-2014), febrero 2014
 Dichos estudios pueden consultarse en el sitio Web del Poder Judicial: www.poder-judicial.go.cr en la siguiente dirección: http://sitios.poderjudicial.go.cr/planificacion/Estadisticas/compendios_generales.html

Cuadro 2 Costo promedio por caso	
Año	En dólares
2000	381.3
2009	556.0
2011	796.9
2012	1103.6

FUENTE: Sección de Estadísticas, Dpto. Planificación Poder Judicial

El cuadro 2 evidencia que el costo promedio de los casos tramitados en el Poder Judicial se han prácticamente triplicado en el plazo de doce años, es decir que el servicio de justicia tiende a encarecerse cada año.

Cuadro 3 Gasto en justicia por habitante	
Año	En dólares
2000	31.5
2009	73.8
2011	109.9
2012	124.5

FUENTE: Sección de Estadísticas, Dpto. Planificación Poder Judicial

El Cuadro 3 confirma desde otra perspectiva el aumento del gasto en justicia, casi se ha cuadruplicado desde el año 2000 a 2012.

En síntesis, los cuadros 1, 2 y 3 nos permiten verificar que cada vez se le asignan mayores recursos financieros al Poder Judicial y que los costarricenses gastamos más en el Sistema de Justicia conforme pasan los años.

Desde luego no necesariamente este dato es negativo, estimamos que todavía faltan más recursos para el servicio de justicia en nuestro país, principalmente para fortalecer a la policía judicial y toda la actividad forense, así como las labores del Ministerio Público, con el fin de consolidar la reforma procesal penal del 96-98, que les otorgó mayores potestades y responsabilidades en la persecución de los delitos, pero por ahora resaltamos que la tendencia en nuestro país es la de incrementar el gasto en el Sistema de Justicia.

Falta verificar si ello se ha traducido en una más eficiente labor judicial, según detallamos adelante.

b.- EN RELACIÓN CON LA CANTIDAD DE FUNCIONARIOS JUDICIALES

Como apreciamos de los cuadros 4, 5 y 6 la cantidad de funcionarios judiciales va en fuerte aumento, prácticamente tenemos uno de los sistemas judiciales con mayor cantidad de jueces por cada cien mil habitantes, duplicamos en algunos casos a países europeos.

Cuadro 4 Jueces por cada cien mil habitantes	
Año	Jueces
2000	14.8
2009	21.6
2011	22.7
2012	22.6

FUENTE: Sección de Estadísticas, Dpto. Planificación Poder Judicial

Es interesante observar en el Cuadro 4 el incremento de funcionarios dedicados a la judicatura, faltan todavía estudios más profundos sobre las posibles cargas de trabajo de un juez, tomando en cuenta una multiplicidad de factores, desde la materia en la que se desempeña, el grado del proceso en que interviene, la forma del procedimiento, la naturaleza de la función, el ambiente, el lugar donde se desempeña, la agresividad de los intervinientes, entre otros factores, hasta los aspectos personales y psicológicos, aunque en el Departamento de Planificación siempre se han realizado ponderaciones y comparaciones, basados en la observación del trabajo realizado por los jueces, para establecer promedios de las adecuadas cargas de trabajo de un Despacho Judicial y de un determinado funcionario judicial.

Cuadro 5 Fiscales por cada cien mil habitantes	
Año	Fiscales
2000	6.2
2009	10.3
2011	10.1
2012	10.7

FUENTE: Sección de Estadísticas, Dpto. Planificación Poder Judicial

Como puede observarse también la cantidad de Fiscales (Cuadro 5) y de Defensores Públicos (Cuadro 6) han ido en aumento, pero no en la misma proporción que los jueces, y los que menos han crecido han sido los Defensores Públicos a pesar de en el último decenio han aumentado las materias en que deben intervenir.

Cuadro 6 Defensores Públicos por cada cien mil habitantes	
Año	Defensores Públicos
2000	4.7
2009	7.7
2011	7.8
2012	8.4

FUENTE: Sección de Estadísticas, Dpto. Planificación Poder Judicial

Desde luego la tendencia creciente de los funcionarios judiciales, al igual que el aumento del gasto en justicia, no son problemas en sentido estricto. Considero que el servicio público de justicia debe contar con los recursos idóneos, tanto humanos como financieros, para brindar adecuadamente su labor, lo cual favorece la solución de controversias por medios pacíficos, consolidando nuestro país como un Estado de Derecho, donde los conflictos los dirimimos en los Tribunales, de manera pacífica y democrática, respetándose en todas las áreas el debido proceso legal. El verdadero problema, como evidenciamos adelante, es que estos factores no se traduzcan necesariamente en un servicio más expedito y en consecuencia más eficiente.

c.- EN RELACIÓN CON EL INGRESO DE ASUNTOS

Los Cuadros 7, 8 y 9 permiten observar que la carga de trabajo por Juez viene disminuyendo y esa es la tendencia que permite concluir la información estadística del Poder Judicial.

Cuadro 7 Asuntos entrados por cien mil habitantes	
Año	Asuntos
2000	19.894
2009	15.140
2011	14.518
2012	12.905

FUENTE: Sección de Estadísticas, Dpto. Planificación Poder Judicial

Obsérvese en el Cuadro 7 como la cantidad de casos ingresados en el sistema judicial por cada cien mil habitantes viene en declive. Si bien hay que señalar que en 2005 se modificó la Ley de Tránsito provocando una importante disminución de casos que se trasladaron al sistema administrativo, lo cierto es que al final del decenio que observamos, continúan decreciendo los casos cuando ya el impacto de Tránsito no provocaba distorsiones numéricas en la tendencia.

Cuadro 8 Asuntos entrados en primera instancia por Juez	
Año	Asuntos
2000	1.533
2009	765
2011	710
2012	640

FUENTE: Sección de Estadísticas, Dpto. Planificación Poder Judicial

Los Cuadros 8 y 9 permiten concluir que las cargas de trabajo por juez, tanto en primera instancia como en las instancias superiores, vienen disminuyendo.

Cuadro 9 Carga de asuntos en instancia superior por Juez	
Año	Asuntos
2000	366
2009	332
2011	247
2012	240

FUENTE: Sección de Estadísticas, Dpto. Planificación Poder Judicial

En síntesis los tres cuadros anteriores nos permiten concluir en primer término que vienen disminuyendo la cantidad de casos que ingresan al sistema judicial, y como consecuencia lógica que la carga de trabajo de los jueces viene en disminución, lo que de nuevo no observamos como un problema en sí mismo, siempre que ello se hubiere traducido en una más expedita atención de casos, lo que no ha ocurrido conforme exponemos adelante (**Infra Cuadros 10, 11 y 12**).

d.- EN RELACIÓN CON EL TRABAJO REALIZADO

La información que nos reflejan los Compendios de Indicadores Judiciales de la Sección de Estadísticas del propio Poder Judicial, antes citados, y en los cuales se basan todos los Cuadros que presentamos aquí, es que nuestros funcionarios judiciales vienen realizando menos trabajo conforme aumentan en cantidad, y esto si representa un grave problema de gestión pública.

Cuadro 10 Casos terminados por Juez	
Año	Casos
2000	1.450
2009	648
2011	655
2012	537

FUENTE: Sección de Estadísticas, Dpto. Planificación Poder Judicial

El Cuadro 10 evidencia que los casos terminados por Juez se han reducido en dos tercios, comparando el año 2000 con el 2012, y podríamos decir que alguna injerencia podría tener la reforma a la legislación de Tránsito, sin embargo el Cuadro 11 viene a reflejar que la situación es preocupante al señalar que los jueces en el año 2000 dictaban un promedio de 958 sentencias al año y en 2012 dictan 143, es decir una cantidad significativamente menor, en el transcurso de poco más de diez años.

Cuadro 11 Sentencias dictadas por Juez en 1ª Instancia	
Año	Sentencias
2000	958
2009	185
2011	159
2012	143

FUENTE: Sección de Estadísticas, Dpto. Planificación Poder Judicial

Obviamente que la consecuencia de esta disminución tan significativa en el trabajo realizado por juez, al menos midiéndolo sólo con estos parámetros reflejados en la información estadística de los Cuadros 10 y

11, permite percibir que hay un verdadero problema con el funcionamiento y la gestión administrativa de casos en el sistema judicial, conforme se refleja en la información que suministramos de seguido.

Cuadro 12	
Tasa de congestión	
Año	Tasa
2000	1.63
2009	2.31
2011	2.51
2012	2.96

FUENTE: Sección de Estadísticas, Dpto. Planificación Poder Judicial

¡Para comprender la naturaleza del dato que nos refleja el Cuadro 12 señala la Sección de Estadísticas que:

*“Si la tasa de congestión es mayor a 1 (uno), existe congestión en un Juzgado, materia o Sistema Judicial. Si la tasa de congestión es igual a 1 (uno), no registra congestión, por lo que se le ha dado trámite en el periodo a todos los casos ingresados y pendientes; esto significa que no tiene casos pendientes para el año entrante. También, es importante indicar que la tasa de congestión no puede ser negativa. El número correspondiente a la tasa de congestión es el número de casos que un órgano judicial debe tramitar en función de los que puede resolver; en otras palabras, si la tasa de congestión de un Juzgado es n , entonces ese Juzgado tuvo que tramitar n veces más casos de los que pudo resolver en el período de análisis”.*²⁴

Lo anterior pone en significativa evidencia que existe un grave problema en nuestro sistema judicial al mantener una tasa de congestión superior a 1 y de casi 3.

f.- SITUACIÓN EN EL SISTEMA PENAL

La congestión que exponemos está referida a todo el sistema judicial, y sus consecuencias obviamente se reflejan en el funcionamiento del sistema penal, el cual además representa casi el 70 por ciento del trabajo en el Poder Judicial.

Sin embargo exponemos los siguientes cuadros para reflejar mejor algunos de los aspectos que lo caracterizan, pues la situación penal no es tan crítica como la que refleja la situación general.

24 COMPENDIO DE INDICADORES JUDICIALES 2007 – 2011 (1350-PLA-2012 / 222-EST-2012) Diciembre, 2012 , antes citado.

Cuadro 13	
Denuncias ante el MP por cada cien mil habitantes	
Año	Denuncias
2000	2.325
2009	5.051
2011	4.640
2012	3.052

FUENTE: Sección de Estadísticas, Dpto. Planificación Poder Judicial

Una comparación entre los Cuadros 7 y 13 evidencia que si bien disminuyeron los casos entrados en el Poder Judicial, en el sistema penal también disminuyeron las denuncias, pues pasaron de poco más de 5.000 por cada cien mil habitantes en el año 2009 a poco más de 3.000 en el año 2012.

Cuadro 14	
Porcentaje de asuntos trasladados a juzgados penales del total ingresado	
Año	Porcentaje
2000	11,9%
2009	8,4%
2011	10,8%
2012	16,7%

FUENTE: Sección de Estadísticas, Dpto. Planificación Poder Judicial

El cuadro 14 refleja una actuación constante en el Ministerio Público al trasladar a los Juzgados aproximadamente el 10% de los casos entrados durante los primeros años del período que analizamos, pero se aprecia un considerable incremento entre el 2011 y el 2012 al elevarse a casi un 17%. Esa cifra tampoco es desdeñable si la comparamos con los datos de otros sistemas penales, pero el problema es que los restantes asuntos, que no son trasladados al sistema penal, tampoco reciben una atención adecuada, pues conforme se desprende del cuadro 15, apenas un poco más del 2% se resuelven en conciliación, por acuerdo de las partes, debiéndonos preguntarnos qué ocurre con los restantes asuntos.

Cuadro 15 Asuntos resueltos en conciliación en Juzgados Penales	
Año	Porcentaje del total
2000	1.9%
2009	1.3%
2011	1.4%
2012	2.4%

FUENTE: Sección de Estadísticas, Dpto. Planificación Poder Judicial

El cuadro 15 refleja una situación muy crítica en el sistema penal costarricense. El Código Procesal Penal de 96-98 apostó gran parte de sus iniciativas, a que el sistema penal pudiera brindar una solución diferenciada de la oficial, por medio de acuerdos entre víctima y victimario, en especial en delitos menores que admiten la suspensión de la pena, con el fin de otorgarles mayor protagonismo en la solución del conflicto a los sujetos involucrados, en especial a la víctima, pero los resultados no han sido así.

Como se aprecia de este cuadro 15, el uso de la conciliación en el sistema penal costarricense resulta escasísimo. Si bien el Poder Judicial ha mantenido un importante sistema de Resolución Alternativa de Conflictos para todas las materias (RAC)²⁵, lamentablemente en materia penal se esperan mejores resultados. Lo triste es que antes de la reforma del 96-98 se afirmaba que las partes involucradas en un conflicto penal buscaban la forma de lograr un acuerdo entre ellas, aunque jurídicamente no estuviera aceptada la conciliación²⁶, hoy que está plenamente reconocida en la legislación, el sistema de medidas alternas escasamente se utiliza, de manera muy distinta a los países de la región, donde en muchos casos supera hasta el 50% de los asuntos ingresados²⁷.

Podríamos afirmar que en el sistema penal se vienen haciendo importantes esfuerzos para disminuir la congestión. Como bien lo indica el Jefe de la Sección de Estadísticas del Poder Judicial: *“...Se considera especialmente destacable el esfuerzo resolutivo mostrado por los tribunales (penales) durante el 2012, el cual repercutió en una disminución en la duración promedio registrada en el dictado de las sentencias; sin embargo, éste no alcanza para evitar el crecimiento del circulante, atribuible principalmente a que el volumen de casos entrados creció más rápidamente que lo experimentado por el nivel resolutivo. Al respecto, no se debe dejar de lado el impacto que tiene la gestión particular de los tribunales que atienden con especialidad la flagranza.”*²⁸

25 VEGA ROBERT, Rolando. Resolución alternativa de conflictos en Costa Rica. En http://www.dialogosporlajusticia.com/index.php?option=com_phocadownload&view=category&download=198:resolucion-alterna-de-conflictos-en-costa-rica-y-centroamerica&id=32:rolando-vega-robert

26 ISSA EL KOURY, Henry. A la armonía por la palabra: La solución negociada de conflictos penales. Corte Suprema de Justicia, San José, 1995; y del mismo Solución alternativa de conflictos penales. Una propuesta de marco teórico, en Revista de la Asociación de Ciencias Penales N° 9, año 6, noviembre de 1994, San José, Costa Rica, pp. 65 ss.

27 Véase nuestro trabajo La conciliación penal en Iberoamérica, en “Temas atuais do Direito Processual Ibero-Americano”, Brasília, Brasil, 1998, pp.405 a 445; y en Revista de la Asociación de Ciencias Penales N° 16, año 12, noviembre 2000. San José, Costa Rica.

28 GONZÁLEZ MORALES, Franklin, en la Introducción al Informe de la Sección de Estadísticas del Departamento de Planificación N° 129-EST-2013. En dicho informe se hacen importantes análisis del último quinquenio en el comportamiento del trabajo de los despachos penales. Puede consultarse en http://sitios.poder-judicial.go.cr/planificacion/informes_relevantes.html

Cuadro 16	
Penados por cada cien mil habitantes	
Año	Penados
2000	76
2009	111
2011	154
2012	174

FUENTE: Sección de Estadísticas, Dpto. Planificación Poder Judicial

Las causas penales están durando en promedio poco menos de dos años, conforme se desprende del cuadro 17 y ya en el año 2012 se están condenando a poco más del doble de personas en comparación con el año 2000, y si bien la cantidad de condenados no es un indicador de eficiencia, al menos refleja que el sistema penal ha venido respondiendo de una manera no fallida frente al problema de la criminalidad, pues independientemente de las orientaciones criminológicas que adoptemos, como se señala en uno de los informes de la Sección de Estadísticas del Poder Judicial, lo cierto es que los datos reflejan la “... existencia de nuevas y mejor organizadas bandas, dedicadas al robo en sus tres modalidades (asaltos, robo de vehículos y robos a casas y locales comerciales), estafas y hurtos. Incremento en el número de operativos policiales, efectuados tanto por la policía judicial como la fuerza pública, que han permitido la identificación de hechos delictivos, así como decomisos y detenciones, lo cual engrosa la atención y registro de un mayor número de delitos a nivel nacional...”²⁹

Como anticipábamos el resultado de esa disminución de trabajo por cada juez, no obstante el incremento de funcionarios, viene a traducirse en una mayor duración de los procesos, aunque en materia penal el aumento no es significativo.

Cuadro 17	
Duración promedio de los casos penales	
Año	Meses
2000	18.2
2009	22.0
2011	21.0
2012	20.1

FUENTE: Sección de Estadísticas, Dpto. Planificación Poder Judicial

²⁹ Conclusiones del Compendio de Indicadores Judiciales 2000-2009, noviembre 2010 (Informe rendido ante Corte Plena a inicios de 2011, documento 12434) antes citado.-

Si bien el cuadro 17 no refleja un aumento en la duración de los procesos penales al final del período examinado, si debe destacarse que ante el incremento de funcionarios judiciales y la disminución de casos tramitados, lo deseable hubiese sido que se reflejara también alguna disminución significativa en los plazos de duración del procedimiento penal, pero en su lugar la duración si bien disminuyó entre 2009 y 2012, todavía no se alcanzan los plazos que existían en el año 2000.

Esta breve referencia estadística requiere obviamente de mayor análisis y solo refleja los resultados. Hacen falta estudios para detectar sus causas y atacarlas conforme se requiera en cada caso.

g.- PENDIENTES EN LA IMPLEMENTACIÓN DEL CÓDIGO DEL 96-98

Muchos y sobre todo muy importantes han sido los logros obtenidos con la reforma del 96-98 y varios son los pendientes de adecuada implementación que todavía requieren de necesarios ajustes.

Una evaluación rápida del funcionamiento de nuestro sistema penal nos permite señalar algunos logros importantes y otros temas todavía pendientes de llevar a la práctica, en el entendido de que en este tema se requieren estudios sociojurídicos para dimensionar y cuantificar sus alcances, las causas, sus efectos y principalmente las variables que se articulan en su eficacia o ineficacia.

El Código del 96-98 logró fortalecer la posición del Ministerio Público y de la víctima en el proceso penal. Al Ministerio Público se le trasladó el deber de dirigir la investigación que antes tenía bajo su control el Juez de Instrucción, con resultados muy desalentadores. Ahora, el Fiscal dirige la investigación con el auxilio de la Policía Judicial, estableciéndose una relación que ha dado excelentes frutos, al menos bastante mejores que la actividad que desplegaba el Juez de Instrucción en el anterior sistema³⁰. Asimismo desde el punto de vista institucional al Ministerio Público se le dotó de una estructura orgánica idónea para fortalecer su trabajo en todas las áreas especializadas en las que interviene y en todo el territorio nacional, la cual se mantiene a la fecha, en contraposición a una estructura celular que lo caracterizaba con anterioridad.

Por su parte la víctima ha visto fortalecidas sus potestades, y gracias a ello hemos apreciado su participación en el ejercicio de la acción penal pública, en los casos en que así lo ha querido realizar, en especial en defensa de intereses colectivos y para proteger a determinados grupos vulnerables.

El Código también dio pasos importantes para el fortalecimiento de la oralidad. Aun cuando todavía hacen falta ajustes para llevar la oralidad a un mejor desarrollo en el sistema procesal penal, el Código del 96-98 prohibió la incorporación por lectura durante el juicio de las declaraciones recibidas en la investigación, nutriéndose entonces el debate con testimonios de viva voz, en contraposición a la simple lectura de declaraciones que caracterizaba el debate con el Código del 73. Asimismo el Código del 96-98 fortaleció la oralidad en la discusión de las medidas cautelares durante la investigación, y destinó una audiencia oral para discutir sobre la admisibilidad de la prueba en la etapa intermedia.³¹

Sin embargo debemos reconocer que nuestro país todavía tiene una deuda pendiente al no haber logrado poner en vigencia real, todavía, los mecanismos alternativos de solución de conflictos, ya que indicamos atrás, la conciliación representa apenas poco más del 2% de los casos, y la suspensión del proceso a prueba no alcanza niveles aceptables ni significativos para constituirse en una verdadera tercera vía de solución de conflictos y en un mecanismo eficaz para decongestionar el sistema de justicia penal.

30 CHAVARRÍA GUZMAN Jorge. *Dirección funcional de la Investigación*, en AA.VV. *Ministerio Público y Reforma Procesal*, Colegio de Abogados, San José, 1997, pp.37 ss.

31 *Cfr. Nuestro trabajo El procedimiento intermedio*. En *Derecho Procesal Penal Costarricense*, Tomo II, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 2007, pp. 433 ss.

Por otro lado tampoco el procedimiento abreviado ha tenido importante incidencia numérica entre los casos tramitados en el sistema penal, lo que justificó una reforma para introducir un procedimiento acelerado en casos de flagrancia, el cual no obstante la polémica que ha desatado³², podríamos afirmar que viene a sustituir las deficiencias en la implementación del procedimiento abreviado, como una válvula de escape que todos los sistemas procesales mantienen, para descongestionar de casos el sistema de justicia penal.

Tampoco han tenido importante impacto en el funcionamiento del sistema los criterios de oportunidad, algunos de los cuales podrían permitirle al Ministerio Público realizar una efectiva ponderación ante el exceso en el uso del sistema penal con la inflación observada a nivel legislativo en la creación de figuras delictivas, por medio de una de las causales que podrían autorizarlo a ponderar una adecuada y más racional política de persecución penal, despenalizando muchos casos por su insignificancia real frente al bien jurídico tutelado.

Otro problema, paralelo a los anteriores, es el deterioro en la racionalización en el uso de la prisión preventiva, el cual todavía no constituye un verdadero instrumento procesal de contención, sino una forma anticipada de sancionar los hechos acusados. Lamentablemente todavía mantenemos una importante deuda para disminuir el uso de la prisión preventiva durante el procedimiento penal.³³

También existe una importante deuda en lo que a la reparación del daño se refiere. Faltan todavía adecuados instrumentos para garantizar a la víctima, de una manera más efectiva, la reparación de los daños y perjuicios sufridos con ocasión del hecho delictivo. La acción civil resarcitoria incorporada en nuestro sistema penal desde el Código del 73 es hoy insuficiente para lograr una adecuada reparación pecuniaria o simbólica a la víctima de delito.

Bástenos citar esos casos para señalar importantes deudas en la implementación de la reforma procesal penal del 96-98, sin pretender agotar todas sus ineficacias, con el fin de evidenciar otras preocupaciones ante las posibles soluciones que hemos visto propuestas en nuestro país.

3.- ALGUNAS PROPUESTAS DE SOLUCIÓN PREOCUPANTES

Es cierto que los delitos se han incrementado y que existe un grave problema de gestión en el sistema judicial en general, pues aunque la situación en el sistema penal no sea tan alarmante, sin deben adoptarse medidas para enfrentar los nuevos desafíos que demanda la criminalidad, en especial la penetración de la que puede ser objeto el Poder Judicial en todas sus instancias. También es cierto que existe un verdadero problema de congestión en los tribunales penales de nuestro país, que requiere con urgencia de medidas importantes para corregirlo, los cuales fueron agravados con el modelo de gestión de los megadespachos.

Debemos reconocer como verdaderamente legítimas las preocupaciones ciudadanas ante el incremento delictivo y la poca eficacia en la persecución de algunos delitos que provocan mucha alarma social. No podemos partir del desconocimiento de esos problemas y de la necesidad de su solución. Sin embargo estimo que el desacuerdo con ciertos sectores podría estar en las propuestas para resolverlos, pero no en la necesidad de su solución.

32 **HERNANDEZ SUAREZ, David. Proceso abreviado y flagrancia en Costa Rica, en Revista Ciencias Penales N° 28, San José, 2014, pp. 131 ss., y UREÑA SALAZAR, Joaquín. Oralidad e inquisición: reflexiones sobre el procedimiento de flagrancia, en idem, pp. 154 ss.**

33 **CARRANZA, Elías. Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria. Siglo XXI Editores, San José, 2001, pp. 11 ss.-**

a.- LAS PROPUESTAS TRADICIONALES FRENTE AL PROBLEMA DE LA CRIMINALIDAD

Desde tiempo atrás han existido un conjunto de propuestas para enfrentar la criminalidad, que podríamos denominar como el **populismo tradicional**³⁴, que se han caracterizado por sostener que los delitos van a disminuir si se combaten con dureza, con máxima expresión de fortaleza institucional y recurriendo a la intolerancia en todos los aspectos con los sujetos acusados de delito, como si se tratase de una guerra donde el uso de la fuerza y la violencia se encuentra justificada. La ecuación de la que partes es que a mayor dureza menor cantidad de delitos.

En este contexto obviamos las propuestas ilegales e inconstitucionales, como el uso de los escuadrones de la muerte por medio de los cuales el Estado propicia el asesinato de los “delincuentes” o quienes aparenten serlos, y el uso de otros métodos que se justifican siempre que tiendan a combatir la criminalidad, como la tortura, la desaparición de personas, la incomunicación, las detenciones ilegales, etc.

Aquí nos referimos a las medidas propuestas dentro del marco de la institucionalidad, respetuoso del Estado de Derecho. Estas medidas son propuestas en distintas épocas y con variable intensidad, por diferentes sectores, especialmente vinculados a la política y a los medios de comunicación colectiva, los cuales han reclutado en los últimos tiempos también a sectores especializados y muy vinculados con el sistema penal.

En términos muy breves, podemos ubicar en primer término, a quienes proponen la constante creación de nuevos delitos y el aumento de las penas como forma para combatir la creciente criminalidad. Se trata del endurecimiento legislativo, con la esperanza cifrada en la prevención general, según la cual las personas se abstendrán de realizar ciertos hechos si son constitutivos de delitos y además si se encuentran fuertemente sancionados con altas penas privativas de la libertad.

En segundo lugar podemos ubicar dentro de estas propuestas, aquellas dirigidas a propiciar una mayor aplicación de la prisión preventiva y el mantenimiento del mayor número de personas privadas de su libertad en las cárceles. Tales medidas las obtienen proponiendo mayores supuestos para la prisión preventiva, disminuyendo las opciones de libertad durante el procedimiento penal, eliminando el uso de sustitutivos de la prisión en el sistema penitenciario y realizando críticas periodísticas a quienes se atreven a dejar en libertad a una persona acusada de un delito que se estima grave frente a la comunidad, e incluso, en algunos casos, han ido bastante más allá al denunciarlos como casos de corrupción en el sistema judicial.

En tercer lugar podemos mencionar a quienes proponen aumentar el número de policías armados en las calles, con el fin de controlar preventivamente las comunidades, en especial ciertas áreas por lo general más vinculadas a los sectores más vulnerables de nuestra sociedad.

Cierto es que una mayor presencia policial en las calles ayudaría a prevenir una buena cantidad de delitos, o a perseguir algunos otros que ocurren en nuestra colectividad, pero existen muchos otros delitos que de ninguna manera se verá afectados por una mayor o menor presencia policial, como ocurre con la mayoría de los denominados delitos de cuello blanco o no convencionales.

³⁴ ZUÑIGA NÚÑEZ, Mario. *Contra la pasividad de Cenicienta: condiciones culturales para el “populismo punitivo” en Costa Rica*. Profesor Escuela de Antropología (UCR), investigador del DEI. Esta ponencia fue presentada en la mesa redonda “Inseguridad ciudadana y populismo punitivo”, organizada por el Instituto de Investigaciones Filosóficas (IIF) el 10 de diciembre de 2009 en el marco de las 15 Jornadas de Investigación Filosófica. ZAMORA ACEVEDO, Miguel. *Acerca del discurso populista punitivo*, en *Libro Homenaje al Prof. Dr. Francisco Castillo González en sus 70 años*. Vicerrectoría de Investigación, Universidad de Costa Rica, San José, 2014, pp. 135 ss.

Como sabemos la respuesta represiva nunca ha sido un instrumento idóneo para disminuir los delitos, pues no existe ningún estudio que determine alguna relación entre ellos y el resultado que se quiere disminuir. De esto estimo hay mayor conciencia entre nuestras autoridades, lo que en realidad me preocupa más son las nuevas soluciones que estamos escuchando al problema de la criminalidad y que señalamos de seguido.

b.- NUEVAS PROPUESTAS POPULISTAS

Con cierta preocupación asistimos hoy a un conjunto de nuevos planteamientos y propuestas que pretenden resolver el problema de la criminalidad recurriendo a las tesis de “mano dura” y que podríamos denominar como **neopopulistas** por su relación con las viejas concepciones, muy enraizadas en creencias generales de nuestra población.

En primer término debemos ubicar a quienes comienzan a proponer en nuestro país la eliminación de derechos fundamentales, o al menos la disminución de los derechos del imputado en el proceso penal, al considerar que constituyen un verdadero obstáculo para la adecuada persecución penal.

Tales tesis se sustentan en oposición a los derechos de la víctima, como si la existencia de los primeros afectara el reconocimiento de los derechos de la víctima en el procedimiento penal.

Esta posición omite considerar que los derechos del imputado acusado de delito están reconocidos en una buena cantidad de instrumentos internacionales vigentes en nuestro país y derivan también de una correcta aplicación de nuestra Constitución Política, mediante las reglas del debido proceso legal.

También dentro de este grupo de neopopulismo podemos citar, en segundo lugar, a quienes proponen la denominada política de cero tolerancia al delincuente, según la cual no deben propiciarse mecanismos alternativos de solución de controversias penales, ni tampoco criterio de oportunidad, porque representan una especie de alcahuetería para los criminales. Conforme a esta posición debe regresarse al principio de legalidad sin excepciones, según el cual frente a todo hecho delictivo debe existir una correspondiente acción penal dirigida a obtener la condena del imputado, de manera inflexible, y sin que en ningún caso puedan admitirse excepciones.

Esta posición desconoce la necesidad de las víctimas de lograr una solución diferenciada de la oficial, principalmente frente a delitos menores, sin grave violencia o de carácter eminentemente patrimonial. También desconoce la necesidad de la investigación de obtener importantes datos que permitan incriminar a los verdaderos responsables dentro de una organización criminal, por medio de la figura del arrepentido y el colaborador.

En tercer lugar podemos mencionar dentro de esta corriente neopopulista a quienes sostienen que la criminalidad se combate como una guerra, con el uso de las armas, como ha ocurrido en una buena cantidad de nuestros países vecinos, quienes han utilizado al ejército para realizar labores de contrainsurgencia frente a las organizaciones criminales. En nuestro país, si bien no tenemos ejército, si se ha llegado a plantear el uso de la policía para tales propósitos.

Finalmente mencionamos que ya se propuso, al menos de manera verbal en una Sesión de Corte Plena, que se debía derogar el Código del 96-98 porque había fracasado y se proponía regresar al Código del 73, eliminando entonces las principales adopciones del Código vigente, como el manejo de la investigación de los delitos por parte del Ministerio Público y trasladárselo a los jueces de la materia penal, como ocurría con la legislación del 73, entre otras cosas.

4.- LOS VERDADEROS DESAFÍOS DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL

Debemos reiterar que el sistema de garantías constitucionales vigente en nuestro país no ha fracasado. La democracia no es un sistema fallido y la defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos está vigente.

La lucha por el mantenimiento de las libertades públicas es permanente, no se logra alcanzar nunca un estado en el que podamos asumir una posición de inercia, debemos mantener siempre una constante vigilancia por el mantenimiento de las garantías, no obstante que exista una creencia popular según la cual la criminalidad se alimenta de esos derechos.

El límite de la actividad represiva del Estado siguen siendo los derechos fundamentales y siguen siendo falsas las ecuaciones en las que se sustenta el populismo y neopopulismo, según la cual a menor garantías mayor eficacia en la persecución penal y a mayor represión menor impunidad. No podemos ceder derechos a cambio de una supuesta y prometida seguridad, la historia nos enseña que todas las veces que un pueblo lo hizo finalizó con una dictadura que desconoció hasta los más elementales derechos ciudadanos para no hablar del derecho a la vida.

En realidad son varios los desafíos de nuestro sistema de justicia penal al pasar estos primeros quince años de vigencia del Código del 96-98, la mayoría de ellos ya están siendo asumidos por nuestro Poder Judicial, quizás no todos con la misma intensidad, pero al menos son todos conocidos y aceptados en el ambiente judicial como necesarios.

a.- REVISAR, REPLANTEAR Y FORTALECER LOS SISTEMAS DE CONTROL INTERNO

En nuestro sistema judicial es urgente la necesidad de fortalecer los aparatos de control de la gestión tanto en el ámbito administrativo, como en el jurisdiccional y el denominado auxiliar (policía judicial, laboratorios, Defensa Pública, Ministerio Público).

El sistema disciplinario se encuentra en proceso de análisis y cambio, el Tribunal de la Inspección Judicial ya ha cumplido sus ciclos y había sido relativamente eficiente para perseguir vagancias y ciertas indisciplinas personales, pero se encuentra totalmente desbordado por las posibilidades de penetración de la criminalidad organizada.

Es indispensable “blindar” a los funcionarios judiciales, en especial a los del sistema penal, con adecuados mecanismos de control, que sin lesionar las garantías de independencia del juez y del debido proceso, permitan al menos exigir una eficiente rendición de cuentas sobre el trabajo realizado y la forma en que se ha llevado a cabo, pero la prudencia necesaria para no caer en “cacería de brujas”.

Estos mecanismos deben ser transparentes, confiables, permanentes, de acceso y dominio de la ciudadanía, utilizando los sistemas de información excelentes con los que cuenta el Poder Judicial.

Los funcionarios judiciales se encuentran hoy más expuestos que antes a la actividad del crimen organizado. Jueces penales, Fiscales del Ministerio Público, Defensores Públicos, peritos forenses, policías judiciales, auxiliares judiciales, oficinistas, etc. son cada vez más objeto de propuestas externas de colaboración con sectores vinculados con la criminalidad, de ahí que resulte necesario adoptar mecanismos de observación, de vigilancia, de rendición de cuentas y de información que antes no estábamos acostumbrados. La Inspección Judicial, y las oficinas de control interno del Ministerio Público, OIJ y Defensa Pública no cuentan con instrumentos jurídicos y materiales para llevar adelante una labor eficaz.

Desde luego la sociedad costarricense requiere de un juez independiente, pero a su vez compenetrado políticamente con el entorno y las necesidades de protección de los ciudadanos, que rinda cuentas y se desenvuelva socialmente sin estar aislado de la realidad política y social.³⁵

Se trata de uno de los desafíos más delicados. Los costarricenses no estamos acostumbrados a muchos de esos mecanismos de control, por lo general nos parecen excesivos, de ahí que también deban ser sometidos a su vez de vigilancia durante su implementación, para que no neutralicen otras garantías indispensables, como las que ya mencionamos de independencia y debido proceso.

Ya hay un camino emprendido en el Poder Judicial para transformar el Tribunal de la Inspección Judicial, hay en proceso de elaboración un anteproyecto para modificar el régimen disciplinario, falta todavía debatir sobre la adopción de otros mecanismos de control y de rendición de cuentas.

b.- REVISIÓN INTEGRAL DE LOS SISTEMAS PROCESALES Y DE GESTIÓN JUDICIAL

El Poder Judicial de nuestro país requiere de cambios urgentes en muchos aspectos, principalmente en su estructura y su organización administrativa interna, pues las circunstancias y las necesidades han cambiado en forma drástica en poco tiempo³⁶.

Los datos estadísticos que expusimos arriba reflejan la existencia de un grave problema en la gestión judicial. La creación de los “Megadespachos” requiere de ajustes y como siempre lo señalamos, de límites que no pueden superarse, porque el resultado era previsible. La unificación y aglomeración de Jueces y Auxiliares en un mismo Despacho terminó diluyendo las responsabilidades, dificultando los controles y complicando la distribución de las tareas, así como también invisibilizó la rendición de cuentas individuales de cada funcionario, se despersonalizaron las actividades y ahora resulta difícil establecer quien trabaja bien, quien trabaja mal o a medias.

Ello y otros factores han provocado un verdadero problema en la gestión y en el control de la gestión judicial. Es notoria la falta de un adecuado sistema informático que permita detectar anomalías, descuidos y atrasos en la tramitación judicial, sistema en cuya elaboración se trabaja ya desde hace varios años para sustituir al actual.

Pero más allá del necesario sistema informático de gestión, que necesita con urgencia cambiarse, se requiere también una revisión integral de los propios sistemas de organización y de gestión de los despachos judiciales.³⁷

Es necesario introducir importantes cambios en la gerencia del Despacho Judicial, en su estructura, en su organización, en las funciones asignadas a sus integrantes, que permita establecer áreas de responsabilidad individualizables, que facilite la asignación de tareas cuyo cumplimiento sea detectable con facilidad, y que se personalicen las funciones.

Hay un grave problema de congestión en el sistema judicial, el cual está siendo enfrentado por la Corte a través de distintos mecanismos, como resultan ser la necesidad de certificación conforme a estándares de

35 **ANTILLON MONTEALEGRE, Walter.** *Teoría del proceso jurisdiccional.* Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, 2001, pp. 179 ss.

36 Véase nuestro trabajo **La cúpula administrativa del Poder Judicial.** En *18 Aniversario de la Creación del Consejo Superior, Memoria 2012, Consejo Superior del Poder Judicial, San José, 2012, pp. 29 ss.-*

37 **BINDER, Alberto y OBANDO, Jorge.** *De las “Repúblicas Aéreas” al Estado de Derecho. Debate sobre la marcha de la reforma judicial en América Latina.* Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, en especial pp. 461 ss.

resultado de los funcionarios judiciales³⁸, el sistema de oralidad que mantiene un programa de atención de atrasos y el sistema de control del rendimiento judicial, de muy reciente creación.

El verdadero problema está en que algunos han confundido estos graves problemas de gestión con el modelo adoptado por la reforma al proceso penal en el 96-98 planteando soluciones que consideramos no se ajustan a las necesidades reales, aunque algunas otras si las consideramos indispensables no obstante la crítica que ha recibido, como resulta ser la aceleración del procedimiento por flagrancia, la que consideramos necesaria ante la ineficacia del procedimiento abreviado, pues la verdad todos los sistemas procesales penales requieren necesariamente de procedimientos especiales de abreviación, como ocurre en los sistemas de los países democráticos y respetuosos de las reglas del debido proceso legal.³⁹

Por otro lado también debe revisarse el funcionamiento del sistema penal, las causas que se encuentran a la base de los resultados estadísticos que apenas mostramos, y las razones por las cuales no ha sido posible poner en funcionamiento mecanismos alternos a la justicia penal, que permitan descogestionar de casos los juzgados y los tribunales, como ocurre en una buena cantidad de los países de la región, así como también que contribuya a fortalecer la solución pacífica de los conflictos, con intervención de los ciudadanos.

El Código del 96-98 ha sufrido importantes cambios, algunos de ellos bastante polémicos, como ocurrió con la reforma que introdujo el procedimiento especial de flagrancia⁴⁰ y la reforma toda la estructura de los recursos, con la cual hemos asumido una posición crítica⁴¹. Sin embargo se requiere de una revisión integral de la efectividad de muchas de las propuestas, no tanto para modificarlas sino más bien para llevarlas a la realidad, pues en su mayoría contribuirían a un mejor y más adecuado funcionamiento del sistema de justicia penal.

Se trata de un proceso que debe ser asumido no sólo por el Poder Judicial, sino por todos los sectores relacionados con el sector de la justicia, como las Universidades, el Colegio de Abogados, el Ministerio de Justicia, la Asamblea Legislativa y desde luego también por la ciudadanía, expresada a través de distintas organizaciones, aunque en nuestra tradición jurídica no haya tenido destacada participación.⁴²

c.- EL FORTALECIMIENTO DE LOS ÓRGANOS DE PERSECUSIÓN PENAL

Otro de los más importantes desafíos de nuestro sistema de justicia lo constituye sin duda el necesario fortalecimiento de la plataforma administrativa y de gestión del Ministerio Público.

No se trata de crear un aparato alejado del sistema de garantías en un Estado de derecho, sino del necesario fortalecimiento en la gestión administrativa del Ministerio Público, de su plataforma operativa y de gestión, con una mejor distribución de tareas, con mayor independencia interna de los órganos administrativos centrales del Poder Judicial.

38 Consúltase VEGA ROBERT, Rolando. *Gestión integral de calidad y acreditación judicial (GICA)*. Centro de Estudios Judiciales, Paraguay, octubre 2008, consultable en <http://www.cej.org.py/index.php/noticias/126-modelo-de-sistema-gica-justicia>

39 HERNANDEZ SUAREZ, David. *Proceso abreviado y flagrancia en Costa Rica*, cit, pp. 131 ss., y UREÑA SALAZAR, Joaquín. *Oralidad e inquisición: reflexiones sobre el procedimiento de flagrancia*, cit, pp. 154 ss.

40 Ídem.

41 Sobre esta discusión véanse los trabajos recogidos en GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel. *Compilador. El recurso contra la sentencia penal en Costa Rica*, Editorial Jurídica Continental, San José, 2013.-

42 Véanse los trabajos publicados en *Sociedad Civil y Reforma Judicial en América Latina*, Centro Nacional para Tribunales Estatales y Fundación para el Debido Proceso Legal, Washington DC, octubre 2005, en especial RUEDA LEAL, Paul. La participación ciudadana en la modernización del sistema judicial costarricense: el papel del Colegio de Abogados de Costa Rica, pp. 35 ss.

El Ministerio Público debe consolidarse definitivamente como un órgano desconcentrado del Poder Judicial, con independencia administrativa y funcional, y a su vez deben establecerse adecuados mecanismos de rendición de cuentas, con el fin de que la ciudadanía conozca como determina la política de persecución penal, la forma en que persigue los delitos y su eficacia frente a la criminalidad, con el fin de ejercer adecuado control ciudadano sobre posibles excesos y omisiones.

En nuestro país, de alta vocación por la legalidad y sin ejército, el Poder Judicial constituye la única vía con la que cuentan los ciudadanos frente a cualquier violación de sus derechos, y en materia penal los órganos encargados de la persecución de los delitos deben operar con un altísimo sentido jurídico, sin excederse pero sin omisiones en la defensa de las víctimas.

Por esa razón debemos realizar mayores esfuerzos para fortalecer también a la policía judicial y los laboratorios forenses, básicos para realizar una investigación de los delitos profesional, confiable, con excelentes resultados, que soporte cualquier escrutinio de legalidad, de probidad y de credibilidad, para lo cual no basta lo que hasta ahora hemos hecho.

BIBLIOGRAFÍA

ANTILLON MONTEALEGRE, Walter. Teoría del proceso jurisdiccional. Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, 2001.-

ARIAS MEZA; Jeannette. La víctima de delito en el proceso penal: Un enfoque desde la victimología y los derechos humanos. En Derecho Procesal Penal Costarricense, Tomo I, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 2007, pp. 1049 ss.

ARMIJO SANCHO, Gilbert; LLOBET RODRIGUEZ, Javier; y RIVERO SANCHEZ, Juan Marcos. Nuevo proceso penal y Constitución. Prólogo de Víctor Moreno Catena. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, 1998.

BINDER, Alberto M. Política Criminal, de la formulación a la praxis. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.-

BINDER, Alberto. Introducción al Derecho Procesal Penal. Tomo I., Editorial Jurídica Continental, San José, 2014.-

BINDER, Alberto y OBANDO, Jorge. De las “Repúblicas Aéreas” al Estado de Derecho. Debate sobre la marcha de la reforma judicial en América Latina. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004

CARVAJAL PEREZ, Marvin. El Proceso Penal en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. En Derecho Procesal Penal Costarricense, Tomo I, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 2007, pp. 165 ss.-

CARRANZA, Elías. Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria. Siglo XXI Editores, San José, 2001

CHAVARRÍA GUZMAN Jorge. Dirección funcional de la Investigación, en AA.VV. **Ministerio Público y Reforma Procesal,** Colegio de Abogados, San José, 1997, pp.37 ss.

CORDOBA ORTEGA, Jorge y GONZÁLEZ PORRAS, Andrés. Constitución Política de la República de Costa Rica, Concordada y con jurisprudencia de la Sala Constitucional. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A. San José, 2010.-

CRUZ CASTRO, Fernando. La función acusatoria en el Proceso penal costarricense. En Derecho Procesal Penal Costarricense, Tomo I, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 2007, pp. 951 ss.-

CRUZ CASTRO, Fernando. La Nulidad por la Nulidad, La Justicia Prompta y Cumplida y la Vigencia del Formalismo Procesal. *Corte Suprema de Justicia. Escuela Judicial, San José. 1994.-*

ESER, Albin. Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal, en *“De los delitos y de las víctimas”, Ad-hoc, Buenos Aires, 1992, pp. 13 ss.*

FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Editorial Trotta, Madrid, 1995.-

GATGENS GOMEZ, Erick y RODRIGUEZ CAMPOS, Alexander. El principio de oportunidad. Conveniencia procesal de la persecución penal. *Editorial Juritexto, San José, 2000.*

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel. Informe Nacional, en *“Las Reformas Procesales Penales en América Latina”* Julio B.J. Maier, Kai Ambos y Jan Woischnik, Coordinadores, Konrad Adenauer Stiftung, Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional, ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 269 ss.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel. La aplicación del nuevo Código Procesal Penal en Costa Rica, en *“Ciencias Penales”* N° 14, San José, 1997, pp. 105 ss.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel. La conciliación penal en Iberoamérica, en *“Temas atuais do Direito Processual Ibero-Americano”*, Brasilia, Brasil, 1998, pp.405 a 445; y en *Revista de la Asociación de Ciencias Penales* N° 16, año 12, noviembre 2000. San José, Costa Rica.

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel. El procedimiento intermedio. *En Derecho Procesal Penal Costarricense, Tomo II, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 2007, pp. 433 ss.*

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel.- La cúpula administrativa del Poder Judicial. En 18 Aniversario de la Creación del Consejo Superior, Memoria 2012, Consejo Superior del Poder Judicial, San José, 2012, pp. 29 ss.-

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel. Compilador. El recurso contra la sentencia penal en Costa Rica, *Editorial Jurídica Continental, San José, 2013.-*

GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel y DALL'ANESE RUIZ, Francisco. Alcances prácticos de la reforma procesal penal en Costa Rica, en *Ciencias Penales* N° 21, San José, 2003, pp. 131 a 186.-

HERNANDEZ SUAREZ, David. Proceso abreviado y flagrancia en Costa Rica, en *Revista Ciencias Penales* N° 28, San José, 2014, pp. 131 ss.

HOUED VEGA, Mario. El proceso penal en Costa Rica, en *“El Proceso Penal, Sistema Penal y Derechos Humanos”*, E.R. Zaffaroni, Coordinador, Editorial Porrúa, México, 2000, pp. 137 ss.

HOUED VEGA, Mario y CRUZ CASTRO, Fernando. El Ministerio Público en la relación procesal penal, en *Revista de Ciencias Jurídicas*, N° 39, San José, 1979.

ISSA EL KOURY, Henry. A la armonía por la palabra: La solución negociada de conflictos penales. *Corte Suprema de Justicia, San José, 1995.*

ISSA EL KOURY, Henry. Solución alternativa de conflictos penales. Una propuesta de marco teórico, en *Revista de la Asociación de Ciencias Penales* N° 9, año 6, noviembre de 1994, San José, Costa Rica, pp. 65 ss.

JIMENEZ VASQUEZ, Carlos María. Citación directa: aspectos básicos del procedimiento y de la información sumaria. Mesén Editores, San José, 1996.-

LLOBET RODRIGUEZ, Javier. Derecho Procesal Penal. Tomo I Aspectos Generales. Editorial Jurídica Continental, San José, 2005.

LLOBET RODRIGUEZ, Javier. La prisión preventiva. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 1999, en especial pp. 147 ss.

MADRIGAL ZAMORA, Roberto. La oralidad durante la fase preparatoria del nuevo proceso penal, en *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, San José, 1998, N. 15, pp.91 ss.

MAIER, Julio B.J. La reforma del procedimiento penal en Costa Rica. En *Doctrina Penal*, año 1, Julio-Diciembre 1977, pp. 103 ss.

MAIER, Julio B.J. Derecho Procesal Penal. Tomo I. Fundamentos. 2º Reimpresión de la 2º edición. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2002.-

MAIER, JULIO y BOVINO, ALBERTO, compiladores. El procedimiento abreviado. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001.

MORA MORA, Luis Paulino. Garantías derivadas del debido proceso. En *Derecho Procesal Penal Costarricense*, Tomo I, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 2007, pp. 21 ss.-

QUIROS CAMACHO, Jenny. La oralidad en el proceso penal costarricense. En *Derecho Procesal Penal Costarricense*, Tomo II, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 2007, pp. 515 ss.

RUEDA LEAL, Paul. La participación ciudadana en la modernización del sistema judicial costarricense: el papel del Colegio de Abogados de Costa Rica, en *Sociedad Civil y Reforma Judicial en América Latina*, *Centro Nacional para Tribunales Estatales y Fundación para el Debido Proceso Legal*, Washington DC, octubre 2005, pp. 35 ss.

SALAZAR MURILLO, Ronald. El juicio abreviado. Investigaciones Jurídicas S.A. San José, 2003.

TIJERINO PACHECO, José María. El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal. En *Derecho Procesal Penal Costarricense*, Tomo I, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 2007, pp. 495 ss.

UREÑA SALAZAR, Joaquín. Oralidad e inquisición: reflexiones sobre el procedimiento de flagrancia, en *Revista Ciencias Penales* N° 28, San José, 2014, pp. 154 ss.

VEGA ROBERT, Rolando. Resolución alternativa de conflictos en Costa Rica. En http://www.dialogosporlajusticia.com/index.php?option=com_phocadownload&view=category&download=198:resolucion-alterna-de-conflictos-en-costa-rica-y-centroamerica&id=32:rolando-vega-robert

VEGA ROBERT, Rolando. Gestión integral de calidad y acreditación judicial (GICA). *Centro de Estudios Judiciales, Paraguay, octubre 2008, consultable en <http://www.cej.org.py/index.php/noticias/126-modelo-de-sistema-gica-justicia>*

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Coordinador. El Proceso Penal. Sistema Penal y Derechos Humanos. Editorial Porrúa, México, 2000.

ZAMORA ACEVEDO, Miguel. Acerca del discurso populista punitivo, en *Libro Homenaje al Prof. Dr. Francisco Castillo González en sus 70 años. Vicerrectoría de Investigación, Universidad de Costa Rica, San José, 2014, pp. 135 ss.*

ZUÑIGA NÚÑEZ, Mario. Contra la pasividad de Cenicienta: condiciones culturales para el “populismo punitivo” en Costa Rica. Ponencia presentada en la mesa redonda “Inseguridad ciudadana y populismo punitivo”, organizada por el Instituto de Investigaciones Filosóficas (IIF) el 10 de diciembre de 2009 en el marco de las 15 Jornadas de Investigación Filosófica.-

INFORMACIÓN ESTADÍSTICA

GONZÁLEZ MORALES, Franklin. Introducción al Informe de la Sección de Estadísticas del Departamento de Planificación N° 129-EST-2013. Puede consultarse en http://sitios.poder-judicial.go.cr/planificacion/informes_relevantes.html

SECCIÓN DE ESTADÍSTICAS, DEPARTAMENTO DE PLANIFICACIÓN DEL PODER JUDICIAL. Primer Informe Estadístico de la Gestión desarrollada por el Programa contra el Retraso Judicial, Primer Trimestre 2012 (ANÁLISIS Y CUADROS), y del mismo Informe N° 129-EST-2013, que sirvió de base al Taller “**Propuestas para mejorar la gestión de los Tribunales Penales**” celebrado en la Corte Suprema de Justicia los días 15, 22 y 29 de noviembre de 2013. En dicho informe se hacen importantes análisis del último quinquenio en el comportamiento del trabajo de los despachos penales. Puede consultarse en http://sitios.poder-judicial.go.cr/planificacion/informes_relevantes.html

SECCIÓN DE ESTADÍSTICAS DEL DEPARTAMENTO DE PLANIFICACIÓN DEL PODER JUDICIAL:

- **Compendio de Indicadores Judiciales 2000-2009,** noviembre 2010 (Informe rendido ante Corte Plena a inicios de 2011, documento 12434).-
- **Compendio de Indicadores Judiciales 2007–2011** (1350-PLA-2012 / 222-EST-2012) Diciembre, 2012.
- **Compendio de Indicadores Judiciales 2008-2012** (269-PLA-2014/20-EST-2014), febrero 2014
Dichos estudios pueden consultarse en el sitio Web del Poder Judicial: www.poder-judicial.go.cr en la siguiente dirección: http://sitios.poderjudicial.go.cr/planificacion/Estadisticas/compendios_generales.html

¿VIGENCIA DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES EN EL PROCESO PENAL? A PROPÓSITO DE LOS AUTOENGAÑOS DE LOS JURISTAS

Gustavo Chan Mora

Profesor de la Maestría en Ciencias Penales UCR
Juez del Tribunal de Apelación de Sentencia de Cartago

INTRODUCCIÓN

Existe cierto acuerdo sobre un catálogo de derechos y garantías fundamentales, heredados de la Ilustración, que deben tener “vigencia” en los procesos en que se busca precisar la responsabilidad penal de una persona. No interesa a los fines de este aporte una referencia o estudio detallado de aquellos, ya que han sido sobradamente descritos y analizados en la doctrina y la jurisprudencia penal y constitucional¹. Por el contrario, lo que sí se pretende es enfatizar que, cuando se plantea la pregunta acerca de la “vigencia” de tales derechos y garantías, se cae en un terreno fértil para el autoengaño del que, lamentablemente, gozan en muchas ocasiones los juristas.

Digo esto porque al igual que sucede con cualquier otro tema en el derecho, la respuesta que demos sobre la “vigencia” de dichos derechos y garantías dependerá de la mirada que privilegiemos, del enfoque que utilicemos, para acercarnos a este tema en particular. De este modo, en necesaria síntesis, en el artículo se diferencian distintas posibilidades de aproximación al problema de la “la vigencia de las garantías y derechos fundamentales” ya sea desde un enfoque filosófico jurídico, desde una perspectiva doctrinal o dogmática y, para lo que más interesa a los objetivos de este trabajo, desde una perspectiva sociológico-jurídica.

El concepto de “vigencia de las garantías” es poroso, tiene varios significados, dependiendo de la perspectiva que utilicemos para aproximarnos a él. A partir de esa diversidad de significados se puede hacer y frecuentemente se hace un uso demagógico del concepto aludido. Solamente un acercamiento sociojurídico realista, permite identificar el grado de aplicación que tiene el catálogo de derechos y garantías fundamentales heredados de la ilustración, en una realidad concreta. En esa dimensión, la de los *hechos del derecho*, es la interacción dinámica de numerosos factores la que determina, finalmente, el alcance y vigencia efectiva de los derechos y garantías fundamentales en el contexto de un sistema penal concreto.

1.- LA PERSPECTIVA FILOSÓFICO JURÍDICA

Si nos acercamos al tema de las garantías y de los derechos fundamentales **desde un enfoque jusfilosófico**, desde la axiología jurídica, deberíamos preguntarnos: ¿Por qué son buenos o correctos, o por qué no lo son, los derechos y garantías procesales y materiales? Buscamos así una respuesta que nos ayude a justificar si tales derechos y garantías merecen existir y ser tutelados normativamente, o no.

¹ Un estudio detallado de este catálogo de derechos y garantías fundamentales puede encontrarse en Llobet Rodríguez, Javier. *Cesare Beccaria y el Derecho Penal de Hoy*. San José, Editorial Jurídica Continental, 2005. La descripción y explicación de los mismos fue realizada con toda claridad, por ejemplo, desde la sentencia 1739-92 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

La respuesta en este caso irá desde aquellos que afirman (en algún sector del racionalismo crítico y la filosofía analítica pesimistas) que tales derechos y garantías valen, porque valen, es decir, porque son axiomas que deben ser respetados y como tales, no pueden derivarse lógicamente, ni demostrarse empíricamente. En ese tanto, sugiere esta posición, una justificación ulterior para defender su “vigencia” resulta imposible, ya que la opción por los mismos lleva en el fondo cierta dosis de arbitrariedad, es decir, no pueden fundamentarse racionalmente².

Por supuesto que hay otro sector -y me incluyo dentro de él-, que considera que los derechos y garantías deben existir, es decir son “buenas o correctas”, porque son un instrumento útil para lograr un objetivo político ulterior: tienen la potencialidad de imponer ciertos límites al ejercicio del Poder punitivo del Estado. Dicho de otra manera, la justificación de los derechos y garantías fundamentales, en este caso, pasa por una razón utilitarista, propia de la filosofía política: los derechos y garantías son instrumentos que pueden servir para limitar el Poder penal del Estado.

Ya desde 1789 se ha sostenido que tales derechos y garantías deben regir para todas las personas. Como bien indica Ferrajoli: “...el universalismo de los derechos fundamentales y su nexa con la igualdad, lograron imponerse precisamente gracias a que casi todos los derechos fueron instituidos no ya como derechos del ciudadano, sino como derechos de la persona. «Los hombres» (y no los ciudadanos), dice el artículo 1 de la *Declaración* de 1789 «nacen libres e iguales en *droits*»; y el artículo 2 habla de «derechos naturales e imprescriptibles del hombre», identificándolos con «la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión»; mientras que los artículos 7, 8, 9 y 10 incorporan para todos ellos la garantía del *habeas corpus*, las restantes garantías penales y procesales y la libertad de pensamiento. Existe tan sólo una clase de derechos –los derechos políticos– que son atribuidos por el artículo 6 al individuo en cuanto *citoyen* (ciudadano): «el derecho a concurrir personalmente o por medio de representantes a la formación» de la ley como «expresión de la voluntad general» y el de «acceder a todas las dignidades, puestos y empleos públicos sin otra distinción que las de sus virtudes y la de sus talentos»”.³

La justificación de un catálogo de derechos y garantías para el derecho penal descansa sobre la superación de la dicotomía ciudadano-enemigo como mecanismo utilizado para la exclusión de ciertas personas como sujetos de derechos, y con ello, sobre la superación de la necesidad de declaratoria de un ser humano como “ciudadano” como requisito para el reconocimiento de sus garantías y derechos, particularmente los penales. Como señala el profesor italiano, resulta regresivo, desde el punto de vista político, emplear el concepto de ciudadanía como un *status* al que se asocian todos los derechos, y a la vez utilizarlo como un presupuesto de los mismos. Esta noción de ciudadanía se superpone y anula una figura aún más

2 *Detrás de todo derecho o garantía fundamental subyacen axiomas. Si estos axiomas pueden fundamentarse o no ulteriormente, es una cuestión básica que se discute en la Filosofía del Derecho y, en particular, en la Axiología jurídica. Así, por ejemplo, algunos seguidores del Racionalismo Crítico dirán que los axiomas valen y punto, por una decisión arbitraria, y que no pueden fundamentarse o refutarse, ni por derivación lógica, ni por demostración o falsación empírica. Otro sector importante, por ejemplo la Teoría Crítica de Frankfurt -recientemente el Profesor Axel Honneth con su Teoría del Reconocimiento (Anerkennungstheorie)- consideran que sí es posible realizar una fundamentación ulterior de los axiomas, por ejemplo, mediante argumentos empíricamente constatables. El reconocimiento jurídico, la igualdad en el reconocimiento de derechos y garantías fundamentales, reafirma en el sujeto su capacidad de imputación como sujeto pleno. Esa forma de reconocimiento, junto a otras formas de reconocimiento (afectivo y de la capacidad de rendimiento de las distintas personas y grupos sociales), según se ha mostrado mediante numerosas investigaciones empíricas, operan positivamente en la psique de las personas, particularmente, en la formación de sujetos con mayor autoestima y con mayor capacidad de participación política, y en fin, aportan para una mejor vida de los sujetos. En este caso, se trata en realidad de una meta-teoría ética, que pretende ser útil para la valoración de las más diversas instituciones sociales, como buenas o malas, como justas o injustas, incluyendo con ello claro está, la valoración que se puede hacer de la tutela de los derechos y garantías fundamentales. Sobre ambos enfoques, respectivamente: Haba Müller, P. Axiología Jurídica Fundamental, San José, 2007; Honneth, Axel. Kampf um Anerkennung, Frankfurt am Main, 1994.*

3 Ferrajoli, Luigi, *De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona*, en: *Derechos y Garantías. La Ley del más Débil*, Madrid, editorial Trotta, 1ª edición, 1999, p.100.

importante: el concepto de persona, con el que se encuentran vinculados numerosos derechos, y en particular todos los derechos y garantías que deben limitar el derecho penal y la política criminal. No todos los derechos, y más bien solamente una minoría de ellos, presuponen la ciudadanía como *status* jurídico⁴.

Persona y ciudadano constituyen dos *status* de los que dependen dos clases diferentes de derechos fundamentales: "...los *derechos de la personalidad* (dentro de los cuales se incluyen todos los derechos y garantías penales) que corresponden a todos los seres humanos en cuanto individuos o personas, y los *derechos de ciudadanía*, que corresponden en exclusiva a los ciudadanos"⁵. Cuando se presentan -de la misma manera en que lo hace por ejemplo, Jakobs-, como derechos de ciudadanía aquellos derechos que según el marco del Derecho de la Constitución son derechos de toda persona, el concepto de ciudadanía se constituye como mecanismo para la exclusión y la discriminación⁶.

Esta última idea implica un claro retroceso político, ya que con ella decae la concepción moderna de los derechos fundamentales como derechos universales, como derechos de la persona y no del ciudadano, y se vuelve a la noción política de libertad e igualdad propia de la antigüedad, en que estos y todos los derechos eran asociados únicamente a los "miembros", a quienes pertenecían a la comunidad o *polis*, es decir, quienes no eran ni esclavos, ni extranjeros.

En este punto quisiera detenerme un momento, justamente para librarnos de autoengaños: el que podamos justificar la vigencia jurídica de los derechos y garantías fundamentales para todas las personas perseguidas penalmente, o el que las garantías aludidas "puedan servir" para imponer límites al Poder penal del Estado, no implica que, por arte de magia, con su mera enunciación en los cuerpos legales o constitucionales, cumplan dicha función en la vida real del proceso penal, o de las prácticas del sistema penal en general. Para ello se requieren otros factores, a los que haré referencia cuando hable de la mirada o el enfoque sociológico jurídico desde el cual también podemos analizar la "vigencia" de los derechos y de las garantías en el proceso penal.

2.- EL ENFOQUE DOGMÁTICO

Asumido nuestro objeto de estudio desde un **enfoque dogmático**, desde la doctrina procesal penal, o constitucional, por ejemplo, la pregunta que nos plantearíamos indicaría más o menos lo siguiente: ¿en qué consisten, cuál es su significado y cómo deberían aplicarse los derechos fundamentales y las garantías procesales y materiales en el proceso penal?⁷ El objetivo fundamental de la doctrina penal, procesal y sustantiva, como bien sabemos, es procurar una interpretación y una aplicación más o menos uniforme de los preceptos de ley -y de los derechos y garantías recogidos formalmente en ellos- por parte de los Tribunales, esto en procura de lograr cierta seguridad jurídica y cierta igualdad en la aplicación de la ley penal. Si ese objetivo se logra, o en qué grado se logra, ya es otro tema, de la sociología del derecho por cierto.

De nuevo para librarnos de auto-engaños debemos recordar algo: el que la doctrina procesal penal o constitucional nos diga cómo deben interpretarse y aplicarse las normas jurídicas y los derechos y garantías recogidos en dichas normas, no implica aún que, por fuerza de fe, se apliquen, ni mucho menos que se

4 Así, Ferrajoli, *De los derechos...*, Op.Cit., p.99.

5 Así, Ferrajoli, *Ibid.*, p.99

6 *Sobre el manejo de la dicotomía "víctima-imputado" con fines discriminatorios, es decir para excluir la vigencia jurídica de estos derechos y garantías para quienes figuran como acusados en un proceso penal puede verse: Chan Mora, Gustavo. El "escenario de la bomba de tiempo a punto de explotar" (y otros artilugios para la supresión de los derechos fundamentales); en: Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, # 25, mayo 2008.*

7 Llobet Rodríguez, *Op.Cit in totum*.

apliquen de manera uniforme en todo el país, y en todo momento. Y eso no sucedería ni siquiera si todos los jueces de la República tuvieran, por ejemplo, el Proceso Penal Comentado o los estudios sobre el pensamiento de Beccaria del Profesor Llobet en que desarrolla y explica, con toda precisión, el significado de tales derechos y garantías desde el punto de vista doctrinal.

3.- LA PARÁBOLA DE LA SECRETARIA DE ESTADO Y OTRAS MANIPULACIONES DEMAGÓGICAS RESPECTO DE LAS GARANTÍAS

En este punto quisiera destacar una idea fundamental respecto de los enfoques presentados hasta ahora: ambos enfoques tienen, como importante rasgo común, que ninguno de ellos nos dice -¡ni está en capacidad de decirnos!- qué sucede en la realidad de un país, de una colectividad, en lo que respecta a la aplicación efectiva de los derechos y garantías tantas veces aludidos.

Con lo dicho no pretendo proyectar demérito alguno de la dogmática, ni de la filosofía del derecho, definitivamente no. Pero lo que sí busco es identificar y cuestionar, frontalmente, algunos usos erróneos, o francamente manipuladores que se hacen de esos enfoques en relación con el tema en estudio.

Para que esto quede más claro, voy a echar mano de la “parábola de la secretaria de Estado”, presentada por el Administrativista y Filósofo del Derecho español Alejandro Nieto, en su libro “Crítica de la Razón Jurídica”. En cierto congreso, el Profesor Nieto presentó los resultados de una investigación que había desarrollado acerca de las sentencias del Tribunal de Cuentas de Madrid, el ente encargado de fiscalizar el manejo de las finanzas y fondos públicos en la nación española. En resumen, lo que había logrado acreditar fue que el contenido de las resoluciones de ese ente, en diversos temas, se inclinaba en uno u otro sentido dependiendo de si quienes las dictaban habían sido nombrados por el PSOE (Partido Socialista Obrero Español) o por el PP (Partido Popular); es decir, mostraba el impacto de factores político-partidistas no sólo en la conformación del Tribunal, sino también en el contenido de sus resoluciones.

Frente a estos datos, mostrados por el profesor Nieto, respondió la razón burocrática (para decirlo en términos de Max Weber), o lo que es lo mismo, respondió la **razón jurídica desviada**: montada en furia, una secretaria o ministra del gobierno español le espetó al profesor que él no sabía nada de derecho, y de seguido, para mostrárselo (según ella), leyó algún artículo de ley que establece que los jueces de la nación española, al resolver, lo hacen de manera independiente, en exclusiva y estricta armonía con lo que establece la Constitución y la ley⁸.

Al referir lo anterior es imposible no recordar la anécdota de aquel expresidente de Costa Rica que, en plena campaña electoral, confundió los discursos que iba a pronunciar en un pueblito y otro, y terminó ofreciendo construir un puente en donde no lo necesitaban, por la sencilla razón de que no había río. Alertado de su error, enderezó el discurso y concluyó diciendo: les construimos el puente y, si no tienen río, ¡les construimos el río!

8 *Dicha señora reprochó al conferenciante el pecado de no haberse leído siquiera («a pesar de ser Catedrático de Derecho Administrativo») el artículo 30.2 de la ley del Tribunal de cuentas en el que bien claro se dice que «los consejeros de cuentas del Tribunal son independientes». «Pues si esto dice la ley –argumentó la interpelante- ¿a quién vamos a creer: a una ley democrática y constitucional o a los comentarios de un profesor resentido? Nótese que la ley dice que son independientes; no que deben serlo o que procurarán serlo. Luego si así lo dice la ley es que lo son y no hay más que discutir, salvo que queramos nosotros salirnos de la ley: lo que no nos corresponde (...).» Este es el mejor y más sencillo ejemplo de la Razón Jurídica desviada: el Derecho empieza y termina en la ley, lo que puede haber detrás de ella no interesa y la realidad que la contradiga no debe ser tomada en cuenta. ¡Peor para la realidad!» Así, Nieto, Alejandro. Crítica de la Razón Jurídica, Madrid, 2007, pp. 35-36. Este defecto en la argumentación, existe en numerosas discusiones emprendidas por los juristas, incluyendo aquella sobre la “vigencia” de los derechos y garantías fundamentales..*

Para algunos entonces, no es la realidad efectivamente constatada lo que importa, sino que interesa, únicamente, lo que las normas nos indican que debería ser la realidad. Sucede entonces que este mismo mecanismo se utiliza en relación con las garantías y los derechos fundamentales: Se lee un precepto legal, se pronuncia la letra de la ley o de la Constitución, y con ello se pretende (por influjo de palabras mágicas) estar describiendo lo que sucede en la realidad, en una forma de Neoplatonismo⁹ de los preceptos legales.

Quienes proceden de esta manera se valen de los planteamientos de la dogmática penal e incluso de la filosofía del derecho, y utilizan el discurso de los derechos y las garantías liberales, con fines demagógicos, con un fin ideologizante, distorsionador de la realidad (en términos marxistas). Interpelados, por ejemplo, sobre la realidad de las prisiones costarricenses, sobre el uso extensivo de la prisión preventiva, o sobre el debilitamiento de garantías en el proceso penal de flagrancia, les bastará con vociferar: ¡en esos contextos rigen (están “vigentes”) todos los derechos y garantías fundamentales porque así lo establece la ley!, sin preocuparse nunca por constatar la vigencia real de los mismos en aquellos contextos.

Expuesto en otras palabras, al proceder así, se oculta la realidad a partir de la enunciación de principios y garantías, se distorsiona lo que pasa realmente, mediante un énfasis autista acerca de las indicaciones de cómo deberían interpretarse y aplicarse tales garantías. Sobre lo dicho, sabemos desde Hume que se trata de una falacia normativista, pero a veces olvidamos que este es terreno común, de políticos y juristas.

4.- LA MIRADA SOCIOJURÍDICA

No ha sido sino con el surgimiento de una sociología jurídica y de una criminología críticas, que el “emperador” ha sido desnudado en media calle. Precisamente, desde un tercer enfoque posible, **desde una perspectiva sociológico-jurídica** sabemos que, independientemente de las justificaciones que podamos construir en la filosofía del derecho para sustentar la existencia de derechos y garantías en el proceso penal, e independientemente de los lineamientos para su interpretación uniforme trazados desde la dogmática; la aplicación real de esos derechos y garantías no depende de lo que los juristas digan que se debe hacer, ni de lo que los juristas dicen que hacen en relación con las mismas.

Nuestra pregunta esencial, si asumimos esta otra perspectiva, interrogará: ¿cuál es el grado de aplicación efectiva que tienen esas garantías en la práctica real de un sistema penal concreto?, ¿cuál es el grado de congruencia o divergencia que existe entre los enunciados formales que recogen esas garantías y su aplicación o desaplicación en una realidad social concreta?

En esta línea de reflexión, se podrán utilizar por lo menos las siguientes tres acepciones básicas¹⁰ para hacer referencia al concepto de “eficacia o vigencia” de los derechos y garantías procesales y de fondo (y de cualquier otro precepto jurídico):

A.- Se puede hablar de una **vigencia o eficacia jurídica o formal de las garantías y derechos fundamentales**. Con este concepto, simplemente indicamos que tales derechos y garantías están recogidos en preceptos legales, constitucionales o supra constitucionales, es decir, que tienen una vigencia formal desde el momento en que las normas que los contienen han sido aprobadas según el trámite establecido para que pasen a formar parte del ordenamiento jurídico de un país.

9 Tomo el concepto de Hans Albert, (*Regel- Normen platonismus*) para hacer referencia a una perspectiva en la teoría y la metodología del Derecho que trabaja únicamente con abstracciones metafísicas, dejando de lado cualquier confirmación empírica de las tesis propuestas. Al respecto: Albert, Hans. *Rechtswissenschaft als Realwissenschaft. Das Recht als soziale Tatsache und die Aufgabe der Jurisprudenz*. Baden-Baden, Nomos Verlag, 1993, p. 13 y sgtes.

10 Sobre los conceptos en estudio: Reh binder, Manfred. *Rechtssoziologie*. München, C.H. Beck Verlag, 2007, pp. 1-4, 105-118.

B.-Se puede hacer referencia a una **vigencia material o fáctica de tales derechos y garantías**, en cuyo caso interesa sobre todo determinar el grado de aplicación real que tienen en la práctica de un sistema penal dado¹¹. Esta vigencia real es independiente de aquella meramente formal a la que ya nos referimos, ya que todo precepto normativo siempre tiene distintos grados o *cuotas de efectividad* (Geiger)¹², que no deben ser supuestos, sino constatados.

Planteado de otra forma, la eficacia material, real, fáctica, de las garantías siempre se mueve entre un grado mayor o menor de aplicación o desaplicación, si se atiende a variables temporales y espaciales. Habrá momentos y lugares de mayor y mejor aplicación de esas garantías, y otros en los que se aplican con menor intensidad o no se aplican del todo; de manera que siempre tendremos que hablar de distintos grados de congruencia o de divergencia entre la vigencia real de las garantías, con aquello que formalmente se indica para su aplicación.

Si queremos superar el uso ideologizante, demagógico, del catálogo de derechos y garantías fundamentales heredados por la Ilustración y por el Derecho Penal Liberal, debemos observar, medir, evaluar constantemente nuestro sistema penal, con el fin de precisar cuál es la vigencia real que tienen en sus prácticas, una vigencia que usualmente resulta bastante independiente de los discursos o meras manifestaciones de buena voluntad pronunciados desde los estrados de la institucionalidad.

C.- Finalmente, también se puede analizar la **eficacia o vigencia moral**¹³ de tales garantías, con lo cual interesará estudiar cuál es el grado de interiorización, y de aplicación voluntaria, que tienen y hacen los sujetos de aquellas garantías y, en general, de todo el discurso de los derechos humanos. Una norma jurídica tiene vigencia moral si es acatada libre y voluntariamente, debido a la convicción de sus destinatarios¹⁴. Al hablar de sujetos, hago referencia a los ciudadanos de a pie, pero sobre todo a los miembros que componen el cuerpo de la judicatura.

En cuanto a estos últimos sujetos, conviene indicar que desde la denominada sociología de los jueces (*Richterssoziologie*) o la sociología de la justicia, en Alemania por ejemplo, se han desarrollado interesantes investigaciones en que los jueces son colocados como objeto de estudio, justamente con el fin de medir

11 Se trata de un concepto realista acerca de la vigencia de las normas jurídicas, en el sentido de que al hablar de vigencia fáctica de las normas se hace referencia a un hecho social. Si se afirma la vigencia fáctica de una norma jurídica se está diciendo que esta es acatada, que se aplica en la realidad. Esta afirmación tiene un carácter cognitivo, lo cual significa que, por principio, dicha afirmación es capaz de verdad (*wahrheitsfähig*), o sea, que puede ser verdadera o falsa. Sobre el problema de la vigencia fáctica de las normas jurídicas, véase, Albert, H. Op. Cit., p. 19 y siguientes. El problema de la vigencia de las normas jurídicas es un tema esencial en la sociología jurídica. Al respecto, puede verse: Kelsen, Hans. / Ehrlich, Eugen, *Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Controverse (1915/17)*, Baden-Baden, 2003; Ehrlich, Eugen. *Soziologie und Jurisprudenz* (Czernowitz: Buchdruckerei Gutenberg, 1906), Aalen: Scientia Verlag, 2. Neudruckausgabe in einem Band, 1987; Rehbinder, M., *Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich*, Berlin, 1986; Pound, R. *Law in the Books and Law in Action* [in *American Law Review*, vol. 44, 1910], reprinted in: Fisher, W.W. / Horwitz, M.J. / Reed T.A. (Hrsg.), *American Legal Realism*, Oxford: Oxford University Press, 1993, pp. 39-44

12 Geiger, T. *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*. Neuwied am Rhein und Berlin, Luchterland Verlag, 1970.

13 El concepto de vigencia moral -también denominado como aceptación, vigencia por reconocimiento (*Anerkennungsgeltung*) o vigencia por convicción (*Überzeugungsgeltung*) del Derecho- designa el fundamento moral del cumplimiento de las normas sociales, incluyendo las normas que subyacen en los derechos y garantías fundamentales enunciados para el proceso penal.

14 Como indica con toda claridad Bernd Rüthers: "Junto a la vigencia jurídica y a la vigencia real del Derecho también hay una vigencia moral que fortalece, en su eficacia, a la ley que rige formalmente en un Estado, esto porque coinciden la ley y las convicciones jurídicas del ciudadano (...) La pretensión de vigencia jurídica también puede ser erosionada o puesta en peligro a causa de ello, si para el Derecho legislado por el Estado falta o se ha perdido aquella vigencia moral. Si el Estado aprueba normas jurídicas que van en contra de las representaciones morales básicas de amplios estratos de la población, está mal fundado para su estabilidad duradera." Al respecto, Rüthers, B. *Rechtstheorie*. München, C.H. Beck Verlag, 2007, p. 210, Rn 336 y p. 212 Rn 340. Traducción libre del idioma alemán realizada por el autor.

sus percepciones y el grado de interiorización que tienen respecto de tales derechos y garantías del derecho liberal¹⁵.

5.- COMO CONCLUSIÓN: UN ENFOQUE DINÁMICO PARA ENTENDER LA VIGENCIA DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES

El panorama que nos presenta un enfoque sociológico-jurídico de base realista, por lo tanto, es mucho más rico y dinámico que el que pueden brindarnos visiones meramente conceptuales, muchas veces atrapadas en la metafísica de las normas o el ontologismo jurídico. En esta dirección cabalmente, desde una perspectiva reticular (Gunther Teubner), dinámica del Derecho, tendremos que indicar que la eficacia material, la aplicación real, de las garantías pensadas para el proceso penal está en constante modificación y cambio, dependiendo de la interacción que se suscita entre diversos factores o fenómenos sociales. De este modo:

- A.- La eficacia real de los derechos y garantías fundamentales depende de la manera en que el legislador los recepte y desarrolle en los cuerpos legales; pero no solo eso: depende también de la manera en que los legisladores, como cuerpo político, pretendan influir en las decisiones del cuerpo de la judicatura, de los jueces.
- B.- La eficacia real de los derechos y garantías fundamentales, también dependerá de la influencia que ejerzan sobre los jueces los autores de la doctrina, en tanto sujetos con capacidad de decir, de interpretar su contenido y alcance de una manera autorizada.
- C.- Incide también la visión y la presión que los ciudadanos de a pie, puedan ejercer sobre el intérprete del derecho, sobre el juez, acerca de la aplicación o desaplicación de tales garantías en el contexto de un proceso penal en el que está siendo juzgado un sujeto de carne y hueso.
- D.- Junto a aquellos, también factores externos como el juego de la política, las influencias de la religión, las presiones de la moral practicada en una sociedad, la incidencia de los medios de comunicación, afectan el grado de aplicación real que tienen los derechos y garantías en la vida práctica de los Tribunales y otras entidades del sistema penal.
- E.- Finalmente, y para lo que más importa, la eficacia real, la aplicación efectiva de los derechos y garantías en un proceso penal concreto, depende del juez mismo: de un ser humano como cualquier otro, con distintos niveles de formación jurídica, gobernado por una visión de mundo y con ello, regido también por prejuicios, estereotipos, valores, posiciones políticas y religiosas; de quien depende, en última medida, decidir **qué actitud toma en la aplicación de tales garantías**.

Expresado de manera mucho más directa: la vigencia real de los derechos y garantías heredados del derecho penal liberal depende, no solo de aquellos factores, sino esencialmente, de la actitud que tengan los jueces y juezas para aplicarlas o no. En esto, -tomando prestado el concepto acuñado por Pierre Bourdieu- el *Poder de definición* que tienen los jueces, el Poder para decirnos cuál es el alcance y

15 Paradigmático al respecto, es el estudio realizado por Rüdiger Lautmann en el año 1972, en el cual mostraba el grado de divergencia que existía entre las prácticas de la judicatura alemana y ciertos principios, derechos y garantías fundamentales que deben marcar el "Norte de racionalidad" para la toma de decisiones judiciales. Así, Lautmann, Rüdiger. *Justiz -die stille Gewalt (Justicia la violencia tranquila)*, Frankfurt am Main, 1972.

significado que tiene esos derechos y garantías en la vida real del proceso o de otras prácticas del sistema penal, es enorme¹⁶.

Ya en este punto, las cosas pueden simplificarse muchísimo: al efecto, se puede clasificar a los aplicadores y aplicadoras del derecho, o bien en jueces y juezas valientes, o bien en jueces y juezas cobardes¹⁷ dependiendo, claro está, de que su actitud sea la de convertir aquellos enunciados normativos, que recogen los derechos y garantías, en derecho practicado o viviente; o de que su actitud sea la de condenar tales preceptos a ser mero derecho de papel o derecho muerto, ese mismo que tanto agrada a los demagogos de la política, y a los demagogos de la Ley.

Quisiera concluir de una manera optimista acerca de la vigencia real que tienen las garantías heredadas por el Derecho Liberal en el Sistema Penal costarricense. Lamentablemente, si lo hiciera así sería un cobarde, al cerrar mis ojos frente a una crisis del Sistema Penal Costarricense que ya nos revienta en mil pedazos en la cara, bajo la forma de la sobrepoblación y el hacinamiento penitenciarios, y bajo el uso excesivo, desbocado, de la prisión preventiva, de los cuales dan cuenta las propias estadísticas del Poder judicial y del Ministerio de Justicia¹⁸.

Esa realidad está ahí, para que sepamos verla y analizarla, si es que queremos enderezar el camino, lejos de esta vía a que nos ha conducido el populismo punitivo que campea. Esto, por imperativo ético, es lo mínimo que podemos hacer para asegurar eficacia real para los derechos y garantías, frente a un Poder penal absolutamente selectivo, un Poder punitivo que, para seguir la hermosa metáfora que utilizaba monseñor Oscar Arnulfo Romero en sus homilías, sigue siendo como la serpiente: solo muerde al que está descalzo...

16 Desde la teoría sociológica de Pierre Bourdieu se plantea que todo grupo social (y los sujetos individuales que lo integran) se ubica siempre en una determinada posición en las relaciones de fuerza de una sociedad (es decir en las diversas estructuras y contextos materiales de una sociedad), pero también está inserto en las relaciones de sentido que constituyen la cultura de dicha organización, es decir, tienen mayor o menor poder de definición en relación con situaciones y conceptos, lo cual determina también el rumbo de las relaciones políticas. Para todo, Bourdieu, P. *Die drei Formen des Kulturellen Kapitals*, in: *Wie die Kultur zum Bauern kommt. Über Bildung, Schule, und Politik*, Hamburg, VSA Verlag, 2001. Del mismo autor: *Ökonomisches Kapital-Kulturelles Kapital- Soziales Kapital*, in: *Die verborgenen Mechanismen der Macht. Schriften zur Politik und Kultur*. Hamburg, VSA Verlag, 2005; *Die Feinen Unterschiede. Kritik der gesellschaftlichen Urteilskraft*. Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1993; *La fuerza del Derecho. Elementos para una Sociología del Campo Jurídico*, en: *Poder, Derecho y Clases sociales*. Bilbao, Editorial Desclee de Brouwer, 2001, pp. 165-223; Fuchs-Heinritz W./König A. *Pierre Bourdieu*. Konstanz, UVK Verlagsgesellschaft, 2005.

17 La clasificación obedece, si se quiere, a una simplificación excesiva, utilizada con el fin de destacar la idea esencial que subyace en este aporte: la de que la aplicación efectiva de los derechos y garantías fundamentales depende, finalmente, de la actitud y voluntad de los jueces. Obviamente se pueden realizar más clasificaciones sobre los miembros de la judicatura atendiendo a su grado de conocimiento o desconocimiento respecto de la definición doctrinal y los alcances de aquellos derechos y garantías, o a su actitud frente a los mismos.

18 La tasa de encierro en Costa Rica en el año 2013 ya rondaba las 313 personas por cada cien mil habitantes, en comparación con 151 personas por cada cien mil habitantes en el caso de Nicaragua. Estos datos, para Costa Rica se traducían, en el año 2013, en una sobrepoblación penitenciaria con una densidad de 133 personas para cada cien plazas existentes. Para junio de 2014, la cantidad de personas encerradas en las cárceles costarricenses ya ascendía a 341 por cada cien mil habitantes. Así, Carranza, Elías. *Criminalidad y Justicia Penal en América Latina. Actualización de la conferencia impartida el Tribunal de Justicia da Bahía, Brasil el 28 de abril de 2014*. Agradezco al amigo y maestro Elías Carranza por haberme suministrado la información citada.

BIBLIOGRAFÍA

Albert, Hans. *Rechtswissenschaft als Realwissenschaft. Das Recht als soziale Tatsache und die Aufgabe der Jurisprudenz*. Baden-Baden, Nomos Verlag, 1993.

Bourdieu, P.

Die drei Formen des Kulturellen Kapitals, in: *Wie die Kultur zum Bauern kommt. Über Bildung, Schule, und Politik*, Hamburg, VSA Verlag, 2001.

Ökonomisches Kapital-Kulturelles Kapital- Soziales Kapital, in: *Die verborgenen Mechanismen der Macht. Schriften zur Politik und Kultur*. Hamburg, VSA Verlag, 2005.

Die Feinen Unterschiede. Kritik der gesellschaftlichen Urteilskraft. Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1993.

La fuerza del Derecho. Elementos para una Sociología del Campo Jurídico, en: *Poder, Derecho y Clases sociales*. Bilbao, Editorial Desclee de Brouwer, 2001.

Carranza, Elías. Criminalidad y Justicia Penal en América Latina. Actualización de la conferencia impartida el Tribunal de Justicia da Bahía, Brasil el 28 de abril de 2014.

Chan Mora, Gustavo. *El “escenario de la bomba de tiempo a punto de explotar” (y otros artilugios para la supresión de los derechos fundamentales)*; en: *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, # 25, mayo 2008.

Ehrlich, Eugen. *Soziologie und Jurisprudenz* (Czernowitz: Buchdruckerei Gutenberg, 1906), Aalen: Scientia Verlag, 2. Neudruckausgabe in einem Band, 1987.

Ferrajoli, Luigi. *De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona*, en: *Derechos y Garantías. La Ley del más Débil*, Madrid, editorial Trotta, 1ª edición, 1999.

Fuchs-Heinritz W./König A. Pierre Bourdieu. Konstanz, UVK Verlagsgesellschaft, 2005.

Geiger, T. *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*. Neuwied am Rhein und Berlin, Luchterland Verlag, 1970.

Haba Müller, P. *Axiología Jurídica Fundamental*, San José, 2007.

Honneth, Axel. *Kampf um Anerkennung*, Frankfurt am Main, 1994.

Kelsen, Hans. / Ehrlich, Eugen, *Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Controverse (1915/17)*, Baden-Baden, 2003.

Lautmann, Rüdiger. *Justiz -die stille Gewalt* (Justicia la violencia tranquila), Frankfurt am Main, 1972

Nieto, Alejandro. *Crítica de la Razón Jurídica*, Madrid, 2007.

Pound, R. *Law in the Books and Law in Action* [in *American Law Review*, vol. 44, 1910], reprinted in: Fisher, W.W. / Horwitz, M.J. / Reed T.A. (Hrsg.), *American Legal Realism*, Oxford: Oxford University Press, 1993.

Rehbinder, Manfred.

Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich, Berlin, 1986.

Rechtssoziologie. München, C.H. Beck Verlag, 2007, pp. 1-4, 105-118.

Rüthers, B. *Rechtstheorie*. München, C.H. Beck Verlag, 2007.

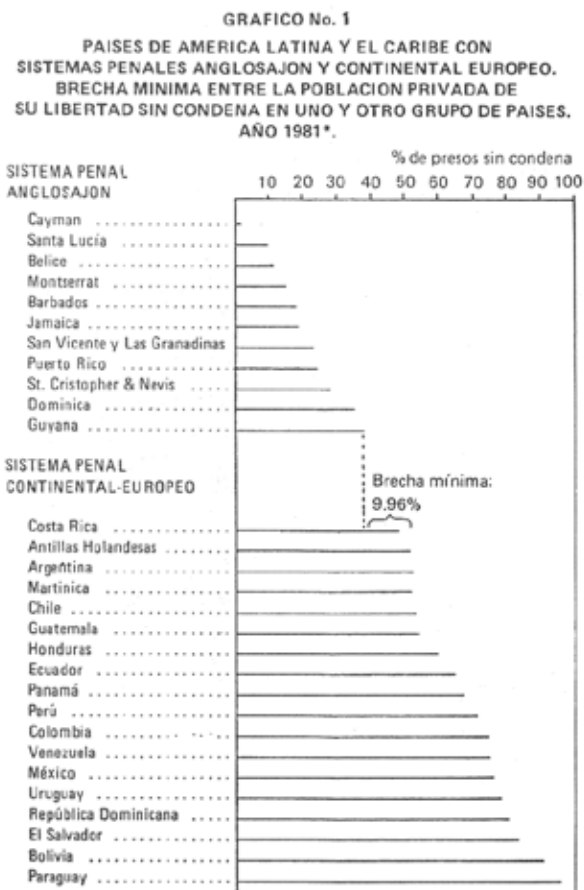
LAS PERSONAS PRESAS SIN CONDENA EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE¹

Elías Carranza
Director del ILANUD

Hace treinta y cuatro años, en 1980, Luis Paulino Mora, Mario Houed, Raúl Zaffaroni y quien esto escribe hicimos nuestra primera investigación sobre el fenómeno de “el preso sin condena en América Latina y el Caribe”. (Que hoy seguramente hubiéramos bautizado “las personas presas sin condena”, por razones de género).

En aquél entonces Luis Paulino y Mario eran jueces de los entonces denominados Tribunales Superiores Penales en Costa Rica, que juzgaban delitos de tres o más años de prisión; Raúl era juez en materia penal en Argentina; yo era el subdirector del ILANUD.

Uno de los hallazgos más significativos de esa investigación fue lo que registra el gráfico siguiente, que en aquél entonces que no existían computadoras, lo construimos artesanalmente, con escuadra, lapicera y tinta china:



* Los datos de Perú, Argentina y México corresponden a los años 1978, 1980 y 1980 respectivamente. Los de Antillas Holandesas, Bolivia, Jamaica y República Dominicana a 1982.

¹ Actualización de la conferencia pronunciada en la Universidad de La Matanza, Buenos Aires, Argentina, en noviembre de 2013.

El gráfico es tan brutal que casi no requiere explicación. Los pequeños países del Caribe de sistema anglosajón exhibían en ese entonces porcentajes de presos y presas sin condena dentro de una distribución que iba desde un 2,18% de Cayman Islands hasta un 37,44% en su máximo, que exhibía Guyana.

Por su parte, y por contraste, nuestros países latinoamericanos de sistema penal continental europeo o romanogermánico presentaban cifras que oscilaban entre el 47,40% de Costa Rica) y el 94,25% de Paraguay. (El detalle de los porcentajes puede verse en el Cuadro 1).

Entre el país del Caribe de sistema anglosajón en peor situación, con mayor porcentaje de personas presas sin condena, y el de América Latina de sistema continental europeo con mejor situación, o sea con el menor porcentaje de personas presas sin condena -que era Costa Rica- había una distancia de diez puntos porcentuales a favor del país caribeño.

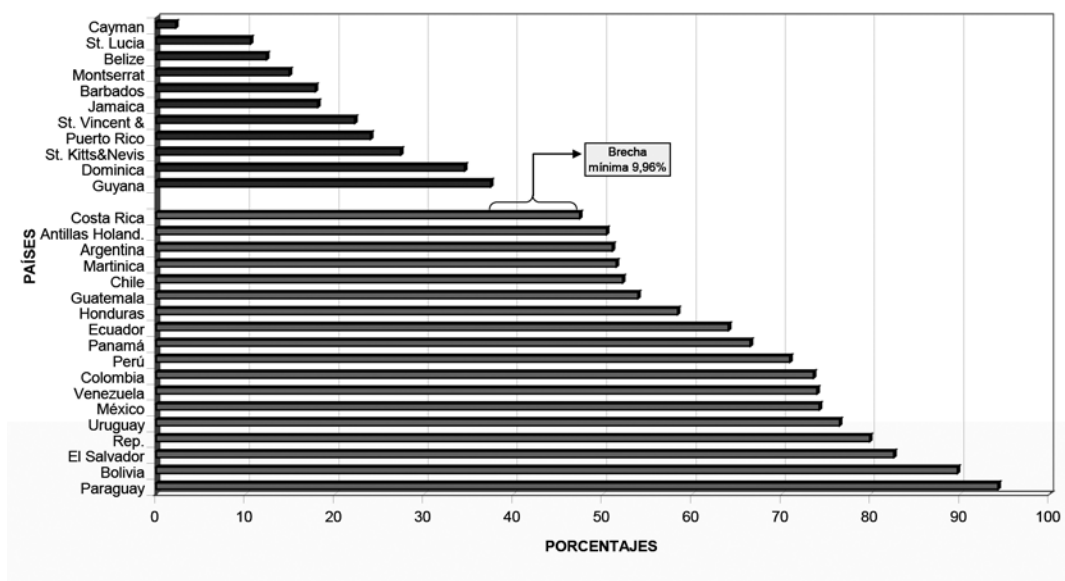
Era notoria la incidencia de la variable “sistema procesal penal” en uno y otro grupo de países en la generación de su cantidad de personas presas sin condena. Los países con sistema anglosajón se caracterizaban por tener todos ellos muy bajos porcentajes de personas presas sin condena, y los nuestros, de sistema romanogermánico o continental europeo, se caracterizaban todos por tener muy altos porcentajes de personas presas sin condena.

Como sabemos, a partir de la década de los noventa, y hasta la actualidad, se produjeron reformas procesales penales en todos los países de la región, que sustituyeron el procedimiento inquisitivo por el acusatorio, estableciendo, entre otras cosas, la instrucción criminal al cargo del ministerio público, la defensa desde el primer acto procesal, la oralidad en sustitución de la escritura, y reduciendo al mínimo el secreto de la investigación. Tales reformas produjeron efectos en el número y porcentajes de presos sin condena.

Recientemente, y para efectos de la comparación con lo que ocurre en la actualidad, preparé –esta vez con ayuda de la computadora- los tres gráficos siguientes.

En el primero reproducimos, con un nuevo formato, el primer gráfico de 1981 que antes vimos.

GRÁFICO 1: PAÍSES DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, POBLACIÓN PRIVADA DE LIBERTAD SIN CONDENEN EN UNO Y OTRO GRUPO DE PAÍSES, AÑO 1981

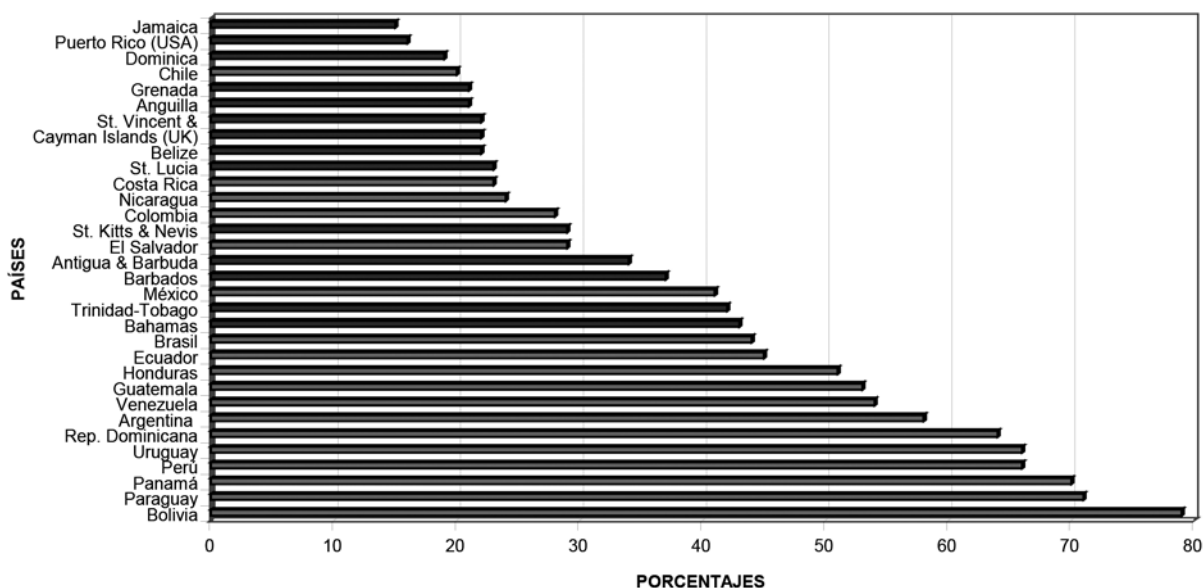


**CUADRO 1: PAÍSES DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE,
POBLACIÓN PRIVADA DE LIBERTAD SIN CONDENA EN UNO Y
OTRO GRUPO DE PAÍSES, AÑO 1981**

Paraguay	94,25	Argentina	51,08
Bolivia	89,70	Antillas Holand.	50,41
El Salvador	82,57	Costa Rica	47,40
Rep. Dominicana	79,88	Guyana	37,44
Uruguay	76,50	Dominica	34,52
México	74,23	St. Kitts&Nevis	27,36
Venezuela	73,97	Puerto Rico	24,00
Colombia	73,59	St. Vincent & Grenadines	22,22
Perú	70,95	Jamaica	18,07
Panamá	66,52	Barbados	17,81
Ecuador	64,08	Montserrat	14,90
Honduras	58,36	Belize	12,34
Guatemala	53,92	St. Lucia	10,56
Chile	52,21	Cayman Islands	2,18
Martinica	51,50		

En el segundo gráfico hemos colocado la situación que presentaban los países al año 2011 o año más cercano, luego de que transcurrieran entre diez y veinte años, según las fechas de las reformas habidas en cada país. Como se puede observar, los países de ambos sistemas jurídicos habían comenzado ya a entremezclarse, y el predominio de los países de sistema anglosajón no era total como antes de las reformas.

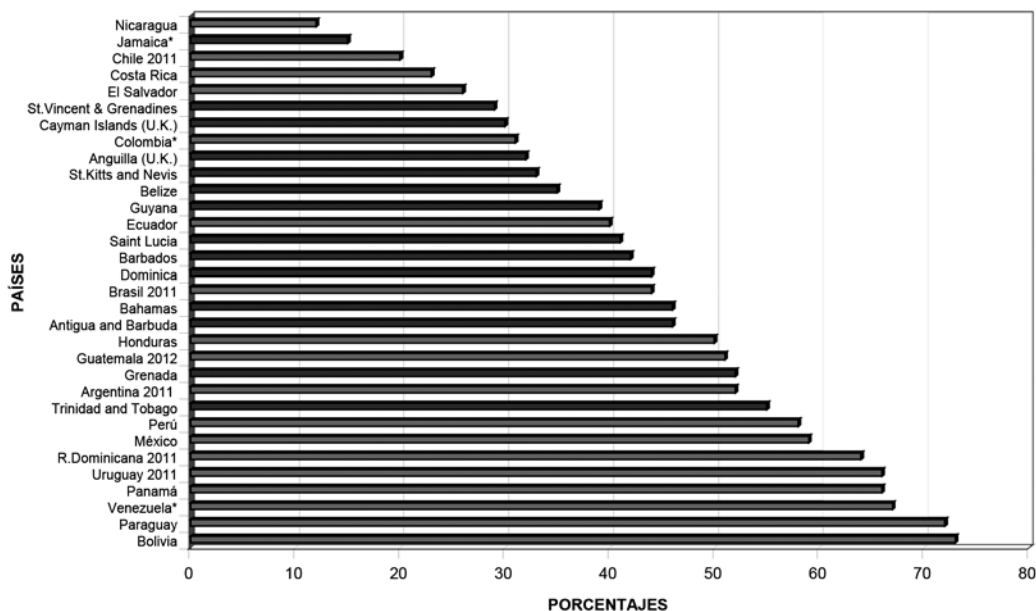
**GRÁFICO 2: PAÍSES DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. POBLACIÓN PRIVADA DE LIBERTAD SIN
CONDENA EN UNO Y OTRO GRUPO DE PAÍSES, 2011 O AÑO MÁS CERCANO**



Y finalmente, en el gráfico 3, colocamos la situación al 2013 o año más cercano.

Como podemos ver, con el transcurso del tiempo y los sistemas procesales reformados, los países de América Latina han ido progresando en reducir sus porcentajes de presos y presas sin condena.

GRÁFICO 3: PAÍSES DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. POBLACIÓN PRIVADA DE LIBERTAD SIN CONDENAS EN UNO Y OTRO GRUPO DE PAÍSES, 2013 O AÑO MÁS CERCANO



Y paralelamente a estos progresos del grupo latinoamericano, también observamos que en general las cifras de los países del Caribe exhiben cierto retroceso respecto de la excelente situación que tenían a principios de la década de los ochenta. Esto se debería, muy posiblemente, al mismo fenómeno que está afectando a toda la región de América Latina y el Caribe y al mundo en general, que tiene que ver con la forma en que ha venido “gestionándose” la globalización -como lo explica Joseph Stiglitz- con gran inequidad en la distribución del ingreso entre los países de altos ingresos y el resto del mundo, y también con gran inequidad al interior de los países, lo que ocasiona, a su vez, inequidad en la distribución de la criminalidad y de la criminalización, siendo esta última excesivamente alta a nivel global en los países de medianos y bajos ingresos -no solo en los de América Latina- y multiplicada por las políticas de “guerra al delito” y “tolerancia cero”, cuando lo que nuestros países necesitarían es tolerancia cero, pero a la exclusión social.

En el cuadro 2 hemos colocado el detalle actualizado de los porcentajes de personas presas sin condena en ambos grupos de países al 2013 o año más cercano. Como podemos ver, treinta y tres años después Paraguay y Bolivia continúan siendo los países con más alta proporción de personas presas sin condena, si bien han reducido de manera bastante notable sus porcentajes.

En el otro extremo de la distribución, es interesante ver que ya no es un país de sistema anglosajón el que tiene el menor porcentaje de presos y presas sin condena, sino uno de los nuestros, Nicaragua, seguido de uno del Caribe. Pero inmediatamente después encontramos, nuevamente, tres países latinoamericanos en el grupo con mejor performance en esta materia, Chile, Costa Rica y El Salvador.

CUADRO 2: PAÍSES DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, POBLACIÓN PRIVADA DE LIBERTAD SIN CONDENA EN UNO Y OTRO GRUPO DE PAÍSES, 2013 O AÑO MÁS CERCANO			
Bolivia	73	Dominica	44
Paraguay	72	Barbados	42
Venezuela*	67	Saint Lucia	41
Panamá	66	Ecuador	40
Uruguay 2011	66	Guyana	39
R.Dominicana 2011	64	Belize	35
México	59	St.Kitts and Nevis	33
Perú	58	Anguilla (U.K.)	32
Trinidad and Tobago	55	Colombia*	31
Argentina 2011	52	Cayman Islands (U.K.)	30
Grenada	52	St.Vincent & Grenadines	29
Guatemala 2012	51	El Salvador	26
Honduras	50	Costa Rica	23
Antigua and Barbuda	46	Chile 2011	20
Bahamas	46	Jamaica*	15
Brasil 2011	44	Nicaragua	12

Es importante observar que el fenómeno de los presos y presas sin condena no se da aisladamente. Se inserta dentro del fenómeno más amplio del uso creciente de la cárcel y el acelerado crecimiento de las poblaciones penitenciarias, con la consiguiente sobrepoblación carcelaria, que está ocurriendo en la región y en el mundo, si bien en los países de altos ingresos –poderoso caballero es don dinero- el fenómeno se manifiesta con menor intensidad que en nuestros países de medianos y bajos ingresos como es el caso de todos los de América Latina según la clasificación de países acorde con su ingreso per cápita que utiliza el Banco Mundial.

Salvando las excepciones de los países nórdicos y de Japón, asistimos en todo el mundo a un notable aumento en el uso de la prisión, fenómeno que está directamente correlacionado con la inequidad de la distribución del ingreso entre países (entre los de altos ingresos que se llevan la parte del león y el resto del mundo), y al interior de los países.

Veamos el acelerado aumento en el uso de la prisión y sus efectos en los cuadros siguientes.

Como vemos en el cuadro 3, todos los países de América Latina elevaron notablemente sus tasas de encierro entre los años 1992 y 2013. Casi todos las duplicaron, varios las triplicaron, y también algunos van en vía de cuadruplicarlas:

Cuadro 3.
AMÉRICA LATINA: TASAS PENITENCIARIAS X 100.000 HABITANTES
Incluye sistemas federales y provinciales y en algunos casos personas alojadas
en delegaciones policiales

PAÍS	92	93	94	95	96	97	98	99	00	01	02	03	04	05	06	07	08	09	10	11	12	13
Arg	63	64	68	74	97	96	99	106	118	126	141	157	163	164	152	149	152	163	161			
Bol						79	85	101	109	96					80	86	85			107		130
Bra	74	80	81	107		119		131	133	132	133	169	182	193	211	219	226	238	247	253		
Col	92	96	97	98	120	129	128	139	157	170	157	178	199	207	179	174	188	158	169	193	227	232
C R	104	105	109	121	133	160	162	169	168	183	187	190	196	196	191	186	189	191	211	238	264	313
Chi	154	153	148	153	161	170	179	203	215	216	221	228	226	228	259	290	318	312	320	311		
Ecu	74	81	81	85	95	81	79	70	65	63	69	77	87	91	107	128	118	112	114	107		143
El S	101	103	109	124	138	157	136	112	130	158	177	180	188	186	184	226	258	283	315	322	339	347
Gua					62			75			101	101	96	87	84	83	88	71	78	84	91	98
Hon	110	113	139	160	166	153	160	178			183			170	159	148	148	149	152	154		153
Méx	101	104	97	101	108	116	127	142	152	163	170	177	185	196	200	200	202	208	203	203	213	214
Nic	78	78	91	98	111	106	132	143	128	124	131	112	116	117	111	121	120	103	111	134		151
Pan	176	215	221	229	269	282	292	294	293	320	341	361	360	359	356	342	275	298	347	378		404
Par					70	75	74	78	67	74	85	92	107	109	105	99	100	96	96	109	119	134
Per	77	80	83	88	96	100	105	108	108	104	104	108	116	123	136	149	153	155	160	181	208	
R D	145	135	151	161	129	140	165	168				189	150	143	148	164	166	202	211	212		
Uru	96	99	100	99	101	106	120	122	129	148	170	203	215	213	198	212	231	246	258	267		
Ven					101	112	106	97	85	104	104	103	98	76	96				149			

E. Carranza. ILANUD 2013. Elaborado con información penitenciaria y policial oficial de los países, y datos de población del Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE) –División de Población de la CEPAL, Estimaciones y proyecciones de población, 2008. Las tasas de Bolivia 2011, Perú 2011 y Venezuela 2010 fueron tomada del ICPS, King's College.

Y vemos en el cuadro 4 que la situación en los pequeños países del Caribe es similar, y con tasas altísimas. Si bien la tendencia en ascenso en algunos de ellos es con oscilaciones, menos unidireccional, porque casi todos tienen muy pocos habitantes, lo que ocasiona variaciones bruscas en sus tasas.

Cuadro 4.
EL CARIBE: TASAS PENITENCIARIAS X 100.000 HABITANTES

Anguilla (UK)	2004 (315) , 2007 (400) , 2010 (387) , 2011 (480)
Antigua & Barbuda	1995 (341) , 1998 (278) , 2005 (269) , 2008 (262) , 2010 (330)
Bahamas	1998 (478) , 2002 (410) , 2005 (460) , 2008 (415) , 2010 (382)
Barbados	1993 (238) , 1998 (291) , 2002 (317) , 2005 (367) , 2007 (408) , 2010 (354)
Belice	1992 (310) , 1995 (293) , 1998 (448) , 2001 (384) , 2003 (420) , 2006 (516) , 2010 (446) , 2011 (447) , 2012 (452) , 2013 (486)
Cayman Islands (UK)	1995 (546) , 1998 (682) , 2001 (539) , 2004 (425) , 2007 (409) , 2010 (385)
Dominica	1992 (387) , 1995 (392) , 1998 (421) , 2004 (418) , 2007 (367) , 2010 (431)
Grenada	1998 (352) , 2002 (333) , 2005 (265) , 2008 (427) , 2010 (423)
Jamaica	1992 (178) , 1995 (171) , 1998 (162) , 2003 (176) , 2006 (183) , 2007 (174)
Puerto Rico (USA)	1992 (314) , 1995 (310) , 1998 (388) , 2001 (377) , 2004 (369) , 2007 (330) , 2008 (303)
St. Kitts & Nevis	1995 (295) , 1998 (288) , 2001 (441) , 2004 (559) , 2007 (452) , 2010 (529) , 2011 (603) , 2012 (685) , 2013 (670)
St. Lucia	1992 (210) , 1995 (263) , 1998 (216) , 2001 (296) , 2004 (294) , 2008 (304) , 2010 (323)
St. Vincent & Granadines	1992 (294) , 1995 (323) , 1998 (390) , 2001 (280) , 2004 (337) , 2007 (350) , 2010 (379)
Trinidad-Tobago	1992 (269) , 1995 (299) , 1998 (353) , 2001 (370) , 2004 (302) , 2007 (276) , 2010 (276)

Fuente: Elaborado a partir de información del International Centre for Prison Studies, King's College, London.

Las aceleradas tasas de encierro ocasionan a su vez grave sobrepoblación carcelaria, que vemos en los dos cuadros siguientes, en los países de América Latina y en los del Caribe:

Cuadro 5. SOBREPoblación PENITENCIARIA EN PAÍSES DE AMÉRICA LATINA 2013

PAÍS	CAPACIDAD DEL SISTEMA	POBLACIÓN EXISTENTE	DENSIDAD POR CIENTOS PLAZAS
El Salvador	8.090	27.019	334
Bolivia *	5.436	14.272	263
Peru	29.043	61.390	211
Nicaragua	4.399	9.113	207
Guatemala	6.492	12.303	190
R. Dominicana	12.207	21.688	178
Ecuador	12.170	21.122	174
Panamá	8.033	13.720	171
Brasil	305.841	512.285	168
Colombia	75.726	114.872	152
Honduras	8.340	12.307	148
Chile	36.740	53.602	146
Costa Rica	9.803	13.057	133
Paraguay	7.053	9.073	129
Mexico	195.278	242.754	124
Uruguay	7.302	9.067	124
Venezuela *	16.609	19.047	115
Argentina	58.211	58810	101

Elías Carranza, ILANUD. Elaborado con información oficial proporcionada por las autoridades de cada país. Los datos de Argentina, Brasil, Chile, Guatemala, R. Dominicana y Uruguay son del 2011. El dato de Venezuela es 2007.

Cuadro 6. SOBREPOBLACIÓN PENITENCIARIA EN PAÍSES DEL CARIBE

PAÍS	2010		
	CAPACIDAD	POBLACIÓN EXISTENTE	DENSIDAD X 100 PLAZAS
Grenada	200	440	220
St. Kitts & Nevis	164	344	210
St. Vincent & Gr.	200	413	207
Antigua & Barb.	150	295	197
Anguilla (UK)	45	72	160
Dominica	200	289	145
St. Lucia	450	568	126
Bahamas	1.180	1.322	112
Jamaica	4.247	4.709	111
Puerto Rico (USA)	15.034	13.215	88
Cayman Islands (UK)	179	212	84
Trinidad & Tob.	4.386	3.591	82
Barbados	1.250	910	73
Belize	2.100	1.380	66

E. Carranza, ILANUD. Belize: Información proporcionada por Ministry of National Security al ILANUD. Para los demás países Información elaborada a partir de la página web del International Centre for Prison Studies, King's College, London.

Además de lo que vimos hasta ahora, en nuestro primer trabajo de 1981 sobre el preso sin condena hicimos también una investigación en búsqueda de un mecanismo procesal que eliminara, o por lo menos redujera, el tan alto número de estas personas privadas de libertad en países con grandes porcentajes de pobreza e inequidad, en los que el derecho penal y la prisión recaen con gran desproporción sobre las personas de clase baja o en situación de exclusión.

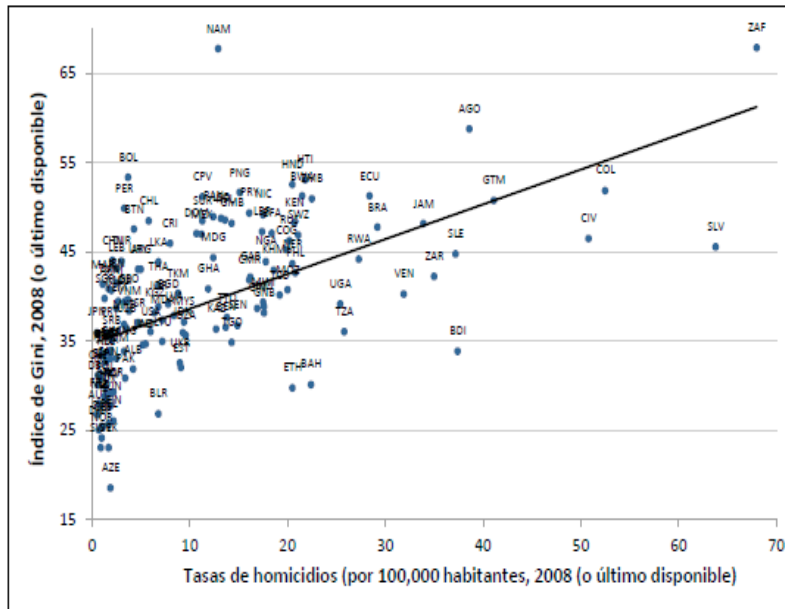
Hicimos la investigación con un diseño de experimento de laboratorio para verificar la hipótesis de que la excarcelación bajo sola caución juratoria o promesa jurada, si se la llevaba a cabo cumpliendo con determinados requisitos, podía ser tan efectiva como la excarcelación con garantía económica bajo fianza o bajo caución real, a la que muchas personas por razón de su clase social no podían acceder.

Con el apoyo que nos brindaron dos de los juzgados de instrucción existentes en Costa Rica a cargo respectivamente en ese entonces de la Lic. María Elena Gómez y el Lic. Claudio Cruz Saniboni, excarcelamos aleatoriamente 500 personas que cumplían prisión preventiva por delitos de más de tres años de prisión, y pudimos verificar que si el procedimiento se hacía adecuadamente, ambos grupos, el excarcelado bajo caución económica y el excarcelado bajo sola caución juratoria cumplían en la misma proporción con su obligación de presentarse al juicio.

El fenómeno de las personas presas sin condena, como asimismo el fenómeno más amplio de la hiperutilización de la justicia penal y la prisión, que está sustituyendo los estados de bienestar por

“estados penales de exclusión social” (y en los países que no lograron establecer estados de bienestar está abriendo aún más la brecha del ingreso, aumentando la exclusión) no podrá resolverse solo por mecanismos procesales. Serán indispensables los mecanismos procesales, las sanciones penales no privativas de libertad, los mecanismos no penales de resolución de conflictos para reducir el panpenalismo, pero, por sobre todo, será indispensable mucha justicia social, que se podrá lograr solamente reduciendo la inequidad de la distribución del ingreso, entre países y al interior de los países, inequidad que está directamente correlacionada con la situación de la criminalidad y con la situación de los sistemas penales. Veamos en el gráfico siguiente el efecto que tiene la inequidad de la distribución del ingreso medida por el coeficiente de Gini en el aumento de los homicidios. Como vemos los países de nuestra región encabezan el grupo de los que registran alta inequidad y consecuentemente las tasas más altas de homicidios:

Figura 22. Desigualdad de ingreso y homicidios en 138 países, 2008



Fuentes: Cálculos de los autores con base en Solt (2009) y Oficina de Naciones Unidas para las Drogas y el Crimen (2008)

En países sin justicia social nunca ha habido justicia penal justa. Y en este punto lamentablemente los informes anuales sobre indicadores sociales del Banco Mundial –banco que sin duda tiene una importante cuota de responsabilidad por la situación que existe - nos dicen que la inequidad ha venido en aumento desde 1820, y de manera más acelerada a partir de los años 80 del siglo pasado como lo vemos en el cuadro y gráfico siguientes.

Cuadro 7. Indices de Gini globales estimados, 1820-2002

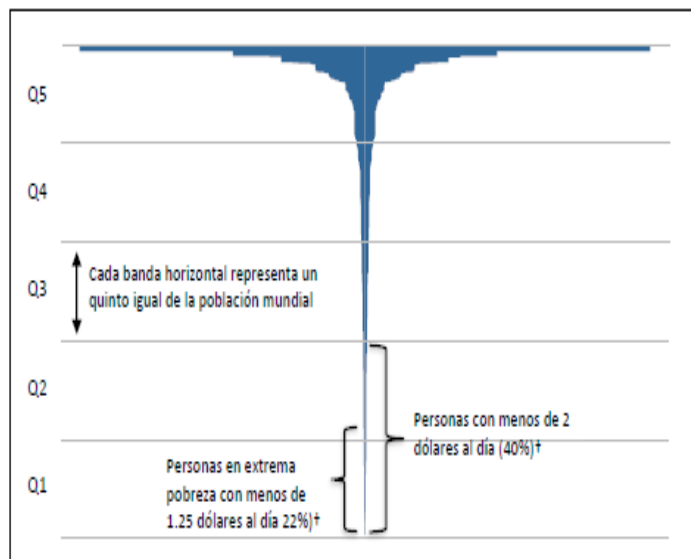
Año	Gini
1820	43.0
1850	53.2
1870	56.0
1913	61.0
1929	61.6
1950	64.0
1960	63.5
1980	65.7
2002	70.7

Fuente: Milanovic (2009)

Tomado de Ortiz y Cummins 2012

Ello explica en gran medida la crisis financiera y los movimientos sociales en todo el mundo que actualmente presenciamos. El último libro de Joseph Stiglitz quien tiene la autoridad de haber sido vicepresidente del Banco Mundial y premio Nobel de economía, tiene un subtítulo muy claro que explica por si solo lo que hemos venido diciendo. Se titula “El uno por ciento tiene lo que el 99% necesita”.

Figura 7. Ingreso global distribuido por percentiles de la población en 2007 (o último año disponible) en dólares internacionales constantes PPA de 2005*



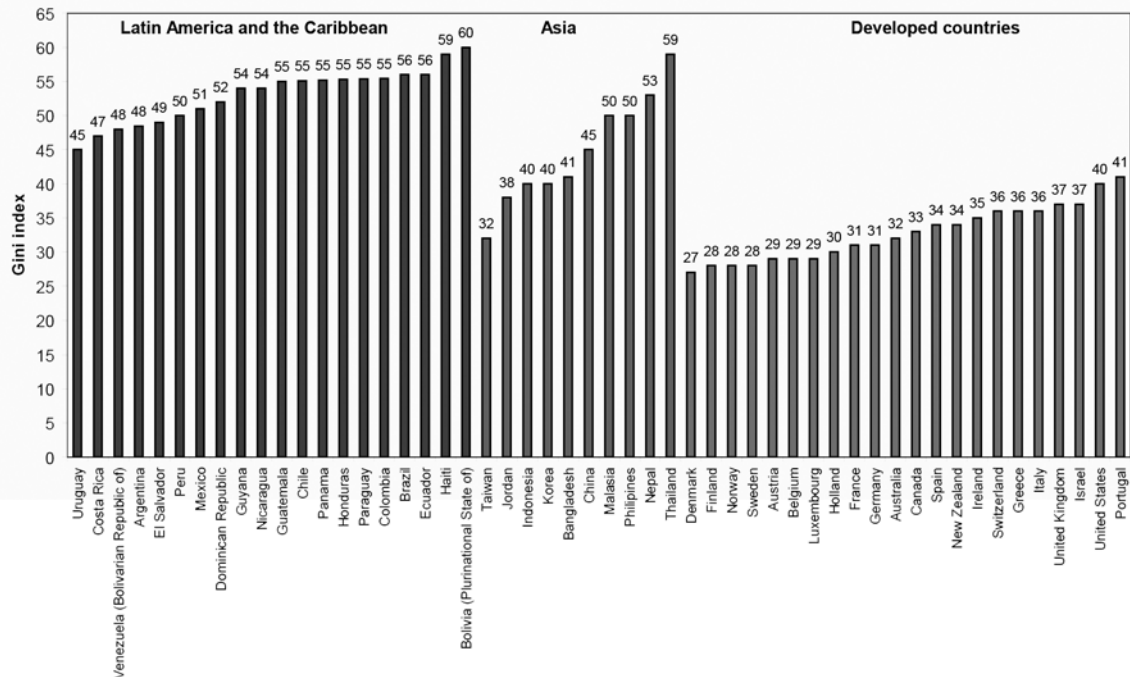
Fuente: Adaptado de PNUD (2005) con base en Banco Mundial (2011), UNU-WIDER (2008) y Eurostat (2011)

* Según el modelo contable global

+ Basado en Chen y Ravallion (2008)

Finalmente, en el siguiente gráfico podemos ver que ningún país de América Latina tiene una distribución del ingreso ni siquiera igual a la del país de altos ingresos (o “desarrollado”) con distribución más inequitativa: Portugal seguido de Estados Unidos.

Regions of the world. Gini index of per capita household income



Adapted from UNDP's 2010 Regional Human Development Report for Latin America and the Caribbean. Note: the Gini index considered in each case corresponds to the last year for which data is available over the period spanning 1995-2005 Source: Gasparini et al. (2009), based on SEDLAC (CECLAS and World Bank, 2010)

Para cerrar diré que quienes trabajamos en la justicia penal tenemos dos obligaciones. Una obligación como operadores, académicos o integrantes de organismos no gubernamentales, que es contribuir a que se haga verdadera justicia en los casos en que debemos intervenir, (lo que no significa necesariamente más cárcel ni más personas presas sin condena).

Pero lo más importante en este momento regional y mundial, no es lograr más Justicia Penal, aunque la lográramos justa y con un uso prudente de la prisión, sino lograr más Justicia Social, que significa esencialmente redistribuir el ingreso, entre países, y al interior de los países.

Esta es una tarea política que es también nuestra obligación, votando gobiernos que se comprometan a eso, y participando activamente en nuestras democracias promoviendo ese objetivo; objetivo que no será fácil de alcanzar, sobre todo en países pequeños, que tienen uno o dos productos esenciales cuya comercialización no controlan porque se encuentra en manos de transnacionales que tienen a su vez socios menores en los países que pueden llegar a oponerse a la redistribución de las maneras más violentas, pateando las democracias.

Pero esa es nuestra tarea primordial como ciudadanos y ciudadanas de nuestros países y como habitantes de nuestro mundo globalizado, sin la cual hemos visto que tampoco podremos lograr buena justicia penal.

LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS PARA LA SOLUCION DE CONFLICTOS EN LA LEGISLACION PROCESAL PENAL COSTARRICENSE. ORIGEN Y APLICACIÓN

Mario A. Houed Vega
Ex-magistrado de la Corte Suprema de Justicia

INTRODUCCIÓN

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

Puede decirse que el replanteamiento de los principios y de las reglas existentes, a partir de un concepto más claro y sólido de **Democracia** y de **Estado de Derecho**, en especial por pronunciamientos de Tribunales y Salas Constitucionales de la región, permitió la superación de los vulnerables sistemas anteriores, contrarios al respeto de principios fundamentales del ser humano, dándose un importante paso que debía conducirnos por un camino hacia un proceso más eficiente y a la vez garante de los derechos

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

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

esenciales de las personas, iniciado en Costa Rica desde la importante reforma legislativa del año 1973 con el Código de Procedimientos Penales mixto (Ley nº 5377 de 19 de octubre de ese año que entró a regir en el mes de julio de 1975) cuyo relevante significado - entre otros aspectos por la introducción de la publicidad y la oralidad -ha sido objeto de numerosos análisis e investigaciones que pueden ser consultados en diversas fuentes.

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

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

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

I.- ASPECTOS GENERALES

A.- LA SOLUCIÓN DEL CONFLICTO COMO FIN PRIMORDIAL DEL SISTEMA PUNITIVO

Normalmente suele decirse que el fin del proceso penal está en la búsqueda de la verdad real, o sea la reconstrucción histórica del hecho delictivo de la forma más fiel posible, de conformidad con las pruebas legalmente recibidas. Tal finalidad, que ha sido bastante discutida³, aunque en principio y pese a las dificultades sigue siendo relevante (pues carecería de sentido un proceso que no procurase “descubrir” lo que ocurrió en la realidad), encuentra una visión mucho más amplia en el entorno del actual sistema, ya que en el artículo 7 del Código Procesal Penal costarricense (al igual que se establece en los demás Códigos de la región) se indica expresamente la trascendencia de la solución del conflicto como parte esencial de aquélla: “ Los tribunales deberán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, en procura de contribuir a restaurar la armonía

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

social entre las partes y, en especial, el restablecimiento de los derechos de la víctima. Para tales fines, siempre tomarán en cuenta el criterio de la víctima, en la forma y las condiciones que regula este Código” (Así modificado mediante Ley nº 8720 de 4 de marzo de 2009, publicada en el diario oficial La Gaceta nº 77 de 22 de abril del mismo año) .

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

Por eso debe insistirse en que la verdadera consolidación del sistema se viene a dar cuando todos los sujetos involucrados - incluso la sociedad en general – además de asumir la función que a ellos les compete, entiendan y se comprometan con los nuevos principios involucrados en el cambio. La aceptación y comprensión de una norma como la contenida en el citado numeral del CPP, tiene mucho que ver con la propuesta de una mejor administración de justicia en materia penal, pero también con una nueva perspectiva de ésta. Desde luego, no todos los profesores y tratadistas de estos temas están de acuerdo con los criterios de oportunidad o de discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal, o con los procedimientos abreviados, o con los trámites conciliatorios u otros mecanismos alternativos, y digo esto con el mayor de los respetos para quienes así piensan, en especial del distinguido profesor italiano, Dr. Luigi Ferrajoli , reconocido defensor del garantismo penal, quien en su magna obra “ Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal”, se pronuncia en contra de los institutos citados⁴.

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

B.- DERECHO Y CAMBIO SOCIO-JURÍDICO

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

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

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

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

C.- IMPORTANCIA E IMPACTO DE LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS

Aunque debemos reconocer las limitaciones que las soluciones alternativas encuentran en el marco de su implementación (gestión), no podemos negar que presentan un nuevo panorama en el juzgamiento de los individuos, con menores costos sociales y económicos, y mayores posibilidades para quienes desean reinsertarse efectivamente en la sociedad.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Sin embargo tenemos que reconocer que aún falta mucho camino para comprender el verdadero significado de una justicia restaurativa integral y el desarrollo pleno de los mecanismos alternativos, pues

si no tenemos confianza en tales institutos, por las razones que fueran, o se aplican deficientemente, no podrán obtenerse los resultados esperados. Así por ejemplo en algunos países, como ocurre en el caso de Costa Rica, los criterios de oportunidad han sido disminuidos drásticamente ante los reclamos de ciertos sectores que señalan que producen impunidad o que afectan el principio de igualdad. Del mismo modo se reclama que el procedimiento abreviado ofrece reducciones de la pena en casos controversiales, o que la suspensión condicional del procedimiento a prueba se decreta sin un verdadero control.

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

II.- MECANISMOS O PROCEDIMIENTOS ALTERNATIVOS EN GENERAL⁶

A. CONCEPTO

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

Es innegable que la práctica del sistema penal selecciona de distintos modos los casos por tratar así como su camino dentro del ámbito institucional. Y si la realidad selecciona los asuntos, no podemos cerrar nuestros ojos y pretender funcionar aislados del mundo que rodea al proceso. El numeral 7 de la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder estableció que: *“Se utilizarán cuando proceda, mecanismos oficiosos para la solución de las controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas*

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

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

a fin de facilitar la conciliación y la reparación en favor de las víctimas⁸. A su vez, Las reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio)⁹, disponen al respecto: “5.1. Cuando así proceda y sea compatible con el ordenamiento jurídico, la policía, la fiscalía u otros organismos que se ocupen de casos penales deberán estar facultados para retirar los cargos contra el delincuente si consideran que la protección de la sociedad, la prevención del delito o la promoción del respeto a la ley y los derechos de las víctimas no exigen llevar adelante el caso. A efectos de decidir si corresponde el retiro de los cargos o la institución de actuaciones, en cada ordenamiento jurídico se formulará una serie de criterios bien definidos. En casos de poca importancia el fiscal podrá imponer las medidas adecuadas no privativas de la libertad, según corresponda.”

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

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

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

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

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

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

por medio del derecho sancionatorio penal, y finalmente; 4) que incluso aquellos casos sometidos a la sede penal, deben encontrar en su seno soluciones suficientemente versátiles como para restablecer el diálogo entre el autor y la víctima, con miras a restaurar la armonía social que se interrumpió con el hecho punible. Debe entonces abandonarse la percepción de que los procesos alternativos que el Código Procesal Penal recoge, sean un sistema legalizado de impunidad. La realidad criminal y sus inabordables números están presentes y los mecanismos alternativos son un sistema más, como el propio proceso penal, para dar respuesta y corrección al delito y al delincuente. Lógicamente el recurso a estos instrumentos debe estar acompasado con la realidad de los hechos a los que se pretende aplicar, de suerte que el propio Código Procesal Penal requiere un contexto aplicativo que le resulte proporcionado, debiendo el proceso de capacitación hacer entender la lógica seguida para que todos los operadores jurídicos, no sólo recurran a estas instituciones, sino sepan adecuar cada una de ellas a la conveniencia que cada caso exige. Debe pues, no sólo representarse la oportunidad del sistema y los beneficios que aporta con relación al funcionamiento de la administración de justicia en los casos en los que más se justifica, sino considerar que el sistema de salidas o soluciones alternativas tiene un diseño en cascada, que va desde la renuncia a la acción penal, hasta la condena con conformidad entre las partes, pasando por otros estados intermedios como son el abandono de la acción penal en manos de la actuación privada, la conciliación y acuerdo con reparación de los intereses damnificados o la paralización condicionada del proceso en los casos en los que existe un pronóstico de no cumplimiento de la pena que pudiera llegar a recaer, todo ello sin olvidar que estos estadios intermedios permiten la reanudación de la prosecución en la eventualidad de un injusto incumplimiento del beneficiado y prestando, eso sí, una plena atención a la víctima, no sólo en cuanto a reconocerle las posibilidades de impugnación que la propia ley le brinda, sino desde el punto de vista actitudinal, forzándose el operador en que la víctima se vea reparada en sus perjuicios materiales y morales y, aún en los casos en los que esto no sea posible, comprometiéndose en que el damnificado pueda entender la posición adoptada por el Estado y la colectividad y las razones de sacrificio de su interés individual, única posibilidad de que estas pragmáticas instituciones en particular, y la administración de justicia en general, puedan ser percibidas como garantes y protectoras de los intereses de la propia ciudadanía.

B.- LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS EN PARTICULAR

Si resultase cierto – como muchas veces ocurre - que *“los procesos penales se desarrollan en un mundo real, en el cual se violan derechos humanos todos los días”*¹², ello significa que el sistema penal ha demostrado su inoperancia como instrumento para resolver los conflictos sociales. Al respecto se ha llegado a decir que: *“Las leyes y las estructuras, formuladas teóricamente para proteger al ciudadano, se vuelven a menudo en su contra, lo estrujan, y terminan empujándolo hacia el abismo de la prisión y sus secuelas desgarrantes, creando y reforzando las desigualdades sociales. La casi imposibilidad de que una pena legítima salga del sistema penal, considerando su modo de operar, su abstracción, su lógica formal, tan ajena a los problemas de la vida cotidiana, son elementos que fortalecen la idea de buscar, fuera de él soluciones viables, acordes con la realidad”*.¹³ Sin embargo, como ha dicho EMILIANO BORJA *“El Derecho penal, qué duda cabe, es Derecho. Y también participa en ese proceso de desarrollo del sistema de convivencia humana. La norma penal, como toda norma jurídica, coadyuva a la construcción de un mejor orden de coexistencia de los individuos en la sociedad, del estado de cosas que se ha definido como paz social. Y es que se ha dicho, y con razón, que toda norma jurídica vive con la pretensión de tener que regular la vida social mejor a través de su propia existencia que sin ésta”*¹⁴.

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

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

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

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

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

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

Ante esta realidad, lo más razonable es optar por el principio de reacción penal mínima y tratar de impulsar mecanismos que limiten la violencia generada por el propio sistema penal. De ahí que la reforma del Código Procesal Penal sienta la necesidad de establecer una gama de soluciones diferenciadas, que antes de ser criticadas deberían ser bienvenidas y analizadas con detalle, para evitar que en la práctica

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

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

17 Al respecto comenta en Argentina el Dr. Héctor Mario MAGARIÑOS: “(...) es un dato indiscutido que sólo una escasa porción de los delitos cometidos son denunciados, que de los denunciados sólo algunos pocos son investigados de modo eficiente, y que, de los así investigados, sólo algunos llegan a sentencia (conf., entre muchos otros MAIER: op. Cit., pp. 832 y ss.; del mismo autor, “Política criminal, derecho penal y derecho procesal penal”, en *Doctrina Penal*, 1978, pp. 301 y ss., en especial, pp. 321 y ss.; COSACOV, Gustavo: *El mito de la no impunidad*, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1988, *passim*; KAISER, Günther: *Introducción a la criminología*, Dykinson, Madrid, 1988, pp. 142 y ss.; también, y en especial, el mensaje del Poder Ejecutivo al Congreso de la Nación, de fecha 12/8/1992, en ocasión de la elevación del proyecto de ley sobre suspensión del proceso a prueba y de la reforma al Código Penal en lo atinente al régimen de condena condicional, de libertad condicional y de suspensión y extinción de las acciones penales, publicado en la Cámara de Diputados de la Nación, “Trámite Parlamentario”, período 1992, del jueves 13 de agosto de 1992, pp. 3327 y ss., en que se expone y comenta una profunda investigación realizada por la Dirección Nacional de Política Criminal” (Véase STIPPEL, Jörg y MARCHISIO, Adrián (coord). *Principio de Oportunidad y Salidas Alternativas al Juicio Oral en América Latina*, 1° ed., Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2002, p. 144).

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

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

se desvíen de sus objetivos, y se constituyan en mecanismos de extensión de las redes de control social ya existentes, más que verdaderas salidas alternativas. Podríamos afirmar entonces que estas medidas constituyen solamente el comienzo para realizar un ajuste en dirección hacia un “Derecho Penal mínimo”, para posteriormente complementarse – de ser posible – con la llamada decriminalización de ciertos hechos y la formulación de diferentes penas alternativas en el Código penal sustantivo²⁰.

1.- EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD REGLADO

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

Según se ha expuesto, uno de los problemas más acuciantes del sistema de justicia penal en la actualidad es la imposibilidad práctica de investigar y castigar todos los ilícitos que se cometen. Esto se traduce en un entramamiento del sistema de justicia, que favorece la impunidad de la criminalidad menos tradicional, en cuenta los llamados delitos de “cuello blanco”, ya que en lugar de destinar los recursos a la investigación y juzgamiento de *los delitos más graves o de mayor interés social como es la delincuencia organizada, el aparato judicial destina la mayor parte de sus recursos al tratamiento de los delitos menores o de poca trascendencia*. Ante esta realidad, se impone la necesidad de acelerar la administración de justicia penal, hacerla más eficiente y sencilla. Es así como el párrafo primero del artículo 22 del Código Procesal Penal costarricense establece el denominado principio de “obligatoriedad” (también llamado de “legalidad” o de “oficialidad”) de la acción penal pública de la siguiente forma: “*El ministerio público deberá ejercer la acción penal pública, en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la ley*”²². Sin embargo, el párrafo segundo del mismo artículo, lo complementa con el principio de “oportunidad” señalando los casos en que no obstante el representante del *ministerio público puede “...previa autorización del superior jerárquico, ... solicitar que se prescinda, total o parcialmente, de la persecución penal, que se limite a alguna o a varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho...”*.

20 Sobre la necesidad de penas alternativas complementarias véase HOUED VEGA, Mario Alberto. “Modificaciones al sistema punitivo costarricense: un nuevo modelo procesal penal y la aplicación de penas alternativas”. En: SÁNCHEZ ROMERO, Cecilia (comp.) *Sistemas penales y Derechos Humanos*, CONAMAJ, San José, Costa Rica, 1997, pp. 111-118; ISSA EL KHOURY JACOB, Henry. “Las penas alternativas”. En: SÁNCHEZ ROMERO, Cecilia (comp.) *Sistemas penales y Derechos Humanos*, CONAMAJ, San José, Costa Rica, 1997, pp. 119-125 e ISSA EL KHOURY JACOB, Henry. “Solución alternativa del conflictos penales. Una propuesta de marco teórico.” *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Noviembre, 1994, Año 6, N°9, p. 71. En la primera de esas obras se indica “Cabe advertir que de nada serviría contar con un proceso ágil y eficiente, si no se tiene la posibilidad de un adecuado catálogo de penas o sanciones, diferentes de la prisión, que permita el necesario desahogo del sistema punitivo. Es decir, si sólo pretendemos acelerar los procesos penales pero no buscamos soluciones sancionadoras distintas del tradicional encarcelamiento, más bien atiborraríamos con mayor rapidez las instituciones penitenciarias. De ahí que se haga indispensable, frente a un proceso penal ágil y moderno, un código penal diferente en el contenido de sus sanciones.” (HOUED VEGA, Mario Alberto. “Modificaciones al sistema punitivo costarricense: un nuevo modelo procesal penal y la aplicación de penas alternativas”, op. Cit. p. 115)

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

22 Este principio que establece el deber que tiene el Ministerio Público de perseguir y promover la investigación, se conoce en otros ámbitos como “legalidad procesal”. La denominación que le brinda el código es más acertada, porque, cuando la ley le permite al Ministerio Público prescindir de la acción penal, también está actuando en el ejercicio de una facultad legal expresa. Es claro que el C.P.P. no ha asumido ideas abolicionistas como en algún sector se ha señalado, porque no ha pretendido abolir el sistema penal, sino que, dentro de la corriente que impulsa la reparación como una “tercera vía”, ha optado por un principio de oportunidad reglado al permitírsele al Ministerio Público hacer cesar la investigación en supuestos taxativos. (Al respecto véase las opiniones de TIJERINO PACHECO, José María. “El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal”, En: GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel (comp.). *Reflexiones sobre el nuevo Proceso Penal*. 2da. Ed.. San José (Costa Rica): Fondo editorial del Colegio de Abogados y la Asociación de Ciencias Penales, 1997, p.88; también GÓNZALEZ ALVAREZ, Daniel. *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, julio, 1993, Año 5, N°7, p. 47. SCHÖNBOHM, Horst y LÖSING, Norbert, *Sistema Acusatorio, Proceso Penal, Juicio oral en América Latina y Alemania*, Fundación Konrad Adenauer, Caracas, 1995, p. 50. Con respecto al tema también véase RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. “Oportunidad y Consenso”. En: *La Justicia Penal negociada. Experiencias en derecho comparado*. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997, pp. 211 y ss.).

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

a. CONCEPTO Y CONTENIDO

Diferentes autores se han referido al principio de oportunidad de una manera similar. Así MAIER indica que: “La aplicación del principio de oportunidad torna más sencillas las cosas, menos arduas las soluciones dogmáticas y más real la solución: se trata de casos en los cuales, por las razones ya advertidas, se autoriza a los órganos de persecución penal, con o sin aquiescencia del tribunal competente, según los sistemas, a prescindir de la persecución penal o a concluir la ya iniciada.”²⁴ ROXIN establece al respecto que la antítesis teórica del principio de obligatoriedad es el que “... autoriza a la fiscalía a decidir entre la formulación de la acusación y el sobreseimiento del procedimiento, aun cuando las investigaciones conducen con probabilidad rayana en la certeza, al resultado de que el imputado ha cometido un hecho punible.”²⁵ Por su parte, GONZÁLEZ ÁLVAREZ define el principio en cuestión como aquél que “trata de establecer reglas claras para prescindir de la acusación penal, frente a casos en los cuales ordinariamente debía acusarse por un aparente hecho delictivo. Este sistema ha sido tradicionalmente seguido como regla en los países de tradición jurídica anglo-americana, pero también es adoptado, al menos como excepción al principio de obligatoriedad, en algunos países europeos, encabezados por Alemania. [...]El criterio de oportunidad puede y debe ligarse a una concepción utilitaria y realista sobre la legitimación y el fundamento, el fin y el límite de la aplicación de las penas. Constituye un intento de conducir la selección en forma racional, con criterios de política criminal más que arbitrarios, y sobre todo con la posibilidad de ejercer un control y exigir responsabilidad en quienes lo aplican”.²⁶

El principio de oportunidad no resulta compatible con teorías retributivas de la pena, como ha destacado la doctrina: “La aplicación del principio de oportunidad –es claro- se puede ligar, con facilidad, a teorías utilitarias sobre la legitimación o el fundamento, el fin y los límites de la pena estatal. Me refiero, por ejemplo, a la prevención general positiva, que procura legitimar la pena a través de la necesidad de recordar los

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

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

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

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

valores (bienes jurídicos) convencionalmente admitidos como base de la integración social, confirmando la vigencia de las normas que los establecen, fin que se alcanza por imposición de la consecuencia jurídica tan sólo a algunos hechos disvaliosos, sin necesidad de pretender que todos ellos sean alcanzados por la pena”²⁷ En este mismo sentido se ha mencionado: “En efecto, el principio deriva de teorías absolutistas de la pena, en las ideas de Kant y Hegel, en cuanto en forma imperativa y categórica todo hecho en apariencia delictivo debía traducirse, necesaria y obligatoriamente, en una acusación y en un proceso penal, lo que hoy no sólo es absurdo sino imposible [...]En primer término ningún sistema penal está capacitada para responder a todos los hechos delictivos que ocurren en su comunidad, ni la policía sería suficiente, ni los tribunales serían suficientes, ni la cárceles serían suficientes. Existe un margen muy amplio de hechos delictivos a los cuales el sistema no da ninguna respuesta. No sólo me refiero a las cifras negras de la criminalidad, es decir a aquella que nunca se denuncia, sino además a la que habiéndose denunciado el mismo sistema es incapaz de descubrir y tratar”²⁸

b. FUNDAMENTOS

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

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

28 GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel. “El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal”. *Revista de Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, julio, 1993, Año 5, N°7, p. 66. En el mismo sentido ROXIN apunta que el principio de legalidad “responde a la idea de la retribución, entonces completamente dominante, según la cual el Estado, para la realización de la justicia absoluta, tiene que castigar sin excepción toda violación de la ley penal. Con la sustitución de esta teoría absoluta de la pena por justificaciones preventivo-generales y especiales que vinculan el castigo a su necesidad social y a su conveniencia, el principio de legalidad ha perdido, en parte, su base teórica primitiva” (ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*, op. cit., p. 89). En contra de las teorías absolutas – o de retribución –, que posicionan a la justicia o la necesidad moral como fundamento de la pena, se ha argumentado que: a) carecen de un fundamento empírico y b) la supresión del mal causado por el delito es ficticio, ya que, al fin y al cabo al mal causado por el delito se suma el mal de la pena. A su favor se ha dicho que introducen un criterio de “proporcionalidad” con respecto al mal causado como limitador de la gravedad de la pena aplicable. (Cfr. al respecto BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal, Parte General*, 2° edición, Editorial Hammurabi SRL, Buenos Aires, Argentina, 1999, p. 32.)

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

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

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

Aún admitiendo la legalidad más estricta debemos reconocer que “estudios empíricos han demostrado que, aun afirmada la legalidad sin excepciones, resulta imposible perseguir todos los delitos que se cometen en el seno de una sociedad, resultado que obedece, por una parte, a defectos de información y, por la otra, a decisiones políticas más o menos generales de los órganos de persecución penal.”³² Frente a este hecho, y a la necesidad de no sobrecargar el sistema con casos que razonablemente son evitables, es racional institucionalizar y delimitar los criterios con los cuales se pueda declinar la persecución penal y concentrar la aplicación de esos criterios en funcionarios responsables.

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

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

c. CRÍTICAS

En contra del principio de oportunidad se ha argumentado la vigencia del principio de igualdad, pues – según se dice - debe ser la ley (el legislador) y no la decisión particular de los órganos estatales (funcionarios) quienes determinen cuándo una persona deba ser sometida a pena o no. Ante esta crítica señala MAIER que... “aunque tal razonamiento deba ser tenido en cuenta para no crear fueros personales o provocar desigualdades raciales, religiosas, sociales o económicas, cabe advertir que estos principios funcionan, básicamente, como garantía frente al poder penal del Estado, esto es, como seguridades para el habitante

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

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

de no ser afectado en sus libertades por ese poder, y aquello que se pretende con la aplicación del principio inverso, el de oportunidad, no es, precisamente, someter a un habitante al poder del Estado, sino, por el contrario, liberarlo de él y de ese riesgo, al evitar su persecución. No obstante, el fundamento aquí citado, aunque no logre cabalmente legitimar la persecución penal obligatoria del Estado, ha cumplido el papel de colocar el principio de legalidad en el lugar de una máxima fundamental del sistema, de modo que el de oportunidad funcione³⁴. En todo caso, la eventual deficiencia se supera en gran parte con la introducción de un principio de oportunidad “reglado”, de modo que las situaciones en que es posible prescindir de la persecución penal sean definidos por la ley, sin crear prerrogativas especiales para ciertos ciudadanos. El profesor TIJERINO comenta otra crítica que él mismo responde con acierto: “El ataque de mayor envergadura contra el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal proviene de quienes ven en él una manifestación de autoritarismo procedente del Poder Ejecutivo, lesiva del principio de división de poderes, y, en consecuencia, claramente antidemocrática [...] No obstante, bastará con dotar al Ministerio Público de la necesaria independencia (de cualquier centro de poder y no sólo del Poder Ejecutivo) para que desaparezca el fundamento de la objeción³⁵”.

d. ÁMBITO DE APLICACIÓN Y EFECTOS

El artículo 22 del CPPCR permite, previa autorización del superior jerárquico³⁶, prescindir de la acción penal pública, de manera total o parcial. Esto es, el código presenta cuatro opciones:

- a) Cuando se trate de un hecho insignificante o de bagatela, con mínima culpabilidad del autor o partícipe, salvo que existiese violencia sobre las personas, fuerza sobre las cosas, se afecte el interés público o el hecho haya sido cometido por un funcionario público.
- b) Cuando el imputado colabore eficazmente en la investigación de asuntos de delincuencia organizada, criminalidad violenta, delitos graves o de tramitación compleja. Esta opción, aún cuando ha recibido muchas críticas, le permite al Ministerio Público descartar a un determinado imputado y perseguir a otros. En derecho comparado este supuesto suele denominarse contradictoriamente como “testigo de la corona”³⁷.

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

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

³⁶ En resumen, el deber de motivar implica que la solicitud ha de ser congruente, expresa, clara, completa, concordante, no contradictoria y lógica. Para ser “completa” debe referirse a todos los extremos que fundamentan prescindir de la acción pública, estableciendo por qué de acuerdo a la normativa y el caso concreto resultan aplicables. Como ha dicho Tijerino: “Un principio procesal llevado a sus últimos extremos puede resultar más perjudicial que beneficioso” (TIJERINO PACHECO, José María. “El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal”, op. Cit., p. 91). En efecto, un uso indiscriminado de este tipo de medidas puede llevar a que se provoquen en el ciudadano sentimientos de injusticia y desigualdad, y la sociedad entera puede perder su confianza en la administración de justicia, con lo que el problema sería aún mayor del que se pretende evitar. De ahí la necesidad de fundamentar la aplicación del criterio, no bastará hacer referencia a criterios generales, frases rutinarias o conceptos doctrinarios, sino a la realidad del caso en cuestión. Esta motivación ha de ser llevada tan lejos cuanto fuere posible, para mejorar así la comunicación con los diferentes sujetos que intervienen en el proceso penal. Además, esta motivación es necesaria, pues al no conocerse completamente las razones del acto, su impugnación por parte de la víctima y el imputado se dificulta notablemente o se imposibilita y con ello se afectan derechos que consagra en el artículo 35 del Código.

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

- c) Cuando el imputado haya sufrido, como consecuencia del hecho, daños físicos o morales graves que tornen desproporcionada la aplicación de una pena. Es lo que suele conocerse como surgimiento de una “pena natural”.
- d) Cuando la pena o medida que puede imponerse a un imputado, tratándose de varios delitos o infracciones, hace que carezca de importancia la persecución del hecho del que se prescinde. Así, sería posible en el caso de un concurso material de delitos, en que participen varios imputados, prescindir de la acción penal con respecto a uno de ellos, y continuar la persecución de los demás con respecto solamente a determinados hechos, y, con respecto a los hechos investigados limitarse únicamente a una o algunas de las calificaciones jurídicas posibles. Claro está, siempre que nos encontremos ante alguna de las causales que establece el código para su procedencia.

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

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

2.- LA LLAMADA “JUSTICIA RESTAURATIVA”

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

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

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

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

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

y con ello profundizar su impotencia. Esa fue hasta hace no poco tiempo una “asignatura pendiente” del sistema penal.⁴¹

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

a.- CONCEPTO, ORIGEN Y CONTENIDO

Puede decirse que la justicia restaurativa (en adelante JR), también denominada justicia reparadora o restauradora, representa un nuevo concepto frente al tradicional de justicia retributiva o rehabilitadora, que viene de un movimiento de reforma de carácter internacional de la justicia punitiva, según la cual el delito es fundamentalmente un daño en contra de una persona concreta y de las relaciones interpersonales, por lo que la víctima debe jugar un papel preponderante en el proceso y puede beneficiarse de alguna forma de restitución o reparación a cargo del responsable o autor del hecho punible, a quien se prefiere llamar “ofensor” como alternativa al de “delincuente” para no continuar con su estigmatización. Aunque no se tienen muchos detalles, algunos señalan su origen en los Estados Unidos de Norteamérica, con el profesor Howard Zehr de la Universidad Menonita de Harrisonburg (Virginia, USA), que otros profesores norteamericanos y europeos (entre ellos Marshall Rosenberg, Van Ness y Strong) han seguido impulsando. Según se comenta en la doctrina⁴³, la justicia restaurativa implica un diálogo entre el autor y la víctima, usualmente a través de un mediador, aunque no necesariamente. Sus raíces, que según decíamos se remontan al derecho norteamericano, parecen surgir en el seno del derecho penal juvenil, donde se presenta como una opción distinta frente los modelos de la justicia retributiva y la justicia rehabilitadora.

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

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

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

Los primeros proyectos de esta clase se presentan en los EE.UU. y Canadá, y de allí se trasladan a Europa⁴⁴, y por esta vía a Latinoamérica. Una vez probada su eficacia en el derecho penal juvenil, no se tardó en trasladar el enfoque al derecho penal de adultos.⁴⁵

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

44 El Proyecto Alternativo alemán sobre reparación del daño (*Alternativ – Entwurf Wierdergutmachung*) elaborado por un grupo de profesores alemanes, austriacos y suizos en 1992, recoge todo este movimiento, en particular las ideas de CLAUS ROXIN sobre la reparación como “tercera vía” del Derecho Penal, según las cuales la reparación cumple con los requerimientos de la prevención general positiva y especial positiva. No es este el lugar para hacer un análisis detallado de todo este proceso y sus postulados, pero remito al lector a las siguientes fuentes: ROXIN, Claus. “La reparación en el sistema de los fines de la pena”. *Justicia penal y sociedad, Revista Guatemalteca de Ciencias Penales*, Año 1, Nº 1, octubre de 1991, pp. 5-22; HIRSCH, Hans Joachim. “La reparación del daño en el marco del Derecho Penal Material” *Justicia penal y sociedad, Revista Guatemalteca de Ciencias Penales*, Año 1, Nº 1, octubre de 1991, pp.23-45; CREUS, Carlos. *Reparación del daño producido por el delito*, 1º ed., Rubizal-Culzoni, Santa Fe, 1995, 224 p.; MAIER, Julio B.J., “El ingreso de la reparación del daño como tercera vía al Derecho penal Argentino”. En: MAIER, Julio B.J. y BINDER, Alberto (comps.), *El Derecho Penal de Hoy*, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 1995, p. 27 y ss.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. *Justicia Restaurativa*, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2004, 629 p.; OLSON, Cynthia. “Aplicando la mediación y los procesos de consenso en el marco de la justicia restaurativa”. En: CARRANZA, Elías (coord.). *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria*, ILANUD, Siglo Veintiuno Editores, 1º ed., San José, Costa Rica, 2001 pp. 214 y ss; SOLARI BRUMANA, Juan A., *Reparación del daño, el particular damnificado en el derecho penal*, Desalma, Buenos Aires, 1962; ZULITA FELLINI (directora), *Mediación Penal. Reparación como tercera vía en el sistema penal juvenil*, 1º ed., Depalma, Buenos Aires, 2002, 224 p.. ESER, Albin. “Una justicia penal “a la medida del ser humano”. *Revista de Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, Diciembre 1998, Año 10, Nº15, pp. 3-15; BOVINO, Alberto. “La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derecho”. *Revista de Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, Diciembre 1998, Año 10, Nº15, pp.28-34. También en línea: OCROSPOMA PELLA, Enrique. *La reparación penal*. [en línea] Setiembre 2002. Disponible en: http://www.derecho.com/boletin/articulos/articulo_0151.htm. [Consulta 18-11-2004]; DÖLLING, Dieter, *El desarrollo de las sanciones no privativas de libertad en el derecho alemán*. Traducción realizada por José Hurtado Pozo y Aldo Figueroa Navarro. [en línea]. Disponible en: http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/97_98/pdf/Penas_Alemania.pdf. [entre otros documentos sobre el tema.

45 La búsqueda de mecanismos de JR es una manifestación del cambio de nuestra sociedad en general, en las sociedades posmodernas se advierte la necesidad de un control, pero no de un control centralizado e imponente, sino descentralizado y participativo. Como destaca KEMELMAJER DE CARLUCCI, hay una estrecha vinculación entre los valores políticos dominantes en una sociedad y su modelo de justicia “la justicia rehabilitativa tuvo su lugar en el Estado de bienestar; la JR, en cambio, comienza en un Estado que va perdiendo poder”..(KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. *Justicia Restaurativa*, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2004, p. 182.). A su vez, cabe destacar que los modelos de justicia restaurativa tienen en gran parte fundamento en la filosofía de Jürgen HABERMAS, para quien la crisis de motivación y de legitimidad del mundo moderno deben ser resueltas a través de la reconstrucción del consenso. La autora nos señala como las propuestas de este tipo presentan las características del “Derecho Reflexivo” que propone HABERMAS, y por lo tanto encuentra sus raíces profundas en las ideas de este filósofo (*ibid.*, p. 181.)

46 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. *Justicia Restaurativa*, op. Cit., p. 109. Múltiples han sido las definiciones que la doctrina le ha dado al “justicia restaurativa” (término que es la traducción aproximada al español de la “Restoraritive Justicia” en inglés, y “Justice Restaurative” en francés, que han sido promovidas en el seno del Congreso Internacional de Criminología de Budapest de 1993 y han ganado fuerza a través de múltiples conferencias internacionales. Sin embargo, cabe advertir al lector que ese término en español no conserva enteramente su significado ya que “restauración” en español, es un término que se vincula con actividades más materiales). He aquí algunas definiciones: BAZEMORE y WALGRAVE: “toda acción orientada primariamente a hacer justicia reparando el daño causado por el delito” y “puesta cara a cara de la víctima y de la comunidad afectada por un ilícito con los ofensores, en un proceso informal, no adversarial y voluntario, que se desarrolla en situaciones de seguridad y que normalmente provee el mejor modo de determinar las obligaciones restaurativas”; BRUCE ARCHIBALD: “modo de resolución de cuestiones de naturaleza penal, de carácter no punitivo, reparativo y deliberativo a través de un proceso que comprende a la víctima, el ofensor y representante de la comunidad.” y “restauración de los vínculos sociales, sobre la base de la equidad y de la dignidad humana, en el contexto de la resolución del diferendo suscitado por el hecho ilícito

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

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

- “- La reapropiación del proceso por parte de sus dos actores principales: la víctima y el autor del delito. Este punto inicial supone la revaloración de la víctima dentro del proceso; es ella quien decide la modalidad a través de la cual se considera adecuadamente resarcida en sentido moral y material.
- Un nuevo concepto de responsabilidad por parte del autor del delito, que opera directamente con la parte ofendida, y para el que las consecuencias del delito son más importantes que la definición del tipo.
- La inserción de nuevos profesionales que permiten que, en algunos casos, la administración de la justicia tradicional quede marginada, al menos temporalmente.
- La recuperación de la administración de la justicia por parte de la comunidad, que provee de los recursos e impone condiciones, porque ha sido ella quien ha sido golpeada por el delito. Aclara que este último punto, que es el que interesa en esta parte de mi exposición, requiere de algunas precisiones, desde que es razonable que el Estado custodie con ojo celoso su monopolio sobre la justicia penal represiva”⁴⁷

La referida profesora Kemelmajer de Carlucci afirma que *“...en síntesis, la JR pretende ser una tercera vía (third way) que acumule los beneficios de las anteriores: la primera fue la tendencia rehabilitativa que, concentrada en el ofensor, atiende especialmente a su tratamiento, supervisión, control, etcétera; la segunda fue la visión retributiva, que centraliza la cuestión en el ofensor, la pena y las garantías*

mediante un proceso deliberativo que comprende al ofensor, la víctima y las comunidades pertinentes”; CERETTI: “justicia que comprende la víctima y el imputado y la comunidad en la búsqueda de soluciones a las consecuencias del conflicto generado por el hecho delictuoso con el fin de promover la reparación del daño, la reconciliación entre las partes y el fortalecimiento del sentido de seguridad colectivo”; la Propuesta Preliminar de los Principios Básicos del uso de programas de justicia reparadora en asuntos criminales aprobada en el año 2000 por el CONGRESO DE LAS NACIONES UNIDAS: “un proceso en el cual la víctima, el ofensor y/o cualquier otro miembro individual o colectivo afectado por el delito participan conjunta y activamente en la resolución de las cuestiones vinculadas al delito, generalmente con la ayuda de un tercero justo e imparcial”; FORO EUROPEO DE PARA LA “VICTIM-OFFENDER MEDIATION” Y LA “RESTORATIVE JUSTICE”: “proceso para responder al delito, basa en la reparación, tan amplia como sea posible, del daño causado por el delito a la víctima, haciendo al ofensor responsable, y facilitando la comunicación entre ellos, sujeta al consentimiento de ambos”; TONY MARSHALL: “proceso en el que todas las partes implicadas en un determinado delito, resuelven colectivamente cómo manejar las consecuencias del delito y sus implicaciones para el futuro”; MARTIN WRIGHT: “proceso por el que todas las partes afectadas por una infracción específica se reúnen para resolver colectivamente cómo reaccionar ante la infracción y sus implicaciones para el futuro. Sus elementos esenciales son: (I) participación comunitaria o pública; (II) participación de las partes; (III) colaboración entre las agencias, y (IV) orientación hacia la resolución de problemas” Todas estas definiciones fueron citadas por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Justicia Restaurativa, op. Cit., pp. 110-114.

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

*constitucionales. La tercera pone la atención en el daño sufrido por la víctima y por la sociedad, y el modo de repararlo, pero sin olvidar los postulados positivos de las dos primeras.*⁴⁸

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

b.-CONVERSIÓN DE LA ACCIÓN PÚBLICA EN ACCIÓN PRIVADA

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

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

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

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

- a.- La solicitud expresa de la víctima, entendiendo por tal los casos que señala el artículo 70 *ibid.* Si existen varias víctimas es necesario el consentimiento de todas ellas. En efecto, el Ministerio Público carece de la facultad de decretar de oficio la conversión de la acción.
- b.- Que no exista un interés público gravemente comprometido. La regulación del artículo 20 concuerda con lo establecido por el 22 inciso a) por lo que, para que el interés público se constituya en un obstáculo procesal y se deniegue la procedencia de la medida, se requiere que la afectación revista

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

cierta “gravedad”.⁴⁹ Nótese que por “grave” se entiende “*grande, de mucha entidad o importancia*”⁵⁰, por lo que ha de justificarse muy bien la existencia de dicha causal para la negativa.

- c.- Que la petición se formule en tiempo, por lo que ha de plantearse antes de la formulación de la acusación, o bien de cualquier otro requerimiento conclusivo de la etapa preparatoria (art. 22 último párrafo).
- d.- Que se esté ante uno de los supuestos de procedencia que señala el artículo 20 ibid: 1) cuando se trate de un hecho que requiera instancia privada ; 2) cuando se presenta un hecho punible contra la propiedad realizado sin grave violencia contra las personas. Aunque dicho criterio es evidentemente indeterminado, cada caso debe resolverse en forma particular tomando en cuenta lo dicho en líneas anteriores – por ejemplo que la gravedad implica una entidad de importancia y consideración –; por lo tanto, podrían entenderse comprendidos incluso los casos en que medie una violencia leve sobre las personas, como son aquellos que se conocen en doctrina como “arrebato”. Sin embargo, no puede hablarse de que concurra este requisito cuando se han causado lesiones a la víctima, o ha mediado violencia moral de consideración, como sería el empleo de un arma blanca o de fuego, atendiendo a la gravedad de la amenaza en el caso concreto. Por último, podría tratarse de un caso en que el Ministerio Público haya dispuesto la aplicación de un criterio de oportunidad.

3.- EL FENÓMENO DE “DESJUDIALIZACIÓN”

No parece adecuado afrontar aquí un análisis a profundidad acerca de los distintos institutos incorporados en el Código Procesal Penal vigente. Sin embargo, vamos a abordar los elementos esenciales de cada uno de ellos para dejar a futuros trabajos los efectos que han podido obtenerse con las experiencias que pudieran analizarse al respecto. Vamos a comenzar por un análisis general acerca del fenómeno conocido como “desjudicialización”, para luego entrar a conocer de los tres principales mecanismos que incorpora la reforma, esto es: a) La conciliación (art 36 C.P.P.), b) La suspensión condicional del procedimiento a prueba (art.25 y ss.) y, finalmente c) El procedimiento abreviado (arts. 373 y ss.).

a.-CONCEPTO Y CONTENIDO

El hombre de hoy enfrenta ciertamente una paradoja, el juez y el Ministerio Público, ven ampliados su campo de acción, mientras que las nuevas tendencias buscan la desjudicialización de ciertos conflictos,

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

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

porque se parte del presupuesto de que el ingreso al sistema de control social supone un impacto negativo para la persona.⁵¹

Así, se afirma que el aparato judicial implica “riesgos” que no se pueden evitar, y que, por lo tanto, es mejor evitar el ingreso de una persona al sistema que esperar al momento “definitivo” o de la sentencia. La “desjudicialización” llamada en inglés “*diversion*”⁵², según nos narra KEMELMAJER fue utilizada por primera vez en un informe norteamericano de 1967 y se consagró a consecuencia del tratamiento empleado por Lemert en su ensayo “*Instead of Court. Diversion in juvenile justice*” (1971)⁵³. Según PATANÉ la *diversion* implica la “no continuación de la acción penal, o su suspensión anterior al debate, con la eventual posibilidad de sustituir la sanción penal con formas de tratamiento sociorehabilitativas y comunitarias con el resultado de determinar una desviación del proceso hacia un epílogo no judicial, o de algún modo extraño a lógica del juicio y a la sentencia de mérito”⁵⁴. No obstante, el XIII Congreso Internacional de Derecho Penal (El Cairo, 1984), definió el término en un sentido amplio como “*todo desvío o desviación de la secuencia de los actos normales del proceso penal antes del pronunciamiento sobre la imputación*”⁵⁵. En este sentido amplio es equivalente a “diversificación” o “desjudicialización” que tiene dos caras: a) es un proceso que minimiza la entrada del ofensor al sistema de justicia penal, porque se supone que éste implica en sí mismo un riesgo según los postulados de la teoría del “etiquetamiento” y, b) es a la vez una alternativa para quien entra al sistema, de manera tal que el ofensor que ingrese al sistema tenga la opción de ser trasladado a uno alternativo, aminorando así el factor “criminógeno” implícito en el sistema. A su vez, la doctrina apunta lo siguiente: “*La desjudicialización requiere dar respuesta, entre otras, a dos cuestiones fundamentales: (I) Momento y autoridad a la que se le faculta para poner fin a la intervención penal, y (II) Supuestos reglados en los que puede ser utilizado este recurso.*”⁵⁶ En síntesis, supone la incorporación al sistema penal de soluciones variadas adaptables a las particularidades de cada conflicto penal. Su objetivo es eliminar, en la medida de lo posible, el “etiquetamiento” del ofensor y coadyuvar con una mejor administración de justicia, lo que supone un compromiso serio entre la sociedad y Estado para evitar que los mecanismos “alternativos” se conviertan ya sea en sistemas de “impunidad” o, por el otro lado, una extensión de las “redes de control social” ya existentes. Por ello, los sistemas de control administrativo implican un componente esencial de cualquier sistema de desjudicialización del conflicto penal.

Antes de entrar en el estudio de cada uno de los mecanismos con los que la reforma impulsa la “desjudicialización” dentro del sistema penal, debemos aclarar que aunque tienen elementos comunes, no debe confundirse desjudicialización con “justicia restaurativa”, analizada *supra*. La justicia restaurativa pretende un diálogo entre autor y víctima, con el objeto de potenciar soluciones compartidas, y así reparar el tejido social lesionado, el daño producido y la auto-imagen del ofensor. No todas las salidas propuestas

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

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

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

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

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

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

por los movimientos de “desjudicialización” participan de esas características. A su vez, y esto es muy importante, desjudicialización no es propiamente despenalización o eliminación de la juridicidad, pues toda medida “alterna” al sistema de enjuiciamiento tradicional ha de tener en cuenta los derechos fundamentales implícitos en cualquier proceso, ya que de no ser así se podría llegar a extremos indeseables y contrarios a los más elementales principios de la reforma.

b.-CONCILIACIÓN Y MEDIACIÓN

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

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

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

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

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

57 NEUMAN citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI (Aída), *Justicia Restaurativa*, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2004, p. 16.

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

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

Entre las novedades⁶⁰ que incorpora la reforma se encuentran los supuestos del artículo 36 del CPPCR que permiten conciliar los cargos en cualquier momento de previo a que se ordene la apertura a juicio en las faltas o contravenciones, en delitos de acción privada, en delitos de acción pública a instancia privada, o en delitos sancionados con penas no privativas de libertad, siempre que concurren los demás requisitos exigidos por la ley, lo que podría permitir que se realice en un homicidio culposo o bien en todas aquellas situaciones que permitan aplicar el perdón condicional de la pena⁶¹.

Es importante distinguir entre “conciliación” como acto procesal, (el acto en que dos o más partes se ponen de acuerdo acerca de la solución de un conflicto, mediante soluciones mutuamente satisfactorias) a que hace referencia el art. 36 C.P.P.; y “conciliación” como el resultado de un acuerdo negociado entre las partes, el cual, una vez examinado y aprobado por el juez, tendrá fuerza ejecutoria. “Conciliar” del latín “conciliare” significa ajustar los ánimos de quienes estaban opuestos entre sí⁶². ORTEGA PINTO se refiere a la técnica de conciliación como “*un mecanismo con un rol que va más allá de la Observación y/o Verificación y que muchas veces es lo que facilita y promueve la búsqueda y encuentro de una solución alternativa del conflicto. Un conciliador busca, principalmente, cambiar la imagen que las partes se tienen una de la otra y poner sobre la mesa la posibilidad de salidas no violentas. La conciliación es un proceso en el cual una Tercera Parte (muy difícil que el conciliador se implemente por una de las partes) facilita la comunicación entre dos o más partes y con la atribución y capacidad potencial de orientar las discusiones facilitando la obtención de acuerdos diseñados y decididos exclusivamente por los Actores primarios. Para este mecanismo, es indispensable que el Conciliador participe a solicitud de las partes.*”⁶³. El art. 36 contempla

60 Es claro que la conciliación no es un descubrimiento nuevo en el mundo del derecho, aunque hasta el momento no se le aplicado con la intensidad que podría serlo a lo interno del sistema penal. Sobre el punto comenta Alfonso E. Chaves Ramírez: “Desde 1874, una carta de Voltaire, se lee: La mejor ley, el más excelente uso, el más útil que yo haya visto jamás está en Holanda. Si dos hombres quieren pleitear el uno contra el otro son obligados a ir ante el Tribunal de los Jueces conciliadores, llamados hacedores de paz. Si la partes llegan con su abogado y un procurador, se hace de pronto retirar a estos últimos, como se aparta la leña de un fuego que se quiere extinguir. Los pacificadores dicen a las partes: sois unos locos por querer gastar vuestro dinero en haceros mutuamente infelices; nosotros vamos arreglarlos sin que os cueste nada. Si el furor por pleitear es sobrado fuerte en esos litigantes, se aplaza para otro día, a fin de que el tiempo suavice los síntomas de la enfermedad; enseñada los jueces les envían a buscar una segunda, una tercera vez; si la locura es incurable, se les permite litigar, como se abandona a la amputación miembros gangrenados; entonces la justicia hace su obra[...]. También es menester hacer referencia a la conciliación en algunas comunidades indígenas, en las que las personas que actúan como intermediarias son escogidas por sus méritos y por las labores comunitarias que han desarrollado. Funcionan como jueces y los conflictos se abordan en una sesión en la que se discuten y la autoridad va orientando esa discusión, hasta lograr los acuerdos correspondientes.”(CHAVES RAMÍREZ, Alfonso E. “La conciliación” En: GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel (Compilador). Reflexiones sobre el nuevo Proceso Penal. 2da. Ed.. San José (Costa Rica): Fondo editorial del Colegio de Abogados y la Asociación de Ciencias Penales, 1997, p. 171.

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

62 En este sentido la definición de la REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española, T. I, p. 531. CABANELLAS define conciliación como “Avenencia de las partes en un acto judicial, previo a la iniciación de un pleito. El acto de conciliación, que también se denomina juicio de conciliación (v.), procura la transigencia de las partes, con el objeto de evitar el pleito que una de ellas quiere entablar” (CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental, op. Cit. p. 81); CAPITAN apunta: “Latín conciliatio, derivado de conciliare, literalmente “congregar”, de donde “conciliar” [...] Acuerdo entre dos personas que se hallan en pleito, obtenido por intermedio de un juez.” (CAPITANT, Henry. Vocabulario Jurídico, traducción castellana de Aquiles Horacio Guaglianone, Depalma, Buenos Aires, 1973, p. 136); por otro lado COUTURE nos brinda la siguiente definición: “Acuerdo o avenencia de partes que, mediante renuncia, allanamiento o transacción hace innecesario el litigio pendiente o evita el litigio eventual [...] Del verbo conciliar, y éste del latín concilio, -are, derivado de concilium , -ii “asamblea, reunión” (de con- y calo, -are “convocar”) El concilium romano significaba una asamblea en general, y en particular una asamblea de la plebe. Como era en estas asambleas donde se reunía la gente para cerrar negocios, resolver diferendos, etc., el verbo conciliare que originalmente significaba “asistir al concilio”, tomó las diversas acepciones correspondientes a estas actividades. El derivado popular de concilium es concejo.”(COUTURE, Eduardo J., Vocabulario Jurídico, edición al cuidado de Jorge Peirano Facio y José Sánchez Fontáns, Depalma, Buenos Aires, 1976, p. 159).

63 ORTEGA PINTO, Herbert David, “La teoría del conflicto y la resolución de conflictos”. En: COSTA RICA. ESCUELA JUDICIAL. UNIDAD DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS, Conciliación Judicial, antología de la Unidad de Resolución

la posibilidad de que el tribunal solicite el asesoramiento de “mediadores” o conciliadores para facilitar un acuerdo. Como dice el mismo ORTEGA PINTO “*el mediador facilita las cosas para que los que asisten a la audiencia puedan hablar francamente de sus intereses, dejando de lado sus posiciones adversas. Mediante las preguntas apropiadas y las técnicas adecuadas, se puede llevar a las partes hacia los puntos de coincidencia y, si ellas no llegan a un acuerdo, el mediador no puede tomar ninguna decisión...*”⁶⁴ A diferencia del proceso contradictorio, la mediación tiene una estructura dialogal con mínimas formalidades, que ofrece un alto grado de participación al imputado y a la víctima⁶⁵. Garantía de que esa participación será espontánea y regida por la buena fe, es que, en caso de no llegarse a un acuerdo, los mediadores o conciliadores deben guardar secreto de lo dicho en estas deliberaciones y sus manifestaciones carecen de todo valor probatorio.

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

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

El cumplimiento de lo pactado extingue la acción penal, pero en caso contrario(es decir si el imputado incumple **sin justa causa** con lo acordado) el procedimiento continúa como si nunca se hubiera conciliado. Aunque en la ley no se dice nada sobre “justa causa”, pareciera que si el imputado tiene un impedimento

Alternativa de Conflictos del Poder Judicial de Costa Rica, San José, Costa Rica, 1999, p. 101. Sobre el tema de la conciliación véase además: FISCHER, Roger y URY, William. Sí ¡de acuerdo! Como negociar sin ceder, traducción de Eloisa Vasco Montoya, Editorial Norma, Colombia, 1985, 182 p. BENAVIDES SANTOS, Diego et. al., Ensayos de conciliación, CONAMAJ, San José, Costa Rica, 2003, 189 p. ; WILDE, Zulema D. y GAIBROIS, Luis M., Qué es la mediación, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1994, 117 p.; ARMIJO SANCHO, Gilbert, LLOBET RODRÍGUEZ, Javier y RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos, Nuevo proceso penal y constitución, 1° edición, IJSA, San José, Costa Rica, 1998, pp. 187-222.; COSTA RICA, PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Seminario sobre la participación de la Procuraduría General de la República en la Resolución Alternativa de Conflictos, Imprenta Nacional, San José, Costa Rica, 2000, 188 p.; ZULITA FELLINI (directora), Mediación Penal. Reparación como tercera vía en el sistema penal juvenil, op. Cit., p. 128.; GONZALEZ ALVAREZ, Daniel. “La conciliación penal en Iberoamérica”. Revista de Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Noviembre, 2000, Año 12, N°18., pp. 115-140; CORTÉS COTO, Ronald. “Algunos apuntes sobre la legitimación para conciliar en el nuevo código procesal penal. Revista de Ciencias Penales, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, mayo, 1999, Año 11, N°16, pp. 93-101, entre tantos otros.

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

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

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

válido que motive su incumplimiento, debe interpretarse que en tal caso, el juez, previa audiencia a las partes, puede ampliar el plazo para cumplir con lo acordado. Esta es la forma que es compatible con el principio de solución del conflicto que informa el proceso penal en la reforma.

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

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

c.- LA SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCEDIMIENTO A PRUEBA

Uno de los mecanismos que tiende a reparar el tejido social dañado por el delito y a devolver a la víctima el papel protagónico que hasta ahora se le había quitado, es precisamente la suspensión condicional del procedimiento a prueba.⁶⁹ En este sentido, el citado instituto constituye una de las transformaciones introducidas por las modernas tendencias que intentan paliar la crisis que enfrenta la justicia penal. Se ha afirmado con acierto que: *"la suspensión del proceso a prueba tiene su base, entre otros aspectos, en los principios de proporcionalidad y de racionalidad de la reacción estatal, al estimarse indispensable realizar algún tipo de selección y no aplicar la sanción penal frente a una persona que ha cometido un hecho delictivo de poca relevancia, y que hasta ese momento no había delinquido antes, siempre que se pueda*

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

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

69 También conocida en otros ordenamientos como "suspensión del proceso a prueba". Decía en argentina el diputado Hernández al someter a sus pares el proyecto que finalmente introdujo este instituto en la nación sudamericana (Ley 24.316): "No se trata de dejar sin respuesta al delito, como decía Jescheck, sino que se pretende evitar el mal en la aplicación o reducirlo lo más posible... Se trata de una innovación importante, como parte de un concepto de resocialización que no requiere ni la condena ni la declaración de culpabilidad por parte del imputado"(Cámara de Diputados de la Nación. *Diario de Sesiones*, 6ª reunión, 2/6/1993, pp. 1286 y ss.) (Véase STIPPEL, Jörg y MARCHISIO, Adrián (coord.). *Principio de Oportunidad y Salidas Alternativas al Juicio Oral en América Latina*, *op. Cit.*, p. 144). En este sentido coincidimos con HASSEMER en la conveniencia de aplicar "tanta legalidad como sea posible y tanta oportunidad como sea... necesaria" (Citado por BOVINO, Alberto. *La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal Argentino*, *op. Cit.* p. 223.

*sustentar de alguna manera la probabilidad de que se comportará correctamente al dársele una segunda oportunidad sin enviarlo a la cárcel.*⁷⁰

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

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

Es innegable que la exigencia del plan de reparación del daño causado por el delito mediante acuerdo firmado con la víctima o bien, garantía suficiente de la obligación, que incorpora como requisito el art. 40 párrafo 2º C.P.P. tiene una fuerte influencia de modernas tendencias político criminales que impulsan el concepto de la justicia restaurativa y la reivindicación de los intereses de la víctima dentro del sistema penal⁷⁴. En Argentina,

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

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

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

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

74 *“Según ROXIN, en la prevención general positiva se pueden distinguir tres fines y efectos distintos, si bien imbricados entre sí: el efecto de aprendizaje, motivado social pedagógicamente; el ejercicio en la confianza del Derecho que se origina en la población por la actividad de la justicia penal y, finalmente, el efecto de satisfacción, que aparece cuando el delincuente ha hecho tanto que la conciencia jurídica se apacigua (por eso, también este efecto lo denomina, indistintamente, como de “pacificación”) acerca de la infracción al Derecho y da por finalizado el conflicto con el autor.[...] Sobre la base de este último efecto (de “satisfacción” o de “pacificación”). ROXIN construye el significado preventivo general de la reparación. Al respecto afirma (...) la reparación del daño es muy útil para la prevención integradora (...), al ofrecer una contribución considerable a la restauración de la paz jurídica. Pues sólo cuando se haya reparado el daño, la víctima y la comunidad considerarán eliminada –a menudo incluso independientemente de un castigo- la perturbación social originada por el delito”.*(CESANO, José Daniel.

cuyo art. 76 bis dispone también la obligación de reparar el daño causado, la doctrina procesal señala que: “Hay consenso en la doctrina respecto a que, esta exigencia, se vincula con los nuevos fines que, en los más modernos desarrollos político criminales, se le otorga a la reparación. Como lo reconoce Luis M. García: “(...) esta norma es novedosa, al hacer depender la prosecución del juicio, entre otros extremos, de la falta de una satisfacción o reparación razonable a quien aparecía como afectado por el hecho delictivo. Si hay tal satisfacción (rectius, como veremos enseguida si hay un ofrecimiento de reparación) el Estado se muestra inclinado a prescindir del juicio penal, y como consecuencia de ello, de una sentencia de condena, en la medida en que ello satisfaga aún la conciencia de efectividad o vigencia del orden jurídico. Aquí se hacen evidentes de modo práctico las relaciones entre el principio de subsidiariedad, la reparación y la idea de prevención general positiva”⁷⁵

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

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

-
- 75 “Reparación y Resolución del Conflicto Penal: su tratamiento en el código penal argentino”. En: *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales*, Carlos Julio Lascano, director Editorial, Marcos Lerner Editora Córdoba, La Lectura libros jurídicos, Córdoba, Argentina, 2001 pp. 504-505. Cfr. también ROXIN, Claus. “La reparación en el sistema de los fines de la pena”. En: AAVV, *De los delitos y de las víctimas*, Julio B.J. Maier Compilador, Ad Hoc, 1° edición, 1992, Buenos Aires, Argentina, pp. 129-156). Es interesante anotar aquí que el Código Penal (federal) de Canadá ya incluye a la reparación como uno de los fines de la pena (Cfr. Art. 718 citado por CESANO, José Daniel. “Reparación y Resolución del Conflicto Penal: su tratamiento en el código penal argentino”, op. Cit., p. 505.) Sobre la influencia de esta corriente en el Código Procesal Penal se ha pronunciado también LLOBET (Cfr. LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. *Proceso Penal Comentado*, 2° edición, Editorial Jurídica Continental, 2003, p.53). Véase además ARMIJO SANCHO, Gilbert. LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, y RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos. *Nuevo proceso penal y constitución*, 1° edición, IJSA, San José, Costa Rica, 1998, pp. 194-196, y PORRAS VILLATA, Mario Alberto y otros. *La aplicación de la suspensión del proceso a prueba en Costa Rica (de la teoría a la praxis)*, op. cit., pp. 53-55.
- 76 CESANO (José Daniel), *Reparación y Resolución del Conflicto Penal: su tratamiento en el código penal argentino*, op. Cit., pp. 523-524.
- 77 Incorporado por la ley nacional N°24.316 en el año de 1994, a través de la reforma del Código Penal, que agregó a su Título XII, los arts. 76 bis, 76 ter y 76 quater.
- 78 Art. 89, Ley N° 9.099 del 26-9-1995. Cfr. Al respecto BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “La transacción penal brasileña y el derecho norteamericano”. *Revista de Ciencias Penales. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, Marzo, 2000, Año 12, N°17, pp. 49-53.
- 79 Incorporado en el nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 1970 del 25 de marzo de 1999), artículos 21-27.
- 80 Artículos 237 y ss. del Código Procesal Penal.
- 81 Artículo 22 del Código Procesal Penal.
- 82 Artículo 27 del Código Procesal Penal.
- 83 Cfr. artículos 21, 22, 23, 25, 68, 301, 308, 309, 314, 351, 352, 353, 354, 356 y 358 del Código Procesal Penal de ese país.
- 84 Artículos 37 al 42 del Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela que entró en vigencia el 1 de julio de 1999.
- 85 En español existe poca información sobre los institutos anglosajones de la “probation” y la “diversión” en el sentido estricto del término. Básicamente se puede señalar que la primera es una suspensión condicional de la sentencia y la segunda es una suspensión de la persecución. En esta materia se seguirá lo indicado por MARINO, op. Cit., y por MAIER, *Derecho...*, op. Cit., Además puede consultarse la obra de: DE OLAZABAL (Julio), *Suspensión del proceso a prueba*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea, s.f.e., pp. 18 y 19. Cabe advertir que algún sector doctrinal identifica la suspensión del proceso a prueba con la “probation”. Sin embargo, es criterio mayoritariamente aceptado que deriva de la diversion. “La diversion o suspensión de la persecución penal es un instrumento de derivación de causas penales por otros conductos formales de control. Esta facultad está a cargo de los fiscales que la disponen por aplicación de criterios de oportunidad. La diversion consiste en la desestimación de los cargos, por parte del Fiscal, bajo la condición de que el imputado preste su consentimiento para someterse, por un período de tiempo determinado, a un programa de rehabilitación sin encarcelamiento, y de que cumpla con las obligaciones que al respecto se le impartan. Si la prueba es satisfactoria, se renuncia definitivamente a la persecución penal respectiva, sin ninguna consecuencia penal. Si, por el contrario, la persona sometida a diversion incumple alguna de las observaciones, se retoma la persecución penal contra él.”(Cfr. MARINO, op. Cit., p. 36.) Nótese que la diferencia entre los dos institutos de comentario es sustancial. Mientras la “diversión” se produce con anterioridad al juicio, la “probation” exige que este se haya producido y que sólo esté pendiente el dictado de sentencia. Así, el incumplimiento de las condiciones de la prueba acarrea efectos distintos según se esté en uno o en otro régimen condicional. Si se falla la prueba de la diversion, el resultado es que se retoma la persecución penal y se inicia el juicio para determinar la culpabilidad del imputado. En cambio, la revocación de la probation conlleva el dictado - que se encontraba suspendido - de la sentencia.

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

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

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

El artículo 40 del actual Código Procesal Penal regula la procedencia de la suspensión condicional del proceso, la que relaciona con el instituto de la suspensión condicional de la pena, de la que se diferencia precisamente por no llegar hasta la sentencia condenatoria, permitiendo hacer al principio lo que al final está también autorizado. Según lo dispuesto en aquel artículo en los casos en que proceda la suspensión condicional de la pena⁸⁷, el imputado puede solicitar la suspensión condicional del procedimiento, para lo cual debe presentar: a) un plan de reparación del daño causado por el delito, que debe estar firmado en conjunto con la víctima, o bien una garantía suficiente para cumplir con ese plan de reparación y b) una manifestación de conformidad con la suspensión, lo que implica admitir los hechos que se le atribuyen (aunque no se diga, sería oportuno que conjuntamente con la solicitud se presente el detalle de las condiciones que estaría dispuesto a cumplir el imputado, dada la naturaleza voluntaria del instituto). Ese plan podría consistir en la conciliación con la víctima, la reparación natural del daño inflingido o una reparación simbólica, inmediata o por cumplir a plazos.

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

La solicitud de suspensión condicional del proceso puede ser verbal o escrita, debe contener la admisión de los hechos, un plan de reparación y, en el mejor de los casos, un detalle de las condiciones que se está dispuesto a cumplir. Es posible plantear el tema hasta antes de que se ordene la apertura a juicio, sin embargo, el imputado no es exclusivo titular del derecho a solicitar la suspensión condicional

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

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

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

del proceso como ocurre en otras legislaciones del continente⁸⁸. Por ejemplo, el artículo 293 inc. 3) C.P.P. le otorga al fiscal la posibilidad de solicitar la suspensión cuando concluye su investigación y así lo considere procedente.

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

La presentación de la solicitud de suspensión condicional del proceso provocará las siguientes actividades: a) control judicial por parte del tribunal de la etapa intermedia (319. párrafo 3 CPP) de la razonabilidad y legalidad del ofrecimiento⁹⁰; b) señalamiento de una audiencia oral para escuchar al fiscal, la víctima de domicilio conocido y al propio imputado, o bien el dictado de una resolución que difiere el asunto para la audiencia preliminar⁹¹; c) decisión de la víctima sobre la aceptación o rechazo de la reparación ofrecida⁹²; d) toma de posición del fiscal sobre la procedencia de la medida⁹³; e) verificados todos los requisitos, el dictado de la resolución que ordena la suspensión condicional del proceso⁹⁴, en que se fijarán las condiciones conforme a las cuales se suspende el proceso, las cuales no pueden tener un plazo menor de un año ni superior de tres⁹⁵; si no es así debe rechazar la solicitud. Esto lo hace, conjuntamente con la aprobación o modificación del plan de reparación (el juez deberá enviar copia de la resolución a la Oficina Especializada que servirá para abrir el expediente administrativo correspondiente)⁹⁶; f) lo resuelto no tiene apelación, salvo que el imputado considere que las reglas son inconstitucionales o excesivas, o bien que el juez se haya excedido en sus facultades.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

97 La normativa no requiere que está admisión sea detallada, ni obliga a cumplir con formalidades especiales, por lo que ha de concluirse que basta una aceptación pura y simple de la hipótesis acusatoria. Como ha dicho BINDER: "...es el imputado quien tiene el señorío y el poder de decisión sobre su propia declaración. Consecuentemente, sólo él determinará lo que quiere o no le interesa declarar" (BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal* citado por GARCÍA AGUILAR, Rosaura. La

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

La resolución del tribunal que ordena la suspensión condicional del proceso podrá ser revocada cuando a) el imputado, de manera considerable y de forma injustificada, se aparte de las condiciones que le impuso el órgano jurisdiccional, b) cuando cometa una nueva infracción, para lo cual se requiere al momento de agotarse el plazo de prueba, la existencia de una sentencia condenatoria firme que así lo establezca, o c) si el imputado incumple el plan de reparación⁹⁸. Para que se proceda a la revocatoria el juez a solicitud del Ministerio Público puede ordenar en audiencia, mediante auto fundado, acerca de la reanudación de la acción penal⁹⁹. Aunque el código no lo reguló, debe concluirse que sí el imputado cumplió con todos sus compromisos antes del tiempo fijado en la resolución, nada obsta para que el juez decreta extinción de la acción penal de forma anticipada¹⁰⁰. Por el contrario, al tratarse de circunstancias que limitan el

suspensión del proceso a prueba en materia penal, op. Cit. p. 114, en nota 195. Como reflexión de lege ferenda debe anotarse que la exigencia de la aceptación de los hechos por parte del imputado no es esencial para que se configure un procedimiento de suspensión constitucionalmente válido, bastaría con que el imputado manifestara su conformidad con la aplicación del instituto. Para Maier el fundamento de la exigencia es de orden práctico, "...se trata, pues, de asegurar la finalidad preventivo-especial de este beneficio, impidiendo que el imputado deje de cumplir con las obligaciones legales e instrucciones impartidas por el Tribunal, especulando con la pérdida o destrucción, por el mero transcurso del tiempo, de los elementos del cargo que sustentan la imputación. Sin embargo, frente a este argumento existen dos objeciones de importancia que será preciso tener en cuenta al momento de decidir por la inclusión o exclusión de este requisito. La primera plantea que la aceptación de la veracidad de los hechos provoca una declaración coactiva del supuesto autor que de otro modo no se hubiera producido. La segunda se refiere a la legalidad de una acusación que se formule sobre la base de una declaración obtenida coactivamente en el caso de que se retome contra el supuesto autor el ejercicio de la acción penal" MAIER citado por MARINO, Esteban. "Suspensión del procedimiento a prueba" En: MAIER, Julio B.J. compilador, El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico, op. Cit. p. 30. En el mismo sentido se expresa el autor en "La víctima y el sistema penal", (Cfr. AAVV, De los delitos y de las víctimas, Julio B.J. Maier Compilador, op. Cit. p. 232.) Ante esta posición cabe argumentar con Bovino y Llobet, que, en todo caso, esa admisión no puede ser utilizada en su contra (Véase el comentario de LLOBET así como el resumen de la posición de BOVINO en LLOBET RODRÍGUEZ (Javier), Proceso Penal Comentado, op. Cit., pp. 96-97. Allí LLOBET indica que con la admisión del hecho lo que se trata es de darle legitimidad a la suspensión a prueba, por tratarse de restricciones importantes a la libertad del imputado. Tal postura no es incompatible con lo que aquí se sostiene, porque bastaría para darle legitimidad que el imputado consintiera libre y voluntariamente dichas restricciones). En todo caso, cabe decir que el Ministerio Público tiene la facultad de asegurar los elementos de prueba esenciales sobre la infracción, aún en el caso de que se haya dictado la suspensión condicional del proceso (art. 289 C.P.P.), de manera que la inquietud de MAIER perdería mucha fuerza en este contexto normativo.

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

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

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

disfrute del instituto no podrían utilizarse otros supuestos no comprendidos en el artículo para decretar la revocatoria.¹⁰¹

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

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

Este artículo lleva a reflexionar que el Código Procesal Penal ha dejado de lado el supuesto en que el imputado se encuentra en prisión preventiva por otro delito, al momento de solicitar la aplicación de la suspensión condicional del proceso. En este caso, según el principio de interpretación restrictiva no se le podría prohibir una suspensión a pesar de que esté preso, siempre y cuando se establezca que está en posibilidad de cumplir con sus compromisos. El problema real que surge es que el plazo de suspensión estaría suspendido por orden del art. 43 C.P.P., ante lo cual quedarían dos opciones: a) negar del todo la suspensión o b) interpretar que ante la ausencia de una regulación legal del supuesto, y dado que el imputado ha adquirido obligaciones que puede cumplir incluso en prisión, en este caso en particular no se le aplicaría la suspensión del plazo porque el art. 43 CPP se refiere a otros supuestos. Esta última parece que es la opción más sensata.

4.- EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO¹⁰³

El procedimiento abreviado surge de la inquietud de lograr sentencias en un plazo razonable, ahorrando energía y recursos jurisdiccionales en causas por delitos no muy graves, en que el juicio oral y público no sea imprescindible para obtener una resolución acorde con la legalidad y la verdad¹⁰⁴. Su incorporación

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

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

103 *Ver artículos 363 y siguientes del CPP dominicano.*

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

tiene como antecedente los artículos 371 y ss. del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, que contempló en su regulación el procedimiento abreviado para ciertos delitos leves¹⁰⁵.

El desarrollo de este tipo de medidas deriva del sorprendente prestigio e incorporación que ha tenido el derecho procesal norteamericano en Europa y de ahí en América Latina¹⁰⁶, en particular la práctica del *plea bargaining*¹⁰⁷, que consiste en una negociación llevada a cabo entre la Fiscalía y la defensa del imputado, para obtener una confesión de culpabilidad a cambio de ventajas de trato (disminución de cargos o de la pena). Con respecto a este punto, hay que dejar claro que la figura incorporada en el código no se identifica con el *plea bargaining* del sistema norteamericano, pues, a diferencia de lo que ocurre con el

- 105 *Delitos en que el Ministerio Público “estimare suficiente la imposición de una pena no mayor de dos años de privación de libertad, o de una pena no privativa de libertad aún en forma conjunta”*. En este sentido véase: SALAZAR MURILLO, Ronald. *El juicio abreviado. Entre el garantismo y la eficiencia en la justicia penal*, 1° ed., IJSA, San José, Costa Rica, 2003, p. 51; MAIER, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal Argentino*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Hammurabi S.R.L., 1989, p. 310.
- 106 *Sobre el modelo norteamericano del “plea bargaining” comenta ARMENTA DEU: “...funciona en los EE.UU. de Norteamérica desde hace cien años, primero sin reconocimiento legal, y actualmente declarada su constitucionalidad en diversas decisiones. Hasta fecha relativamente reciente era concebido, incluso en su país de origen, como un método poco adecuado para combatir la criminalidad y para asegurar la ejecución material justa del Derecho penal, al no garantizar un tratamiento igualitario de autores penales de similar culpabilidad. En Japón donde se instauró en 1945, los especialistas se inclinan hoy por una vuelta al sistema continental europeo. De ahí que resulte un desarrollo sensacional que el procedimiento penal continental haya caído en una crisis tan profunda, de la que sólo podrían sacarlo, en opinión de un gran número de autores alemanes, italianos, portugueses y españoles, la adopción del procedimiento penal norteamericano o al menos partes esenciales de éste (SCHUNEMANN)”* ARMENTA DEU, Teresa. “El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas”. *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Agosto, 1997, Año 9, N°13, p. 25, nota al pie 7.
- 107 *BARBOSA MOREIRA hace una síntesis de las posibles reacciones que tiene el imputado al indictment (decisión por la que el grand jury formaliza la acusación) dentro sistema norteamericano en los siguientes términos: “El acusado responde a la acusación por medio de un plea; su respuesta puede consistir no solamente en una declaración de ser culpable (guilty plea) o inocente (plea of not guilty), sino que también se le permite responder sencillamente, “nolo contendere” – expresión latina que significa “no quiero contestar (la acusación)” –. En el Derecho federal, toda esta materia está reglada por las Federal Rules of Criminal Procedure: las nociones expuestas no son puras creaciones doctrinales o jurisprudenciales. [...]La inmensa mayoría de los acusados se declaran culpados; por consiguiente, es infimo el número de procesos penales que se prolongan hasta el trial[...]. Eso se debe principalmente a la práctica muy difundida del plea bargaining,, una negociación entre el prosecutor y el acusado (rectius: y su defensor), mediante la cual se busca el consenso de las partes acerca de la pena que será aplicada. Para el acusado, la ventaja habitual consiste en que, si concuerda en declararse culpable, el prosecutor propone al juez (y éste por regla general asiente) la aplicación de una pena menos severa que la conminada en la ley para la infracción que se supone haber sido cometida. No obstante, hay distintas posibilidades: el prosecutor puede prometer que acusará al imputado solamente por un delito menos grave que el sugerido por los elementos probatorios disponibles, o que renunciará a otras posibles acusaciones contra él, y así en adelante. [...]”* BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “La transacción penal brasileña y el derecho norteamericano”. *Revista de Ciencias Penales*. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Marzo, 2000, Año 12, N°17, pp. 50-51. El autor también señala que “Muchos temen que en no pocos casos la anuencia del imputado, aunque aparentemente voluntaria, constituya en realidad el fruto de maniobras reacias a los preceptos éticos, inspiradas en consideraciones que nada tienen que ver con la justicia o la equidad. Sospechas de este género son tanto más justificables cuando más bajo el grado de “visibilidad” de las negociaciones entre el prosecutor y el defensor del acusado. Advierte la doctrina que semejantes negociaciones no suelen desarrollarse “in open court”, bajo la presidencia de un magistrado neutral y a la vista del público, sino más frecuentemente “over a cup of coffee in a basement court-house cafeteria where the consiente of the two lawyers is the primary guide”. El juez no dispone de elementos para formarse una idea acerca de la fairness o de la validez del acuerdo.” (Ibid. p. 52). Para un análisis más detallado acerca del plea bargaining y sus críticas véase DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo de. *Justicia criminal consensuada: (algunos modelos del derecho comparado en los EE.UU., Italia y Portugal)*. Valencia: Tirant lo Blanch; Universidad de Cádiz; Servicio de Publicaciones, 1999, pp. 23-123. Números autores que han tratado el derecho angloamericano (entre ellos BROWN, CARP– STIDHMAN, DALEY, FRANKEL, VAN KESSEL, ZIMRING y FRASE, y en lengua española BARNO VILAR, entre muchos otros) han criticado el plea bargaining, tanto desde la perspectiva garantista cuanto desde una perspectiva de defensa social, y nos advierten de los altos riesgos que implica su adopción. VAN KESSEL incluso llega calificar la presión que se ejerce sobre el acusado para que se declare culpable como “the modern form of judicially sanctioned torture in America” (Citado por BARBOSA MOREIRA, op. Cit., p. 52 en nota 22). A pesar de ello, hay que admitir que en la práctica del sistema norteamericano la utilización del plea bargaining es tan común que ha sido incluso calificado como “un componente esencial de la administración de justicia” (Santobello v. New Cork, 404 U.S., 257, 260 (1977) citado por DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo de. *Justicia criminal consensuada: (algunos modelos del derecho comparado en los EE.UU., Italia y Portugal)*. Op. Cit., p. 55). ZAFFARONI teme también que las desavenencias encontradas en el sistema norteamericano puedan reproducirse en el “procedimiento abreviado”: “se está importando a la región distintas variantes del plea bargaining o regateo (más pudorosamente traducido como negociación). Como es sabido, la misma se convierte fácilmente en una fuese de extorsión que reemplaza la tortura” citado por SALAZAR MURILLO, Ronald. *El juicio abreviado. Entre el garantismo y la eficiencia en la justicia penal*, op. Cit. p. 44.

guilty plea, la admisión de los hechos no implica la renuncia a la prueba sobre los hechos que se admiten, ni tampoco está permitido suprimir hechos o calificaciones legales¹⁰⁸.

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

Según lo que establece el código, hasta antes de que se ordene la apertura a juicio¹¹¹, el Ministerio Público o la Defensa¹¹², pueden solicitar la aplicación del juicio abreviado. El acuerdo sobre el juicio abreviado puede ser pleno o bien parcial¹¹³. En el primero, cuando se trate de un hecho con pena máxima inferior a cinco años de privación de libertad¹¹⁴, y el imputado admita el hecho¹¹⁵ (previa acreditación del consentimiento por

108 Sobre este punto véase CAFFERATA NORES, José I. “Juicio Penal Abreviado”. *Op. Cit.* p. 5. y SALAZAR MURILLO, Ronald. *El juicio abreviado. Entre el garantismo y la eficiencia en la justicia penal*, *op. Cit.* p. 45.

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

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

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

112 Cfr. 299.6 C.P.P.

113 En el acuerdo parcial se establecen únicamente los hechos y se solicita un juicio sobre la pena, y, a diferencia del acuerdo pleno, se presenta ante el juez que debe conocer del juicio quien dictará la sentencia de conformidad con la prueba ofrecida (Arts. 366, 367 y 368 C.P.P.) y, en su caso, señalará audiencia para el debate sobre la pena. Cabe destacar que el artículo 366 C.P.P. establece que este procedimiento cabe “en cualquier caso”, lo que le sustrae de las limitaciones de pena y momento establecidas en el art. 363 C.P.P.

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

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

parte del defensor), el Ministerio Público acusa¹¹⁶ indicando una pena concreta – la cual no puede superar el juez en su resolución –¹¹⁷. Condición para que se condene mediante la aplicación de esta figura es que la prueba reunida en la investigación sea idónea para esos efectos, de allí la facultad del juez de “*absolver o condenar, según proceda*” (art. 364 párrafo 3º). El juez debe ser especialmente cuidadoso al realizar el examen formal y sustancial del acuerdo. Si no se cumplen los requisitos de ley para la admisibilidad de la medida, el juez debe ordenar que continúe el procedimiento, en cuyo caso la aceptación de los cargos no podría ser incorporada al juicio oral y público que se realizará, ni tampoco vincula al Ministerio Público su requerimiento sobre la pena (art. 365 C.P.P.).

Si se cumplen los requisitos de admisibilidad, el juez convoca a una audiencia oral para escuchar de viva voz lo manifestado por las partes¹¹⁸, y emite la resolución que corresponda, absolviendo¹¹⁹ o condenando¹²⁰ y dictaminando sobre los intereses civiles. Lo resuelto es susceptible del recurso de apelación de conformidad con las disposiciones del C.P.P.¹²¹

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Según hemos venido analizando, el actual Código Procesal Penal de nuestro país se involucra dentro de una corriente garantista y democrática, respetuosa de los derechos fundamentales de los individuos, básica para un Estado de Derecho. Ante ello, los mecanismos o procedimientos alternativos constituyen un aspecto relevante de los fines y principios que se han establecido para el proceso penal, especialmente la “solución del conflicto” que el artículo sétimo de dicho cuerpo legislativo garantiza “para contribuir a restaurar la armonía social”. Por tal razón, debemos concordar con quienes advierten sobre la necesidad de redoblar los esfuerzos en la comprensión y aplicación de las medidas alternativas, para que éstas puedan operar como verdaderas soluciones alternas a la pena privativa de libertad (en procura de resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho punible), y no como adiciones de aquélla. Si fuere esto último, en lugar

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

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

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

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

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

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

de cumplir con su cometido, se convertirían en mecanismos de “extensión de las redes de control social” y por ende en vías ampliativas de la represión. Así pues, hay que vigilar constantemente la *razonabilidad* y *legalidad* de las condiciones que se impongan en la aplicación de tales vías, para posibilitar un verdadero enfoque restaurativo del conflicto. De allí la importancia de que se planteen mecanismos efectivos y sin formalidades excesivas para verificar el uso práctico y adecuado de cada una de ellas, lo que, según demuestra la experiencia, constituye un punto débil que debe ser superado con base, precisamente, en el seguimiento y detección oportuna de los defectos para la implementación de los correctivos necesarios.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

AAVV. *De los delitos y de las víctimas*, Julio B.J. Maier Compilador, Ad Hoc, 1° edición, 1992, Buenos Aires, Argentina, 316 p.

AAVV. *Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales*, Carlos Julio Lascano, director Editorial, Marcos Lerner Editora Córdoba, La Lectura libros jurídicos, Córdoba, Argentina, 2001, 854 p.

ALSINA, Hugo. *Tratado Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, 2° edición, I parte general, Ediar, Buenos Aires, 1956, 760 p.

ARAGONESES, Pedro. *Proceso y Derecho Penal* (Concepto, naturaleza, tipos, método, fuentes y aplicación del derecho procesal), Madrid, España, Editorial Aguilar, 1960.

ARMENTA DEU, Teresa. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*. Barcelona: P.P.U, 1991. 258 p.

ARMIJO SANCHO, Gilbert. *Enfoque procesal de la Ley penal juvenil*, 1° ed., Litografía e imprenta LIL. S.A., San José, 1997.

ARMIJO SANCHO, Gilbert. *Manual de Derecho Procesal Penal Juvenil*, 1° ed., IJSA, San José, Costa Rica, 1998.

ARMIJO SANCHO, Gilbert, LLOBET RODRÍGUEZ, Javier y RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos, *Nuevo proceso penal y constitución*, 1° edición, IJSA, San José, Costa Rica, 1998, 411 p.

BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal, Parte General*, 2° edición, Editorial Hammurabi SRL, Buenos Aires, Argentina, 1999, 691 p.

BENAVIDES SANTOS, Diego et. al., *Ensayos de conciliación*, CONAMAJ, San José, Costa Rica, 2003, 189 p.

BLANCO ODIO, Alfredo. *El Derecho Procesal Penal Costarricense*, 1ª edición, Porvenir, San José, Costa Rica, 1992, 254 p.

BOVINO, Alberto. *La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal Argentino*, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2001, 271 p.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental. Edición actualizada, corregido y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas*, Editorial Heliasta, 2001, 422 p.

CAFFERATA NORES, José I. *Temas de Derecho Procesal Penal*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988, 310 p.

CAMPOS SALAZAR, Mayra. *La Justicia Penal Juvenil en Costa Rica*, San José, Costa Rica, 1999, 209 p.

CAPITANT, Henry. *Vocabulario Jurídico*, traducción castellana de Aquiles Horacio Guaglianone, Desalma, Buenos Aires, 1973, 601 p.

CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el proceso penal*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina, 1961, 516 p. CARRANZA, Elías (coord.). *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria*, ILANUD, Siglo Veintiuno Editores, 1º ed., San José, Costa Rica, 2001.

CHAN MORA, Gustavo, CHINCHILLA CALDERÓN, Rosaura, y GARCÍA ALGUILAR, Rosaura. *Violación de Derechos Fundamentales y Criminización secundaria en el sistema de justicia penal juvenil*, 1º ed., IJSA, San José, Costa Rica, 2003, 282 p.

CORTÉS COTO, Ronald. *La etapa preparatoria en el nuevo proceso penal*, 1º ed., IJSA, San José, Costa Rica, 1988, 132 p.

COSTA RICA. ESCUELA JUDICIAL. UNIDAD DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS, *Conciliación Judicial*, antología de la Unidad de Resolución Alternativa de Conflictos del Poder Judicial de Costa Rica, San José, Costa Rica, 1999, 400 p.

COSTA RICA, PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Seminario sobre la participación de la Procuraduría General de la República en la Resolución Alternativa de Conflictos, Imprenta Nacional, San José, Costa Rica, 2000, 188 p.

COUTURE, Eduardo J., *Vocabulario Jurídico*, edición al cuidado de Jorge Peirano Facio y José Sánchez Fontáns, Depalma, Buenos Aires, 1976, 587 p.

CREUS, Carlos. *Reparación del daño producido por el delito*, 1º ed., Rubizal-Culzoni, Santa Fe, 1995, 224 p.

DE OLAZÁBAL, Julio. *Suspensión del proceso a prueba*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Astrea, 1994, 191 p.

DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo de. *Justicia criminal consensuada: (algunos modelos del derecho comparado en los EE.UU., Italia y Portugal)*. Valencia: Tirant lo Blanch; Universidad de Cádiz; Servicio de Publicaciones, 1999. 207p.

Directrices sobre la función de los fiscales. Aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de 3 septiembre de 1990.

EDWARDS, Carlos E. *El juicio abreviado y la instrucción sumaria en el Código Procesal Penal de la Nación*. Córdoba (España): Marcos Lerner, 1997. 247p.

GARCÍA AGUILAR, Rosaura. *La suspensión del proceso a prueba en materia penal*. 1º ed., IJSA, San José, Costa Rica, 1998, 168 p.

GATGENS GÓMEZ (Erick) y RODRÍGUEZ CAMPOS (Alexander), Principio de oportunidad, conveniencia procesal de la persecución penal, 1° edición, Editorial Juritexto, San José, C.R. 2000, 408 p.

GIMENO SENDRA (Vicente) *Fundamentos del Derecho Procesal*, Madrid, España, Editorial Civitas, 1981.

GOMEZ ORBANEJA, Emilio, y HERCE QUEMADA, Vicente. *Derecho Procesal Penal*, 8° edición, Madrid, 1975, 410 p.

GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel (Compilador). *Reflexiones sobre el nuevo Proceso Penal*. 2da. Ed.. San José (Costa Rica): Fondo editorial del Colegio de Abogados y la Asociación de Ciencias Penales, 1997, 956 p.

GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel; ARROYO GUTIÉRREZ, José Manuel. Los diversos sistemas procesales penales. Principios y ventajas del sistema procesal mixto moderno. San José (Costa Rica): ILANUD, 1991.

HIDALGO MURILLO, José Daniel. *Introducción al nuevo Código procesal penal*, 1° ed., IJSA, San José, Costa Rica, 1998, 727 p.

HOUED VEGA, Mario A. De la suspensión del proceso a prueba o de la suspensión condicional de la persecución penal. Publicación del INEJ, Managua, Nicaragua, 2007.

ISSA EL KHOURY JACOB (Henry), *A la armonía por la palabra: la solución negociada de conflictos penales*, Convenio Corte – AID, Costa Rica, 1995, 82 p.

ISSA EL KHOURY JACOB, Henry (comp.). *Víctima y el proceso penal costarricense*, 1ª edición, Corte Suprema de Justicia, Escuela Judicial, San José, Costa Rica, 2000, 430 p.

KEMELMAJER DE CARLUCCI (Aída), *Justicia Restaurativa*, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, Argentina, 2004, 632 p.

LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo I, Doctrinas Generales, traducción de Santiago Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa – América, Buenos Aires, 1963, 775 p.

LLOBET RODRÍGUEZ (Javier), *Proceso Penal Comentado*, 2° edición, Editorial Jurídica Continental, 2003, 512 p.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis. "Oportunidad y conformidad". En: *Cuadernos de Derecho Judicial*. -- N° V - 1992. p.27 – 50.

MAIER, Julio B.J. y BINDER, Alberto (comps.), *El Derecho Penal de Hoy*, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, Argentina, 1995, 636 p.

MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto s.r.l., Tomo I, 2ª edición, 1996, 918 p.

MAIER, Julio; BOBINO, Alberto (comps.). *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2001. 475p.

- MARCHISIO, Adrian. *El juicio abreviado y la instrucción sumaria*. Buenos Aires: Ad-HOC, 1998. 256p.
- MARINO, Esteban. "Suspensión del procedimiento a prueba" En: MAIER, Julio B.J. (compilador). *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto s.r.l., 1993., pp. 29-41.
- MONTERO AROCA, Juan. *Introducción al Derecho Procesal*, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1976.
- MUERZA ESPARZA, Julio. *El proceso penal abreviado*, Editorial Aranzadi, Navarra, España, 2002, 291 p.
- MURILLO RODRÍGUEZ, Roy. *Ejecución de la Pena*, 1° edición, CONAMAJ, San José, 2002, 248 p.
- NEUMAN, Elias. *Mediación y Conciliación Penal*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1997. 142p.
- NINO, Carlos Santiago, y ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Un debate sobre la pena*, Editorial Jurídica Continental; Buenos Aires, Argentina, INECIP, 2000, 55 p.
- ODERIGO, Mario A. *Derecho Procesal Penal*, T. I, Editorial Ideas, Buenos Aires, Argentina, 1952, 420 p.
- PESSOA, Nelson. *Fundamentos Constitucionales de la Excepción de Prisión y Excarcelación*, Hammurabi, S.R.L, Argentina, 1992 (impresión).
- PORRAS VILLALTA (Mario Alberto), SALAZAR MURILLO, Ronald) y SANABRIA ROJAS, Rafael Ángel. *La aplicación de la suspensión del proceso a prueba en Costa Rica (de la teoría a la praxis)*, 1 ed., Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2003, 166 p.
- Principios básicos sobre la función de los abogados*. Aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de3 septiembre de 1990.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*, T. I, Impresión: Mateu- Cromo, Artes Gráficas, Madrid, España, p. 1077.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*, T. II, Impresión: Mateu- Cromo, Artes Gráficas, Madrid, España, 2133 p.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. *La Justicia penal negociada: experiencias de derecho comparado*. Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997, 343p.
- ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*, traducción de la 25° edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B.J. Maier, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2000.
- SALAZAR MURILLO, Ronald. *El juicio abreviado. Entre el garantismo y la eficiencia en la justicia penal*, 1° ed., IJSA, San José, Costa Rica, 2003, 496 p.
- SCHÖNBOHM, Horst y LÖSING, Norbert, *Sistema Acusatorio, Proceso Penal, Juicio oral en América Latina y Alemania*, Fundación Konrad Adenauer, Caracas, 1995.

SOJO PICADO, Guillermo (et. al.). *Ministerio Público y reforma procesal penal*, 1 ed., San José, Costa Rica, Colegio de Abogados de Costa Rica, 1997, 186 p.

SOLARI BRUMANA, Juan A., *Reparación del daño, el particular damnificado en el derecho penal*, Desalma, Buenos Aires, 1962.

STIPPEL (Jörg) y MARCHISIO (Adrián), coord., *Principio de Oportunidad y Salidas Alternativas al Juicio Oral en América Latina*, 1° ed., Ad Hoc, Buenos Aires, Argentina, 2002, 552 p.

TIFFER SOTOMAYOR, Carlos, LLOBET RODRÍGUEZ, Javier y DÜNKEL, Frieder. *Derecho penal juvenil*, 1ª ed., Imprenta y Litografía Mundo Gráfico de San José S.A., 2002, 642 p.

UREÑA SALAZAR (José Joaquín), *Actividad procesal defectuosa y proceso penal*, 1° edición, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2004, 104 p.

VÁSQUEZ MARTINEZ, Edmundo. *Derechos Fundamentales y Justicia Penal*. 1 ed., San José, Juricentro, 1992, 608 p.

VILTALE (Gustavo L.), *Suspensión del proceso penal a prueba*, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, Argentina, 1996.

WILDE, Zulema D. y GAIBROIS, Luis M., *Qué es la mediación*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1994, 117 p.

ZAFFARONI, E.R. (Coordinador). *El proceso penal. Sistema penal y derechos humanos*. San José (Costa Rica): Editorial Porrúa, México, 2000. 726 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "Los objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales" en la obra colectiva *El Derecho penal hoy*, Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto s.r.l., 1995.

ZULITA FELLINI (directora), *Mediación Penal. Reparación como tercera vía en el sistema penal juvenil*, 1° ed., Depalma, Buenos Aires, 2002, 224 p.

REVISTAS

ANTILLÓN MONTEALEGRE (Walter), *¿Es el proceso una relación jurídica?*. En: *Ivstítia*, Año 2, N° 16, abril 1988, pp. 7-10.

ARMENTA DEU, Teresa. "El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas". *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Agosto, 1997, Año 9, N°13, pp. 19-35.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "La transacción penal brasileña y el derecho norteamericano". *Revista de Ciencias Penales*. Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Marzo, 2000, Año 12, N°17, pp. 49-53.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano. "Derecho Penal y Paz social, ensayo sobre una aparente contradicción". *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Noviembre, 1994, Año 6, N°9, pp. 7-16.

BOVINO, Alberto. "La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derecho". *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Diciembre 1998, Año 10, N°15, pp.28-34.

CAFFERATA NORES, José I. "Juicio Penal Abreviado". *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Julio, 1996, Año 8, N°11, pp. 3-7.

CHINCHILLA CALDERÓN, Rosaura. "La acción civil resarcitoria en el proceso abreviado". *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Agosto, 2001, Año 13, N°19, pp. 97-105.

CHINCHILLA CALDERÓN, Rosaura. "Proceso Penal Abreviado y Derecho de la Constitución". *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Diciembre, 1997, Año 9, N°14, pp. 97-104.

CORTÉS COTO, Ronald. "Algunos apuntes sobre la legitimación para conciliar en el nuevo código procesal penal". *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, mayo, 1999, Año 11, N°16, pp. 93-101.

ESER, Albin. "Una justicia penal "a la medida del ser humano". *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Diciembre 1998, Año 10, N°15, pp. 3-15.

GARCÍA AGUILAR, Rosaura, "Requisitos de la suspensión del proceso a prueba ante la infracción juvenil". En: *Revista de Ciencias Penales*, Año 12, N°17, Marzo, 2000, pp. 83-99.

GARCÍA AGUILAR, Rosaura. "Aceptación de los cargos y decisión jurisdiccional en la suspensión del proceso a prueba en materia penal juvenil". En: *Revista de Ciencias Penales*, Año 11, N°16, Mayo 1999, pp. 79-92

GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel. "El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal". *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, julio, 1993, Año 5, N°7, p. 63-73.

GONZALEZ ALVAREZ, Daniel. "La conciliación penal en Iberoamérica". *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Noviembre, 2000, Año 12, N°18., pp. 115-140.

HASSEMER, Winfried. "La persecución penal: legalidad y oportunidad". *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Setiembre, 1995, Año 7, N°10, pp. 2-8

HIRSCH, Hans Joachim. "La reparación del daño en el marco del Derecho Penal Material" *Justicia penal y sociedad*, Revista Guatemalteca de Ciencias Penales, Año 1, N° 1, octubre de 1991, pp.23-45.

HOUED VEGA, Mario A. "La suspensión del proceso a prueba", en publicación de la Asociación de Ciencias Penales, ps. 613 y ss., año. 2007.

ISSA EL KHOURY JACOB, Henry. "Solución alternativa del conflictos penales. Una propuesta de marco teórico." *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Noviembre, 1994, Año 6, N°9, pp. 65-72.

RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos. "Comentarios sobre la necesidad de los mecanismos alternativos del Derecho penal" . En: *Ivstítia* Año 1, N°11, noviembre 1987, pp. 9-11.

ROXIN, Claus. "La reparación en el sistema de los fines de la pena". *Revista Guatemalteca de ciencias penales*. Justicia Penal y Sociedad. Año 1, Número 1, Octubre 1991, pp. 5-22.

SALAZAR, Alonso. "Suspensión del Procedimiento a prueba y proceso abreviado, un problema de constitucionalidad". En: *Revista de Ciencias Jurídicas*, N°90, Mayo-Agosto, 1999, pp. 131-145.

SÁNCHEZROMERO, Cecilia; HOUED VEGA, Mario Alberto; CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo. "El Abolicionismo y el rol de las comunidades indígenas". *Revista de Ciencias Penales*, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Noviembre, 1994, Año 6, N°9, pp. 47-64.

DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

DÖLLING, Dieter, *El desarrollo de las sanciones no privativas de libertad en el derecho alemán*. Traducción realizada por José Hurtado Pozo y Aldo Figueroa Navarro. [en línea]. Disponible en: http://www.unifr.ch/derechopenal/anuario/97_98/pdf/Penas_Alemania.pdf. [Consulta 18-11-04].

FREHSEE, Detlev. *Restitution and Offender-Victim Arrangement in German Criminal Law: Development and Theoretical Implications* [en línea]. Disponible en: [http://wings.buffalo.edu/law/bclc/bclrarticles/3\(1\)/fresheemacro.pdf](http://wings.buffalo.edu/law/bclc/bclrarticles/3(1)/fresheemacro.pdf). [Consulta: 14-12-04].

HARTMANN, Ute I., *Victim-Offender Reconciliation with Adult Offenders in Germany* [en línea]. Disponible en: [http://wings.buffalo.edu/law/bclc/bclrarticles/3\(1\)/fresheemacro.pdf](http://wings.buffalo.edu/law/bclc/bclrarticles/3(1)/fresheemacro.pdf). [Consulta: 14-12-04]

OCROSPOMA PELLA, Enrique. *La reparación penal*. [en línea] Setiembre 2002. Disponible en: http://www.derecho.com/boletin/articulos/artículo_0151.htm. [Consulta 18-11-2004]

SCHÜNEMANN, Bernd. *The role of the Victim Within the Criminal Justice System : A Three-Tiered Concept*. Disponible en: [http://wings.buffalo.edu/law/bclc/bclrarticles/3\(1\)/schuenemann.pdf](http://wings.buffalo.edu/law/bclc/bclrarticles/3(1)/schuenemann.pdf) [Consulta: 18-11-2004]

LA HUELLA DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL ESPAÑOLA EN EL PROCESO PENAL CUBANO

Danilo Rivero García¹

Profesor de la Universidad de la Habana, Cuba.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal española, de 14 de septiembre de 1882 (LECrím), marcó el término de una evolución legislativa que se desarrolló, con alternativas y retrocesos, a lo largo del siglo XIX; fue sin dudas, la culminación de un largo proceso histórico abierto en la Constitución de Cádiz en 1812. Significó, el paso de un proceso penal inquisitivo al tipo acusatorio formal, o mixto, según el modelo del Código de Instrucción Criminal francés de 1808, recibido en la misma época en la mayor parte de los países europeos continentales.

Tan radicales fueron las reformas introducidas en ella, que en su Exposición de motivos se calificó “como el más adelantado de los Códigos de procedimiento criminal del continente europeo”; afirmándose “que los cambios de verdadera importancia y trascendencia, iban encaminados a corregir los vicios crónicos del sistema de enjuiciar tradicional, y a rodear al ciudadano de las garantías necesarias, para que en ningún caso, sean sacrificados los derechos individuales al interés mal entendido del Estado”.

Esta Ley comenzó a regir en nuestra Isla, el 1º de enero de 1889², con ciertas modificaciones introducidas por el Gobierno español, a las que se añaden las sufridas por órdenes militares bajo la intervención norteamericana, las que fue objeto por las legislaturas de la República y la propia Constitución de 1940, hasta el triunfo revolucionario el 1º de enero de 1959; por último, las realizadas por el nuevo Gobierno. Así imperó con las reformas expuestas, algunas de cierta trascendencia³, aunque sin quebrar sus rasgos más generales, hasta el 6 de enero de 1974 (85 años), en que fue abrogada por la Ley procesal de 1973⁴. Esta, a su vez, resultó sustituida en el año 1978, sin generales variaciones, por la Ley Procesal que domina actualmente⁵ (en lo adelante, cuando me refiera a estas dos leyes de conjunto, lo haré con la denominación de leyes del periodo revolucionario).

Mi propósito con esta ponencia, es elucidar si las formulaciones básicas de la LECrím, en particular las referidas al juicio ordinario, de la manera que regía al momento de ser abrogada en 1974 —no en los detalles de su original versión de 1882, luego de los embates de los quince primeros años de Revolución—, tienen vigencia en alguna medida en la legislación actual. No es un secreto, que en la elaboración de la nueva legislación del Estado socialista, según expresión del propio Secretariado de las comisiones redactoras “... no se descuidó el estudio crítico de las leyes y normas vigentes, para indagar cuanto hubiera en ellas de útil y aplicable”.⁶

La LECrím, era llevada a efecto por Tribunales y Juzgados; el superior en grado el Tribunal Supremo (TS) y su Sala de lo Criminal, luego las Salas de igual denominación de las Audiencias. Para el juzgamiento, estas Salas la conformaban pluralidad de jueces.

1 *Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad de La Habana. Vicepresidente de la Sociedad Cubana de Derecho Procesal. Ex Juez del Tribunal Supremo Popular de Cuba.*

2 *Entró en vigor por Real Decreto de 19 de octubre de 1888.*

3 *Como la declaración de los procesados y resolución de procesamiento (Orden militar No 109 de 1899 y Constitución de 1940), juicio correccional (Orden militar No 213 de 1900), inclusión del hábeas corpus (Orden militar No 427 de 1900), recurso de casación (Orden militar No. 92 de 1899), y procedimiento de urgencia (Decretos Leyes No. 292 y 491 de 1934), entre otras,*

4 *Ley N.º. 1251, de 25 de junio de 1973, entró en vigor el 7 de enero de 1974.*

5 *Ley N.º. 5, de 13 de agosto de 1977, entró en vigor el 25 de febrero de 1978.*

6 *Esta frase fue tomada de la carta de 10 de febrero de 1972, dirigida por el Secretariado de las Comisiones de Estudios Jurídicos a l Presidente de dichas Comisiones, al presentar el Proyecto de ley de Organización del Sistema Judicial.*

Los sumarios, eran formados por Jueces de Instrucción en los Juzgados de esta clase. El conocimiento de los delitos menos graves y contravenciones, estaba atribuido a los Juzgados Correccionales y Municipales en funciones de correccionales, excepto los de cuarta clase que sólo conocían de las contravenciones; estos órganos eran unipersonales.

La Organización Judicial estaba regulada por una Ley de 1909⁷, aprobada durante la segunda intervención norteamericana, pero de fuerte tradición española; su propia Comisión redactora, creada por Decreto del Gobernador Provisional Charles E. Magoon, explicaba⁸: “la Comisión Consultiva ha creído oportuno seguir en líneas generales la organización judicial actual, compilando las leyes españolas y Decretos Reales, las Órdenes Militares y las Leyes del Congreso Cubano sobre la materia”⁹.

Numerosas frases de esa jerga judicial española, forman parte de nuestro vocabulario jurídico actual, a saber: Sumario, Juzgado, Audiencia, Magistrado, mandamiento.

A continuación, presento un breve panorama histórico, de lo que aconteció en el llamado Poder Judicial, a partir del 1º de enero de 1959 hasta 1974, periodo de gestación de la legislación procesal que sucedió a la LECrim.

Luego del Triunfo Revolucionario, el último “Poder del Estado” —objeto de reestructuración— lo fue el Judicial. En cuanto a los llamados Poder Ejecutivo y Legislativo, de inicio, se acometió su radical transformación, para garantizar la continuidad de la obra emprendida.

No podemos olvidar, que parte de los miembros de ese Poder Judicial, sobre todo de su cúpula, de una manera u otra, habían estado vinculados a través de sus decisiones con la legitimación del régimen anterior, caracterizado por la injusticia en todos los órdenes de la vida social.

El mismo 1º de enero de 1959, comenzó la lucha dentro del propio Tribunal Supremo y demás Tribunales. Las fuerzas al interior del Poder Judicial —contrarias a la Revolución— utilizaron variadas modalidades con esa finalidad, y no perdían oportunidad de interpretar las leyes en contra del interés del pueblo. En materia agraria, por ejemplo, solamente en un periodo menor de un año, la antigua Sala de Garantías Constitucionales, elevó las tasaciones —originadas en expedientes de expropiación forzosa— en más de 15 millones de pesos, a pagar a latifundistas. En ese mismo tiempo, fueron declarados sin lugar 51 recursos interpuestos por el Instituto Nacional de Reforma Agraria y con lugar 9; en tanto, los recursos establecidos por los latifundistas y propietarios, se declaraban sin lugar 3 y con lugar 54¹⁰.

Desde mediados del año 1960, comenzó el éxodo de Magistrados y el recrudecimiento de la actividad contrarrevolucionaria de otros, que se mantenían en sus posiciones, y tuvieron la intención de enfrentar al llamado Poder Judicial con el Poder Revolucionario. En diciembre de ese año, el Consejo de Ministros, con facultad constituyente, suspendió la inamovilidad de los funcionarios judiciales; separando de sus cargos a funcionarios, que en su actuación como tales, habían hecho patentes sus ideas opuestas a la política revisora de nuestras instituciones jurídicas, que la Revolución, recogiendo el clamor popular, había puesto en marcha. Como expresión de que esta medida no estuvo animada de sentido alguno revanchista, el propio Gobierno Revolucionario, al mismo tiempo, aprobó una ley especial rebajando en proporción razonable los límites de edad y tiempo de servicios requeridos, de manera que pudieran acogerse a los beneficios de la jubilación los funcionarios a quienes se vio compelido a separar de sus cargos.

7 *Ley Orgánica del Poder Judicial de 1909.*

8 *Carta de 19 de noviembre de 1908, dirigida al Gobernador Charles E. Magoon.*

9 *Andrés M. Lazcano y Mazón, Ley Orgánica del Poder Judicial de la república de Cuba, ed. Cultural, S. A., La Habana, 1931, p. 12.*

10 *Memoria leída por el Fiscal del TS, Dr. Santiago Cuba, en la apertura del año judicial 1961/1962.*

Numerosos Magistrados y Jueces abandonaron el país. El Presidente del TS, año 1960, inesperadamente presentó su renuncia ante el Jefe de Estado y se asiló en una embajada; actuación que motivó la adopción de un acuerdo por el Pleno de dicho Tribunal, con el tenor siguiente: "...que tanto este TS como todos los jueces de la República, han disfrutado y disfrutan, desde el advenimiento de la Revolución al poder, de las máximas garantías para el pleno desenvolvimiento de sus potestades constitucionales."¹¹.

El 21 de agosto de 1961, la Sala de Gobierno del TS acordó¹² la organización de cursos para la judicatura, sobre la misión fundamental de la justicia en el Socialismo, en ese documento se afirma: "para que los Magistrados y Jueces adquieran plena conciencia de su verdadera misión como activos vigilantes de la legalidad socialista, estando en condiciones de crear una jurisprudencia donde palpita la nueva sustancia histórica, que impregne en el pensamiento de todos el deber de observar, exacta e inflexiblemente, las leyes fundamentales de la Revolución".¹³

El 1º de septiembre de 1961, el Fiscal del TS, Dr Santiago Cuba, después de escuchar el discurso de apertura del año judicial del compañero Enrique Hart, Presidente en funciones, en su memoria, expresó: "nuestra profunda emoción... por haber escuchado esta mañana, por vez primera en un acto de solemne apertura de los Tribunales, emerger de los estrados de la Presidencia de este Tribunal una palabra revolucionaria"¹⁴; más adelante, refiriéndose al máximo órgano judicial apuntó: "... si fijamos la mirada en nuestra casa la encontramos limpia, en lo fundamental de los factores que pretendieron cerrar sus puertas a la Revolución y al pueblo. Es innegable que uno de los órganos del Estado que más lentamente ha venido incorporándose al proceso revolucionario es la Administración de justicia".

Sería injusto en esta reseña pasar por alto, a aquellos compañeros que laboraron dignamente en el Poder Judicial antes del periodo revolucionario y, luego de este, se mantuvieron en el desempeño de sus cargos; algunos llegaron a ostentar importantes responsabilidades en el sector, contribuyendo activamente a los cambios que imponían las nuevas condiciones históricas, hasta el momento de su jubilación. En consecuencia, merecen todo el respeto y cariño de las generaciones que le han sucedido, y para las cuales constituyen un paradigma.

Resulta obligado en este recuento, hacer alusión a los Tribunales Revolucionarios y los Tribunales Populares, que tan protagónica función desempeñaron en el período examinado.

Los Tribunales Revolucionarios —organizados durante la lucha insurreccional en los territorios liberados— fueron los encargados de llevar a cabo la misión histórica de reprimir los delitos cometidos por militares y civiles al servicio de la tiranía batistiana derrocada, cuyos crímenes ascendieron a más de veinte mil muertos; sus integrantes, mayoritariamente procedían de las filas del Ejército Rebelde y no eran titulados. De esta tarea no se ocupó la Justicia Ordinaria ni la LECrim, estaba presente la experiencia de la ineficacia de los "Tribunales de sanciones"¹⁵, conformados para juzgar los crímenes cometidos durante el régimen machadista en 1933.

En su actuación, estos órganos judiciales se sometían al Reglamento No. Uno, del Régimen Penal para el Ejército Rebelde de 1958¹⁶ —adaptado a las nuevas circunstancias—¹⁷ y —con carácter supletorio— a

11 *Discurso del Pte del TS, Enrique Hart, apertura del año judicial 1961/1962.*

12 *Acuerdo No. 783, de 21 de agosto de 1961.*

13 *Revista de Jurisprudencia. Enero de 1962, p. 14.*

14 *Santiago Cuba; Metas del Trabajo Judicial; Revista Cubana de Jurisprudencia, ed. Palacio de Justicia, Año 1, febrero de 1962, N° 2.*

15 *Estos Tribunales fueron creados por Decreto No. 1956, de 29 de septiembre de 1933.*

16 *Promulgado en la Sierra Maestra el 21 de febrero de 1958.*

17 *Por la Ley N° 33, de 29 de enero de 1959, se modificó este Reglamento, adaptándolo al triunfo revolucionario.*

la Ley Procesal y Penal de Cuba en Armas de 1896¹⁸, al Código de Defensa Social de 1936 y a la LECrim de 1889, en el orden expuesto.

Estos Tribunales, en su primera etapa, sesionaron del 1º de enero al 9 de julio de 1959, en que se suspendió su funcionamiento¹⁹; juzgaron a través de un procedimiento sumarísimo —con juicio oral y público y derecho al recurso— a los más notorios criminales de guerra.

El recrudecimiento de la actividad contrarrevolucionaria, motivó la reanudación de estos órganos en noviembre de ese propio año²⁰; a su original competencia se le fueron asignando el conocimiento de ciertos delitos que afectaban gravemente el nuevo orden social, y a los que se le daba la consideración de contrarrevolucionarios²¹; el primero fue el de malversación; así se mantuvieron hasta el año 1974, en que sus atribuciones pasan a las Salas de Delitos Contra la Seguridad del Estado de los Tribunales Populares Provinciales, que aun rigen²².

En cuanto a los Tribunales Populares, su creación obedeció a una iniciativa del líder de la Revolución, compañero Fidel Castro —expuesta en conversación sostenida con estudiantes y profesores de la Escuela de Ciencias Jurídicas de La Universidad de La Habana— en octubre de 1962. Aquí les sugirió la conveniencia de realizar estudios en las zonas montañosas del país, donde —de hecho— nunca llegó la justicia ordinaria, con la finalidad de constituir unos Tribunales de nuevo tipo, una justicia del pueblo y para el pueblo, dejando a un lado las tradicionales fórmulas de gabinete.

Con gran entusiasmo, profesores y alumnos acometieron la idea en los citados lugares; *de facto*, aparecieron estos órganos judiciales para el conocimiento de los delitos leves y contravenciones, mediante un procedimiento sumario diseñado al efecto. Sus jueces, eran elegidos y revocables por los vecinos del lugar en asambleas convocadas por las organizaciones revolucionarias. Así, se daba un vuelco a la arraigada imagen de que la justicia era algo que “venía de arriba”, ajena a la comunidad.

El cargo de Juez Popular no exigía poseer conocimientos jurídicos previos, era honorario; conjugaba las tareas habituales con las nuevas funciones. El Ministerio de Justicia se hizo responsable de su rectoría, para lo cual confeccionó variados manuales. Estos Tribunales aparecieron gradualmente en todo el país, y asumieron —en gran medida— el trabajo de los Juzgados Correccionales. El 1º de septiembre de 1966, funcionaban 31 Tribunales de esta clase²³.

En el discurso de apertura del año judicial 72/73, el Presidente del TS expresó: “Los Tribunales Populares son hoy una realidad en todo el país y en el pasado año conocieron de más del 60% de los hechos delictivos ocurridos”.

18 Promulgada el 28 de julio de 1896.

19 Ley N° 425, de 7 de julio de 1959

20 Por Ley N° 634, de 23 de noviembre de 1959.

21 Leyes N° 732 de 17 de febrero de 1960 (malversación y otros delitos cometidos por funcionarios públicos); N° 1098 de 29 de marzo de 1963 (hurto y robo en las modalidades más graves); N° 1129 de 26 de noviembre de 1963 (delitos relacionados con la Ley del Servicio Militar Obligatorio), entre otras.

22 Ver Disposición Complementaria de la Ley N° 1250, de 23 de junio de 1973. En esta norma también se establece, que los delitos previstos en las leyes números 732 de 1960, 966 de 1961, 1129 de 1963 y 1098 de 1963, que estaban atribuidos a la competencia de los Tribunales Revolucionarios, pasaron al conocimiento de las salas de lo criminal de los Tribunales Provinciales o Regionales Populares, según el caso.

23 22 en zonas rurales, 5 en urbanas-rurales y 4 en urbanas.

Las sanciones aplicables²⁴ eran de fuerte contenido social, como la superación educacional; la más utilizada fue la de amonestación pública. Las decisiones eran recurribles en revisión. Múltiples resultaron las creaciones para el funcionamiento de esta justicia.

En 1974, los cambios en el procedimiento se hicieron conjuntamente con una nueva Organización Judicial, en la cual se unificaban las diversas jurisdicciones existentes (ordinaria, revolucionaria, popular y militar). En el documento de presentación de las bases para la conformación del nuevo Sistema Judicial²⁵ — elaborado por el Secretariado de las Comisiones de Estudios Jurídicos del Comité Central del PCC— se dejó claramente establecido, que el Sistema Judicial “no constituía un poder”. Se partió del principio, “de que en nuestra sociedad hay un poder único: el Poder Revolucionario”; y que “El sistema judicial es un órgano del Estado Socialista y como tal supeditado jerárquicamente al órgano supremo del Poder de nuestro Estado”, que desde el triunfo de la Revolución, lo había sido el Consejo de Ministros, que ejercía las funciones ejecutiva, legislativa y constituyente.

Sobre la Independencia del Juez, en el invocado documento se consignó: “La independencia del juez, sujeto a la Ley y a las normas dictadas por el Poder Revolucionario, se refiere a la formación de su criterio al juzgar cada hecho, y al aplicar las normas y las leyes en el campo de la justicia”.

Así mismo, en cuanto a la función de la denominada Jurisprudencia, se expuso: “En lugar del sistema actual llamado de jurisprudencia, mediante el cual las normas para la mejor aplicación de los preceptos legales hay que deducirlas de sentencias reiteradas del TS, se encarga al Consejo de Gobierno de fijar las normas mediante instrucciones expresamente discutidas y aprobadas”.

Sin duda, estas ideas constituyeron un brusco cambio para el tradicional pensamiento de los juristas de entonces —*adiós al cacareado Poder Judicial, la independencia del Juez, quedó limitaba al caso sometido a su consideración; y concluía el reinado de la jurisprudencia*—.

En la nueva organización, se suprimieron los Tribunales unipersonales, todos eran colegiados, con jueces elegibles y revocables, actuando conjuntamente profesionales y legos.

He intentado describir someramente el convulso contexto histórico, en el ámbito de la Administración de Justicia, bajo el cual se forjaron las normas procesales que sucedieron a la LECrim, y del que fueron protagonistas la mayoría de sus redactores.

Seguidamente, relaciono un grupo de ideas y normas de la monumental LECrim que sobrevivieron al citado periodo; otras han sido olvidadas. Imposible es abarcar todos los aspectos de la Ley en una exposición de esta naturaleza.

En cuanto al sistema de enjuiciamiento adoptado por las leyes del periodo revolucionario, se mantuvo el modelo de la LECrim, en la que el centro del proceso lo constituye el juicio oral y público, estando encaminadas las fases anteriores a su preparación. La etapa investigativa, diseñada con la finalidad de fundar la sospecha, pero no idónea para la obtención de la verdad; concibiéndose la del juicio oral con este propósito; su búsqueda y comprobación continuó siendo la meta del proceso.

24 Sanciones principales: Amonestación pública, superación educacional, multa, privación de derechos, alejamiento, confinamiento, reubicación, y privación de libertad.

25 Documento titulado *¿Cómo debemos organizar el nuevo sistema judicial?*, elaborado por el Secretariado de las Comisiones de estudio Jurídico del CC del PCC.

En el orden formal, la estructura de las leyes revolucionarias, siguió a la LECrim; las novedades más notables consistieron en que, en las nuevas leyes, se dedicó un Libro independiente a la Acción penal y la calificación del delito; que en la primera se encontraba dentro del dedicado al Juicio Oral; mientras que los Recursos de casación, que eran objeto de un Libro en la vetusta Ley, se llevaron donde el resto de los recursos.

Propósito del legislador revolucionario, lo constituyó la simplificación de la ley; reducirla en lo pertinente, haciéndola fácilmente comprensible y de rápido manejo, incluso, para los no titulados en Derecho. Tocante a la redacción, se empleó un lenguaje libre de “arcaísmos anacrónicos y latinazgos innecesarios”. Los 998 artículos, propios de la LECrim, y los más de 170 añadidos por las órdenes militares de los interventores norteamericanos, se redujeron en proporción superior a la mitad en las nuevas leyes²⁶.

Deduzco que el señalado designio —entre otras razones, como la de establecer una “justicia popular”, fundada en el nuevo contexto histórico, con la pretensión de amplia participación de las masas— también fue motivado por el cambio de composición de los compañeros que, desde una posición u otra, estaban llamados a enfrentar la tarea de impartir justicia; muchos de ellos procedían de los estratos más humildes — obreros y campesinos— que con un gran esfuerzo habían adquirido la condición de juristas, o estudiaban; otros desempeñaban honrosamente funciones judiciales, sin ser titulados o realizar estudios superiores; situación que persistió hasta 1983.

En 1964, se había celebrado la Primera Plenaria de trabajadores de la Administración de Justicia y del Ministerio de Justicia, inusual reunión de empleados y funcionarios; sin distingos de jerarquías ni de otra índole, ni otra aspiración que el éxito final de la administración de justicia. Sus acuerdos y resoluciones iban dirigidos a librar a los procedimientos judiciales de trámites inútiles, a simplificarlos e imprimirles mayor agilidad. Algunas de estas decisiones —de hecho— modificaron la LECrim y, a la postre, fueron incorporadas a la Ley que la abrogó²⁷.

DETENCIÓN Y ASEGURAMIENTO DEL ACUSADO

Las causas de detención de la LECrim se reproducen casi literalmente en los ordenamientos posteriores; como novedad, se añade la obligación por parte de la Autoridad o Policía de detener “al acusado por delito contra la seguridad del Estado” (art. 243. 2).

Los presupuestos básicos para la adopción de la prisión provisional en las leyes del período revolucionario, son los mismos, que en la derogada LECrim; a saber: la existencia de un hecho que presente caracteres de delito y razones bastantes para creer responsable criminalmente al presunto culpable. También se trasladan a estos cuerpos los motivos de aquella, para no adoptar la decisión de prisión: buenos antecedentes de conducta; inexistencia de indicios sobre evasión de la justicia, y que el delito no haya producido alarma, ni sea de los que se cometen con frecuencia en el territorio. A las tradicionales medidas de prisión, fianza y obligación *apud acta* de la vieja ley, se suman la fianza moral y la reclusión domiciliaria.

El modo de imposición de las medidas de aseguramiento, durante la fase investigativa, ha sido radicalmente cambiante. En la LECrim, la acordaba el Juez de Instrucción mediante auto fundado (art. 502); que tenía que ser ratificado o reformado por el propio Juez, dentro de las setenta y dos horas siguientes al acto de

26 503 en la de 1973 y 499 en la de 1977.

27 En la redacción de las sentencias en materia penal, se dejó de transcribir en los resultandos, los escritos de calificación de las partes como preceptuaba el artículo 142. 3 de la LECrim.

la prisión, previo oír al procesado (art. 516). Esta decisión podía ser apelada, sólo en el efecto devolutivo para ante la Audiencia, con celebración de vista (art. 518); la final resolución podía suplicarse (art. 236).

En la Ley de 1973, el aseguramiento en esta etapa lo disponía el Tribunal del juicio, dentro de las setenta y dos horas siguientes del recibo de las actuaciones, mediante resolución fundada, previa audiencia verbal con la intervención del Fiscal y del detenido asistido por un Defensor. La resolución adoptada era irrecurrible.

En 1977 se suprimió la audiencia verbal, otorgándole al Fiscal la potestad para adoptar las medidas cautelares, las que eran sometidas a la consideración del Tribunal del juicio, aprobándolas, modificándolas o dejándolas sin efecto, cuya decisión era irrecurrible.

En 1994 (Decreto Ley No. 151), pasa el señorío del aseguramiento a manos de la Policía y la Instrucción (arts. 245 y 246), excepto la prisión provisional, cuya decisión quedó en poder del Fiscal. Cesando a partir de ese momento todo control judicial en el aseguramiento del acusado.

HÁBEAS CORPUS

Trato esta institución, a continuación de la detención y aseguramiento del acusado, por la relación con este tema; la fórmula de la LECrim pasó a la de 1973, con la excepción de que no era revisable la prisión si obedecía a delito contra la seguridad del Estado. En la Ley vigente, su eficacia se redujo y quedó limitada a verificar la formalidad de si la detención obedece a auto de prisión o sentencia (art. 467).

DEFENSA TÉCNICA

En la LECrim, no existía un coherente y sistemático desarrollo de esta institución, normas aisladas se referían a ella. En la fase investigativa, la presencia del Defensor no era obligatoria; surgía este derecho a partir de la notificación del auto de procesamiento —dictado por el Juez de Instrucción, cuando del “sumario aparecía algún indicio racional de criminalidad”—; momento en que cesaba el secreto de las actuaciones (art. 384). En la etapa judicial, sí resultaba forzosa la asistencia de un Defensor y —en caso de no designarlo el procesado— el Tribunal lo hacía de oficio.

Las indicadas limitaciones perduraron en las posteriores leyes; sólo que, en estas, el auto de procesamiento fue sustituido por el de aseguramiento, a partir del cual nace el indicado derecho. En la etapa judicial, observo semejante situación a la de la LECrim.

FASE PREPARATORIA

Similar a la LECrim —titulada Del sumario— las leyes del periodo revolucionario le dedican un libro, rubricado La fase preparatoria del juicio oral. Los conceptos que de esta etapa se ofrecen, en los referidos ordenamientos, son iguales; así como los temas que se desarrollan dentro de los respectivos Libros.

Sobre la intervención judicial en este periodo; en la LECrim, la formación del sumario estaba a cargo de los jueces de Instrucción. En la de 1973, se da un trascendente cambio que, según conversaciones sostenidas con los miembros de su Comisión redactora que aún viven, constituyó uno de los aspectos más debatidos en su seno; este fue suprimir el Juez de Instrucción, repartiendo sus funciones entre la Policía, el Fiscal y el Tribunal.

En carta de 20 de octubre de 1972, del Secretariado de la Comisión redactora, elevando el Proyecto al Presidente de la Comisión, sobre este extremo se expresa:

“... entre las causas de la competencia de las Audiencias, que ahora requieren de la Intervención del Juez de Instrucción, hay un crecido número que, por su escasa complejidad y poca importancia, pueden ir directamente al juicio con las actuaciones practicadas por la Policía. En sus actuaciones, la Policía tendrá, cuando lo requiera, lo mande la Ley, o lo estime necesario el Fiscal, la asistencia, asesoría y dirección de éste. En las causas complejas, por hechos de mayor entidad criminal, sobre todo si en ellas hubiere inculcado sujeto a prisión, el Tribunal puede nombrar un juez instructor, para que complete las diligencias iniciadas por la Policía.”

El Juez Instructor invocado, debía pertenecer al propio Tribunal que lo designó, o a otro subordinado, y podía ser nombrado en las oportunidades siguientes:

- 1º Después de celebrada la audiencia verbal (arts. 262 y 263).
- 2º A petición del Fiscal por la gravedad o complejidad de los hechos (art. 259. 2); o
- 3º Cuando el Fiscal solicitara el sobreseimiento y el Tribunal tuviese dudas al respecto (art. 263).

Lo anterior me lleva a concluir, que no es exacta la repetida aseveración de que, en la Ley de 1973, la fase indagatoria le fue absolutamente encargada a la Policía; aunque no polemizo si, de hecho, lo fue.

En la Ley de 1977, se encomienda esta fase a un Instructor de la Policía, Seguridad del Estado, o Fiscalía (art. 105), sin intervención judicial alguna; creándose la anómala situación, que los supuestos que, otrora constituían anticipo jurisdiccional de pruebas, ahora se realizan ante uno de los Instructores señalados (arts. 194, 195 y 214), y a los que esta Ley les otorga la condición de Autoridad (arts. 102, 173, 189).

En lo concerniente a las diligencias investigativas (De la comprobación del delito y determinación de los partícipes) que, siguiendo a la LECrim, se comprenden en la parte de la LPP dedicada a esta etapa, “son las mismas y están reguladas en similar forma”, a saber: De la inspección en el lugar de los hechos; Del cuerpo del delito²⁸ y De la identidad del Acusado y sus circunstancias personales²⁹.

Tampoco hay sustanciales reformas, en lo tocante a la toma de declaración a acusados³⁰, ni en el examen de testigos y el dictamen pericial.

Respecto a los acusados, se ratifica la idea que, sobre la exclusiva base de la confesión no es posible sostener una sentencia condenatoria; esta debe ser corroborada por otros medios de prueba, pretendiendo evitar, así, que aquella se convierta en la reina de las pruebas, y centro de los esfuerzos investigativos.

28 *Aquí sólo el artículo que autoriza a prescindir de la necropsia (art. 143), no cuenta con antecedentes, al parecer fue tomado del Acuerdo de la Sala de Gobierno del TS, de 29 de marzo de 1932; otro artículo, referido a las pruebas científico- técnicas (art. 147), es producto de la fusión de varios (356, 357 y 363) y los hay de igual contenido, sólo con cambios en la redacción, como el referido a la determinación del valor de la cosa o importe del perjuicio, que —confieso— encuentro mejor expresión en la vieja Ley, al señalar, que: “el Juez oír sobre ello al dueño o perjudicado”, que en la nueva, en la cual se expone, “se estará al dicho del perjudicado”.*

29 *Ejemplo de fusión de artículo es el 157 de la LPP, que es consecuencia del 377 (informe de moralidad), 378 (testimonios sobre conducta) y 379 (antecedentes criminales).*

30 *Radicalmente modificada por la orden N° 109 de 1899 del Gobierno interventor.*

En cuanto a los testigos, se incorporan cuatro normas: una, disciplina cómo proceder cuando el testigo aduce “que no puede revelar el secreto por razón de su cargo”, y hay dudas sobre tal inviolabilidad (art. 169), otra, suprime el juramento o promesa e impone la obligación de veracidad en el testimonio (art. 179); la siguiente, hace alusión a métodos prohibidos en la toma de declaración (art. 183); y la última, restablece el careo de testigos y acusados entre sí, o unos con otros (art. 199).

La prueba pericial cambia en los aspectos que seguidamente relaciono: Se elimina la posibilidad de recusar a los peritos (art. 467). Se suprime el perito de parte (art. 471); se sustituye el juramento del perito por la advertencia de que está obligado a proceder bien y fielmente en el desempeño de sus funciones, sin otro propósito que el de descubrir y declarar la verdad (art. 210); por último, se limita el derecho que tenían las partes y sus representantes a presenciar la prueba (arts. 476 y 480), sólo al supuesto que esta no sea susceptible de ulterior reproducción (art. 214).

En materia probatoria, en sede de instrucción, no hay novedad trascendente incorporada a la altura de los avances científicos de la época.

FASE INTERMEDIA

Tampoco aquí observo variaciones sustanciales en las leyes de 1973 y 1977, esta etapa continuó a cargo del propio Tribunal del juicio, que podía ordenar la ampliación de las investigaciones de estimarlas incompletas; tal y como ocurría al revocar la Audiencia el auto de conclusión del sumario, por idéntica razón.

Los artículos de previo y especial pronunciamiento de la LECrim, con título de igual denominación y semejante ubicación, pasan a las leyes que le sucedieron. No así ocurrió con la norma que autorizaba al Tribunal a sobreseer libremente las actuaciones, aun cuando el Fiscal solicitara la apertura a juicio oral (art. 645).

En los escritos de calificación provisional, de la acusación y la defensa, no hay modificación digna de mención.

FASE DE JUICIO ORAL Y SENTENCIA

Con impresionante similitud, conservan las nuevas leyes los dictados de la anterior en esta materia. De los 53 artículos que dedica la Ley en vigor al juicio y sentencia; 44 encuentran directos antecedentes en la LECrim, con idéntica o parecida redacción, pero igual contenido; a saber: principios que lo informan, actos iniciales, atribuciones del Presidente, recepción de pruebas, calificaciones definitivas, alegatos finales, derecho de última palabra, causales de suspensión y sistema de valoración de las pruebas; hasta el documento de la sentencia, en su redacción, conserva los curiosos Resultandos y Considerandos.

Las novedades nada importan de significación, algunas consagran legalmente experiencias de orden práctico (arts. 321, 341, 347, 352). Así mismo, perduran costumbres, entre ellas, las de la ubicación de los sujetos en la Sala de juicio, pues no hay norma al respecto, lo que obedece a los invocados orígenes. También, subsisten vicios en dicho acto, como el de simbólicas reproducciones de diligencias sumariales, así en el caso de los documentos, donde un sinnúmero de ellos ingresan al debate sin exteriorizar su contenido; o la fuerte influencia del sumario en esta etapa.

Una norma se distingue de lo expresado; aludo a la denominada “fórmula” (art. 350) que autoriza a sancionar más severamente que lo pedido por el Fiscal. En la LECrim, en su primitiva redacción (art. 733),

ésta se limitó al tema de la calificación del delito; luego se fue ampliando de forma progresiva, permitiendo la inclusión para debate, de los aspectos siguientes: grado de intervención y circunstancias agravantes (en virtud de la Orden Militar No. 109 de 1899); sanción más grave que la solicitada y castigo ante la retirada de la acusación (art. 305 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1909). Por último, incorporar en la imputación elementos o circunstancias, no sustanciales, que posibiliten empeorar las calificaciones (Ley de 1973); llegándose a sostener por sentencia del TS del año 1977³¹ —cuyo ponente fue un respetado Juez, que participó en la redacción de la Ley—, que el mencionado artículo:

“... autoriza al Tribunal para traer válidamente al debate —como posible fundamento factual del fallo— los particulares de hecho que se hubieren omitido... así al amparo de la fórmula se puede ventilar una circunstancia que haga de un hurto un robo, o de un homicidio un asesinato ... pero desde luego, no se podrá hacer de un hurto un homicidio”.

FASE DE RECURSOS

El recurso de casación resultó notablemente simplificado en sus trámites y formalidades, preceptuándose en las nuevas leyes: “que la cita inadecuada del precepto autorizante no era obstáculo para su admisión, si de los términos del mismo se podía inferir el propósito del recurrente” (art. 74); pero continuó siendo una impugnación contra la sentencia en cuanto esta contenga un error en el proceder o en el juzgar, sin tocar la base de hecho, que fijó la instancia.

Se conservó el régimen de causales; las de infracción de ley, sólo con la novedad de definir lo que “eran circunstancias posteriores a la comisión del delito que impiden sancionarlo”; y las de forma, de fundirse en un precepto los vicios anteriores a la sentencia y los de esta.

La casación de oficio, que en la LECrim estaba prevista para los casos de sanción de muerte, y podía ser, tanto por infracción de ley, como por quebrantamiento de forma; se mantiene en la Ley de 1973 cuando la “sanción fuere la máxima de privación de libertad”; y en la de 1977 se regula sólo para aspectos procesales, con distinta formulación y contenido.

FASE DE EJECUCIÓN

Las normas que disciplinan la ejecución de las sentencias, en las leyes del periodo revolucionario, todas cuentan con un directo antecedente en la LECrim.

CONCLUSIONES

Veo, en una parte importante de los aspectos examinados —especialmente nuestro proceso ordinario o juicio común— que no hay cambios sustanciales por la vía legislativa; tampoco se ha recrecido a través de decisiones del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular ni por sentencias del máximo Tribunal; quiero decir, se ha detenido en el tiempo.

Como expresé, la LECrim tuvo una formal vigencia de 85 años: desde el 1º de enero de 1889 hasta el 7 de enero de 1974, en que fue abrogada; pero luego de este somero estudio —limitado por razones obvias— y pese a que en la Carta de presentación del Proyecto de 1973 se expuso: “*que este recogía*

31 Sentencia de la Sala de lo Criminal del TS N° 784, de 18 de agosto de 1977. Ponente, Dr. Francisco Varona Duque Estrada.

nuestra experiencia, y la de otros pueblos, particularmente aquellos que construían el socialismo”, confieso que albergo serias dudas, sobre si verdaderamente —en materia procesal— se adoptaron, “*nuevas leyes*” —en el amplio sentido que esta expresión conlleva—; o si no obstante el panorama histórico presentado —guiado por la idea de destruir en lo pertinente las bases legales que sustentaron el anterior sistema— continuó rigiendo la propia LECrim, acomodada a las realidades imperantes. Pienso que, en sus grandes líneas, es el esquema de procedimiento de la más que centenaria LECrim, el que resultó acogido por las leyes del periodo revolucionario; sus grandes problemas están latentes y las virtudes se han extendido en el tiempo; de manera que no es equivocado sostener, que dicha ley vive, y tiene una vigencia real de 125 años.

PENAS, MEDIDAS DE SEGURIDAD Y DERECHO PENITENCIARIO

LA “PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE”: UN EUFEMISMO DEL SIGLO XXI PARA LA CADENA PERPETUA O LA “MUERTE EN VIDA”

Teresa Aguado Correa
Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Sevilla, España

I. INTRODUCCIÓN

Actualmente se está tramitando en España, una vez más, una reforma de gran calado del Código Penal de 1995¹. La tramitación parlamentaria de este Proyecto está siendo especialmente lenta², no obstante cabe suponer que la tramitación parlamentaria se acelerará conforme se vaya acercando la fecha de las elecciones generales, pues entramos en la recta final del mandato presidencial y ya sabemos que el Derecho Penal es utilizado indefectiblemente como “baza electoral”. Esta modificación tan solo se puede explicar cómo una manifestación de lo que GARCÍA VALDÉS denomina como “emotivismo penal”³ ante el sufrimiento de las víctimas.

Una de las modificaciones previstas, y de las de más calado, a la vez que de las más discutidas, es la inclusión de la “prisión permanente revisable” en el catálogo de penas privativas de libertad⁴. Algún sector doctrinal prefiere denominarla “cadena perpetua”⁵, denominación que nos parece más acorde con

1 Desde que entró en vigor el día 24 de mayo de 1996, ha sufrido 26 reformas, dos ellas de gran calado, la de 2003 y la de 2010. Sobre estas reformas, vid. Informe Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal, de 8 de enero de 2013, pps. 3 y ss; DÍEZ RIPOLLES, “Rigorismo y reforma penal. Cuatro legislaturas homogéneas (1996-2011). Parte I”, Boletín Criminológico 2/2013(marzo) nº 142, p. 1, ha contabilizado 24 reformas sustanciales del Código Penal desde el año 1998 al año 2010, a las que habría que sumar las reformas que tuvieron lugar en los años 2011 y 2012. Para una exposición detallada de las reformas vid. el citado artículo, y la Parte II del mismo, publicado en Boletín Criminológico 3/2013 (abril), nº 143.

2 En el momento que se redactan este trabajo, hace un año que el Consejo de Ministros, tras varios intentos fallidos que se quedaron en Anteproyectos, aprobó la remisión a las Cortes Generales del Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y que fue publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (4 de octubre 2013). Una vez rechazada en el Congreso de los Diputados la enmienda a la totalidad, desde el mes de diciembre de 2013 se está ampliando semanalmente el plazo de enmiendas al articulado

3 En “El doble flujo de la legislación penal y sus límites: la cadena perpetua”, publicado el 19/09/2012, disponible en www.cuartopoder.es/soldeinvierno/el-doble-flujo.../2597. Las víctimas, según este autor, especialmente del terrorismo, se sienten siempre insatisfechas y aún abandonadas, se haga lo que se haga en este terreno, pues el dolor de una pérdida traumática e injusta es irreparable. GARCÍA VALDÉS, critica estos “estos extremos punitivos” que, en su opinión, no van a cumplirse pues “la esencia de nuestra historia penal y penitenciaria, dulcificadora no se olvide, pondrá las cosas en su sitio y por la vía del expediente individual repondrá la extensión de las condenas a su justo y razonable término”.

4 CANCIÓN MELIA, p. 4, afirma “que se trata —por su significado de cambio cualitativo— de una de las decisiones político-criminales más importantes desde el restablecimiento de un sistema jurídico-político de libertades en el año 1977”, que sin duda se puede calificar como un cambio histórico.

5 Entre otros GARCÍA VALDÉS o CUERDA RIEZU, La cadena perpetua y las penas muy largas de prisión: por qué son inconstitucionales en España, Barcelona, 2011. . En el título de nuestro trabajo nos hemos referido a ésta como “muerte en vida” utilizando la terminología empleada en su día por la Comisión Redactora del Código Penal, cuando afirmó que “Penas de cuarenta y cinco años son como una muerte en vida...”.

el contenido de la misma y que evita, una vez más, un “fraude de etiquetas”⁶. El Diccionario de la lengua española de la Real Academia española, contemplan dos acepciones de “cadena perpetua”: la primera, “pena aflictiva que duraba como la vida de un condenado”; la segunda, “pena aflictiva cuya gravedad solo es menor que la de la pena de muerte”. A la vista de estas definiciones, pareciera que el prelegislador ha optado por la denominación de “prisión permanente revisable” para huir de las connotaciones históricas negativas de la pena de cadena perpetua⁷ y para denotar que no es más que una modalidad de cumplimiento “especial de la pena de prisión” que en nada se diferencia de la pena de prisión. Con independencia de su denominación, como afirmó en su día FERRAJOLI⁸, nos encontramos ante una “moderna barbarie”. De incluirse de nuevo en el catálogo de penas del Código Penal español la cadena perpetua, tras casi un siglo ausente del mismo⁹, tan solo nos quedaría por recuperar la pena de muerte. ¿Hasta dónde vamos a llegar?

En España actualmente la pena de prisión tiene una duración máxima de 20 años (artículo 36.1), salvo en los supuestos específicos de asesinato concurriendo más de una circunstancias agravantes (art. 140 CP), pudiéndose imponer una pena de prisión de 20 a 25 años; homicidio del Jefe del Estado y familia real (artículo 485 CP) o de Jefe de un Estado extranjero o personas internacionalmente protegidas (artículo 605.1 CP), en los que la pena se extiende a 25 años y a 30 si concurren agravantes; el delito de terrorismo que causa la muerte de una persona, en el que la pena de prisión se extiende a 30 años (artículo 572 CP). No está legalmente prevista actualmente una pena de prisión de duración superior a 30 años por un solo delito. Estos límites máximos no se refieren a los casos de concurso de delitos ni al límite máximo de cumplimiento de la pena de prisión cuando la condena o condenas se impone o imponen por la comisión de varios delitos, en cuyo caso la duración máxima de cumplimiento en prisión es de 40 años (artículo 76 1. c) y d CP).

En realidad en muy poco difieren, salvo en el nombre, las penas de cadena perpetua, prisión permanente revisable y las penas de muy larga duración o la pena de prisión de 50 años prevista en el CP costarricense, al compartir los mismos reparos constitucionales, como ya puso de manifestó el magistrado MORA MORA, en el voto salvado formulado en la Sentencia de 10 de octubre de 2001¹⁰. En este fallo la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia desestimó en todos sus extremos la acción de inconstitucional que se promovió en contra del párrafo final del art. 51.1 CP costarricense, en el que se establece el monto máximo

6 CUERDA RIEZU, *La cadena perpetua*, p. 22, denuncia que en la actualidad en la legislación penal española se está teniendo lugar un fraude de etiquetas, en la medida en que se llama penas de larga o muy larga duración a penas que en realidad son penas de prisión impuestas con carácter de perpetuidad. En su opinión, el motivo por el que en los instrumentos internacionales no se distingue entre penas de muy larga duración y cadena perpetua es para evitar ese fraude de etiquetas.

7 En la enmienda presentada por el Grupo Popular al Proyecto de Ley de reforma del Código Penal, se optó por la denominación de “prisión perpetua revisable”. CANCIO MELIÁ, *La pena de cadena perpetua («prisión permanente revisable»)* en el Proyecto de reforma del Código Penal”, *Diario La Ley*, N° 8175, Sección Tribuna, 22 Oct. 2013, Año XXXIV, p. 6, califica la denominación de “prisión perpetua revisable” como “extraña”, ya que pareciera que la vida humana no es finita y, por consiguiente, impuesta de por vida; y porque el adjetivo “revisable” debería ir acompañado de una “precisión clarificadora como “siempre que el camello pase por el ojo de la aguja””.

8 Así la calificó FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 6ª ed., Madrid, 2004, p. 412; calificación ha sido utilizada en el seno de la doctrina española por JUANATEY DORADO, como la propia autora aclara, en el título de su artículo “Una “moderna barbarie”: la prisión permanente revisable”, *RGDP* 20 (2013), p. 1.

9 Las penas de cadena perpetua y reclusión perpetua fueron eliminadas del catálogo de penas del código penal español en el CP 1932. Sobre la historia de la cadena perpetua, vid. MAPELLI CAFFARENA, “La cadena perpetua”, *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, n° 12, 2010, p. 28; CUERDA RIEZU, *La cadena perpetua*, pp.17 y ss.

10 CUERDA RIEZU, *La cadena perpetua*, p. 23, ha afirmado que “cadena perpetua y prisión de muy larga duración no se muestran como sanciones diferentes sino que sus analogías son elevadas en grado sumo y apenas se diferencian en la práctica”.

de la pena de prisión en 50 años¹¹. El magistrado MORA MORA, disintió de la postura del resto de los integrantes de la Sala, quienes afirmaron que la pena de prisión de cincuenta años no era “perpetua” porque conformaba un período de tiempo determinado. En su voto salvado, el magistrado sostuvo que “resulta innegable que privar de libertad a una persona por espacio de cincuenta años es condenarlo a permanecer en prisión toda una vida, lo cual es contrario a la prohibición de establecer penas perpetuas y degradantes”. Los argumentos ofrecidos por el magistrado MORA MORA en el voto salvado, como tendremos ocasión de comprobar a lo largo de este trabajo, conservan plena vigencia y validez a pesar de los 13 años que han pasado desde que formulara dicho voto.

II. JUSTIFICACIÓN DE LA INCLUSIÓN DE LA CADENA PERPETUA EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

El Gobierno español justifica en la Exposición de Motivos esta importante reforma del Código Penal en los siguientes términos:

“La necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia hace preciso poner a su disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas. Con esta finalidad, se lleva a cabo una profunda revisión del sistema de consecuencias penales que se articula a través de tres elementos: la incorporación de la prisión permanente revisable, reservada a delitos de excepcional gravedad; el sistema de medidas de seguridad, con ampliación del ámbito de aplicación de la libertad vigilada; y la revisión de la regulación del delito continuado” (Apartado I).

Estas palabras tan desafortunadas del prelegislador, han sido objeto, no sin razón, de duras críticas en el seno de la doctrina española y por parte del Consejo General del Poder Judicial¹². Particularmente contundente es la crítica formulada por PEÑARANDA RAMOS:

“Sin un análisis empírico o dogmático mínimamente riguroso que muestre las carencias que aquejan la actual regulación, la confusa alusión a “la necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia” y de poner a su disposición para ello “un sistema legal que garantice resoluciones Judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas” sólo se puede entender como una nueva edición del emotivo, socorrido y peligroso recurso al sentimiento popular de justicia cuando quien apela a tal sentimiento considera que el mismo ha sido desatendido por una defectuosa configuración del “sistema legal”. Nada de esto, por cierto, resulta desconocido en este contexto: también el legislador alemán de 1941 pretendió justificar una radical transformación del delito de asesinato con análogas apelaciones al sano sentimiento del pueblo”¹³.

11 Recordemos que La Sala, con el voto salvado del magistrado MORA MORA, desestimó la acción de inconstitucionalidad “toda vez que la determinación del monto máximo de la pena privativa de libertad constituye un asunto de política criminal que corresponde determinar en exclusivo a la Asamblea Legislativa. El objetivo resocializador o rehabilitador que la accionante acusa infringido por el aumento de la pena máxima, corresponde ser cumplido por el tratamiento o régimen penitenciario, y no por la pena en sí”. Vid. el comentario de esta Sentencia y del voto salvado del magistrado MORA MORA en AGUADO CORREA, *El principio constitucional de proporcionalidad*, San José, 2012, pp. 426 y ss.

12 Por su parte, CANCIO MELIÁ, “La pena de cadena perpetua”, *Diario La Ley*, N° 8175, p.7, se muestra muy crítico con la fundamentación, o más bien con la falta de fundamentación, afirmando que la fundamentación de un cambio tan relevante no pasa de “dos frases huecas”, “contentándose con meros eslóganes”. Tampoco se salva de las acertadas y duras críticas del CGPJ, cfr. *Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de 20 de diciembre de 2012*.

13 Crítica de PEÑARANDA RAMOS, *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia, 2013, p. 493, formulada al hilo del análisis de la reforma del delito de asesinato y la inclusión de la prisión perpetua revisable

La principal crítica que cabe formular es que la medida adoptada, la incorporación de la pena de prisión permanente revisable, es totalmente inidónea¹⁴, innecesaria y desproporcionada en sentido estricto para alcanzar tanto el fin mediato pretendido que no es otro que “fortalecer la confianza en la Administración de Justicia”, como el fin “inmediato” que consiste en “poner a disposición un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que, además, sean percibidas en la sociedad como justas”. Para alcanzar el fin pretendido, existen otras medidas más respetuosas con los principios constitucionales y derechos fundamentales. Además, esta finalidad difícilmente se consigue si el Código Penal se somete continuamente a cambios, pues como reconoce el propio Consejo Fiscal, estas modificaciones continuas afectan al principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) que implica la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses tutelados jurídicamente... con la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho...” (SSTC 225/1998, de 25 de noviembre; y 104/2000, de 13 de abril)¹⁵. En opinión del Consejo Fiscal, “La consecuencia indeseable de las modificaciones continuas en los textos legislativos básicos es la inestabilidad, la falta de certeza en el orden jurídico, la ausencia de previsibilidad de las consecuencias del comportamiento humano, y la correlativa disminución de las garantías y de la seguridad jurídica”¹⁶.

En la justificación de la inclusión de la cadena perpetua ofrecida por el Gobierno nos encontramos, parafraseando a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia de 17 de octubre de 2001, ante un sofisma: la confianza en la Administración de Justicia no se alcanza con la inclusión de la prisión permanente revisable en el sistema de penas del Código Penal; y menos aún, a través de esta pena que es la pena menos previsible de todas las penas. Además, los estudios criminológicos que se están realizando confirman que hay otros factores que estimulan el cumplimiento de la Ley y la cooperación con las autoridades en España, siendo las evaluaciones ciudadanas acerca de la imparcialidad en la toma de decisiones de los Tribunales penales las que mayor influencia tienen sobre el cumplimiento de la Ley y no la elevación de las penas, y menos aún la incorporación de la pena de prisión permanente revisable. Los datos obtenidos, avalan al modelo de autorregulación de la conducta basado en la Justicia procedimental, como la opción más duradera, eficaz y eficiente de control de las conductas delictivas¹⁷.

El argumento relativo a la previsibilidad de las resoluciones judiciales que fortalezcan la confianza en la Administración de Justicia, difícilmente es defendible en relación con la prisión perpetua revisable, pena respecto de la que no existe posibilidad de prever cuanto va a durar, al depender de una serie de factores a constatar durante la ejecución de la misma. Lo único previsible es su imposición pero no las condiciones de ejecución de la misma y el tiempo que va a durar la misma. En realidad, la pena de prisión perpetua

14 De la misma opinión, JUANATEY DORADO, “Una moderna barbarie”, *RGDP* 20 (2013), p. 5.

15 Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de 20 de diciembre de 2012, p. 6.

16 Informe del Consejo Fiscal, p. 3. Recuerda las palabras de COVIÁN Y JUNCO, plasmadas en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 1920, y que retoman plena actualidad: “toda disposición legal no alcanza el apogeo de su fuerza, sino cuando perdura y, por el contrario, si se suceden y reemplazan frecuentemente, pierden, a la par que el respeto que se les debe, su fuerza y autoridad”.

17 Cfr. VÁZQUEZ MORALES y FERNÁNDEZ MOLINA, “Confianza en los Tribunales penales. Una vía normativa a la cooperación ciudadana con la justicia más allá de la amenaza y la coerción”, *RECPC* 15-18 (2013), p.18:1 a 18:29. El título de este trabajo ya pone de manifiesto que el aumento de penas no consigue una mayor eficacia del Derecho Penal, sino que hay otros factores que estimulan el cumplimiento de la Ley y la cooperación con las autoridades en España, siendo las evaluaciones ciudadanas acerca de la imparcialidad en la toma de decisiones de los Tribunales penales las que mayor influencia tienen sobre el cumplimiento de la Ley. Concluyen estos autores que los modelos normativos como el de la Justicia procedimental –“cuando las autoridades emplean procedimientos “justos” a ojos de la ciudadanía, las personas cooperan con la Justicia porque consideran que es lo correcto”-, superan los planteamientos garantistas en la medida en que a través de estas actuaciones es posible fortalecer la confianza que permite al Sistema de Justicia dotarse de la legitimidad necesaria para ser reconocidas por la ciudadanía como autoridades válidas para oriente las conductas (18:27). Se aportan datos criminológicos que avalan al modelo de autorregulación de la conducta basado en la Justicia procedimental como la opción más duradera, eficaz y eficiente de control de las conductas delictivas (18:9).

revisable no tiene límite de duración cierto, pues el límite máximo de esta pena no es otro que el momento de la muerte, el cual es incierto.

No cabe duda de que la prisión permanente revisable infringe el principio de seguridad jurídica y el principio de determinación o certeza, incluido a su vez en el principio de legalidad penal, y así lo reconoce el propio prelegislador en la Exposición de Motivos del Proyecto cuando al referirse a la misma como “pena de prisión de duración indeterminada (prisión permanente)...”. Como dice el axioma jurídico, “a confesión de parte, relevo de pruebas”.

El principio de legalidad está consagrado en el artículo 25.1 de la Constitución española ¹⁸, en los siguientes términos:

“Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”. Conforme a una consolidada doctrina constitucional, este precepto engloba una doble garantía: una formal, relativa al rango normativo; y otra material, relacionada con el principio de seguridad jurídica y, por ello, exige una rigurosa predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones asociadas a estas últimas. La predeterminación normativa no sólo requiere que la sanción se prevea para los supuestos preestablecidos por la norma y en la extensión y límites previstos por la misma, sino que también incorpora, en conexión con el principio de seguridad jurídica un mandato de taxatividad y certeza (Cfr. por todas, STC 100/2003).

En el seno de la doctrina, CUERDA RIEZU afirma que esta pena de cadena perpetua:

“Es pues una consecuencia jurídica cuyo término es certus an et incertus cuando, esto es, determinado respecto al sí e indeterminado respecto al cuándo, ya que es notorio que el cumplimiento de la pena necesariamente va a concluir en algún momento, pero no se sabe cuándo tendrá lugar dicho momento. Pero, en cualquier caso, este término incertus quando provoca su inconstitucionalidad”¹⁹. Aun cuando CUERDA RIEZU, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional sobre sanciones administrativas, sostiene que se puede afirmar que la ausencia de un límite mínimo y máximo dentro del cual el juez y la falta de criterios para “acomparar la gravedad de la sanción al hecho cometido”, lo que imposibilita la imposición de una pena proporcional a la gravedad del hecho cometido y, por consiguiente más justa, no vulneraría el principio de proporcionalidad sino el mandato de determinación derivado del principio de legalidad²⁰; en nuestra opinión, no hace falta acudir a la doctrina del TC sobre el principio de legalidad, y en concreto sobre el mandato de determinación o taxatividad, sino que basta con acudir a la ya consolidada doctrina constitucional sobre el principio de proporcionalidad en Derecho Penal. Ello sin desconocer que el Alto Tribunal ha puesto negro sobre blanco la relación del principio de legalidad con el de proporcionalidad, y en aplicación de lo afirmado en la misma podríamos decir que se constata una vulneración del derecho a la legalidad

18 CUERDA RIEZU, *La cadena perpetua*, p. 82. Este autor, aclara que aun cuando un sector de la doctrina, entre otros, LASCURAIN y ASENSIO MELLADO, abordan esta cuestión desde el punto de vista del principio de seguridad jurídica, el opta por abordarlo desde la óptica del principio de determinación.

19 CUERDA RIEZU, *La cadena perpetua*, p. 83. Cita este autor, la opinión concordante de los Magistrados del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Zagrebelsky y Tulkens, a la STEDH de 28 de mayo de 2002, *Stafford c. Reino Unido*: “Pensamos que una pena sin limitación de duración, que durante su ejecución sólo está determinada sobre la base de los criterios discrecionales mencionados más arriba, especialmente en referencia a elementos de evaluación que no se relacionan con el momento de la comisión de la infracción sino que son posteriores a la misma, difícilmente podría ser considerada como prevista por la ley en el sentido del artículo 7.1 del Convenio [Europeo de Derechos Humanos]”.

20 CUERDA RIEZU, *La cadena perpetua*, p. 85.

penal (art. 25.1 CE) desde la perspectiva del principio de proporcionalidad, “en cuanto comprensivo de la proscripción constitucional de penas desproporcionadas” (STC 136/1999, FJ 30)²¹.

III. MODELO EXTENDIDO EN EL DERECHO COMPARADO EUROPEO

En otro pasaje de la Exposición de Motivos, el Gobierno respalda la introducción de la cadena perpetua utilizando el argumento de que es “un modelo extendido en el Derecho comparado europeo”. Pero como dice el refrán español, y permítaseme la licencia, “mal de muchos, consuelo de tontos”.

Un mapa de esta situación del derecho comparado europeo, lo encontramos en la Sentencia del TEDH (GS) en el Caso Vinter y otros (párrafo 68), mapa que se ha dibujado sobre la base de los materiales de derecho comparado presentados ante el Tribunal, y por su interés pasamos a resumir.

Así, solamente en nueve países no existe la pena a cadena perpetua: Andorra, Bosnia y Herzegovina, Croacia, Montenegro, Noruega, Portugal, San Marino, Serbia y, por ahora, en España. La pena de prisión máxima en estos países oscila entre los veinte y un años en Noruega y los cuarenta y cinco años en Bosnia y Herzegovina. En Croacia, en caso de acumulación de delitos, se puede imponer una pena de prisión de cincuenta años. En España, se puede llegar hasta los cuarenta años, tras la reforma de 2003.

En la mayoría de los países en los que es posible imponer una pena a cadena perpetua, existe un mecanismo para revisar la condena después de que el condenado haya cumplido un mínimo de pena de prisión fijado por la ley. Este mecanismo está previsto por la ley en treinta y dos países: Albania (25 años), Armenia (20), Austria (15), Azerbaiyán (25), Bélgica (15 con la extensión de 19 a 23 años en caso de reincidencia), Bulgaria (20), Chipre (12), República Checa (20), Dinamarca (12), Estonia (30), Finlandia (12), Francia (normalmente 18 años pero se extiende a 30 años en caso de ciertos supuestos de asesinato), Georgia (25), Alemania (15), Grecia (20), Hungría (20 a no ser que el tribunal determine otro periodo), Irlanda (se prevé una revisión inicial por la Junta Penitenciara después de cumplir 7 años de prisión, excepto en ciertos supuestos de asesinato), Italia (26), Letonia (25), Liechtenstein (15), Luxemburgo (15), Moldavia (30), Mónaco (15), Polonia (25), Rumanía (20), Rusia (25), Eslovaquia (25), Eslovenia (25), Suecia (10), Suiza (15 años reducible a 10), la antigua República Yugoslava de Macedonia (15), y Turquía (24 años, 30 en caso de pena a cadena perpetua agravada y 36 en caso de múltiples condenas a cadena perpetua agravada).

En cuanto al Reino Unido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos observa que en Escocia²², cuando se impone una pena a cadena perpetua, el juez debe determinar un periodo mínimo de cumplimiento de la pena, a pesar de la posibilidad de que este periodo exceda el tiempo de vida natural del prisionero.

Pero también hay cinco países que no prevén la libertad condicional para las personas condenadas a cadena perpetua: Islandia²³, Lituania, Malta, los Países Bajos y Ucrania; si bien prevén que las personas condenadas a cadena perpetua puedan conmutar sus condenas mediante un indulto ministerial, presidencial o real. Por último, junto a Inglaterra y Gales, seis países prevén en sus ordenamientos la libertad condicional pero a su vez contienen disposiciones especiales para ciertos delitos o penas respecto a los cuales no se puede obtener la libertad condicional. Estos países son los siguientes: Bulgaria, Hungría,

²¹ *Cfr. sobre esta Sentencia, AGUADO CORREA, El principio constitucional, pp. 391 y ss.*

²² *La Ley sobre los Derechos del Convenio (Cumplimiento) (Escocia) de 2001.*

²³ *En Islandia, aun cuando es posible, nunca se ha impuesto en la práctica una pena a cadena perpetua.*

Francia, Eslovaquia, Suiza²⁴, en relación con los delincuentes sexuales o violentos que son considerados peligrosos e incurables, y Turquía.

IV. DELITOS DE SANCIONADOS CON LA PENA DE PRISIÓN REVISABLE EN EL PrCP

En la Exposición de Motivos del Proyecto (apartados I y II), se afirma que la pena de prisión perpetua revisable “reservada a delitos de excepcionalidad gravedad”, podrá ser impuesta “únicamente en supuestos de excepcional gravedad”: asesinatos especialmente graves²⁵, homicidio del jefe de Estado o de su heredero²⁶, de jefes de Estado extranjeros²⁷ y en los supuestos más graves de genocidio o de crímenes de lesa humanidad²⁸”.

Si bien un gran número de las reformas previstas en PrCP, están motivadas y son justificadas por el Gobierno por la necesidad y la obligación de transponer al Código Penal español las Decisiones marco y de las Directivas europeas, la inclusión de la prisión permanente revisable no se puede justificar aduciendo nuestros compromisos europeos y, en concreto, las Decisiones Marco a través de las cuales se armonizan algunos de los delitos sancionados con la pena de prisión permanente revisable en el PrCP, a saber, la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo y la DM 2008/841/JAI, del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada. Es más, en el artículo 5.2 de la DM 2002/475/JAI, sobre la lucha contra el terrorismo, dedicado a las sanciones, si bien no se establece ningún límite mínimo de la pena máxima, como se procede en relación con otros delitos, se prevé que los autores de un delito de terrorismo con resultado de muerte deben ser sancionados con penas privativas de libertad superiores a las que el Derecho nacional prevé para tales delitos cuando no concurre la intención especial que caracteriza a los delitos de terrorismo, excepto en los casos en los que las penas previstas ya sean las penas máximas posibles con arreglo al Derecho nacional. Por su parte, de lo dispuesto en el art. 3.2 de la DM 2008/841/JAI, tan solo se deduce que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para velar por que el hecho de que si se comete un asesinato, que es el caso que nos ocupa, en el marco de una organización delictiva, puede considerarse como una circunstancia agravante, pero no que se castigue con la pena de prisión de prisión permanente revisable.

El catálogo de delitos de “excepcional gravedad” sancionados con la pena de cadena perpetua ha sufrido, desde que se propusiera por primera vez en 2010 con ocasión de la última gran reforma del CP a través

24 *Vid. el informe del CPT sobre su visita a Suiza del 10 al 20 de octubre de 2011 (25 de octubre de 2012 CPT/Inf (2012) 26), citado en Caso Vinter y otros, párrafo 64. En él, el CPT concluye “que es inhumano encarcelar a una persona para toda la vida sin que tenga ninguna esperanza real de obtener la libertad. El Comité insta firmemente a las autoridades suizas a reexaminar el concepto de prisión “para toda la vida” teniendo en cuenta todo lo expuesto”. [la negrita pertenece al original]*

25 *En los casos de los “Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con las organizaciones o grupos terroristas, atentaren contra las personas”, se justifica la pena de prisión perpetua revisable acudiendo a la “alarma”, junto con la pluralidad de bienes jurídicos atacados, y se hace en los siguientes términos: “El terrorismo cuando causa la muerte de personas constituye uno de los crímenes más graves de la sociedad actual tanto por la alarma que crea como por la pluralidad de bienes jurídicos atacados, por lo que resulta acreedor a la pena que se configura como más grave en concordancia con las otras enmiendas de este Grupo Parlamentario”.*

26 *En su día se justificó por parte del Grupo Parlamentario Popular la sanción de este delito con la pena de prisión perpetua revisable porque “La muerte del Jefe del Estado tradicionalmente ha sido considerada como uno de los delitos con castigo más grave pues atenta no sólo al bien jurídico de la vida del Monarca sino también a la estabilidad constitucional”.*

27 *“Por la gravedad del delito, su trascendencia social, política y por la tensión internacional que crearía si se diera el supuesto, se considera que debe ser acreedor de la nueva pena de prisión perpetua revisable en los supuestos más graves”.*

28 *“Por la gravedad del delito, los múltiples bienes jurídicos afectados por el ataque y el amplio consenso que existe en los países de nuestro entorno sobre la reprochabilidad de la acción, se considera que, en los supuestos más graves, se debe imponer al delincuente la pena de prisión perpetua revisable”.*

de la LO 5/2010, una ampliación progresiva, sin que dicha ampliación haya sido justificada por el Partido Popular, impulsor de la inclusión de esta pena en el Código Penal²⁹.

En la Enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Popular, entonces en la oposición cuando se tramitó la reforma de 2010³⁰, éste no tuvo ningún reparo en reconocer que la entonces denominada «prisión perpetua revisable», se configuraba como una pena excepcional a aplicar en “supuestos muy restringidos pero que han alcanzado el máximo grado de reprochabilidad social” (el subrayado es nuestro): casos de muerte por atentado terrorista; de muerte concurriendo una violación; magnicidio de jefe de Estado nacional o extranjero; de genocidio y de delito de lesa humanidad.

En concreto, justificó la prisión perpetua revisable en relación con los distintos delitos con argumentos muy parecidos. Así, en el supuesto del asesinato concurriendo alguna agresión sexual del art. 179 CP (violación), Grupo Parlamentario la justificó por la alarma social creada en torno a ellos tras la comisión de algunos hechos delictivos especialmente graves, entre otros, el conocido como caso Marta del Castillo, o el caso Mari Luz, ambos delitos contra la vida y la libertad e indemnidad sexuales de menores de edad, aun cuando también se aludió a la gravedad de los mismos:

“Por la gravedad de este tipo de delito y la alarma social creada en torno a ellos se considera que deben ser acreedores de la nueva pena de prisión perpetua revisable en los supuestos más graves”.

En los casos de los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con las organizaciones o grupos terroristas, atentaren contra las personas, se justifica la pena de prisión perpetua revisable acudiendo a la “alarma”, junto con la pluralidad de bienes jurídicos atacados, y se hace en los siguientes términos: “El terrorismo cuando causa la muerte de personas constituye uno de los crímenes más graves de la sociedad actual tanto por la alarma que crea como por la pluralidad de bienes jurídicos atacados, por lo que resulta acreedor a la pena que se configura como más grave en concordancia con las otras enmiendas de este Grupo Parlamentario”.

La sanción con esta pena de cadena perpetua de la muerte del Jefe del Estado, la justificó en los siguientes términos: “tradicionalmente ha sido considerada como uno de los delitos con castigo más grave pues atenta no sólo al bien jurídico de la vida del Monarca sino también a la estabilidad constitucional”;

Su previsión para los casos de muerte de jefes de Estado extranjeros³¹, fue justificada “Por la gravedad del delito, su trascendencia social, política y por la tensión internacional que crearía si se diera el supuesto, se considera que debe ser acreedor de la nueva pena de prisión perpetua revisable en los supuestos más graves”.

Por último, los supuestos más graves de genocidio o de crímenes de lesa humanidad, “Por la gravedad del delito, los múltiples bienes jurídicos afectados por el ataque y el amplio consenso que

29 CANCIO MELIÁ, *La pena de cadena perpetua*, Diario La Ley, Nº 8175, pp. 5 y ss., afirma que esta forma de proceder es manifestación del Derecho penal simbólico o del populismo punitivo. La explicación de estos cambios tan solo se puede lograr partiendo de la base de que primero se tomó la decisión de incluir esta pena en el Código Penal, y luego se pensó en qué supuestos se podría aplicar.

30 El Grupo Popular, presentó una enmienda al Proyecto de Reforma del Código Penal que finalmente dio lugar a la aprobación de la LO 5/2010, con el fin de incluir en el mismo la pena de prisión perpetua revisable y que fue el primer intento fallido del Grupo Popular, que en ese momento era el principal partido de la oposición, de incluir la pena de cadena perpetua en el catálogo de penas, BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, Proyectos de Ley, núm. 52-9, 18 de marzo de 2010, p. 174 y ss.

31 *Por la gravedad del delito, su trascendencia social, política y por la tensión internacional que crearía si se diera el supuesto, se considera que debe ser acreedor de la nueva pena de prisión perpetua revisable en los supuestos más graves”.*

existe en los países de nuestro entorno sobre la reprochabilidad de la acción, se considera que, en los supuestos más graves, se debe imponer al delincuente la pena de prisión perpetua revisable”.

En el Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2012 (AP 2012), presentado por el Gobierno del Partido Popular, se modifica la regulación del asesinato y se aumentan los supuestos en los que cabe imponer esta pena³². La reforma prevé la imposición de una pena de prisión permanente revisable para los asesinatos especialmente graves, que son ahora definidos en el artículo 140 del Código Penal: asesinato de menores de dieciséis años o de personas especialmente vulnerables; asesinatos subsiguientes a un delito contra la libertad sexual; asesinatos cometidos en el seno de una organización criminal; y asesinatos reiterados o cometidos en serie.

Respecto de esta modificación, PEÑARANDA RAMOS ha afirmado “no es que los redactores de este Anteproyecto hayan sentido la necesidad de introducir la prisión perpetua porque haya casos especialmente graves del asesinato, sino más bien a la inversa: precisamente porque habían tomado la decisión de introducir esa pena han querido asegurarse un campo propio de aplicación y, con ese propósito, han tratado de perfilar algunos supuestos de asesinato con tintes tan odiosos que prácticamente resultase indiscutible la justicia de su imposición”³³.

Finalmente, en el Proyecto de 2013 que es que actualmente se está tramitando, se añade un supuesto más de asesinato sancionado con la pena de prisión permanente revisable, que amplía desmesuradamente su ámbito de aplicación: delito de asesinato cometido por quien perteneciere a un grupo criminal. De manera que en el PrCP los delitos de asesinato castigados con pena de prisión permanente revisable son aquellos en los que concurra alguna de las siguientes circunstancias: “1ª que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad física o mental; 2ª que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima; que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal” (art. 140.1 PrCP). Y si ya en el resto de los supuestos se puede cuestionar la proporcionalidad de la pena, en el supuesto de asesina por quien pertenezca a un grupo criminal, no cabe duda que es totalmente desproporcionada si tenemos en cuenta la amplitud de la definición, o mejor dicho de la no definición, de grupo criminal contemplada en el Código Penal español (art. 570 ter 1 CP). Más aún cuando basta que el autor pertenezca a un grupo criminal, para poder imponerle una pena de cadena perpetua, sin llegar a exigirle que lo haya cometido en el seno del grupo criminal o en el marco de las actividades del grupo criminal. Recordemos que la DM 2008/841/JAI, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada únicamente contempla la definición de organizaciones delictivas o en la terminología del legislador español “organización criminal” sin que en su ámbito de aplicación se encuentren los grupos criminales; y, por otra parte, se exige que el asesinato se haya cometido en el marco de una organización delictiva, considerándose en estos casos tan solo como una circunstancia agravante. Cabe llamar la atención sobre el hecho de que en la Enmienda de 2010, se preveía la imposición de la cadena perpetua con carácter facultativo en algunos delitos³⁴ pasando a preverse con carácter imperativo en las propuestas de reforma posteriores, sin dedicarle ni una sola línea a dicho cambio de

32 *Esta reforma en opinión de PEÑARANDA RAMOS, Estudio crítico sobre, p. 491, está tan estrechamente vinculada a la introducción de la nueva pena de “prisión permanente revisable” que sólo se explica cabalmente en función de ella y queda en gran medida unida a su suerte.*

33 *PEÑARANDA RAMOS, Estudio crítico sobre, p. 492.*

34 *Así, en el delito de asesinato del «Artículo 140 bis se preveía que “el que matare a otro concurriendo alguna agresión sexual de las descritas en el artículo 179 de este Código, será castigado con la pena de veinticinco a treinta años o prisión perpetua revisable.» En el apartado 1 del artículo 605 del Código Penal, que queda redactado como sigue:«1. El que matare al Jefe de un Estado extranjero, o a otra persona internacionalmente protegida por un Tratado, que se halle en España... Si concurrieran en el hecho dos o más circunstancias agravantes se impondrá la pena de prisión de veinticinco a treinta años o prisión perpetua revisable» (el subrayado es mío).*

tanta trascendencia. Su previsión con carácter imperativo nos lleva a cuestionar su compatibilidad tanto con el principio de proporcionalidad como con el CEDH. Como ya manifestamos en su día siguiendo a FERRAJOLI, la cadena perpetua es contraria al principio de proporcionalidad en sentido estricto, puesto que no resulta graduable equitativamente por el Juez o Tribunal³⁵, inconstitucionalidad que se acrecienta al no permitir al Juez elegir entre una pena de prisión de larga duración y la pena de cadena perpetua.

Igualmente cabe cuestionar la compatibilidad con el CEDH, a la vista de lo afirmado por la Gran Sala del TEDH, en el Caso Vinter y otros contra el Reino Unido: “los Estados Parte son libres para imponer la pena a cadena perpetua a delincuentes adultos en caso de delitos especialmente graves como por ejemplo el asesinato: la imposición de una pena de este tipo a un delincuente adulto no está en sí misma prohibida o es incompatible con el artículo 3 o con cualquier otro artículo del Convenio (véase *Kafkaris*, citada anteriormente, § 97). Esto es particularmente así cuando este tipo de pena no es obligatoria sino que es impuesta por un juez independiente después de que este haya valorado todos los atenuantes y agravantes presentes en el caso concreto” (párrafo, 105) (el subrayado es nuestro).

V. FINALIDAD DE LA SANCIÓN: ¿REINSERCIÓN SOCIAL?

El Gobierno, consciente de las críticas que se han formulado y se siguen formulando sobre compatibilidad de esta pena de cadena perpetua con el fin de reeducación y reinserción social de las penas privativas de libertad reconocido expresamente en el art. 25.2 CE³⁶, y sabedor de la importancia que en los documentos internacionales y en la jurisprudencia del TEDH se otorga, al menos sobre el papel, a esta finalidad de la sanción, dedica bastantes líneas en la Exposición de Motivos a intentar “convencernos” de que esta pena es compatible con el mandato del art. 25.2 CE. Y lo hace en los siguientes términos:

“La prisión permanente revisable, cuya regulación se anuncia, de ningún modo renuncia a la reinserción del penado: una vez cumplida una parte mínima de la condena un Tribunal colegiado deberá valorar nuevamente las circunstancias del penado y del delito cometido y podrá revisar su situación personal. Una revisión judicial periódica de la situación personal del penado no existe en la actualidad ni para las penas máximas de veinticinco, treinta o cuarenta años de prisión, ni para las acumulaciones de condena que pueden llegar a fijar límites incluso superiores. Y justamente lo que determina la inhumanidad de una pena es la falta de un horizonte de libertad que, en la regulación de la prisión permanente revisable, garantiza la existencia de un procedimiento judicial continuado de revisión”.

A nivel internacional se le otorga a la reeducación y reinserción una gran relevancia incluso cuando se trata de la pena de cadena perpetua y penas de larga duración, si bien como afirmaba de forma contundente el magistrado MORA MORA, “Efectivamente, en sí misma, la prisión no resocializa, no readapta ni transforma a nadie: es un contrasentido que se pretenda “resocializar” a alguien, coartándole la libertad, resocializarlo sacándolo del medio social en que se desenvuelve. La cárcel estigmatiza, desocializa y reproduce la criminalidad”.

El magistrado MORA MORA previamente había puesto de relieve el papel de algunos instrumentos internacionales otorgaban a la reinserción social como finalidad de la pena, citando el art. 10.3) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el que se establece “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los

³⁵ FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, p. 402.

³⁶ Vid. por todos, CUERDA RIEZU, *La cadena perpetua*, pp. 57 y ss.

penados³⁷; y la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en cuyo artículo 5 inciso 6 prevé que “Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”³⁸.

Pero no solo en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sino que el mismo compromiso con la rehabilitación de los condenados a cadena perpetua y la posibilidad de su liberación puede encontrarse en otros instrumentos del derecho internacional. En el marco de las Naciones Unidas, se aprobaron en 1957 las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos en las que se incluyen algunos principios relativos al trato de las personas condenadas. Entre otras, debemos destacar las Reglas 58 a 61 y 65 a 66, sin perjuicio de que encontremos referencias a la rehabilitación en otras Reglas³⁹. En la primera de ellas, se afirma que “El fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad contra el crimen. Sólo se alcanzará este fin si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo”.

A nivel europeo son varios los documentos que se refieren a la reinserción como finalidad de las penas privativas de libertad. En el Consejo de Europa, se han aprobado una serie de documentos que afectan al cumplimiento de las penas, y en los que se hace referencia a la importancia de la rehabilitación como finalidad de la pena. Entre ellos⁴⁰, destacan las Reglas Penitenciarias Europeas, en las que se contemplan las reglas mínimas a aplicar en las prisiones, siendo los Estados invitados a inspirarse en estas reglas para establecer sus legislaciones y políticas, y a asegurar una amplia difusión de las reglas ante sus autoridades judiciales así como ante el personal penitenciario y entre los presos. Así, por lo que respecta a la finalidad de la sanción, aspecto del que nos estamos ocupando en este momento, cabe destacar lo dispuesto en las Reglas Penitenciarias Europeas de 2006, en cuyo artículo 6 se establece que “Toda detención se llevará a cabo de manera que facilite la reinserción en la sociedad libre de las personas privadas de libertad”. En cuanto a la ejecución de las penas, y por lo que aquí nos interesa, se prevé que “Tan pronto como sea posible después de su ingreso (en prisión), se redactará un informe sobre el condenado que incluya su situación personal, el plan individual de ejecución de pena propuesto para él y la estrategia en libertad” (art. 103.2), así como que “Se prestará una atención especial a la confección de regímenes y planes individuales apropiados para los condenados a cadena perpetua y a penas de prisión de larga duración”.

En la Exposición de Motivos del PrCP se afirma que de ningún modo se renuncia a la reinserción del penado, ya que se prevé una revisión judicial, a lo que cabe responder “*Excusatio non petita, accusatio manifesta*”. Y esto es así porque el propio Gobierno reconoce que la falta de un horizonte de libertad es lo que determina la inhumanidad de una pena, a pesar de que se conforma con el carácter revisable de la misma para afirmar ese horizonte de libertad, y lo hace en los siguientes términos: “Una revisión judicial periódica de la situación personal del penado no existe en la actualidad ni para las penas máximas de veinticinco, treinta o cuarenta años de prisión, ni para las acumulaciones de condenas que pueden llegar a fijar límites incluso superiores. Y justamente lo que determina la inhumanidad de una pena es la falta de un horizonte de libertad que, en la regulación de la prisión permanente revisable, garantiza la existencia de un procedimiento judicial continuado de revisión”. En realidad, en su afán de justificar lo injustificable,

37 En el apartado 1 de este artículo se establece que “Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

38 En su Observación General n° 21 (1992) sobre el artículo 10, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas determinó *inter alia* que ningún sistema penitenciario podía estar basado únicamente en la función retributiva de la pena; debiendo esencialmente perseguir el cambio y la rehabilitación social del recluso (párrafo 10).

39 Podemos destacar las Reglas 63 (régimen penitenciario abierto) y 64 (ayuda después de la puesta en libertad).

40 Recomendación 2003 (22), de 24 de septiembre, sobre la libertad condicional y la Recomendación 2003 (23), de 9 de octubre, sobre la ejecución de las penas a cadena perpetua y de larga duración por parte de las instituciones penitenciarias.

reconoce expresamente que las penas de prisión de larga duración (25, 30 y 40 años) son inhumanas en la medida en que no se prevé esa revisión judicial periódica. Y en esto no le falta la razón: tanto en la pena de prisión permanente revisable como en las penas de prisión de larga duración falta un horizonte de libertad⁴¹. No obstante, debemos aclarar que desde nuestro punto de vista, ni la existencia de esa revisión judicial, convierte en humanas dichas penas de larga duración, sino que atentan contra la dignidad humana consagrada en el art. 10.1 CE y contra el art. 15 CE en el que se prohíben las penas o tratos inhumanos o degradantes⁴², al igual que viola el art. 3 CEDH⁴³. No obstante, el TEDH se conforma con la existencia de una expectativa de ser puesto en libertad y la posibilidad de revisión, para considerar que una pena a cadena perpetua no es contraria al art. 3 CEDH (Caso Vinter y otros, párrafo 110). El TEDH tan solo considera que la pena a cadena perpetua es incompatible con el art. 3 CEDH desde el momento de su imposición, no siendo necesario esperar a un momento posterior, cuando no se prevea ningún mecanismo de revisión de la misma (Caso Vinter y otros, párrafo 122); teniendo derecho una persona condenada a cadena perpetua a “conocer, desde el primer momento en el que la pena se impone, lo que tiene que hacer y bajo qué condiciones para poder obtener la libertad, incluyéndose el momento en el que la revisión de su condena tendrá lugar o puede esperar que se produzca” (Caso Vinter y otros, párrafo 122) .

La inclusión de una revisión judicial periódica no es solo una exigencia del TEDH⁴⁴, sino también de la normativa internacional, tanto del Consejo de Europa, de la que nos ocuparemos a continuación, como del derecho de la Unión Europea⁴⁵. Así, la Resolución 76(2) del Comité de Ministros recomienda que en todos los casos – incluyendo los condenados a cadena perpetua – se examine lo más pronto posible si se puede conceder la libertad condicional⁴⁶. Del mismo modo, recomienda “asegurar que la revisión de la pena a cadena perpetua, tal y como se refiere en el [párrafo] 9, tenga lugar, si no antes, entre los ocho y los catorce años de cumplimiento de la pena y que se lleve a cabo de manera periódica”. Esta recomendación no ha sido respetada por el prelegislador español, ya que la revisión sólo podrá tener lugar una vez que el sujeto haya cumplido 25, 28, 30 o 35 años (arts 92 y 78 bis PrCP), plazos que superan con creces los recomendados, al igual que se superan en algunos otros países de nuestro entorno como tuvimos ocasión de constatar en el apartado III. En relación con este plazo de revisión, el TEDH ha dejado claro que “teniendo en cuenta el margen de apreciación que tienen los Estados Parte en materia de política criminal y derecho penal (véanse los párrafos 104 y 105 *supra*), no corresponde al Tribunal determinar la

41 CUERDA RIEZU, *La cadena perpetua*, p. 23, afirma que el condenado a cadena perpetua carece de un horizonte de libertad, factor que la diferencia cualitativamente de las penas privativas de libertad de corta o mediana duración, pero no de aquellas privaciones de libertad que son tan prolongadas, “que en la práctica pueden comportar una expropiación definitiva de la libertad. En tal caso, cadena perpetua y prisión de muy larga duración no se muestran como sanciones diferentes sino que sus analogías son elevadas en grado sumo y apenas se diferencian en la práctica”.

42 Art. 15 CE: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes...”.

43 Art. 3 CEDH: “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

44 Vid. por todas, la reciente Sentencia de la Gran Sala en el Caso Vinter y otros contra el Reino Unido, de julio de 2013.

45 La exigencia de la previsión de la revisión, también la encontramos en el Derecho de la Unión europea, en concreto en el artículo 5(2) de la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, al condicionar la posible ejecución de la orden de detención europea: “cuando la infracción en la que se basa la orden de detención europea esté castigada con una pena o una medida de seguridad privativas de libertad a perpetuidad” a la “condición de que el Estado miembro emisor tenga dispuesto en su ordenamiento jurídico una revisión de la pena impuesta, previa petición o cuando hayan transcurrido al menos 20 años, o para la aplicación de medidas de clemencia a las cuales la persona se acoja con arreglo al Derecho o práctica del Estado miembro emisor con vistas a la no ejecución de dicha pena o medida.”

46 Caben destacar las siguientes Recomendaciones: “1. llevar a cabo una política criminal que incluya la imposición de penas de prisión de larga duración solamente si es necesaria para la protección de la sociedad; 2. adoptar las medidas legislativas y administrativas necesarias para proporcionar un trato adecuado durante el cumplimiento de penas de prisión [de larga duración]; 9. asegurarse de que se examinan los casos de los reclusos lo más rápidamente posible para determinar si se puede otorgar la libertad condicional; 10. otorgar la libertad condicional, teniendo en cuenta los requisitos legalmente establecidos relativos al cumplimiento de la pena, lo más rápidamente posible cuando su otorgamiento sea considerado adecuado; criterios de prevención general no pueden justificar, por sí solos, la denegación de la libertad condicional; 11. aplicar los mismos principios previstos para las penas de prisión de larga duración a las penas a cadena perpetua”.

forma (revisión en manos del poder ejecutivo o del poder judicial) que debe adoptar el mecanismo. Por la misma razón, no le corresponde al Tribunal determinar la cuándo debe realizarse esa revisión. Dicho esto, el Tribunal también destacaría los documentos de derecho comparado y de derecho internacional presentados ante él apoyan con claridad la existencia de un mecanismo de revisión que tenga lugar no más tarde del transcurso de los veinte y cinco años desde la imposición de la pena a cadena perpetua con posterioridad a esa fecha (véanse los párrafos 117 y 118)” (Caso Vinter y otros, párrafo 120).

Por su parte, la Recomendación 2003(22) (sobre la libertad condicional), adoptada por el Comité de Ministros el 24 de septiembre de 2003, establece un conjunto de recomendaciones sobre la preparación para la libertad condicional, su concesión, las condiciones que pueden ser impuestas y las garantías procesales. Esta Recomendación establece con claridad que la libertad condicional debe preverse para todos los reclusos y que no puede privarse de la expectativa de obtenerla a los condenados a cadena perpetua. Los principios generales que se establecen en los párrafos 3 y 4(a) rezan así:

“3. La libertad condicional debe tener como finalidad ayudar a los reclusos a realizar la transición entre su vida en prisión y una vida en sociedad respetuosa con la ley, todo ello mediante la imposición de condiciones y una adecuada supervisión que promuevan esta finalidad y contribuyan a la seguridad pública y a la reducción de los delitos en la sociedad.

4.a. Para reducir los efectos perniciosos del encarcelamiento y promover la reinserción de los reclusos bajo condiciones que garanticen la seguridad de la sociedad, la ley debe permitir la posibilidad de obtener la libertad condicional a todo recluso, incluyendo a aquellos condenados a cadena perpetua.”

El Informe Explicativo que acompaña a la Resolución establece lo siguiente, en relación con el párrafo 4:

“Las personas condenadas a cadena perpetua no deben ser excluidas de la posibilidad de obtener la libertad condicional. En primer lugar, nadie puede sostener razonablemente que todas las personas condenadas a cadena perpetua siempre serán peligrosas para la sociedad. En segundo lugar, el encarcelamiento de personas que no tienen ninguna esperanza de ser puestas en libertad conlleva problemas graves para la ejecución de la condena en cuanto a incentivos a cooperar, buen comportamiento, elaboración de planes individuales de desarrollo personal o de ejecución de la pena, o en cuestiones de seguridad. Los países cuya legislación prevé una pena real a cadena perpetua deben establecer la posibilidad de revisar estas penas de manera periódica después de un cierto número de años de su cumplimiento, con el objetivo de determinar si la persona condenada a cadena perpetua puede cumplir el resto de su condena en sociedad y bajo qué condiciones y medidas de supervisión lo puede hacer.”

A los 15 días de la aprobación de la Recomendación 2003 (22), el Comité de Ministros adoptó la Recomendación 2003(23), de 9 de octubre de 2003, relativa a la ejecución de las penas a cadena perpetua y de larga duración por parte de las instituciones penitenciarias, en la que se señala que debe prepararse a los condenados a cadena perpetua para su liberación y, para alcanzar esta finalidad, deben poder progresar a través del régimen penitenciario; asimismo prevé expresamente que los condenados a cadena

perpetua deben poder gozar de la posibilidad de obtener la libertad condicional (párrafos 2, 8 y 34 de la Recomendación)⁴⁷.

Con la mera previsión de la revisión en el PrCP, se cumple con lo dispuesto en la Recomendación 2003 (23), pues como se afirma en el Informe que acompaña la Recomendación en relación con el párrafo 34⁴⁸: “La Recomendación Rec (2003)23 contiene el principio de que debe existir la posibilidad de conceder la libertad condicional a todos los reclusos excepto a aquellos que cumplen condenas muy cortas. Este principio es aplicable, teniendo en cuenta los términos de la Recomendación, incluso a las personas condenadas a cadena perpetua. Obsérvese, sin embargo, que lo que se recomienda es la posibilidad de conceder la libertad condicional a las personas condenadas a cadena perpetua, no que siempre se les deba conceder” (párrafo 131) .

Y así lo entiende también el TEDH, basta con prever esta revisión sin que sea necesario la concesión de la libertad para no vulnerar el art. 3 CEDH, como se deduce de lo afirmado en el siguiente párrafo: “En primer lugar, una pena a cadena perpetua no se convierte en irredimible por el mero hecho de que en la práctica pueda ser cumplida en su totalidad. No se plantea ninguna cuestión de acuerdo con el artículo 3 en el caso de que una pena a cadena perpetua sea *de jure* y *de facto* redimible (véase *Kafkaris*, citada anteriormente, § 98) (Caso *Vinter* y otros, párrafo 108) (el subrayado es nuestro).

En el Informe que acompañó a la Recomendación (2003) 23, se afirmó que la progresión tiene como finalidad última conseguir una transición adecuada de la vida en prisión a una vida en sociedad (véase el párrafo 44 del Informe); no obstante, en el PrCP no se prevé que el penado pueda acceder al tercer grado penitenciario hasta que no haya cumplido un mínimo de 15 años de “prisión efectiva”, que se eleva a 20 años para los condenados por delitos de terrorismo (art. 36. 1 b) y a) PrCP), no pudiendo disfrutar de permisos penitenciarios hasta que hayan cumplido un mínimo de 8 años o 12 años cuando se trate de penados por delitos de terrorismo. Además, la clasificación en tercer grado, deberá ser autorizada por el Tribunal “previo pronóstico individualizado de reinserción social”, por lo que se complica que pueda acceder al mismo como tendremos ocasión de constatar posteriormente. Como afirma el magistrado MORA MORA en el voto salvado, “ No se puede renunciar a la posibilidad de que una persona que ha delinquirado modifique su conducta y adopte los valores socialmente deseables. La reinserción social del infractor va más allá de la mera resocialización y de la ideología del tratamiento –que visualiza al privado de libertad como un enfermo al que hay que curar-. De lo que se trata es de ofrecer al infractor, diversas posibilidades que le faciliten un proceso de socialización real, donde se pueda recuperar y desarrollar sus potencialidades humanas”.

Aun cuando se intente “vender” por parte del Gobierno español en la Exposición de Motivos del Proyecto, el mensaje de que la pena de prisión de cadena perpetua es constitucional al prever, tal y como se exige por parte de las normativa internacional y del TEDH, una “revisión periódica” de la misma, el contenido de la

47 El párrafo 2 de la Recomendación establece que los objetivos a alcanzar en la ejecución de una pena a cadena perpetua deben ser los siguientes: “– asegurar que las instituciones penitenciarias son lugares seguros para estos reclusos y para todos aquellos que trabajan con ellos o los visitan;– contrarrestar los años que provocan las penas a cadena perpetua y las penas de prisión de larga duración; – incrementar y mejorar las posibilidades de estos reclusos de reinserción en la sociedad y llevar una vida respetuosa con la ley después de su puesta en libertad”. Los principios generales sobre el tratamiento de estos reclusos incluidos en la Recomendación son: a) el principio de individualización (deben tenerse en cuenta las características personales de las personas condenadas a cadena perpetua o a penas de prisión de larga duración para determinar planes individuales para la ejecución de su pena) y; b) el principio de progresión (el plan individual de la ejecución de la pena debe estar orientado a asegurar el adecuado progreso del recluso dentro del régimen penitenciario) (párrafos 3 y 8 Recomendación).

48 “Párrafo 34. La concesión y la implementación de la libertad condicional para las personas condenadas a cadena perpetua y a penas de prisión de larga duración deben basarse en los principios establecidos en la Recomendación Rec (2003) (22) sobre la libertad condicional”.

revisión, los factores a tener en cuenta en dicha revisión, son los que confirman el carácter inconstitucional de la misma⁴⁹. Y es que aun cuando de la lectura de lo afirmado en el apartado II de la Exposición de Motivos (“una vez cumplida una parte mínima de la condena un Tribunal colegiado deberá valorar nuevamente las circunstancias del penado y del delito cometido y podrá revisar su situación personal...”)– pareciera que la revisión se consigue “fácilmente”, lo cierto es que las exigencias contempladas en el art. 92 PrCP provocan esa falta de “horizonte de libertad” que el propio Gobierno señala a continuación como causa de inhumanidad de las penas, tras alabar la previsión de la revisión en los siguientes términos: “Una revisión judicial periódica de la situación personal del penado no existe en la actualidad... Y justamente lo que determina la inhumanidad de una pena es la falta de un horizonte de libertad que, en la regulación de la prisión permanente revisable, garantiza la existencia de un procedimiento judicial continuado de revisión”. La existencia de ese horizonte de libertad o, en palabras del TEDH, de alguna “expectativa de ser puesto en libertad”, es uno de los factores específicos, junto con la posibilidad de la revisión de la pena, que el TEDH tiene en cuenta a la hora de determinar si una pena a cadena perpetua contraviene el art. 3 CEDH, por ser irredimible (Caso Vinter y otros, párrafos 109 y 110), concluyendo que “cuando el derecho nacional ofrece la posibilidad de revisar una pena a cadena perpetua que permita su conmutación, perdón, terminación o la obtención de la libertad condicional, se cumpliría con el artículo 3 (véase *Kafkaris*, citada anteriormente, § 98) (párrafo 109).

Considera el TEDH que tanto el derecho europeo como el internacional apoyan de forma clara que los reclusos, incluidos aquellos que están cumpliendo penas a cadena perpetua, tengan la posibilidad de rehabilitarse y la expectativa de ser liberados si la rehabilitación se consigue (párrafos 114 y 116). No obstante, como puso de manifiesto en su día el MAGISTRADO MORA, “Una pena de cincuenta años, “per se”, de ningún modo va a resultar reformadora o readaptadora, incluso, aunque idealmente se brindara a los privados de libertad, todos los medios para hacerlo y las mejores condiciones posibles de vida. La desocialización y el daño físico y psicológico que se ocasiona a una persona después de muchos años de vivir en prisión es irreversible”.

La revisión judicial depende, según nos explica el propio prelegislador en la Exposición de Motivos, de criterios como el cumplimiento de una parte relevante de la condena, lo cual queda confirmado por los plazos a los que hacíamos alusión anteriormente, la cantidad de delitos cometidos y de su naturaleza, y de la acreditación de algo que es imposible acreditar: “la reinserción del delincuente”, dado que se trata de “una variable no verificable”⁵⁰ de apreciación discrecional por un Juez⁵¹. Y es que en el artículo 92 PrCP, dedicado a la regulación de la libertad condicional, se habla de “un pronóstico de reinserción favorable: “c) Que el Tribunal, a la vista de la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas, pueda fundar, previa valoración de los informes de evolución remitidos por el Centro Penitenciario y por aquellos especialistas que el propio Tribunal determine, la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social”.

49 CANCIO MELIÁ, “La pena de cadena perpetua”, *Diario La Ley*, N° 8175, p. 3, afirma que la decisión de la suspensión se diseña como una salida prácticamente excepcional, al acumularse una serie de requisitos de difícilísima concurrencia —máxime, tras un período de cumplimiento obligatorio ya muy prolongado— para que se pueda formular por el Tribunal un pronóstico positivo de inocuidad del penado”.

50 JUANATEY DORADO, “Una moderna barbarie...”, *RGDP* 20 (2013), p. 5.

51 Vid. en este sentido, las críticas de LASCURAÍN SÁNCHEZ, “Ni aunque revisable”, *El País*, 3 de octubre de 2013, para quien la decisión del juez depende “de una circunstancia de apreciación tan discrecional como es la reinsertabilidad del preso. Tan discrecional y quizá tan difícil, pues se trata de la resocialización de una persona que ha pasado la mitad de su vida adulta al margen de la sociedad”;

En realidad, de lo dispuesto en esta letra c) del art. 92 PrCP, se deduce que no solamente tiene lugar una revisión de la situación personal del penado sino que también se deben valorar factores referidos al delito, tanto al delito cometido como al delito que pueda cometer si se le otorga la libertad condicional, es decir, se tiene en cuenta no solo el pasado sino también el futuro delictivo del penado, lo cual, desde nuestro punto de vista, es cuestionable constitucionalmente. El pasado ya se tuvo en cuenta para imponer la cadena perpetua por lo que no debería ser relevante para la concesión de la libertad condicional, al ir en contra de la reinserción social del sujeto; el futuro es eso futuro, y el Juez que concede la libertad condicional debe tener en cuenta, según lo previsto en el art. 92 PrCP “la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito” y fundar, en realidad, un “pronóstico de falta de peligrosidad”⁵² aun cuando en la letra c) del art. 92.1 PrCP se refiera al mismo como “un pronóstico favorable de reinserción social”. Es el propio prelegislador el que reconoce el verdadero contenido de ese pronóstico, cuando en el artículo 92 PrCP afirma que la revocación de la suspensión puede venir motivada por un cambio en las circunstancias que hayan dado lugar a la suspensión “que no permita mantener ya el pronóstico de falta de peligrosidad en que se fundaba la decisión adoptada”. Un hecho delictivo que aún no ha tenido lugar no puede condicionar la reinserción social del sujeto y menos aún si tenemos en cuenta que los distintos métodos de predicción de la peligrosidad evidencian una “capacidad predictiva muy baja cuando de lo que se trata es de predecir la probabilidad de comisión de futuros delitos por parte de un sujeto concreto”⁵³; métodos que a pesar de los avances que han tenido lugar en los últimos años, resulta poco probable que en un futuro mejoren de manera sustancial. Y, según afirma MARTÍNEZ GARAY, en el caso de estos delitos con tasas de prevalencia tan bajas, el número de falsos positivos es especialmente elevado, por lo que “el juicio que se ofrezca sobre la peligrosidad tiene un elevadísimo riesgo de incurrir en la arbitrariedad y en el decisionismo”⁵⁴. Esta autora teme que, “las estimaciones de probabilidades de reincidencia bajas en los informes periciales serán utilizadas como coartada para no conceder la revisión”⁵⁵. En el párrafo 16 de la Recomendación 2003 (23) se establece que, puesto que ni la peligrosidad ni las necesidades de la política criminal son por naturaleza permanentes en el tiempo, el riesgo y las necesidades de cada momento deben ser evaluados periódicamente. En este sentido, en el Documento de Trabajo sobre las “penas reales/auténticas a cadena perpetua” (CPT (2007) 55, de 27 de junio de 2007), del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (“CPT”), se incluyeron las siguientes recomendaciones: ningún tipo de recluso puede ser catalogado como un recluso que permanecerá durante toda su vida en prisión; ninguna denegación de una puesta en libertad puede ser definitiva; y que incluso los delincuentes reincidentes deben tener esperanza de ser puestos en libertad⁵⁶. En el documento de 25 de octubre de 2012 CPT/Inf (2012) 26, consideró que es inhumano encarcelar a una persona para toda la vida sin que tenga ninguna esperanza real de obtener la libertad⁵⁷.

Por su parte, el TEDH ha afirmado que un recluso tan solo puede permanecer en prisión si existe un motivo de política criminal que lo justifique si bien esos motivos de política criminal son, desde nuestro

52 CANCIO MELIÁ, “La pena de cadena perpetua”, *Diario La Ley*, Nº 8175, p. 3, habla de “pronóstico positivo de inocuidad del penado”.

53 MARTÍNEZ GARAY, “La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad”, *InDret* 2/2014, p. 52.

54 MARTÍNEZ GARAY, “La incertidumbre de...”, *Indret* 2/2014, p. 63.

55 MARTÍNEZ GARAY, “La incertidumbre de...”, *Indret* 2/2014, p. 64.

56 Documento citado por TEDH, *Caso Vinter y otros*, párrafo El Documento de Trabajo sobre las “penas reales/auténticas a cadena perpetua” (CPT (2007) 55, de 27 de junio de 2007), elaborado por el Sr. Jørgen Worsaae Rasmussen, miembro del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (“CPT”).

57 En este Informe, “El CPT tiene serias dudas sobre el concepto de la pena de prisión “para toda la vida”, de acuerdo con el mismo estas personas, una vez han sido declaradas extremadamente peligrosas e incurables, son consideradas para siempre como un peligro permanente para la sociedad y, por tanto, se les priva formalmente de cualquier esperanza de una ejecución más leve de la pena o incluso de la libertad condicional. La única manera de que estas personas puedan ser puestas en libertad es gracias a avances en la ciencia, la persona en cambio no tiene ninguna influencia sobre su posible puesta en libertad, por ejemplo, mostrando un buen comportamiento a lo largo del cumplimiento de la pena”.

punto de vista, cuestionables: “Es un axioma que un recluso solamente puede permanecer encarcelado si existe un motivo de política criminal ... estos motivos incluyen la retribución, la prevención, la protección de la sociedad y la rehabilitación” (Caso Vinter y otros, párrafo 111). Más aún si tenemos en cuenta que previamente a esta afirmación, el TEDH enfatiza que “no se plantearía ninguna cuestión desde el punto de vista del artículo 3 si, por ejemplo, un recluso condenado a cadena perpetua tuviera el derecho, de acuerdo con el derecho nacional, a que se considerase su puesta en libertad pero esta fuera desestimada sobre la base de que continúa siendo un peligro para la sociedad. Esto es así porque, en primer lugar, los Estados tienen la obligación, de conformidad con el Convenio, de tomar medidas para proteger a sus ciudadanos ante los delitos violentos y, en segundo lugar, porque el Convenio no prohíbe a los Estados que impongan a un condenado por un delito grave una pena de prisión de duración indeterminada y lo mantengan en prisión mientras sea necesario para la protección de la sociedad (véanse, *mutatis mutandis*, T. c. *el Reino Unido*, § 97, y V. c. *el Reino Unido*, § 98, ambas citadas anteriormente). Asimismo, evitar que un delincuente vuelva a reincidir es una de las “finalidades esenciales” de una pena de prisión (véanse *Mastromatteo c. Italia* [GS], nº 37703/97, § 72, TEDH 2002-VIII; *Maiorano y Otros c. Italia*, nº 28634/06, § 108, de 15 de diciembre de 2009; y, *mutatis mutandis*, *Choreftakis y Choreftaki c. Grecia*, nº 46846/08, § 45, de 17 de enero de 2012). Estas cuestiones son especialmente relevantes en casos de personas condenadas por asesinato u otros delitos graves contra las personas. El mero hecho de que estos reclusos hayan cumplido ya un periodo largo de pena de prisión no debilita la obligación positiva del Estado de proteger a la sociedad; los Estados deben cumplir con esta obligación manteniendo en prisión a estos reclusos mientras continúen representando un peligro para la sociedad (véase, por ejemplo, *Maiorano y Otros*, citada anteriormente)” (Caso Vinter y otros, párrafo 108).

Cuestionables, además porque el propio TEDH reconoce que “En todo caso, la pena se acentúa con el paso del tiempo: cuanto más viva el recluso, más larga será la pena. En consecuencia, incluso cuando una pena a cadena perpetua es considerada una pena adecuada en el momento de su imposición, con el transcurso del tiempo puede convertirse – parafraseando a Lord Juez Laws en *Wellington* – en una pobre garantía de una pena justa y proporcionalidad (párrafo 112 Caso Vinter y otros) .

En este sentido, el magistrado MORA MORA afirmó que “Esa expectativa de vida (74.18 en los hombres y en las mujeres 79.89), hace que cincuenta años de prisión se traduzca en una pena perpetua, dado que en la hipótesis de la persona de menor edad condenada (18 años), saldría de la cárcel –en caso de que sobreviva las condiciones de la prisión-, a los sesenta y ocho años de edad; sin haber tenido oportunidad alguna de tener una vida laboral, familiar y social”. Como acertadamente concluía el magistrado, “... tomando en cuenta la expectativa de vida real, que se ve desmejorada por las condiciones antinaturales e inhumanas que ofrece el encierro, difícilmente una persona puede salir con vida de la cárcel y si lo hace, en la generalidad de los casos, le resultaría imposible reinsertarse en la sociedad”. También el propio FERRAJOLI tachó de inconstitucional la pena de cadena perpetua por sustraerse al principio igualitario de proporcionalidad al tener una duración más larga para los condenados jóvenes que para los viejos⁵⁸. En el seno de la doctrina española, CUERDA RIEZU ha denunciado la discriminación y, por ende, la violación del principio de igualdad de esta pena, al no depender el período de reclusión del grado de responsabilidad sino de la complejidad personal y de la resistencia física y psíquica⁵⁹. Tampoco podemos pasar por alto que incluso el género es un factor de desigualdad y de desproporción, si atendemos a los datos de esperanza

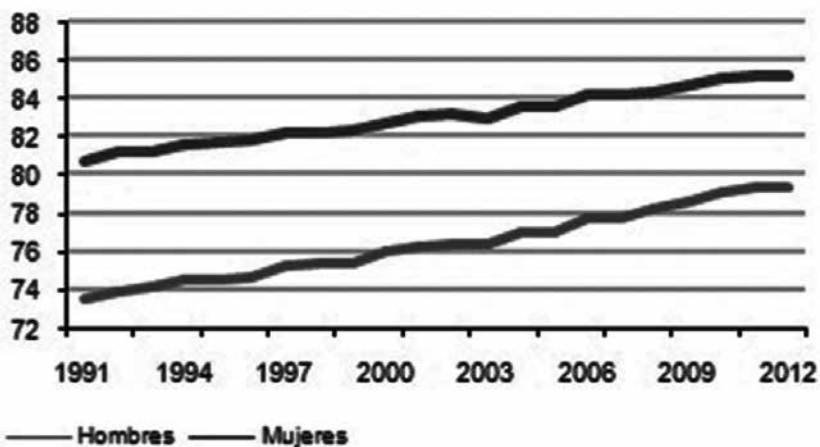
58 FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, p. 402. En el seno de la doctrina española, destacan la vulneración del principio de igualdad, por los motivos alegados por FERRAJOLI, CUERDA RIEZU, *La cadena perpetua*, p. 86. En su opinión constituye una discriminación, porque la mayor o menor duración de la pena no depende de la gravedad del hecho ni de las circunstancias del sujeto, sino simplemente de cuestiones biológicas, de su constitución y de su fortaleza física y psíquica, que resulta contraria al principio de igualdad garantizado en el artículo 14 de la Constitución española.

59 CUERDA RIEZU, *La cadena perpetua*, p. 86.

de vida⁶⁰ de las mujeres y de los hombres en nuestro país, ya que según los datos ofrecidos por el INE, “En las últimas décadas se ha mantenido una diferencia apreciable en la incidencia de la mortalidad por sexos en España y en Europa, originando que la esperanza de vida al nacimiento y a edades avanzadas sea superior en las mujeres”. En España entre 1992 y 2012, la esperanza de vida al nacimiento de los *hombres* ha pasado de 73,9 a 79,4 años y la de las mujeres de 81,2 a 85,1 años, según las Tablas de mortalidad que publica el INE. En este período se mantuvo una diferencia apreciable en la incidencia de la mortalidad por sexos en España y en Europa, dando lugar a que la esperanza de vida al nacimiento de las mujeres supere en casi seis años a la de los hombres en el año 2012. Además, una característica de las últimas décadas ha sido la mejora de las expectativas de vida en las personas de edad madura y avanzada; en el periodo 1992-2012, el horizonte de años de vida a los 65 años de los hombres ha aumentado en 2,6 años y el de las mujeres en 2,8. A los 85 años, el aumento ha sido de 0,7 años en los hombres y 1,1 años en las mujeres. En la UE en el año 2012, la brecha de género⁶¹ a favor de la mujer en la esperanza de vida al nacimiento era de 5,6 años en la UE-28 y de 6,0 años en España. Para el mismo año, la brecha de género a los 65 años era de 3,4 años en la UE-28 y de 4,1 años en España⁶².

Evolución de la esperanza de vida al nacer

años



Fuente: Tablas de mortalidad. INE

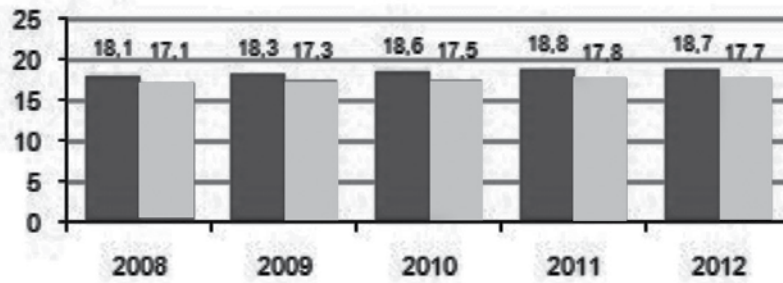
60 Es el número medio de años que esperaríamos seguir viviendo una persona de una determinada edad en caso de mantenerse el patrón de mortalidad por edad (tasas de mortalidad a cada edad) actualmente observado.

61 Por brecha de género (mujeres-hombres) se entiende la diferencia en años, entre la esperanza de vida a distintas edades de la mujer y la esperanza de vida del hombre.

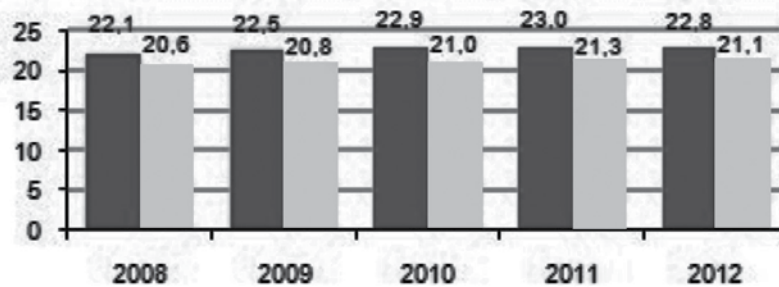
62 Datos publicados en la página web del Instituto Nacional de Estadística (INE), actualizados a 25 de abril de 2014. Disponibles en (http://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259926380048&p=1254735110672&paename=ProductosYServicios/PYSLayout) (consultado por última vez el 30 de agosto de 2014).

Esperanza de vida a los 65 años (años)

Hombres



Mujeres



■ España ■ UE-28

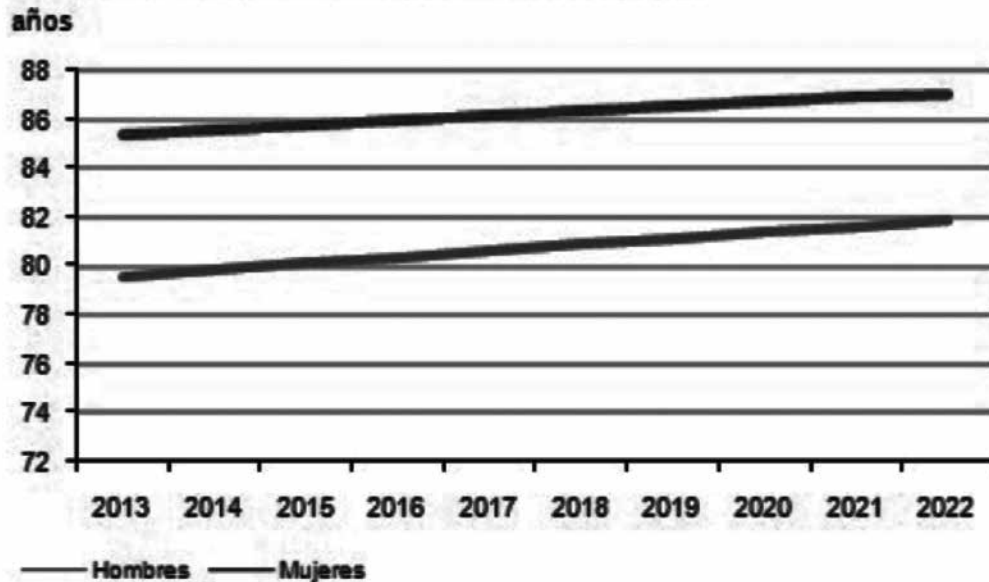
Fuente: Indicadores de Desarrollo Sostenible. Eurostat

Esperanza de vida a distintas edades. Brecha de género. España

	2012			2002		
	Hombres	Mujeres	Brecha de género (mujeres-hombres)	Hombres	Mujeres	Brecha de género (mujeres-hombres)
Al nacer	79,4	85,1	5,7	76,4	83,1	6,8
10 años	69,7	75,4	5,7	66,9	73,6	6,7
20 años	59,8	65,5	5,7	57,1	63,7	6,6
30 años	50,1	55,6	5,6	47,5	53,8	6,3
40 años	40,4	45,8	5,4	38,1	44,1	6,0
50 años	31,0	36,2	5,2	29,1	34,6	5,5
60 años	22,5	27,0	4,5	20,7	25,3	4,6
70 años	14,8	18,1	3,3	13,3	16,6	3,3
80 años	8,3	10,1	1,8	7,5	9,1	1,7
90 años	4,1	4,8	0,6	3,8	4,2	0,4

Fuente: Tablas de mortalidad. INE

Proyección a corto plazo de la esperanza de vida al nacer



Fuente: Proyecciones de población a corto plazo. Parámetros de evolución demográfica. INE

VI ¿Y QUE HAY DE LA PROPORCIONALIDAD DE LA PENA DE CADENA PERPETUA?

Continúa defendiendo el Gobierno esta pena en la Exposición de Motivos del Proyecto, alegando que “no constituye, por ello, una suerte de “pena definitiva” en la que el Estado se desentiende del penado. Al contrario, se trata de una institución que compatibiliza la existencia de una respuesta penal ajustada a la gravedad de la culpabilidad, con la finalidad de reeducación”.

La lectura de este párrafo nos sugiere las siguientes reflexiones, en las que por razones de espacio, no podemos profundizar:

- a) El Estado, al contrario de lo que afirma el Gobierno, sí que se desentiende del penado, al menos durante los 25, 28, 30 o 35 años en los que no tiene lugar dicha revisión, dependiendo del tipo y del número de delitos cometidos, así como, si no se le concede la libertad condicional en los plazos a los que nos acabamos de referir, durante los dos años en los que no procede revisar de nuevo de oficio si la cadena perpetua debe continuar. Bien es cierto, que también el penado puede solicitar la concesión de la libertad condicional, pero una vez rechazada la petición el Tribunal puede establecer un periodo de hasta un año dentro del cual no se dará curso a sus nuevas solicitudes (art. 92.4 PrPC), nuevo período en el que se desentiende del penado.
- b) No se trata de una respuesta penal ajustada a la gravedad de la culpabilidad. Aun cuando el prelegislador español ha evitado el requisito de la especial gravedad de la culpabilidad en la regulación de la suspensión de la ejecución de la pena, apartándose de la regulación alemana, en la justificación de la pena de cadena perpetua sí se parte de esa especial gravedad de la culpabilidad, desconociendo que esa especial gravedad de la culpabilidad habrá que constatarla en cada caso concreto, no pudiéndose realizar una valoración global tan genérica, como la que hace el prelegislador y, menos aún, para justificar la inclusión de la cadena perpetua, pues vulnera la dignidad humana.

A lo sumo, se trata de una respuesta penal ajustada al fin retributivo, desconociendo que el fin del Derecho penal no es otro que la prevención, no teniendo en él cabida teorías retribucionistas y “sedientas de venganza”. Esta “sed de venganza” se trasluce en la justificación que el portavoz del Grupo Parlamentario Popular ofreció en el Congreso de los Diputados en 2010: “La conclusión es fácil: el Grupo Parlamentario Popular quiere un sistema de penas, que podemos seguir trabajando juntos, en donde la retribución —que es su finalidad principal para nosotros, en efecto— signifique ni más ni menos que aquello que recogía Cela en Pascual Duarte, que el que la haga la pague. Con una prevención general que significa que se sepa por todos que el que la hace la paga...Y una prevención especial que significa que sepan los terroristas, los violadores y los pederastas que causen muerte, que van a tener que arrepentirse cada día de su vida en la cárcel”⁶³.

Como nos recuerda el magistrado MORA MORA en su voto salvado:

“El Estado democrático de derecho, si bien exige el respeto al principio de culpabilidad como un límite de la sanción, no admite una función retributiva, que conciba a la pena como un fin en sí misma o como un castigo, pues eso sería contrario a la dignidad humana”.

Incluso cuando el TEDH admite que la retribución es una de las “posibles finalidades de la pena de prisión”, a continuación señala que “la tendencia de la política criminal europea en estos momentos es centrarse en la finalidad rehabilitadora de la pena de prisión, en especial en relación con la terminación de una pena de prisión de larga duración (véanse, por ejemplo, *Dickson c. el Reino Unido* [GS], nº 44362/04, § 75, TEDH 2007-V; y *Boulois c. Luxemburgo* [GS], nº 37575/04, § 83, TEDH 2012, con más referencias sobre esta cuestión)” (Caso Vinter y otros, párrafo 115) .

- c) Llama la atención que tan sólo se haga referencia a la finalidad de reeducación, omitiendo cualquier referencia a la reinserción social, lapsus del prelegislador que lo que hace no es más que reconocer una realidad: a lo sumo se puede orientar a la reeducación del penado pero que la pena a cadena perpetua no es idónea para conseguir el fin de reinserción social, fin que el propio art. 25.2 CE reconoce en los siguientes términos: “Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados”. Como ya hemos tenido ocasión de afirmar en otros trabajos, las penas elevadas son idóneas y, por ende, desproporcionadas e inconstitucionales por ser ineficaces e inútiles para cumplir su objetivo de protección⁶⁴.

De la misma opinión es el magistrado MORA MORA, quien se pronunció al respecto. Por una parte, negando su idoneidad para conseguir el fin preventivo general negativo: “...no existe ningún fundamento sociológico ni psicológico de que las penas altas disminuyan la criminalidad y desde ese punto de vista, la función de prevención general, intimidación o disuasión no resulta efectiva, además de que deviene en inconstitucional, pues trata al ser humano como medio, cuando en realidad debe tenersele como un fin”. Por otra, cuestionando la idoneidad de la misma para alcanzar el fin preventivo especial: “Cierto es que también existe una gran discusión respecto de si la prisión pueda tener algún efecto resocializador en el privado de libertad. Efectivamente, en sí misma, la prisión no resocializa, no readapta, ni transforma a nadie: es un contrasentido que se pretenda “resocializar” a alguien, coartándole la libertad resocializarlo sacándole del medio social, en que se desenvuelve. La cárcel estigmatiza, desocializa y reproduce la criminalidad. No obstante, los instrumentos de derecho internacional vigentes en Costa Rica, según se señaló, le confieren a la pena una finalidad de “reforma” y “readaptación social”.

63 Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y diputación permanente año 2010, IX Legislatura, núm. 146, sesión plenaria núm. 137, jueves 11 de marzo de 2010, p. 30.*

64 Vid. AGUADO CORREA, *El principio constitucional*, pp. 124 y 426.

- e) Queremos destacar una omisión muy relevante del Gobierno español: en ningún momento alude a la proporcionalidad de la pena de cadena perpetua. No obstante, en realidad no nos debería extrañar esta omisión ya que el talón de Aquiles de la pena de cadena perpetua es el principio de proporcionalidad en sentido amplio, al vulnerar todos los subprincipios que integran el mismo. Y de ello parecen ser conscientes, tanto la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (Sentencia de 17 de octubre de 2001) como el TEDH (Caso Vinter y otros, 9 de julio de 2013)), cuando ponen de manifiesto que en ningún momento los demandantes han denunciado que las penas sean desproporcionadas. Así, la Sala Constitucional firmó “En todo caso, la Sala advierte que la fijación de los montos de las penas no puede ser arbitraria ni antojadiza, como se indicó anteriormente, y todo depende de la ponderación que el legislador hace de una serie de valores supra legales en los que se debe reflejar ciertos principios y valores supremos, como el de razonabilidad constitucional, el cual, en todo caso, no es considerado infringido por el accionante” (el subrayado es nuestro) (Sentencia de 17 de octubre de 2001). Por su parte, la Gran Sala del TEDH a pesar de que reconoce que las partes no han alegado la desproporción, inicia el apartado dedicado a “La valoración de la gran Sala” sobre la violación alegada del artículo 3 del Convenio (“Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”), con un apartado dedicado a la “Desproporcionalidad manifiesta”⁶⁵:

“La Sala determinó que una pena manifiestamente desproporcionada sería contraria al artículo 3 del Convenio. Las partes aceptaron esta proposición en sus alegaciones ante la Sala y han mantenido su posición ante la Gran Sala. La Gran Sala también está de acuerdo y respalda la determinación de la Sala. También está de acuerdo con la Sala que solamente en casos excepcionales y raros este test será satisfecho (véanse los párrafos 83 supra y los párrafos 88 y 89 de la sentencia de la Sala).

En el párrafo 83 al que nos remite la Gran Sala, párrafo con el que inicia las conclusiones de la Sala sobre la violación alegada del art. 3 del Convenio, afirma: “1. Todas las partes aceptaron en sus alegaciones ante la Sala que cualquier pena manifiestamente desproporcionada debía ser considerada un maltrato contrario al artículo 3. La Sala estuvo de acuerdo en esta cuestión (observó que se trataba de un test ampliamente aceptado y aplicado para determinar si una pena debía ser considerada un trato inhumano o degradante) pero señaló que solamente en “pocos y raros casos” este test podía satisfacerse (véanse los párrafos 88 y 89 de la sentencia de la Sala)”.

En nuestra opinión, al contrario de lo afirmado por el TEDH, en ningún caso este test puede ser superado por la pena de cadena perpetua: ni el test de idoneidad, ni el de necesidad ni menos aún el de proporcionalidad en sentido estricto⁶⁶. Como sostuvimos en su día, lesiona en todo caso el valor de Justicia propio de un Estado de Derecho y de una actividad pública no arbitraria y respetuosa con la dignidad humana⁶⁷.

El fin del Derecho Penal no es otro que la prevención, no teniendo en él cabida teorías retribucionistas, pudiéndose sostener que el fin de la pena de prisión es preventivo, adquiriendo un papel destacado la reinserción y reeducación social del penado, sin desconocer el fin preventivo general de la misma. Por ello, el principio de proporcionalidad en sentido estricto se encuentra especialmente amenazado en un sistema penal que persigue objetivos preventivos y que está interesado en alcanzar consecuencias beneficiosas a través de golpes de efecto y ejerciendo presión, no solo entre los afectados sino también ante la opinión

65 *Previamente, también se hizo referencia a penas desproporcionadas en el epígrafe III, cuyo título era “Derecho Europeo, internacional y comparado pertinentes sobre la pena a cadena perpetua y penas “manifiestamente desproporcionadas” (párrafos 59 y ss.).*

66 *Vid. el análisis de proporcionalidad realizado por JUANATEY DORADO, en “Una moderna barbarie”, RGDP 20 (2013), pp.4 y ss.*

67 *AGUADO CORREA, El principio constitucional, p. 250.*

pública conformada por los medios y en el que cada vez más el fin justifica los medios. Intentar incrementar la eficacia preventiva del Derecho Penal a través de la inclusión de la cadena perpetua, conlleva la merma de garantías propias de un Estado social y democrático de Derecho, como las derivadas de la proporcionalidad, así como la lesión de su elemento central, la dignidad humana.

El fin preventivo especial ha de tenerse en cuenta no solo en el momento de ejecución de la pena sino también en el resto de los momentos por los que ésta pasa, incluido el momento legislativo y judicial, momentos de los cuales parece haberse olvidado no solo la Sala Constitucional de Costa Rica, como denunciarnos en su día⁶⁸, sino el Gobierno español y el propio TEDH. La inclusión de criterios de prevención especial en el momento de conminación penal abstracta no es más que una consecuencia de la necesaria vigencia de los principios de resocialización y de humanidad de las penas, en las tres fases de la pena, y no exclusivamente en el momento de ejecución.

De la idoneidad ya nos hemos ocupado en la letra c); en cuanto a la incesariedad, por razones de espacio, nada más recordar que a pesar de que nos encontramos ante un principio eminentemente empírico, no se han hecho estudios criminológicos sobre la necesidad de la inclusión de esta pena. Es insultante que el único estudio al que se aluda por parte del Grupo Parlamentario Popular ante el Congreso de los Diputados cuando se propuso en 2010 su inclusión, es un estudio del que no se facilitan datos técnicos, pero de cuya lectura se dedujo que “la prisión perpetua revisable es compatible con la Constitución, es la que demanda una inmensa mayoría de la opinión pública; en la encuesta de Walter Kluger, que es muy técnica, el 51 por ciento está a favor de la revisable, el 31 por ciento a favor de la absoluta y, por tanto, el 82 por ciento a favor de la reclusión perpetua”⁶⁹.

La pena de cadena perpetua viola el principio de proporcionalidad en sentido estricto, tanto la proporcionalidad abstracta como la concreta. La proporcionalidad abstracta, en la medida en que no tiene en cuenta el principio de reeducación y reinserción social en el momento legislativo, ni tampoco la gravedad del injusto sino tan sólo criterios de prevención general negativa y retributivos así como consideraciones de “alarma social” y de “reprochabilidad social”. La proporcionalidad concreta, ya que como manifestamos en su día siguiendo a FERRAJOLI, la cadena perpetua no resulta graduable equitativamente por el Juez o Tribunal⁷⁰.

La desproporción de la pena de cadena perpetua se acentúa si tenemos en cuenta que una vez que los sujetos hayan cumplido con la pena de prisión permanente revisable, si es que viven lo suficiente, el plazo de cancelación de los antecedentes penales se ha ampliado hasta los 25 años para las penas impuestas por delitos de terrorismo, las penas de prisión permanente revisable y las impuestas por la comisión de delitos imprescritibles. ¿De qué reinserción está hablando el Gobierno? ¿De la social, de la laboral o de la “carcelaria”?⁷¹. Tal y como afirmó el magistrado MORA MORA, “...el privado de libertad no podrá reinsertarse a una familia, tener acceso a una trabajo digno, relacionarse socialmente con los demás ciudadanos libres”. Y es que en estas ocasiones, aunque el sujeto haya cumplido la condena, su reintegración plena a la sociedad no podrá tener lugar por imperativo legal y ello porque aunque las inscripciones en el Registro de Antecedentes penales no sean públicas, son muchos los empleos para los que se exige un certificado de antecedentes penales, muchos de ellos, paradójicamente, en la Administración Pública. Puede que la discriminación laboral con base en los antecedentes penales sea

68 AGUADO CORREA, *El principio constitucional*, p. 429 y ss.

69 TRILLO-FIGUEROA MARTÍNEZ- CONDE, *Diario de Sesiones*, p. 30.

70 FERRAJOLI, *Derecho y razón...*, p. 402.

71 *Sobre la reinserción laboral* vid. LAURRARI/JACOBS, “Reinserción laboral y antecedentes penales”, *RECPC 13-09 (2011)*; se pueden consultar los trabajos para los que se requiere el certificado de antecedentes penales en la actualización de este artículo publicado en *RECPC14(2013)* en *RECPC 14-(2013)*, bajo el título ¿EN QUÉ EMPLEOS SE EXIGEN LOS ANTECEDENTES PENALES?.

una cuestión político criminal controvertida al afectar a derechos civiles⁷², pero el plazo de 25 años previsto en el art. 136.2 a) es inconstitucional al someter a estas personas a consecuencias desproporcionadas una vez se ha extinguido su responsabilidad criminal. La prisión permanente implicará en la mayoría de los supuestos la exclusión definitiva del mercado laboral de los condenados a la misma, de forma parecida a lo que sucede en los EEUU en los que los antecedentes penales son públicos. Además, como destacan LARRAURI y JACOBS, no se trata de un castigo impuesto por un Juez, sino que se aplica en virtud de distintas leyes laborales o administrativas o por decisión de determinados colegios profesionales⁷³.

Debe tenerse presente que el plazo de cancelación comienza a computarse desde que el día siguiente a aquel en que quedara extinguida la pena, es decir, desde que se comete el hecho delictivo, se celebra el juicio, se comienza a ejecutar la pena y se considera extinguida ésta, ha pasado toda una vida. A lo que si le sumamos los 25 años de plazo de cancelación de los antecedentes penales, tenemos como resultado una “muerte en vida” por mucho que se intenten salvar las críticas de su constitucionalidad acudiendo al carácter revisable de la misma. Los antecedentes penales no son revisables.

VII. EPÍLOGO

El mejor epílogo para este trabajo, y con ello queremos rendir un merecido homenaje al magistrado MORA MORA, es la reproducción literal de un extracto del apartado IV de su voto salvado, del cual nos hemos ocupado a lo largo de este trabajo. Como dijimos al comienzo sus argumentos siguen siendo válidos, a pesar del tiempo transcurrido, para refutar la pena de cadena perpetua, de “muerte en vida” o eufemísticamente denominada por el Gobierno español, “pena de prisión permanente revisable”:

“IV. Finalidad de la sanción penal: la reinserción social.

...

Al respecto, debe señalarse que no existe ningún fundamento sociológico ni psicológico de que las penas altas disminuyan la criminalidad y desde ese punto de vista, la función de prevención general, intimidación o disuasión no resulta efectiva, además de que deviene en inconstitucional, pues trata al ser humano como medio, cuando en realidad debe tenersele como un fin. Ciertamente es que también existe una gran discusión respecto de si la prisión pueda tener algún efecto resocializador en el privado de libertad. Efectivamente, en sí misma, la prisión no resocializa, no readapta, ni transforma a nadie: es un contrasentido que se pretenda “resocializar” a alguien, coartándole la libertad, resocializarlo sacándole del medio social en que se desenvuelve. La cárcel estigmatiza, desocializa y reproduce la criminalidad. No obstante, los instrumentos de derecho internacional vigentes en Costa Rica, según se señaló, le confieren a la pena una finalidad de “reforma” y “readaptación social”. La doctrina dominante entiende –tesis que es compartida por el suscrito– que esa finalidad reformadora de la pena, debe interpretarse como la obligación que tiene el Estado de brindar al privado de libertad, las posibilidades y recursos necesarios para una eventual y voluntaria reincorporación o reinserción a la sociedad. El Estado democrático de derecho, si bien exige el respeto al principio de culpabilidad como un límite de la sanción, no admite una función retributiva, que conciba a la pena como un fin en sí misma o como un castigo, pues eso sería contrario a la dignidad humana. No se puede renunciar a la posibilidad de que una persona que ha delinquido, modifique su conducta y adopte los valores socialmente deseables. La reinserción social del infractor va más allá de la mera resocialización y de la ideología del tratamiento –que visualiza al privado de libertad como un enfermo al que hay que curar–. De lo que se trata es de ofrecer al infractor, diversas posibilidades que le faciliten un

72 LARRAURI/JACOBOS, “Reinserción laboral”, RECPC 13-09 (2011); 09:21.

73 09:21.

proceso de socialización real, donde pueda recuperar y desarrollar sus potencialidades humanas. Ese proceso para que sea exitoso, debe ser voluntario y nunca puede ser impuesto. De ahí que el deber del Estado consista en hacer factible esa reinserción. Una pena de cincuenta años, "per se", de ningún modo va a resultar reformativa o readaptadora, incluso, aunque idealmente se brindara a los privados de libertad, todos los medios para hacerlo y las mejores condiciones posibles de vida. La desocialización y el daño físico y psicológico que se ocasiona a una persona después de muchos años de vivir en prisión es irreversible. De ahí que la reinserción social se imposibilite con una pena de cincuenta años de prisión porque se trata de una pena perpetua; el privado de libertad no podrá reinsertarse a una familia, tener acceso a un trabajo digno, relacionarse socialmente con los demás ciudadanos libres. Por otra parte, conforme se dijo, tomando en cuenta la expectativa de vida real, que se ve desmejorada por las condiciones antinaturales e inhumanas que ofrece el encierro, difícilmente una persona puede salir con vida de la cárcel y si lo hace, en la generalidad de los casos, le resultaría imposible reinsertarse en la sociedad".

LA DOCTRINA “PAROT” Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.¹

Vicente Gimeno Sendra
Catedrático de Derecho Procesal de la UNED.
Magistrado emérito del T.C.

ÍNDICE DE SIGLAS:

AAN: Auto de la Audiencia Nacional.

AN: Audiencia Nacional.

C.E.: Constitución española.

CEDH: Convenio Europeo para la protección de los Derechos Fundamentales.

C.Civ.: Código Civil.

C.P.: Código Penal.

C.P.P.: Borrador de Código Procesal Penal.

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

T.C.: Tribunal Constitucional español.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La reciente sentencia, dictada por el Tribunal Europeo, por la que declara contrario a los arts. 7 y 5.1 CEDH la doctrina “Parot”, no sólo ha supuesto la excarcelación de múltiples reclusos condenados por los más atroces delitos, sino que ha venido también a consagrar un nuevo derecho fundamental, cual es el que asiste a todo recluso a no ser condenado por una pena más grave que la establecida en la Ley, tal y como ha venido siendo interpretada por la jurisprudencia, lo que puede ocasionar la petrificación de la doctrina legal del T.S., a la vez que ha puesto de relieve la necesidad de establecer un nuevo motivo de recurso de revisión.

DOCTRINA: La STEDH de 21 de octubre de 2013, dictada en el asunto D^a Inés del Río Prada c. España, no ha hecho otra cosa, sino aplicar el 2º apartado del art. 7 CEDH, que, a diferencia del art. 25.1 C.E. (y de aquí que el T.C. desestimara los amparos relativos a la doctrina Parot), consagra expresamente el derecho de todo recluso a no ver incrementada su pena por encima de lo previsto por el C.P. en el momento de la comisión del hecho punible. El problema, sin embargo, reside en que, para la integración del principio de legalidad, el TEDH ha acudido a la jurisprudencia, lo que puede ocasionar la petrificación de la doctrina legal del T.S., ya que, si este intérprete supremo de la Ley, la modificara en el sentido de tipificar una conducta que era impune o incrementar su penalidad, siempre podrá el interesado recurrir en amparo invocando un nuevo derecho fundamental inexistente hasta la fecha en nuestro ordenamiento, cual es el **derecho a no ser condenado por una pena más grave que la establecida en la Ley en el momento de la comisión del hecho punible, “tal y como ha venido siendo interpretada por la jurisprudencia”**. Por otra parte, la referida STEDH no se ha limitado a declarar la violación del art. 7 CEDH, sino que (y a diferencia de la STEDH Barberá/Mesegué/Jabardo de 1988) **ha condenado expresamente al Estado español**, con lo que, no sólo se ha convertido en una especie de Tribunal Constitucional Europeo, sino que ha obligado a los Tribunales españoles concernidos a ejecutar directamente la STEDH de 21 de

¹ A quien fue mi gran amigo y excelente Magistrado, *Luís Paulino MORA*, con todo mi reconocimiento y afecto.

octubre de 2013 y a poner inmediatamente en libertad a 64 terroristas y un número indeterminado de violadores y de pederastas asesinos, sin dar ocasión al Gobierno a interponer, ante el Comité de Ministros europeo, una demanda en revisión de una sentencia que delimitara la extensión de los límites subjetivos de la cosa juzgada, ni al T.S. a fin de que estableciera los criterios de su ejecución, los cuales debieran haber conjurado el riesgo de reiteración delictiva. De aquí la conveniencia de (en la línea preconizada por los arts. 623 del borrador de C.P.P., de 27 de diciembre de 2012 y más recientemente en la del art. 6 del Anteproyecto de L.O.P.J., de 4 de abril de 2014) la instauración de un motivo explícito de recurso de revisión -sugerido ya en la STC 245/1991-, en cuya tramitación debiera preverse también la posibilidad de que el Abogado del Estado pudiera suspender dicho procedimiento a fin de que el Gobierno, bien utilice un procedimiento de satisfacción extraprocesal (así, la de los “*acuerdos amistosos*” del art. 39 CEDH: en particular, el indulto y/o la reparación económica por funcionamiento anormal de la justicia), bien se dirija al Comité de ministros en orden a interponer una demanda en revisión de la sentencia del TEDH.

I. LA DOCTRINA “PAROT”

Como consecuencia de la vigencia del C.P. de 1973 en todo lo relativo a los condenados por hechos punibles anteriores al C.P. de 1995 que hubieran optado por dicho régimen y, con él, por el sistema de redención de penas por el trabajo (un día de condena por cada 2 días de trabajo: art. 100) el máximo cumplimiento de condena de 30 años quedaba convertido en 20 años de cumplimiento efectivo.

Hacia mediados de la década del año 2000, y como consecuencia de los múltiples asesinatos de la banda terrorista ETA cometidos durante la década de los años 80, el T.S., que venía manteniendo la doctrina del cómputo de dicho sistema de redención de penas sobre el límite máximo de 30 años de privación de libertad, muy posiblemente fue consciente de que la aplicación de su doctrina tradicional (sustentada, entre otras, en la STS de 8 de marzo de 1994) ocasionaría la puesta inmediata en libertad de más de 50 terroristas convictos, como se ha dicho, de múltiples delitos de asesinato.

Ante esta situación, decidió cambiar su jurisprudencia mediante la publicación de su STS 197/2006, de 28 de febrero, en la que, con tres votos particulares² estableció la comúnmente conocida doctrina “Parot”, viniendo a afirmar que no es lo mismo la comisión de un delito que la de una pluralidad. En este último supuesto, el cumplimiento se había de iniciar

*«por el orden de la respectiva gravedad de las penas impuestas, aplicándose los beneficios y redenciones que procedan con respecto a cada una de las penas que se encuentre cumpliendo. Una vez extinguida la primera, se dará comienzo al cumplimiento de la siguiente, y así sucesivamente, hasta que se alcanzan las limitaciones dispuestas en la regla segunda del art. 70 CP/1973 (esto es, el triple de la condena y hasta 30 años). Llegados a este estadio, se producirá la extinción de todas las penas comprendidas en la condena total resultante».*³

La aplicación de esta nueva doctrina al Sr. Parot, miembro de la banda terrorista ETA y condenado por su participación en más de 150 asesinatos, ocasionó que, en vez de pronunciarse su puesta en libertad en

² Los de Jose Antonio MARTÍN PALLÍN, Joaquín JIMÉNEZ GARCÍA y Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ.

³ Sobre la doctrina Parot puede consultarse el artículo de LOZANO EIROA, Principio de legalidad y ejecución de las sentencias del TEDH: STEDH DEL RÍO PRADA c. ESPAÑA de 21 de octubre de 2013, Rev. General de Derecho Europeo, 32. Acerca de su fundamento jurídico, véase SÁNCHEZ MELGAR, La vigencia de la «doctrina Parot», entrelazada con el caso «Troitiño». Algunos aspectos de actualidad en el cumplimiento sucesivo de las penas, diario La Ley, Nº 7642, Sección Tribuna, 1 Jun. 2011. MANZANARES SAMANIEGO, Las tribulaciones de la doctrina Parot, Diario La Ley, Nº 8178, Sección Última Hora, 25 Oct. 2013, Año XXXIV. NISTAL BURÓN, El controvertido periplo judicial de la «doctrina Parot» (De la Sección 1.ª de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional al Tribunal de Estrasburgo), Diario La Ley, Nº 8068, Sección Doctrina, 23 Abr. 2013, Año XXXIV...

el año 2010, esto es, a los 20 años de internamiento y en aplicación de los beneficios penitenciarios, se le habría de decretar su puesta en libertad en el año 2020.

II. EL T.C. Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO “TIPICIDAD”

Naturalmente el Sr. Parot recurrió en amparo la referida STS 197/2006, recurso constitucional que fue inadmitido por no haber ejercitado el incidente de nulidad de sentencias. Y otro tanto hicieron un total de 29 reclusos a los que también se les aplicó la anterior doctrina del T.S, de los cuales 4 fueron estimados por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva en su manifestación del derecho a la “intangibilidad” de las resoluciones judiciales⁴ y el resto, un total de 25, fueron inadmitidos o desestimados por no haber declarado el T.C. infringido el derecho al principio de legalidad, contenido en el art. 25 C.E.

La técnica utilizada por el T.C. para la desestimación de estos amparos fue la de la “sentencia modelo” (“*Musterurteil*”), cuya doctrina resultaría de aplicación en ulteriores recursos. Dicha sentencia-modelo o testigo lo constituyó la del **Pleno del T.C. 39/2012, de 29 de marzo**, que, con dos votos particulares⁵, declaró la ausencia de violación del principio constitucional de legalidad.

A esta conclusión llegó este intérprete supremo de la Constitución, tras afirmar, de un lado y en consonancia con la doctrina del TEDH, que la doctrina Parot del T.S. se encuadraba dentro de la ejecución de la pena y no

“...en el ámbito propio del derecho fundamental consagrado en art. 25.1 CE (LA LEY 2500/1978), que es el de la interpretación y aplicación de los tipos penales, la subsunción de los hechos probados en los mismos y la imposición de la pena en ellos prevista” y, de otro, que tampoco existía una aplicación retroactiva del art. 78 del C.P./1995, sino “sino la normativa vigente en el momento de comisión de los hechos por los que el recurrente fue condenado (arts. 70.2 y 100 del CP/1973), si bien con una nueva interpretación de la misma...pero argumentando que tal interpretación era posible a la vista del tenor literal de los arts. 70.2 y 100 CP 1973. Por tanto, teniendo en cuenta el razonamiento de los órganos judiciales y los preceptos que se aplican, la queja carecería de base fáctica, pues la prohibición de irretroactividad de la ley penal desfavorable consagrada en el art. 25.1 CE tiene como presupuesto fáctico la aplicación retroactiva de una norma penal a hechos cometidos previamente a su entrada en vigor”.

Y es que, desde el tenor literal del art. 25.1 C.E. (Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento) y desde la propia jurisprudencia del T.C., el principio de legalidad ha venido siendo exclusivamente concebido como principio de <<tipicidad>>.

En efecto, la doctrina del T.C., habida hasta esta fecha, sobre el principio constitucional de legalidad puede resumirse en la exigencia constitucional de

“una predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las penas o sanciones aplicables” (STC 101/2012, de 8 de junio), “lo que significa que una sanción sólo podrá imponerse en los casos

4 Cfr. SSTC 39/2012, 57/2012, 62/2012, todas de 29 de marzo; y, 113/2012 de 24 de junio.

5 Los de Adela ASUA BATARRITA y Luis Ignacio ORTEGA ÁLVAREZ

*previstos y tipificados en normas preestablecidas y únicamente en la cuantía y extensión y con observancia de los límites previstos por dichas normas.*⁶.

Dicha predeterminación normativa **ha de ser, pues, escrupulosa con el cumplimiento de los requisitos de la «Lex scripta, praevia et certa»**, cuya concurrencia requieren las SSTC 133/1987, 61/1990, 246/1991 y 95/1992:

*«De todo ello se deduce que el principio de legalidad en el ámbito del derecho sancionador estatal implica, por lo menos, estas tres exigencias: **La existencia de una ley (lex scripta); que la ley sea anterior al hecho sancionado (lex praevia), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (lex certa); lo que significa un rechazo de la analogía como fuente creadora de delitos y penas, e impide, como límite a la actividad judicial, que el Juez se convierta en legislador.»***

III. EL TEDH Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO “PENALIDAD”

Pero el art. 7.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH, en lo sucesivo) contiene un plus de protección jurisdiccional, pues, junto al principio de tipicidad contemplado en su primer apartado, yuxtapone, en el segundo, el de “**penalidad**”.

De este modo en la **STEDH de 21 de octubre de 2013**, dictada en el asunto D^a Inés del Río Prada⁷ c. España, el Tribunal Europeo, en tanto que guardián del Convenio Europeo de Derechos Humanos, se ha limitado a aplicar lo dispuesto en el segundo apartado de su art. 7.1 CEDH, que, después de consagrar el principio de tipicidad (“*Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o internacional*”), establece el de penalidad: “**Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.**”

Nótese la diferencia entre este segundo apartado del art. 7.1 CEDH -que, como se ha dicho, dentro del principio de legalidad, yuxtapone al de tipicidad el de “**penalidad**” (el “*nulla poena, sine lege*”)- y el art. 5.1 C.E. que tan sólo contempla, como también se ha reiterado, el principio de “tipicidad” (el “*nullum crimen, sine lege*”).

De aquí que, mediante la sentencia de 21 de octubre de 2013, el TEDH, en el ejercicio de su función jurisdiccional, no haya hecho otra cosa, sino aplicar el art. 7.1 CEDH, razón por la cual han de reputarse totalmente desafortunadas las críticas políticas⁸ que se han lanzado contra ese alto Tribunal y, de modo especial, contra quien fue mi colega en el T.C., D. LuíS LÓPEZ GUERRA, de quien he de afirmar que fue un excelente Magistrado en dicho Tribunal y ahora lo es en el TEDH.

6 STC 136/1989, que reproducen las SSTC 118, 119 y 177/1992, 21/1993 y 169/1995

7 Uno de los 29 reclusos, cuyos respectivos amparos fueron desestimados fue el de D^a Inés del Río Prada, quien, habiendo sido condenada a 3.276 años y 6 meses de prisión, había de liquidar su condena (según la clásica doctrina del T.S.) el 2 de julio de 2008, si bien la A.N., en aplicación de la doctrina Parot, ordenó dilatar su excarcelación hasta el mes de junio de 2017. Interpuesto recurso de amparo contra la decisión de la A.N., su recurso fue inadmitido el 17 de febrero de 2009, razón por la cual presentó demanda ante el TEDH, cuya Sección 3^a estimó su pretensión mediante la STEDH de 10 julio de 2012. El Estado español recurrió dicha Sentencia ante la Gran Sala, la cual ratificó la sentencia de instancia mediante la STEDH de 21 de octubre de 2013.

8 De entre las que sobresalió las de D^a Esperanza AGUIRRE: “López Guerra no es un juez”, sino “un político enviado por Zapatero” (sic.). *lainformación.com*, de 27.10.2013.

Habida cuenta, pues, de las diferencias entre el art. 25.1 C.E. y el 2º apartado del art. 7 CEDH, así como de la publicación de la STEDH de 21 de Octubre de 2013, puede afirmarse que el Tribunal Europeo, por obra de lo dispuesto en el art. 10.2 C.E. (“*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”) y al igual como aconteció en el asunto LÓPEZ OSTRA c. ESPAÑA⁹, ha creado un nuevo derecho fundamental en nuestro ordenamiento, cual es el que asiste a todo recluso **a no ver incrementada su condena por encima de la pena prevista en el momento en el que hubiera cometido su infracción.**

IV. LA STEDH DE 21.10.2013 Y LA INTEGRACIÓN DEL PRINCIPIO DE “PENALIDAD” POR LA JURISPRUDENCIA.

Ahora bien, el principal problema que provoca la instauración de este nuevo derecho fundamental en nuestro ordenamiento constitucional reside en que la determinación del principio de legalidad la ha efectuado el TEDH mediante la integración, en él, de la jurisprudencia, en tanto que fuente del Derecho.

En efecto, ya en el Fundamento Jurídico 91 de la STEDH de 21 de octubre de 2013 se afirma que

*“La noción de “Derecho” (“law”) utilizada en el artículo 7 corresponde a la de “Derecho” que figura en otros artículos del Convenio; incluye el derecho de origen, tanto legislativo como jurisprudencial...;” en el F.J. 103 “...la Gran Sala estima, al igual que la Sala, que en el momento en que la demandante ha cometido los delitos y en el momento de la adopción de la decisión de la acumulación y del límite máximo, el Derecho español aplicable, tomado en su conjunto, **incluida la jurisprudencia** - estaba formulado con la suficiente precisión para permitir a la demandante discernir, en un grado razonable, en las circunstancias del caso, el alcance de la condena respecto de la duración máxima de treinta años derivado del artículo 70.2 del Código Penal de 1973 y del dispositivo de las redenciones de pena por trabajo en prisión previsto por el artículo 100 del mismo texto (ver a contrario Kafkaris, § 150). La condena equivalía por tanto a una duración máxima de treinta años de prisión, dando por supuesto que las redenciones de pena por trabajo en prisión deberían ser computadas sobre esa pena”; y finalmente en el § 109 “Teniendo en cuenta lo anterior así como el **conjunto del derecho español**, el Tribunal considera que la aplicación en este caso concreto de nuevas modalidades de cálculo de redenciones de pena por trabajo **derivadas de la “doctrina Parot”** no puede considerarse como una medida que afecte exclusivamente a la ejecución de la pena impuesta a la demandante -como lo afirma el Gobierno-. En efecto, esta medida dictada por el juez que había condenado a la interesada también lleva a una redefinición del alcance de la “pena” impuesta. **Como consecuencia de la “doctrina Parot”, la pena máxima de treinta años de cárcel ha perdido su carácter de pena autónoma sobre la cual se debían calcular las redenciones de pena por trabajo para convertirse en una pena de treinta años de cárcel que, en realidad, no eran susceptibles de ninguna redención de pena de este tipo.”***

⁹ STEDH, de 9 de diciembre de 1994, en la que el TEDH consideró una violación del respeto al domicilio, a la vida privada y familiar la instalación de una depuradora de aguas residuales en la proximidad de un domicilio que hacía la vida insostenible a sus moradores. El T.C. inadmitió el amparo, porque estimó que el supuesto de hecho no tenía encaje en el derecho a la inviolabilidad del domicilio del art. 10.3 C.E. A partir de la citada STEDH, sin embargo, el derecho a un medio ambiente digno y a no soportar ruidos molestos, cuando perturbe la vida privada o familiar infringe el susodicho art. 10.3 C.E., pasando a erigirse en un auténtico derecho fundamental; cfr.: STC 119/201, de 24 de Mayo. Vide: GARBERÍ, La ejecución en España de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Diario La Ley, 2013, nº 8178.

La instauración, por tanto, de este nuevo derecho fundamental ha de consistir en **el derecho de todo ciudadano a no ser condenado por una pena más grave que la establecida en la Ley en el momento de la comisión del hecho punible, tal y como ha venido siendo interpretada por la jurisprudencia.**

El TEDH es consciente del papel de la jurisprudencia y, así, en el § 93 afirma que

“...la jurisprudencia, como fuente de derecho, contribuye necesariamente a la evolución progresiva del derecho penal” y de aquí que “el artículo 7 no podría interpretarse como una prohibición de la aclaración gradual de las normas de la responsabilidad penal por la interpretación judicial de un caso a otro”, pero a continuación incorpora un requisito de cumplimiento ineludible: dicha aclaración gradual ha de realizarse “a condición de que el resultado sea coherente con la sustancia del delito y razonablemente previsible”.

Mediante la incorporación de esta exigencia, cual es la coherencia de la doctrina jurisprudencial con la “sustancia del delito” y la “razonable previsibilidad” por los ciudadanos de cualquier cambio jurisprudencial, mucho nos tememos que esta novedosa doctrina del TEDH pueda contribuir a la **petrificación de la doctrina legal del T.S.** y a negar, en la práctica forense, su contribución a la “*evolución progresiva del derecho penal*”.

Un ejemplo ilustrará el problema que nos ocupa: el día 15 de diciembre de 2000 el Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del T.S. dictó un Acuerdo, conforme al cual

“no se exige la convivencia entre hermanos, para la aplicación de la excusa absolutoria del art. 268 del Código Penal”. Como consecuencia de la adopción de dicho acuerdo, la STS 1801/2000, de 20 de diciembre, absolvió a un ciudadano que había sido condenado por robarle una motocicleta a su hermano, no obstante la inexistencia de convivencia entre ellos. Como afirma el voto particular del fallecido Magistrado, Roberto GARCÍA-CALVO, “...a pesar de no existir vínculo afectivo o de convivencia e, incluso, estar presentes reales enfrentamientos entre hermanos, podrán llevarse a cabo todo tipo de actos depredatorios, expoliatorios o defraudatorios bajo el imperio protector de la <<fraternidad>>”.

Y es que ahora, tras la publicación de la STEDH de 21 de octubre de 2013, el T.S. no podrá ya modificar su jurisprudencia sobre la excusa absolutoria entre parientes, porque, si así lo hiciera y ratificara una sentencia de condena a un ciudadano que, sin convivir con su hermano durante múltiples años, hubiera cometido, contra él, un delito contra su propiedad, siempre podría el condenado recurrir en amparo aduciendo la violación del principio de legalidad, de conformidad con la interpretación efectuada por dicha STEDH, por cuanto, cuando cometió su conducta, era, a la luz del referido Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del T.S., de 15 de diciembre de 2000, impune y, por tanto, no podía prever (“*no era razonablemente previsible*”) su condena.

En mi opinión y en la de GARCÍA AMADO¹⁰ el error de la STEDH, de 21 de octubre de 2013, consiste en haber identificado Derecho legislado y jurisprudencia. Es cierto que ambos, Derecho legal y judicial, son Derecho, pero difieren en su naturaleza, ya que, **en tanto que el derecho legislado es estático, el judicial es dinámico.** Tal y como pusieron de relieve WIEACKER y ESSER la jurisprudencia entraña

¹⁰ Cfr.: GARCÍA AMADO, *Sobre algunas consecuencias de la sentencia del TEDH en el caso Del Río Prada contra España: irretroactividad de la jurisprudencia penal desfavorable y cambios en las fuentes de producción del Derecho Penal*, IUSTEL, *Diario del Derecho*, 28 de febrero de 2014

un “*law in action*”¹¹ o “*Recht in Werden*”¹², de tal suerte que, los tribunales, a través de la interpretación, han de extraer nuevas consecuencias a la norma de conformidad con las nuevas exigencias sociales, aunque, eso sí, con absoluto respeto a la literalidad y espíritu de la Ley, porque nunca puede legitimarse la jurisprudencia “*contra legem*”.

Y es que a la jurisprudencia (y sobre todo a la doctrina legal del T.S.) le incumbe la labor de interpretar las leyes, de conformidad con lo dispuesto en el art. 3.1 del C.Civ., según “...*el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas*...”; realidad social que, por su naturaleza, es mutable, hasta el punto de que, tras el no muy lejano comunicado de los presos de ETA, de 29 de diciembre de 2013, sobre abandono de la lucha armada y de compromiso de utilización de los cauces legales¹³, es muy probable que el T.S., a diferencia de lo que acontecía en la década de 2000, no suscribiría hoy la doctrina Parot.

Por ello, pienso que no debiera el TEDH haber integrado el principio de legalidad con la jurisprudencia, puesto que, como afirma ROXÍN con citas de sentencias del T.C. federal alemán, “**respecto a la jurisprudencia no rige la prohibición de retroactividad. Por lo tanto, si el tribunal interpreta una norma de modo más desfavorable para el acusado que como lo había hecho la jurisprudencia anterior, éste tiene que soportarlo, pues, conforme a su sentido, la nueva interpretación no es una punición o agravación retroactiva, sino la realización de una voluntad de la ley, que ya existía desde siempre, pero que sólo ahora ha sido correctamente reconocida**”.¹⁴

V. LA EJECUCIÓN DE LA STEDH, DE 21 DE OCTUBRE DE 2013

Pero la STEDH, de 21 de octubre de 2013, tal y como se ha reiterado, ha integrado el principio de legalidad con la jurisprudencia, lo que le ha permitido, no sólo declarar la vulneración de los arts. 7 y 5.1 CEDH (dispositivos 1º y 2º del fallo), sino también condenar al Estado español a “...*garantizar que la demandante sea puesta en libertad en el más breve plazo*” (dispositivo 3º), circunstancia que ha provocado su ejecución directa por nuestros tribunales.

A. EL FALLO CONDENATORIO DE LA STEDH.

A diferencia de la anterior Sentencia de condena al Estado español por asuntod de terrorismo, la STEDH, de 6 de diciembre de 1988, dictada en el caso BARBERÁ/MESEGUÉ/JABARDO c. España, que contuvo un **fallo meramente declarativo**, la STEDH de 21 de octubre de 2013, confirmatoria del de su Sección 3ª, de 10 de julio de 2012, **contiene además un fallo de condena**, consistente en ordenar la “...*puesta*

11 ESSER, “*Richterrecht, <<Gerichtsgebrauch und Gewonheitsrecht>>*”, en “*Festschrift für Fritz von Hippel*”, Tübingen, 1967, p. 113.

12 WIEACKER, “*Gesetz und Richterkunst (Zur Problem der aussergesetzlichen Rechtsordnung)*”, Karlsruhe, 1958, pág. 7, “*Gesetzrecht und richterliche Kunstregel*”, *Juristenzeitung*, 1957, p. 795.

13 Hoy, tras el comunicado de los presos de ETA (EPKK), el riesgo de violentar de nuevo nuestro ordenamiento penal y penitenciario es de signo contrario. La tentación puede consistir en, dando un giro de 180 grados, pasar de la preocupación por las víctimas al interés por facilitar la excarcelación más o menos encubierta, y más o menos escalonada, de los etarras, para volver definitivamente la página del terror que hemos padecido durante muchos años. Hablamos aquí de terroristas porque de ellos se trata fundamentalmente, aunque las soluciones beneficien también a otros miembros de la banda y a los llamados delincuentes comunes”. MANZANARES SAMANIEGO, Los beneficios penitenciarios de los terroristas (El comunicado de los presos de ETA), *Diario La Ley*, Nº 8227, Sección Documento on-line, 13 Ene. 2014.

14 ROXÍN, *Derecho Penal. Parte General, I*, Madrid, 1997, p.p. 165-166.

en libertad en el más breve plazo” de D^a. Inés DEL RÍO PRADA, erigiéndose en uno de los motivos de discrepancia del voto particular discrepante del Juez MAHONEY¹⁵.

De nada ha servido, pues, que, tras la promulgación de la STC 245/1991, de 16 de diciembre, dictada con ocasión del cumplimiento de la referida STEDH, de 6 de diciembre de 1988, el T.C. español se hubiera convertido, tal y como anuncié en mi voto particular¹⁶, en el **primer Tribunal constitucional europeo ejecutor de las sentencias del Tribunal Europeo**, sino que, haciendo gala de una cierta y, en nuestra opinión, injustificada desconfianza¹⁷, el TEDH ordenó la “puesta en libertad en el más breve plazo posible” de la terrorista y convicta de múltiples asesinatos, D^a. Inés DEL RÍO PRADA.

Mediante este fallo condenatorio **la STEDH ha venido implícitamente a anular el Auto de la Sección 1^a de la A.N., de 6 de junio de 2008**, por el que se dispuso el licenciamiento definitivo de la recurrente para el 27 de junio de 2017, con lo que, de algún modo, **el Tribunal Europeo**, al anular una resolución judicial del Estado español, **se ha convertido “de facto” en una especie de Tribunal Constitucional europeo**, cuya sentencia había de ser ejecutada directamente por el tribunal español competente.

Dado el tenor literal del referido fallo de condena, no parece, sin embargo, que haya sido muy respetuoso con lo dispuesto en el art. 1 del Protocolo nº 15 de enmienda al CEDH, de 16 de mayo de 2013, conforme al cual las Altas Partes contratantes “...gozan de un margen de apreciación, bajo el control del TEDH”, ya que, con olvido de otras vías para la ejecución de sus sentencias (así, el indulto y/o la reparación económica por funcionamiento anormal de la justicia), se le condena al Estado español a disponer la inmediata puesta en libertad de la recurrente y, por extensión, la de todos sus litisconsortes.

B. LA PUESTA EN LIBERTAD DE LA RECURRENTE Y DEMÁS LITISCONSORTES

Como consecuencia, pues, de este fallo de condena, el Pleno de la Audiencia Nacional se apresuró, al día siguiente, a dictar “ex officio” el AAN 61/013, de 22 de octubre, en el que dispuso la puesta en libertad de

15 “De cualquier manera, el presente caso no se puede comparar en absoluto con casos anteriores como *Assanidze contra Georgia* ([G.C.] JUR 2004. 98614], núm. 71503/01, aps. 202-203, TEDH 2004-II) e *Ilaşcu y Otros contra Moldavia y Rusia* ([G.C.] JUR 2004. 192932], núm. 48787/99, aps. 488-490, TEDH 2004-VII), en los que la privación de libertad determinada por el Tribunal no sólo contradecía las garantías de procedimiento previstas por el Convenio, sino que era consecuencia de una flagrante denegación de la justicia, a todas luces arbitraria y contraria al Estado de Derecho. Ni, bajo mi punto de vista, puede encontrarse apoyo alguno en los casos de *Aleksanyan contra Rusia* (núm. 46468/06, aps. 239-240, 22 diciembre 2008 [JUR 2009. 509]) y *Fatullayev contra Azerbaiyán* (núm. 40984/07, aps. 175-177, 22 abril 2010 [JUR 2010. 121695]), citados en la presente resolución (ap. 138 in fine), en los que la detención en cuestión se caracterizaba por ser “inaceptable”: en el primer caso, “sin un objetivo razonable conforme al artículo 5” y, en el segundo, fruto de condenas penales en relación con las cuales “no se justificaba la imposición de penas de prisión”.

16 Tal y como dije en mi voto particular: “Con el máximo respeto a la unánime opinión de mis distinguidos colegas (que, al esta animada por la noble idea del restablecimiento de diversos derechos fundamentales -sentimiento del que yo también participo- merece el máximo reconocimiento) y, por supuesto, al de la jurisprudencia del TEDH (del que, creo, haber dado buena muestra en las oportunas citas de Sentencias en mis Ponencias o Votos particulares), he de discrepar de la doctrina sustentada por esta Sentencia en sus fundamentos jurídicos 3.º a 6.º que, a mi parecer, contradicen abiertamente la reflejada en los fundamentos jurídicos 1.º y 2.º, pues, no obstante reconocerse en estos últimos fundamentos que las Sentencias del TEDH tienen un mero carácter declarativo y que dicho Tribunal internacional no constituye una instancia supranacional, lo cierto es que la S 6 Dic. 1988 TEDH se ejecuta por este Tribunal en sus propios términos, viniendo a convertir al Tribunal de Estrasburgo en una «supercaja constitucional» y a este TC en un órgano ejecutor de las Sentencias de aquél, lo que, en mi opinión, es constitucional y jurídicamente inadmisibles. Asimismo discrepo también del fallo de este amparo, avocado al Pleno, que debió ser inadmisorio.”

17 Indudablemente el TEDH ha de estar excepcionalmente legitimado para dictar un fallo de condena a la puesta inmediata en libertad del recurrente (incluso con anterioridad mediante la adopción de una resolución provisional del art. 39 del Reglamento del TEDH, de 1 de Enero de 2014), cuando pueda peligrar el derecho a la vida (vgr.: ante una condena a la pena de muerte) o a la integridad física de la demandante (por ej., ante la sospecha fundada de la utilización de torturas o tratos inhumanos o degradantes). Pero, fuera de estos supuestos de fundado peligro de violación de otros derechos fundamentales, debiera el TEDH dictar un fallo declarativo.

D^a. Inés DEL RÍO PRADA, sucediéndose, a partir de ahí, como es sabido, toda una cadena de puestas en libertad de quienes, como consecuencia de la aplicación de la doctrina “Parot”, se encontraban en la misma situación material de privación ilegítima de su derecho a la libertad.

De este modo, tanto la A.N. (así, por ej., el AAN 62/2013...), como las demás Audiencias Provinciales ordenaron de oficio, dentro de una especie de expediente de jurisdicción voluntaria, la puesta en libertad inmediata de 62 condenados por delitos de terrorismo (pertenecientes a las bandas ETA y GRAPO), así como de un número indeterminado de violadores y de pederastas asesinos, los cuales fueron inmediatamente excarcelados¹⁸.

Desde un punto de vista de carácter material ninguna objeción se puede formular contra dichas resoluciones, pues, como afirma el AAN 61/2013¹⁹, el CEDH forma parte de nuestro ordenamiento y las decisiones del TEDH son obligatorias y vinculantes, pudiendo incluso generar, como así ha sucedido, nuevos derechos fundamentales. De aquí que haya de reputarse absolutamente desafortunada la querrela interpuesta por el sindicato “Manos Limpias” contra D. Fernando GRANDE-MARLASKA GÓMEZ por supuesto delito de prevaricación, la cual ha sido, con razón, inadmitida por falta de tipicidad mediante el ATS de 5 de marzo de 2014.

Ello no obstante, la ejecución de la STEDH por las Audiencias Provinciales concernidas, sin conjurar los riesgos de un peligro de reiteración delictiva (sobre todo en los delitos contra la libertad sexual²⁰), sin posibilitar que, en su caso, el Gobierno español hubiera podido dirigirse al Comité de Ministros europeo a fin de instar los criterios de interpretación de la STEDH en todo lo referente a la extensión de los límites subjetivos de la sentencia del Tribunal Europeo (arts. 46.3 CEDH y 80 del Reglamento del TEDH, de 1 de enero de 2014, que posibilita la interposición de una “*demande en révision de una sentencia*”²¹) en los referidos casos de concurrencia del referido peligro de reiteración delictiva o sin que el T.S. hubiera tenido tiempo y la ocasión procesal para sentar una doctrina a este respecto, ocasiona la ineludible necesidad de que el legislador haya de arbitrar, tal y como indica el punto 3º del Acuerdo de la Sala General Penal del

18 *Lo que motivó la felicitación del Consejo de Europa, de 5 de diciembre de 2013, al Reino de España por la rápida ejecución de la STEDH, de 21 de octubre de 2013.*

19 *“El Convenio Europeo integra nuestro ordenamiento jurídico, según el art. 96.1 de la Constitución, y las normas relativas a derechos fundamentales y libertades públicas deben interpretarse de conformidad con los Tratados internacionales (art. 10.2 C.E); el Tribunal Europeo es el órgano cualificado de interpretación del Convenio y sus decisiones son obligatorias y vinculantes para todo Estado parte. Los jueces y los tribunales están sometidos con exclusividad a la ley, única fuente de legitimidad de su actuación (art. 117 C.E). Aquí, sujeción a la ley significa vinculación al Convenio y a las decisiones y doctrina de su órgano de garantía jurisdiccional.*

Es más, si la jurisdicción no ejecutara de manera adecuada la sentencia, sería el Tribunal Constitucional el que tendría que reaccionar anulando una decisión contraria a derecho, y a los derechos humanos básicos del Convenio Europeo, para amparar a la interesada.”

20 *Éste es el caso, por ej., de Felix VIDAL ANIDO, más conocido como el “violador del estilete”, que excarcelado como consecuencia de la STEDH sobre la doctrina Prot, volvió a delinquir el 11 de abril, habiendo solicitado el M.F. su ingreso en prisión provisional. IUSTEL, Diario del Derecho, de 16.4.2014.*

21 *“Article 80 – Demande en révision d’un arrêt*

1. En cas de découverte d’un fait qui, par sa nature, aurait pu exercer une influence décisive sur l’issue d’une affaire déjà tranchée et qui, à l’époque de l’arrêt, était inconnu de la Cour et ne pouvait raisonnablement être connu d’une partie, cette dernière peut, dans le délai de six mois à partir du moment où elle a eu connaissance du fait découvert, saisir la Cour d’une demande en révision de l’arrêt dont il s’agit.

2. La demande mentionne l’arrêt dont la révision est demandée, contient les indications nécessaires pour établir la réunion des conditions prévues au paragraphe 1 du présent article et s’accompagne d’une copie de toute pièce à l’appui. Elle est déposée au greffe, avec ses annexes.

3. La chambre initiale peut décider d’office d’écarter la demande au motif que nulle raison n’en justifie l’examen. S’il n’est pas possible de réunir la chambre initiale, le président de la Cour constitue ou complète la chambre par tirage au sort.

4. Si la chambre n’écarte pas la demande, le greffier communique celle-ci à toute autre partie concernée, en l’invitant à présenter ses observations écrites éventuelles dans le délai fixé par le président de la chambre. Celui-ci fixe aussi la date de l’audience si la chambre décide d’en tenir une. La chambre statue par un arrêt.”

T.S., de 12 de noviembre de 2013, “...con la necesaria precisión y claridad el cauce procesal procedente en relación con la efectividad de las resoluciones del TEDH”.

Dicho cauce procesal ya fue indicado por el Tribunal Constitucional nada menos que en el año 1991, en la mencionada STC 245/1991 (asuntos BARBERÁ, MESEGUÉ, JABARDO), en la que, en su fundamento Jurídico 6º, sugirió la instauración de un explícito motivo del **recurso de revisión**²², habida cuenta de que su viabilidad como “*hecho nuevo*” (art. 954.4 LECRIM)²³ ha sido reiteradamente desestimada por la jurisprudencia del T.S.²⁴.

De aquí que el art. 623 del borrador de Anteproyecto de Código Procesal Penal, de 27 de diciembre de 2012²⁵ y más recientemente el art. 6 del Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial, de 4 de abril de 2014²⁶, hayan abogado por la instauración de un motivo explícito de recurso de revisión, en cuya tramitación debiera preverse también la posibilidad de que el Abogado del Estado pudiera suspender dicho procedimiento a fin de que el Gobierno, bien utilice un procedimiento de satisfacción extraprocesal (así, por la vía de los “*acuerdos amistosos*” del art. 39 CEDH: en particular, el indulto y/o la reparación económica por funcionamiento anormal de la justicia), bien se dirija al Comité de ministros en orden a interponer una demanda en revisión de una sentencia.

VI. CONCLUSIONES

- 1ª. La STEDH, de 21 de octubre de 2013, ha instaurado un nuevo derecho fundamental, consistente en el que asiste a todo recluso a no ser condenado por una pena más grave que la establecida en la Ley en el momento de la comisión del hecho punible, tal y como ha venido siendo interpretada por la jurisprudencia.
- 2ª. La integración del principio de “penalidad” por la jurisprudencia puede contribuir a la petrificación de la doctrina legal del T.S., ya que, si modificara “*in peius*” su jurisprudencia relativa a la punibilidad, siempre podrá el interesado recurrir en amparo, denunciando la infracción del principio de legalidad en su manifestación de previsión de la “penalidad”.

22 *Sugerencia reiterada por la doctrina; Cfr. Ibáñez López-Pozas, F., «Problemas de aplicación en España de la ejecución de sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos de la ONU» en, Estudios acerca de la reforma de la Justicia en España, Tomo II, Madrid, 2004, págs. 277-278. LOZANO EIROA, op. cit. p. 18.*

23 *Propuesto, por ejemplo, por el Magistrado D. Ángel Luís HURTADO ADRIÁN en su voto particular concurrente al AAN 62/2013, de 25 de octubre,*

24 *SSTS, 2ª 4 de abril de 1990, 27 de enero de 2000, 4ª 20 de enero de 2001. Vide GARBERÍ, La ejecución..., cit., 3.B.b.*

25 **Artículo 623.- Motivos de revisión**

Se podrá solicitar la revisión de las sentencias firmes en los casos siguientes: e) Cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hubiese declarado la violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, siempre que dicha vulneración haya sido relevante o determinante de la condena.

26 **Artículo 6. Reconocimiento de los efectos de la jurisdicción de los Tribunales internacionales.**

1. Lo dispuesto en los artículos anteriores no será óbice para el reconocimiento de la jurisdicción de aquellos Tribunales supranacionales e internacionales instituidos por tratados internacionales en que España sea parte.

2. En particular, las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los asuntos en los que España haya sido parte demandada y en que se declare la violación de un derecho, siempre que esa vulneración haya sido relevante o determinante del fallo, serán motivo para la interposición del recurso de revisión ante el Tribunal Supremo exclusivamente de la resolución judicial firme dictada por el correspondiente Tribunal español en el proceso a quo, a instancia de quien hubiera sido demandante ante dicho Tribunal. Interpuesto este recurso de revisión, el Tribunal Supremo, atendiendo a la naturaleza del derecho vulnerado, el contenido de la sentencia y demás circunstancias, decidirá si es procedente o no la nulidad de resolución impugnada, su alcance y, en su caso, el dictado de una segunda sentencia u otras actuaciones.

- 3^a. Mediante el fallo condenatorio al Estado español de puesta en libertad inmediata a D^a Inés del Río Prada, la STEDH, de 21 de octubre de 2013, ha venido implícitamente a anular el Auto de la Sección 1^a de la A.N., de 6 de junio de 2008, convirtiéndose el TEDH “*de facto*” en una especie de Tribunal Constitucional europeo, cuyas sentencias habrán de ejecutarse directamente por los tribunales españoles concernidos.

- 4^a. De aquí la necesidad de la pronta instauración de un motivo explícito del recurso de revisión para determinar el alcance de la nulidad de las resoluciones impugnadas y en el que la Abogacía del Estado pueda instar la suspensión del procedimiento a fin de que el Gobierno, bien utilice un procedimiento de satisfacción extraprocésal, bien se dirija al Comité de ministros en orden a interponer una demanda en revisión de una sentencia, que determine la extensión de los límites subjetivos de la cosa juzgada.

MEDIDAS PENALES POST-PENITENCIARIAS DE CONTROL DE LA PELIGROSIDAD DEL DELINCUENTE IMPUTABLE Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Eduardo Demetrio Crespo

Catedrático de la Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo (España)

I. DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHO PENAL

1. Es obvio que un tema como el enunciado en el título no puede tratarse sin entroncarlo previamente, siquiera de manera superficial, con una pregunta clave cual es la propia existencia de un modelo de Derecho penal característico del Estado constitucional de Derecho y el modo que tenemos de definirlo.¹

El Estado constitucional aparece hoy como la formulación más acabada del Estado de Derecho, una en la que el sometimiento del poder al Derecho comprende también al poder legislativo, que se ve limitado *ab initio* por la Constitución. Como recientemente ha destacado ATIENZA “el constitucionalismo como realidad jurídico-política se caracteriza por una serie de rasgos que son graduables (la existencia de constituciones que incorporan Derechos Fundamentales expresados en enunciados de principio, la fuerza vinculante de la constitución, la garantía jurisdiccional de la constitución, su grado de rigidez, la interpretación conforme a la Constitución de las leyes y del resto de las normas del ordenamiento jurídico, etc.), de manera que puede haber (hay) sistemas jurídicos en los que el fenómeno de la constitucionalización de los Derechos es más acusado que en otros”.²

Se ha dicho que la tensión “irreductible” entre las competencias del legislador y las del órgano al que se confía su control es justamente una característica del Estado constitucional.³ De todos modos, por mucho que la perspectiva constitucionalista en el Derecho penal presuponga un juez muy valorativo, esa facultad de controlar las leyes e interpretarlas a la luz de principios superiores de carácter constitucional, se mueve en los límites marcados por el principio de división de poderes, lo que la convierte, advierte DONINI, en una capacidad potencialmente abstracta.⁴ Esto no significa, sin embargo, que el control constitucional de las leyes deba ser uno “deferente” - entendiendo la “deferencia” como algo positivo en el sentido de evitar los inconvenientes a los que puede conllevar la anulación de una norma penal⁵, sino que debe tratarse, en mi opinión, de un control constitucional “a secas”, o si prefiere, de uno que efectivamente sea tal, para el que las cortes o tribunales constitucionales están perfectamente legitimados. No faltan ejemplos, como el del *Bundesverfassungsgericht* a propósito de la custodia de seguridad, al que nos referiremos más adelante, en los que el que el exceso de deferencia se ha revelado a la larga como una indeseable falta de verdadero control.

1 Vid. un cierto desarrollo ya en Demetrio Crespo, E., «Constitución y sanción penal», *Libertas* 1 (2013), págs. 57-110, con múltiples referencias bibliográficas a las que me remito.

2 Atienza, M., «Constitucionalismo y Derecho penal», en S. Mir Puig & M. Corcoy Bidasolo (Dir.) & JC. Hortal Ibarra (Coord.), *Constitución y sistema penal*, Madrid et al.: Marcial Pons, 2012, pág. 21.

3 Lopera Mesa, G.P., *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, pág. 76.

4 Donini, M., «La relación entre derecho penal y política: método democrático y método científico», en L. Arroyo Zapatero & U. Neumann & A. Nieto Martín (Coord.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, Cuenca: UCLM, 2003, pág. 81.

5 Lascurain Sánchez, JA., «¿Restrictivo o deferente? El control de la ley penal por parte del Tribunal Constitucional», *InDret* 3/2012, págs. 1-34, 25.

2. No cabe duda que el reto permanente del Derecho penal en el Estado constitucional es encauzar adecuadamente el conflicto entre la libertad del individuo y la limitación de dicha libertad para la protección de la generalidad. Se trata, por tanto, en último término, de la restricción de la libertad con la finalidad de su preservación.⁶ En este sentido, por lo que aquí interesa, es evidente que el legislador no es totalmente libre en la elección o modulación del sistema de sanciones destinado a cumplir su función protectora, sino que se encuentra limitado por el conjunto de reglas y principios configuradores del Estado constitucional de Derecho. La perspectiva de los Derechos Fundamentales consagrados en la norma que se sitúa en la cúspide del ordenamiento jurídico le obliga formal y materialmente a no perder de vista la libertad del individuo al que se impone la sanción. Sólo aquellas sanciones que respeten ciertos criterios de adecuación constitucional relativos con carácter general a la pertinencia, idoneidad y necesidad en orden a la meta propuesta, podrán ser admitidas.⁷

A partir de estas premisas resultaría posible, por ejemplo, razonar la inconstitucionalidad de la fórmula “culpabilidad + peligrosidad: inocuización” subyacente a los sistemas de sanciones que introducen fórmulas al estilo de la *Sicherungsverwahrung* alemana (o “custodia de seguridad”) sobre la que ya se ha pronunciado en sentido correctivo el TEDH.⁸ En España, por añadidura, y dado que el texto constitucional prevé en su articulado (Art. 25.2 CE) expresamente la finalidad de la reeducación y reinserción social, las limitaciones constitucionales son aún más amplias. Si la libertad vigilada posterior al cumplimiento de la pena para delincuentes imputables presenta ya dudas de constitucionalidad⁹, la regulación de la custodia de seguridad que preveía el Anteproyecto de Reforma del Código penal del año 2012 era claramente inadmisibile desde la perspectiva de los Derechos Fundamentales.¹⁰ Por su parte, la de la cadena perpetua o “prisión permanente revisable”, que contemplaba el anteproyecto mencionado y mantiene el del año 2013, no lo es menos.¹¹ La imparable evolución del “populismo punitivo”¹², sin embargo, está detrás de los fenómenos legislativos

6 Appel, I., *Verfassung und Strafe*, Berlin: Duncker & Humblot, 1998, pág.18.

7 *Ibid.*, págs. 163 ss.

8 Con detalle, Merkel, G., «Incompatible Contrasts? – Preventive Detention in Germany and the European Convention on Human Rights», *German Law Journal* 09 (2010) Vol. 11, págs. 1046-1066; Borja Jiménez, E., «Custodia de seguridad, peligrosidad postcondena y libertad en el estado democrático de la era de la globalización: una cuestión de límites», *RGDP* 18 (2012), págs. 25 y ss; Gazeas, N., «La nueva regulación de la custodia de seguridad en Alemania. Una perspectiva sobre la nueva concepción derivada de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional alemán», en E. Demetrio Crespo (Dir.) & M. Maroto Calatayud (Coord.), *Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Buenos Aires et al.: BdeF & Edisofer, 2013, págs. 629-650 (a su vez con múltiples referencias recientes de la doctrina alemana); Ziffer, P., «Begriff der Strafe und Sicherungsverwahrung», en G. Freund et al. (Hg.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 2013, págs.1087-1090.

9 García Rivas, N., «La libertad vigilada y el derecho penal de la peligrosidad», *RGDP* 16 (2011), págs. 1-27, 23; Marco Francia, P. (2012), *La libertad vigilada*, Trabajo Final de Máster (inédito), pág. 59.

10 Vid. al respecto la motivación de la propuesta de supresión de dicha regulación efectuada por un grupo de autores, entre los que me encuentro, en Acale Sánchez, M. et al., «Custodia de seguridad: Arts. 96.2, 101, 102.3 y 103.2 CP», en F.J. Álvarez García (Dir.) & J. Dopico Gómez-Aller (Coord.), *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, págs. 395-402 e infra II.5.

11 Curiosamente la propia Exposición de Motivos del Anteproyecto viene a reconocer la inhumanidad del sistema legal vigente hasta la fecha, que no prevé una revisión judicial periódica de la situación personal del penado “ni para las penas máximas de veinticinco, treinta o cuarenta años de prisión, ni para las acumulaciones de condena que pueden llegar a fijar límites incluso superiores” (pág. 3), cifrando dicha inhumanidad de la pena en “la falta de un horizonte de libertad”. Sin embargo, la previsión de un sistema de revisión judicial de una pena de esta naturaleza, si bien resulta imprescindible, no basta en mi opinión para salvaguardar la constitucionalidad de una pena que queda definida ab initio como una sanción de duración indeterminada (Vid., en este sentido, Acale Sánchez, M., «Prisión permanente revisable: Arts. 31 (3 y 4), 70.4, 76.1, 78 bis, 92, 136 y concordantes en la Parte Especial», en F.J. Álvarez García (Dir.) & J. Dopico Gómez-Aller (Coord.), *Estudio crítico...*, Op.cit, pág. 189).

12 Vid., entre otras referencias, Herzog, F., *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinvorsorge: Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich*, Heidelberg: v. Decker, 1991; Garland, D., *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Barcelona: Gedisa, 2005; *Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans, El populisme punitivo*, Barcelona: Quaderns de Bsarcelona, 2005; Llobet, J., «La actualidad del pensamiento de Beccaria», en F. Velásquez Velásquez et al. (Coord.), *Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado. Libro Homenaje a Nodier Agudelo Betancur*, Bogotá: Ibáñez et al, 2013, págs. 255-270, 258 ss.

a los que hago referencia, cuya justificación pasa paradójicamente por “acabar con el Derecho penal, sustituyéndolo por un instrumento de control que está libre de las premisas de partida de aquél”.¹³

3. Antes de responder a la pregunta clave acerca de cómo determinan los Derechos Fundamentales el Derecho penal del Estado constitucional (al que nos hemos referido en líneas generales hasta ahora) debe quedar constancia de que el proceso de expansión del Derecho penal, ya abundantemente denunciado por la doctrina, y la relajación de las garantías asociado al mismo¹⁴, cuya expresión más grosera ha quedado simbolizada en el fatídico “derecho penal del enemigo”¹⁵, no ha dejado inalterado ni el Derecho penal legislado, ni su aplicación jurisprudencial. Más bien al contrario, en el caso español, la doctrina ha detectado excesos claros en materia de prisión provisional, cumplimiento de la pena y criminalización de actos de expresión, entre otros.¹⁶ Especialmente significativa resulta en este sentido la llamada *Doctrina Parot*, como, pese a la polémica suscitada, reflejan con bastante claridad los argumentos empleados por la Gran Sala del TEDH en su Sentencia de 21.X.2013 (que viene a ratificar el pronunciamiento anterior de 10.07.2012) en materia de legalidad y libertad, derechos que se declaran vulnerados según la interpretación efectuada de los Arts. 5 y 7 del CEDH.¹⁷ Pues bien, frente a esta tendencia hay que recordar permanentemente que los límites a cualquier interpretación o/y justificación de la actuación del legislador se encuentran en el catálogo de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas consagrados en la Carta Magna, en virtud de los cuales habría que enfatizar que no cualquier Derecho penal es posible desde la perspectiva de la legitimidad constitucional.

Dicho esto, según la propia doctrina del Tribunal Constitucional el contenido de los Derechos Fundamentales delimita la habilitación legal para sancionar imponiendo una condena penal (STC 110/2000, de 05 de mayo, FJ 5, entre otras). *Los Derechos Fundamentales limitan tanto al legislador penal, como al juez penal*. En cuanto al primero, una amplia doctrina constitucional ha ido definiendo en España una serie de criterios que han de ser tenidos en cuenta, de tal suerte que parece haberse asentado al menos una idea clara: *la libertad de configuración del legislador penal encuentra su límite en el contenido esencial de los Derechos Fundamentales*. En segundo lugar, en el marco del recurso de amparo, el Tribunal Constitucional ha ejercido y ejerce un control de la conformidad constitucional acerca de la interpretación y aplicación de las leyes penales por los tribunales. Más concretamente en la STC 110/2000, de 05 de mayo, pueden extraerse varios *criterios de incompatibilidad* tales como *el desconocimiento del contenido -o haz de garantías- constitucionalmente protegido, falta de habilitación legal para la restricción del derecho por interpretación extensiva de la norma, y reacción desproporcionada frente al acto ilícito*.¹⁸

13 Acale Sánchez, M., *Medición de la respuesta punitiva y Estado de Derecho*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2010, pág. 330.

14 Por todos, Silva Sánchez, J.M^a, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 3^a ed., Buenos Aires et al.: BdeF & Edisofer, 2011.

15 Por todos, M. Cancio Melia & C. Gómez Jara Díez (Eds.), *Derecho Penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión* (Vol. I y II), Buenos Aires et al.: BdeF & Edisofer, 2006.

16 Rodríguez Montañés, T. “Expansión del Derecho penal y límites constitucionales”, en JC. Carbonell Mateu et al. (Dir.) / M^a L. Cuerda Arnau (Coord.), *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema penal. Semblanzas y Estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 1660 ss.

17 Cfr.: Alcácer Guirao, R., «La “Doctrina Parot” ante Estrasburgo: del Río Prada c. España (STEDH 10.07.2012, N° 42750/09). Consideraciones sobre la aplicación retroactiva de la Jurisprudencia y la ejecución de las sentencias del TEDH», REDC, n° 43, 2012, págs. 929-952; Muñoz Clares, J., «Sobre la llamada “Doctrina Parot”», RGDP 18 (2012), págs. 1-18; García Amado, J.A., «Sobre algunas consecuencias de la Sentencia del TEDH en el caso Del Río Prada contra España: irretroactividad de la Jurisprudencia penal desfavorable y cambios en las fuentes de producción del Derecho penal», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* 41 (2014), págs. 54-63. Matiza adecuadamente Alcácer (2012) que el TEDH (refiriéndose en este caso a la STEDH de 10.07.2012) no introduce en realidad novedades en su jurisprudencia, sino que es coherente con su línea de argumentación previa, atenta desde una perspectiva material y flexible a la verdadera protección que ofrece el Art. 7 CEDH en función de si la decisión del órgano judicial supone una alteración en el quantum de la pena impuesta (págs. 938-939). Esta sería, a su vez, la razón (de fondo) por la que el TEDH termina incluyendo la garantía de irretroactividad de la jurisprudencia desfavorable en el ámbito del derecho a la legalidad del Art. 7 CEDH, que se hace depender de “la garantía nuclear de la previsibilidad”, de modo que, “sólo cuando el cambio jurisprudencial introducido con posterioridad a los hechos resultara imprevisible para el ciudadano, resultará vulnerado el derecho” (pág. 942).

18 Rodríguez Montañés, T., “Expansión...”, *Op.cit.*, pág. 1667.

En particular, en la materia que nos ocupa, se podrían ver afectados, p.e, el derecho a la integridad física y moral, el derecho a la intimidad, el derecho a la libertad ambulatoria y la propia dignidad humana (vulnerada, en su caso, por infringir la prohibición de la imposición de tratos inhumanos y degradantes).¹⁹

II. EL CONTROL DE LA PELIGROSIDAD EN EL DERECHO PENAL DE ESTADO DE DERECHO

1. El derecho penal ha tenido que vérselas desde siempre con el problema de la peligrosidad y el fantasma de la inocuización con el que se lo relaciona instintivamente se remonta al menos al famoso Programa de la Universidad de Marburgo de 1882 de Franz von Liszt.²⁰ Algunas de las declaraciones contenidas en este último acerca del delincuente incorregible²¹ han permitido trazar una infame línea histórica (en una especie de “continuidad estructural”) que llegaría hasta el “derecho penal del enemigo”.²² Pero en los últimos tiempos parece haber adquirido una especial relevancia político-criminal la cuestión específica de cómo tratar al delincuente imputable peligroso de criminalidad grave²³, fenómeno al que desde luego no es ajena la alarma social generada por los medios de comunicación²⁴ a partir de casos aislados que no justifican la necesidad de cambios legislativos. Estos últimos obedecerían más bien a lo que se ha llamado “la obsesión por la seguridad”, que junto al desencanto sobre las posibilidades de la intervención resocializadora sobre el delincuente conformarían la base ideológica del nuevo discurso.²⁵ Si esto pudiera verificarse, de aquí podrían derivarse costes iusfundamentales claros vinculados a los programas político-criminales de recrudescimiento punitivo generados como consecuencia de intereses puramente políticos o económicos a partir de una irracional sensibilización de la opinión pública.²⁶ Más globalmente la

19 Cfr., por todos, Armaza Armaza, E.J., *El tratamiento penal del delincuente imputable peligroso*, Granada: Comares, 2013 págs. 157 ss.

20 Von Liszt, F., *La idea de fin en el Derecho penal*, Granada: Comares, 1995 (Introducción y nota biográfica de JM. Zugaldía Espinar; traducción de C. Pérez del Valle), págs. 83 ss.

21 *Ibidem.*: “La lucha enérgica contra la delincuencia habitual es una de las tareas más urgentes de la actualidad. Del mismo modo que un miembro enfermo contagia a todo el organismo, la célula cancerosa del delincuente habitual, en rápido crecimiento, se extiende cada vez más intensamente en nuestra ida social” (págs. 83-84). “La sociedad ha de protegerse frente a los sujetos incorregibles. Sin embargo, si nosotros no queremos decapitar ni ahorcar, y no podemos deportar, únicamente nos queda la cadena perpetua(o, en su caso, por un tiempo indeterminado)” (pág. 86).

22 Vid.: Muñoz Conde, F., «La herencia de Franz von Liszt», *RP* 27 (2011), págs. 159-174, 161, 172, quien subraya las contradicciones a la que conduce en el pensamiento de este influyente autor la distinción metodológica efectuada por él entre el hecho como presupuesto de la pena y el autor como objeto de la medida de la pena (pág. 165), que termina redundando (como en el constructo del “derecho penal del enemigo”) en dos derechos penales, uno para el ciudadano “normal” y otro para el “proletariado de la criminalidad” (pág. 165); *ib.*, Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. *Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, págs. 35 ss.

23 Vid., entre otras referencias, Silva Sánchez, J.M^a, «El retorno a la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos», en L.A. Arroyo Zapatero & I. Berdugo Gómez de la Torre (Dir.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In Memoriam. Vol. I*, Cuenca: Ediciones UCLM & Ediciones USAL, págs. 699-710; Kunz, K.L., «“Gefährliche” Rechtsverbrecher und ihre Sanktionierung», en J. Arnold et al. (Hg.), *Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag*, München: Beck, 2005, págs. 1375-1392; Sanz Morán, A.J., «De nuevo sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso», en F. Bueno Arús et al. (Dir.), *Derecho penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal. Estudios en Homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*, Madrid: Dykinson, 2006, págs. 1085-1101; Robles Planas, R., «“Sexual Predators”. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad», *InDret* 4/2007, págs. 1-25; Armaza Armaza, E.J., *El tratamiento penal...*, *Op.cit.*, *passim*.

24 Vid.: Díez Ripollés, J.L., *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid: Trotta, 2003, pág. 25, quien advierte una “directa relación entre actitudes punitivas elevadas y el contacto con medios de comunicación que prestan especial atención a la delincuencia, en especial si realizan un trato sensacionalista de ella y preconizan dureza frente al crimen”.

25 Silva Sánchez, J. M^a, «El retorno a la inocuización...», *Op.cit.*, pág. 701.

26 Vid., p.e., en este sentido, Sánchez Lázaro, F.G., «Alarma social y Derecho penal», en C.M^a Romeo Casabona & F.G. Sánchez Lázaro (Ed.) & E.J. Armaza Armaza (Coord.), *La adaptación del Derecho penal al desarrollo social y tecnológico*, Granada: Comares, 2010, págs. 53-76, quien pone de relieve acertadamente que el fenómeno de la irracionalidad legislativa que se genera a partir de la manipulación de la opinión pública genera costes iusfundamentales en términos de las correspondientes intervenciones instrumentales de aseguramiento normativo a través, p.e, del endurecimiento de penas, medidas de seguridad o debilitamiento de las posiciones procesales.

revivificación de la discusión sobre la peligrosidad se ha puesto en relación con la aparición de los medios de comunicación de alcance mundial, el desarrollo y perfeccionamiento de nuevas formas de responder ante la actividad delictiva, y el interés por la efectiva protección de los bienes jurídicos más importantes.²⁷

2. No obstante, los estudios actuales en el ámbito de la psicología criminal ya han abandonado el término “peligrosidad”, que guarda una estrecha relación con las ciencias del comportamiento y la criminología, por considerar que adolece de una serie de defectos que lo hacen científicamente inviable, tales como p.e su escasa capacidad predictiva, de modo que se trabaja con un nuevo concepto llamado “riesgo de violencia”.²⁸

Se entiende por “delincuente peligroso”, por una parte, un delincuente con riesgo de reincidir y, por otra, uno que ya ha cometido un delito grave.²⁹ Sin embargo, no es posible asociar sin más el delincuente habitual peligroso al delincuente violento, aunque es este último el que más repercusión tiene en la opinión pública. Así p.e se cree erróneamente que la tasa de reincidencia es mayor en el delincuente sexual, cuando realmente no es así.³⁰ Otro problema adicional es que estudios recientes realizados por neurocientíficos han revelado que, a diferencia del resto de la población, los criminales violentos y, en general, las personas con elevada agresividad, padecen con frecuencia diversos déficit cerebrales en el área prefrontal y del córtex órbito frontal y cingular anterior, así como en el córtex temporal y en las regiones límbicas, que afectan todas ellas al control de los estados afectivos y emocionales.³¹

Cabe formular la pregunta acerca de cómo llega el concepto “lombrosiano” de peligrosidad, sustentado inicialmente en la patología mental crónica e incorregible, al concepto operativo de peligrosidad existente en el CP, tanto en el ámbito de las medidas de seguridad (uno de cuyos presupuestos ex art. 95.1 CP es “que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos”), como de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad no superior a dos años (en cuya resolución ex art. 80.1 CP los jueces y tribunales deben atender fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto, así como a la existencia de otros procedimientos penales contra éste), por citar dos ejemplos. A juicio de ANDRÉS-PUEYO a este manejo legal de la peligrosidad subyace una idea simplificada sobre la inmutabilidad o incorregibilidad del sujeto peligroso, que hace pensar que puede volver a delinquir.³² Idea ésta, la de la inmutabilidad, también científicamente fuera de lugar. En general, las bases para un “juicio de peligrosidad” -según el citado autor- son tres: naturaleza del delito, biografía (trayectoria criminal y desajuste social) y patologías mentales concomitantes.³³

3. Aunque las soluciones en el derecho comparado son muy diversas, en España el CP 1995 estableció un sistema de medidas de seguridad cuya duración no podía exceder de lo que hubiera durado la pena de ser considerado el sujeto culpable en los casos de inimputabilidad, con la variante del sistema vicarial (de acuerdo a lo establecido en los arts. 99 y 104 CP) para los casos de semiimputabilidad. Es evidente que el problema no siempre explicitado es de carácter conceptual, cual es la diferenciación entre pena y medida

27 Armaza Armaza, E.J., *El tratamiento penal...*, Op.cit., págs. 1 ss, (pág. 3).

28 Andrés-Pueyo, A., «Peligrosidad criminal: análisis crítico de un concepto polisémico», en E. Demetrio Crespo (Dir.) & M. Maroto Calatayud (Coord.), *Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Buenos Aires et al.: BdeF & Edisofer, 2013, pág. 484.

29 *Ibid.*, pág. 486.

30 *Ibid.*, pág. 488.

31 Merkel, G. & Roth, G., «Freiheitsgefühl, Schuld und Strafe», en K.J. Grün & M. Friedman & G. Roth (eds.), *Entmoralisierung des Rechts. Maßstäbe der Hirnforschung für das Strafrecht*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, pág. 68.

32 Andrés-Pueyo, A., «Peligrosidad criminal:...», Op.cit, pág. 491

33 *Ibid.*, pág. 493.

de seguridad, así como el verdadero papel que corresponde a las medidas en el sistema de consecuencias jurídicas del delito.³⁴

Según este esquema cuando no sea posible castigar con pena al autor de un hecho antijurídico por no alcanzar determinadas condiciones psíquicas que según el modelo usual regla-excepción lo hacen posible, sin necesidad de entrar ahora en las diferentes teorías que buscan una explicación al fundamento material de la culpabilidad, debe recurrirse, en su caso, a la imposición de una medida de seguridad. Esta última deberá estar rodeada de una serie de garantías ineludibles en un Estado de Derecho, para lo cual son básicos, a mi modo de ver, tres principios: el carácter post-delictual de la medida, el criterio de la peligrosidad criminal y la limitación temporal. Estos principios fueron acogidos con acierto en el Código penal de 1995, si bien un sector doctrinal se ha manifestado tradicionalmente en contra del mencionado en último lugar.

Pues bien, el Proyecto de reforma del Código Penal del año 2013 se suma a dicho sector, lo que puede verse ya en la Exposición de Motivos en la que se dice que “se abandona definitivamente la idea de que las medidas de seguridad no puedan resultar más graves que las penas aplicables al delito cometido” con la fundamentación de que “las medidas de seguridad deben ser proporcionadas, no sólo a la gravedad del hecho cometido, sino también a la de aquéllos que se prevea que pudiera llegar a cometer y, por tanto, a su peligrosidad”, sin que se llegue a advertir de qué modo se puede compensar algo que aún no se ha producido ni precisar la manera en la que se llevará a cabo dicho juicio de peligrosidad que, visto desde la perspectiva de hechos que aún no han tenido lugar, lo convierte en uno de carácter pre-delictual.³⁵ Eliminar la limitación temporal no supone en todo caso “la definitiva consagración de un sistema dualista” sino que se trata más bien de una solución de carácter defensista³⁶, sin perder de vista que las medidas de seguridad en la práctica no se diferencian sustancialmente de las penas en cuanto a su carga aflictiva (como, por cierto, ya ha argumentado el TEDH).³⁷

Pero, por otra vía, la peligrosidad se ha ido introduciendo poco a poco en el sistema por la vía de incrementar el rigor punitivo, apartándose en alguna medida, como ya se dijo antes, del modelo del derecho penal del

34 Cfr., entre otras referencias, Jorge Barreiro, A., *Las medidas de seguridad en el Derecho español. un estudio de la Ley de peligrosidad y rehabilitación social de 1970 y de la doctrina de la Sala de Apelación de peligrosidad*, Madrid: Civitas, 1976; Terradillos Basoco, Juan M^a, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Madrid: Akal, 1981; Romeo Casabona, Carlos M^a, *Peligrosidad y Derecho penal preventivo*, Barcelona Bosch, 1986; Sanz Morán, A.J., *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho penal*, Valladolid: Lex Nova, 2003; Frisch, W., «Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal», *InDret* 3/2007, págs. 1-52; Urruela Mora, A., *Las medidas de seguridad y reinserción social en la actualidad*, Granada: Comares, 2009.

35 Sobre las técnicas existentes para formular un pronóstico de peligrosidad cfr.: Vives Antón, T.S., «Métodos de determinación de la peligrosidad», en *Ibid.*, *La libertad como pretexto*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, págs. 17-43; Looney, J.W., «Neuroscience's new techniques for evaluating future dangerousness: are we returning to Lombroso's biological criminality?», *JALR L. Rev.* 301 (2009-2010), págs.301-314.

36 Sobre la crisis y el sentido actual de la distinción entre monismo y dualismo cfr. Quintero Olivares, G., «Monismo y dualismo. Culpables y peligrosos», en E. Demetrio Crespo (Dir.) / M. Maroto Calatayud (Coord.), *Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Buenos Aires et al.: BdeF & Edisofer, págs. 651-667, quien concluye que “la cuestión hoy no es determinar si el sistema penal se adscribe a un modelo dualista o transita hacia el monismo, sino algo más grave y profundo: si el sistema penal está usando alternativamente o a la vez soluciones propias del derecho penal del hecho y de la culpabilidad junto con reacciones propias de las ideas de peligrosidad y defensa social, con una clara inclinación en pro de estas últimas” (pág. 667). En el mismo sentido advierte JA. Sanz Morán (2006, cit. nota 23) que “más que posiciones «monistas» o «dualistas» stricto sensu, se defienden distintos planteamientos en orden a la adecuada articulación de las relaciones entre penas y medidas” (pág. 1088).

37 Vid., en este sentido, Ziffer, P., «Begriff der Strafe und Sicherungsverwahrung», en G. Freund et al. (Hg.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 2013, pág. 1080, quien advierte, por otro lado, que la piedra de toque de una diferenciación seria entre pena y medida se halla en la realidad de la ejecución, de modo que, desde esta perspectiva, la legitimación de un sistema de sanciones de doble vía estaría estrechamente relacionado con la multiplicación de las posibilidades de salir en libertad (pág. 1083).

hecho en función de la gravedad de la conducta.³⁸ Pues bien, estos desarrollos, a los que ya me he referido al comienzo de la exposición, están detrás de las nuevas medidas de control post-penitenciario de la peligrosidad de *delinquentes imputables* como la libertad vigilada o la custodia de seguridad, que pueden entrar en colisión o directamente ser incompatibles con principios básicos de la legitimación del castigo en el Estado constitucional, tales como el principio de proporcionalidad o el de culpabilidad.³⁹

4. Entre las medidas de control de la peligrosidad no privativas de libertad del delincuente imputable ocupa un lugar destacado la libertad vigilada, que fue introducida en nuestro ordenamiento mediante LO 5/2010, de 22 de junio y consiste en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento por su parte de una o varias de las medidas, tales como la obligación de estar siempre localizable, enumeradas en las letras a) a k) del art. 106.1 CP.⁴⁰ En efecto, según lo establecido en el apartado 2 de este artículo, “sin perjuicio de lo establecido en el artículo 105, el Juez o Tribunal deberá imponer en la sentencia la medida de libertad vigilada para su cumplimiento posterior a la pena privativa de libertad impuesta siempre que así lo disponga de manera expresa este Código”. La selección del legislador a este respecto no es casual, sino que, en correspondencia indisimulada con el derecho penal de autor, se dirige frente a quienes en el imaginario colectivo aparecen como “los más peligrosos” entre los peligrosos. Así el código penal prevé su imposición en el artículo 192.1 a los condenados a pena de prisión por uno o más delitos comprendidos en el Título VIII (*Delitos contra la vida e indemnidad sexuales*) con una duración de cinco a diez años, si alguno de los delitos fuera grave, y de uno a cinco años, si se trata de uno o más delitos menos graves; y en el artículo 579.3 a los condenados a pena grave privativa de libertad por uno o más delitos comprendidos en el Capítulo VII (*De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo*) del Título XXII (*Delitos contra el orden público*) con una duración de cinco a diez años, y de uno a cinco años si la pena privativa de libertad fuera menos grave. Esta normativa ha sido vista como la consagración de un derecho penal de víctimas indeterminadas y futuribles sobre la base de una mera “peligrosidad social *ex ante*”.⁴¹

5. La custodia de seguridad (*Sicherungsverwahrung*) fue introducida en el Derecho penal alemán en el año 1933.⁴² En España el Anteproyecto de reforma del CP de 11.10.2012 contemplaba una regulación de esta institución, en contra de la cual cabía esgrimir al menos los siguientes parámetros valorativos:⁴³

38 Sobre este círculo de problemas, Vid.: Demetrio Crespo, E., “El principio de culpabilidad: ¿un Derecho Fundamental en la Unión Europea?”, en L. M^a. Díez Picazo / A. Nieto Martín (Coord.), *Los Derechos Fundamentales en el Derecho penal europeo*, Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2010, págs. 371-388.

39 Cfr.: Armaza Armaza, E. J., *El tratamiento...*, Op.cit, págs. 139 ss.

40 Cfr., entre otras referencias, Acale Sánchez, M., «Libertad vigilada: Arts. 106, 192 y 468 CP», en F.J. Álvarez García & J.L. González Cussac (Dir.), *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, págs. 151-157; García Albero, R.M., «La nueva medida de seguridad de libertad vigilada», *Revista Aranzadi Doctrinal* 6 (2010), págs. 183-196; García Rivas, N., «La libertad vigilada...», Op.cit, págs. 1-27; Salat Pascual, M., «Libertad vigilada: regulación en derecho comparado y realidad normativa en España», *RGDP* 17 (2012), págs. 1-41; Rodríguez Magariños, F.G., *La nueva medida de seguridad postdelictual de libertad vigilada. Especial referencia a los sistemas de control telemático*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

41 Acale Sánchez, M., «Libertad vigilada:...», Op.cit., pág.156.

42 Vid., entre otras referencias, Alex, M., *Nachträgliche Sicherungsverwahrung. Ein rechtsstaatliches und kriminalpolitisches Debakel*, 2. Aufl., Holzkirchen: Feliz, 2013; Conradi, F., *Die Sicherungsverwahrung - Ausdruck einer zunehmenden Sicherheitsorientierung im Strafrecht? Die Entwicklung der Sicherungsverwahrung im Kontext des Spannungsverhältnisses von Freiheit und Sicherheit*, Frankfurt am Main: PL Acad. Research, 2013; Kinzig, J., *Die Legalbewährung gefährlicher Rückfalltäter. Zugleich ein Beitrag zur Entwicklung des Rechts der Sicherungsverwahrung*, Berlin: Duncker & Humblot, 2008; Mushoff, T., *Strafe – Maßregel – Sicherungsverwahrung. Eine kritische Untersuchung über das Verhältnis von Schuld und Prävention*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 2008; Gracia Martín, L., «Sobre la legitimidad de las medidas de seguridad contra delinquentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho», en C. García Valdés et al. (Coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Madrid: Edisofer, 2008, págs. 975-1003; Cano Paños, M.A., «El marco jurídico y criminológico de la custodia de seguridad (*Sicherungsverwahrung*) en el derecho penal alemán», *CPC* 91 (2007), págs. 205-250; Sánchez Lázaro, F. G., «Un problema de peligrosidad postdelictual: Reflexiones sobre las posibilidades y límites de la custodia de seguridad», *RP* 17 (2006), págs. 142-165, así como la bibliografía citada supra (nota 8).

43 Así lo expuse el 31.01.2013 en la ponencia presentada en las Jornadas para el análisis del Anteproyecto de reforma penal de 11 de octubre de 2012 organizadas por la Universidad Carlos III de Madrid.

- a) *Legitimidad / ilegitimidad del castigo y delimitación del Derecho penal con el Derecho de policía.* La “custodia de seguridad” es el ejemplo paradigmático del llamado “derecho penal del enemigo”, entendiéndose por tal uno que trata a determinadas personas, no como tales, sino como meras fuentes de peligro.⁴⁴ Constituye, por tanto, una anomalía en el Derecho penal del Estado (constitucional) de Derecho que obedece a una intromisión de éste último en el ámbito propio del “Derecho de policía”.
- b) *La arquitectura del sistema de sanciones.* La prolongación del castigo mediante medidas post-penitenciarias de prevención de la peligrosidad desnaturaliza la arquitectura del sistema de sanciones en el modelo del Derecho penal del Estado de Derecho por la vía de hacer “desplomar” la diferenciación entre culpabilidad/pena - peligrosidad postdelictual/medida, y con ella, la función garantista básica atribuida a la culpabilidad por el hecho en el Derecho penal del hecho. Esta última consiste justamente en servir de límite a la intervención penal en función de la gravedad de lo injusto cometido que se puede atribuir de modo personal a su autor.
- c) *La doctrina constitucional sobre el principio ne bis in ídem.* En España, la imposición cumulativa/consecutiva de penas y medidas de seguridad a la misma persona por los mismos hechos puede considerarse, según una línea de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en esta materia (SSTC 23/1986, de 14 de febrero FJ 1º; 21/1987, de 19 de febrero, FJ 1º), violatoria del principio *non bis in ídem*.⁴⁵ Obsérvese que no se trata aquí, como en el sistema vicarial previsto para casos de semi-imputabilidad, del cumplimiento de una medida, que se abona para el de la pena, con posibilidad de suspender la ejecución de la pena si con ello se ponen en peligro los efectos conseguidos a través de aquella (art. 99 CP). La presunta variación del fundamento, que primero parece ser la culpabilidad para sorprendentemente convertirse en uno distinto, la peligrosidad, en un segundo momento destinado a posibilitar la prolongación del internamiento, es simplemente un “fraude de etiquetas”.
- d) *La doctrina del TEDH.* El caso de Alemania p.e es muy aleccionador. El *Bundesverfassungsgericht* se ha visto obligado a rectificar (en sentencia de 04.05.2011) su propia Jurisprudencia anterior (sentencia de 05.02.2004), como consecuencia de la STEDH de 17.12.2009 (caso M. v. Alemania), que declaró que la regulación alemana de la custodia de seguridad vulneraba los artículos 5.1 y 7.1 del CEDH. Ahora el *BVfG* sí ha ejercido el control constitucional que cabía esperar, elevando incluso los requisitos y límites necesarios para una nueva regulación más allá de lo exigido por el TEDH.⁴⁶ Dicha normativa debería contemplar y respetar toda una serie de principios, tales como el de individualización, motivación, separación o distanciamiento, *ultima ratio* y minimización, protección y asistencia jurídica, así como control o revisión una vez al año, al objeto de que quede fuera de toda consideración una finalidad de carácter meramente inocuidador. Por otro lado, la STEDH *James, Wells and Lee v. the United Kingdom*, de 18 de septiembre de 2012, condenó por unanimidad al gobierno británico por permitir la imposición de “*condenas indeterminadas para la protección de la ciudadanía*”, y por la falta de un análisis realista de los medios necesarios para su adecuada implementación, haciendo inviable la resocialización de quienes son sometidos a ella.

44 Vid., por todos, Jakobs, G., «Terroristen als Personen im Recht?», *ZStW*, 117, 2005/4, págs. 839-851, 847: “Hält man sich von solchen Extremen fern, so geht es um das Erreichbare, um das praktisch Optimale, was heißt, das Feindstrafrecht sei auf das Erforderliche zu beschränken...Aber was ist erforderlich? Zunächst muß dem Terroristen dasjenige Recht entzogen werden, das er mißbrauchlich für seine Planungen einsetzt, also insbesondere das Recht auf Verhaltensfreiheit. Insoweit verhält es sich nicht anders als bei der Sicherungsverwahrung...”.

45 Vid., con más detalle, Requejo Rodríguez, P., «Peligrosidad y Constitución», *InDret* 3/2008, págs. 1-23, 13 ss, quien hace alusión además a la **STC 24/1993 de 24.02**, así como al **ATC 83/1994, de 14.03**, como punto de arranque de una línea argumentativa que al desvincular el sentido y fundamento de la medida de seguridad (orientada a la prevención de la peligrosidad) y el de la pena (orientada a la compensación de la culpabilidad), podría dar cobertura a soluciones legislativas más próximas a las acogidas por otros ordenamientos jurídicos europeos en el sentido de acumular penas y medidas sin quiebra del principio *non bis in ídem* (págs. 15 ss, 18).

46 Vid. Gazeas, N., “La nueva regulación...”, *Op.cit.*, págs. 636 y ss.

Esto evidenciaba que la regulación propuesta era inconstitucional y no superaría los estándares marcados por el TEDH toda vez que en virtud del art. 10.2 CE “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias suscritos por España”.⁴⁷ Aun cuando se considerara que la custodia de seguridad no es por sí misma (conceptualmente) contraria a la dignidad humana y se contemplara el problema de fondo desde la perspectiva de un estado de necesidad se alcanzaría la misma conclusión. En efecto, la ponderación de intereses correspondiente entre los derechos fundamentales de la persona que se podrían ver afectados (arts. 15, 17.1, 25.1 CE) y la protección de potenciales víctimas frente al delincuente peligroso se resolvería en el sentido de considerar un mal considerablemente mayor el que resulta de la vulneración de los primeros, lo que sería, a su vez, una consecuencia lógica del principio de prohibición de exceso en el Derecho penal del Estado de Derecho.⁴⁸

III. CONCLUSIÓN

El modelo de Derecho penal del Estado constitucional de Derecho no puede doblegarse, ni quedar desdibujado en sus límites y principios configuradores tampoco cuando se trata de abordar el problema de la peligrosidad postdelictual (se refiera ésta a inimputables, semiimputables, o imputables). Al hacerlo quedaría “fuera de juego”, conduciendo a vulnerar derechos fundamentales y principios garantistas definitorios del mismo como consecuencia de la desnaturalización del modelo antes mencionado, que quedaría fácilmente “contagiado” por rasgos más propios de un “derecho penal de autor”, cuando no del modernamente calificado como “derecho penal del enemigo”.

Esto no significa ignorar ni minusvalorar el problema, sino solo afirmar que la prolongación más o menos indefinida del castigo (sea con pena o con medida de seguridad) no es la solución al mismo, como tampoco lo sería una mera remisión al internamiento de carácter civil en las constelaciones pertinentes,⁴⁹ máxime cuando en los sistemas actuales se parte de adicionar medidas a penas privativas de libertad ya por sí solas extremadamente largas y contrarias a cualquier lógica resocializadora. Orientación esta última, por cierto, que el Art. 25.2 CE no sólo atribuye a las medidas de seguridad, sino también, a las penas privativas de libertad. Importante sería en este sentido buscar una solución de distribución equilibrada de las cargas que no prime unilateralmente la seguridad y la retribución sobre la libertad y el principio de humanidad.

47 Vid. más ampliamente en Acale Sánchez, M. et al., “Custodia de seguridad: Arts. 96.2, 101, 102.3 y 103.2 CP”, en F.J. Álvarez García (Dir.) & J. Dopico Gómez-Aller (Coord.), *Op.cit.*, págs. 35 y ss.

48 En este sentido, Gracia Martín, L., «Sobre la legitimidad...», *Op.cit.*, pág. 997.

49 Sobre los inconvenientes Vid., p.e, Sanz Morán, A.J., “De nuevo...”, *Op.cit.*, pág. 1091; Requejo Rodríguez, P., «Peligrosidad...», *Op.cit.*, pág. 20.

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y DETERMINACIÓN DE LA PENA

Erick Gatgens Gómez¹

Profesor de la Maestría en Ciencias Penales de la UCR

Abogado litigante

“...la única y verdadera medida de los delitos es el daño hecho a la nación, y por esto han errado los que creyeron que lo era la intención del que los comete...Otros miden los delitos más por la dignidad de la persona ofendida, que por su importancia respecto del bien público...Finalmente algunos pensaron que la gravedad del pecado se considerase en la graduación de los delitos. El engaño de esta opinión se descubrirá a los ojos de un indiferente examinador de las verdaderas relaciones entre hombres y hombres, y entre los hombres y Dios. Las primeras son relaciones de igualdad...Las segundas son relaciones de dependencia de un Ser perfecto y creador, que se ha reservado a sí solo el derecho de ser a un mismo tiempo legislador y juez, porque él solo puede serlo sin inconveniente...La gravedad del pecado depende de la impenetrable malicia del corazón.”²

Este artículo se escribe en homenaje póstumo al Dr. Luis Paulino Mora Mora q.e.p.d., quien fue mi profesor en varios cursos de la Maestría en Ciencias Penales que imparte la Universidad de Costa Rica. Es un honor dedicarle las siguientes líneas a quien fue un gran pensador del Derecho Penal y Procesal Penal, pero especialmente, un gran pensador del vínculo inexorable existente entre ambas ramas y el Derecho Constitucional. Desde la Sala Constitucional el Dr. Mora Mora q.e.p.d. se dedicó a darle una impronta decisiva a la especial relación existente entre esas materias. Podríamos escribir aquí muchos aspectos positivos de la persona del Dr. Mora Mora q.e.p.d., sin embargo, me gustaría destacar aquí únicamente algunos de ellos. En particular, su liderazgo, su cultura jurídico-democrática, su enorme convicción en el Estado de Derecho, su vocación por la docencia y su firme deseo de construir un Poder Judicial apegado a los más firmes y fundamentales valores democráticos.

He decidido escribir este artículo sobre la fijación de la pena privativa de libertad y el principio de proporcionalidad, por tratarse precisamente de un tema en el cual se entrecruza un tópico fundamental del Derecho penal con uno básico del Derecho Constitucional: la libertad.

1. SOBRE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO AMPLIO Y SUS SUBPRINCIPIOS

En primer término y para efectos del análisis que sigue, debemos acudir a una definición del principio de proporcionalidad. Sobre el particular, la jurista española Teresa Aguado nos señala *“El principio de proporcionalidad exige que un medio sea, en el caso concreto, idóneo, necesario y proporcional para conseguir el fin deseado. Este principio concierne pues a la cuestión de que medios son admisibles para la consecución de un fin pretendido.”*³

1 Abogado litigante y profesor de Derecho Procesal Penal de la Facultad de Derecho y de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica.

2 Beccaria, p.p 42-43.

3 Aguado, p. 57.

De acuerdo con lo anterior, tenemos que en doctrina se estudia lo que se ha denominado como principio de proporcionalidad en sentido amplio el cual, a la vez, se subdivide en tres principios o elementos, a saber: los principios de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto.

El principio de idoneidad es definido por la autora citada, acudiendo a referencias del Tribunal Constitucional alemán, en los siguientes términos:

“En virtud de este principio, un medio es apto/idóneo para conseguir el fin pretendido «cuando con su ayuda es posible promover el fin deseado» o «cuando significativamente contribuye a alcanzar el fin pretendido».”⁴

Por su parte, el principio de necesidad, lo conceptualiza la autora indicada, así:

“En virtud de este principio, el medio adoptado por el legislador será necesario para conseguir el fin perseguido cuando «el legislador no hubiese podido elegir otro medio igual de eficaz, pero que no restrinja los derechos fundamentales o lo haga en menor medida».”⁵

También se ha entendido que la „necesidad“ significa que para alcanzar el resultado, debe emplearse el medio más benigno pero que tenga igual eficacia.⁶

Por último, el principio de proporcionalidad en sentido estricto, lo define Teresa Aguado de la siguiente forma:

“...se trata de examinar si la medida «no resulta en exceso gravosa para el afectado» y si el afectado la considera «exigible».”⁷

La proporcionalidad en sentido estricto supone que el agravio no debe estar fuera de proporción o de relación con el fin pretendido, que en una valoración integral es adecuado y, por lo tanto, razonable para el afectado.⁸

También se ha entendido que este principio se aplica para

„...determinar, mediante la utilización de las técnicas del contrapeso de bienes o valores y la ponderación de intereses según las circunstancias del caso concreto, si el sacrificio de los intereses individuales que comporta la injerencia guarda una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se trata de salvaguardar.”⁹

Para el examen de la proporcionalidad en sentido estricto deben confrontarse los intereses exigidos, la extensión de la utilidad pretendida de las posiciones jurídicas perjudicadas y el peso de su cercenamiento bajo consideración de todas las consecuencias reconocibles y dado el caso, de las particularidades relevantes del asunto concreto.¹⁰

4 Aguado, p. 57.

5 Aguado, p. 58.

6 Sachs, p. 860.

7 Aguado, p. 59. La Sala Constitucional, en el voto No. 2011-011697, señaló que el principio de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la ponderación que debe darse entre la gravedad de la conducta, el objeto de tutela y la consecuencia jurídica.

8 Sachs, p. 861.

9 González-Cuéllar, p. 225.

10 Sachs, p. 857 ss.

Sachs coincide con los autores citados en que los elementos de la proporcionalidad son idoneidad, necesidad y proporcionalidad, sin embargo, añade que punto de referencia fundamental de los tres criterios, es la delimitación del fin perseguido. La administración, la jurisprudencia y la producción normativa infra legal, se encuentran sometidas a los fines de la ley.¹¹

2. APROXIMACIÓN CRÍTICA AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Para Röhl el principio de proporcionalidad en sentido amplio pertenece a la interpretación teleológica, pues ésta considera la norma y la sanción como un medio para el fin. De este modo, el principio de proporcionalidad, con sus distintos preceptos parciales, se desprende o surge, sin más, de la Lógica de Medio y Fin. No se trata, por lo tanto, según Röhl, de un principio jurídico sino que tal vez del método racional más importante de ponderación de valores. Por último, los medios no son neutros en valores, sino que ellos tienen a menudo consecuencias accesorias no deseadas. En todo caso los medios causan costos. Quien desee actuar sensatamente, debe mantener los costos y las consecuencias accesorias tan bajas como sea posible.¹²

El principio de proporcionalidad en sentido amplio así como sus elementos, conceden al intérprete del Derecho una amplia discrecionalidad¹³, tal y como lo analizaremos en las líneas siguientes.

Resulta ahora conveniente llevar a cabo una valoración crítica de los elementos que integran el principio de proporcionalidad en sentido amplio y de las “prestaciones” que brindan.

De los tres subprincipios mencionados, el de **idoneidad**, que se refiere al medio realmente utilizado, se sobreentiende y no presenta mayor problema. Su exigencia es evidente: un medio inidóneo no es un medio. Sin embargo, trasladado al ámbito de la *praxis* se desprende que solo en pocos casos, tendría lugar una violación al principio de idoneidad. El rendimiento que aporta este principio para la aplicación del derecho, se resume en lo siguiente: elimina casos extremos de una falta o un error en el medio empleado.¹⁴ Este principio de idoneidad, sin embargo, se torna innecesario cuando se toma en cuenta el **principio de necesidad**, pues su exigencia de que entre todos los medios idóneos debe escogerse el más benigno, exige implícitamente, que también se compruebe la idoneidad del medio empleado. Fundamento esencial de este principio es la búsqueda del medio idóneo o adecuado.¹⁵

Desde el punto de vista de aquél que debe comprobar, de la mano de este principio, que la utilización del medio es necesario, debe verificar no sólo el medio utilizado en relación con su idoneidad, sino que los demás medios que entrarían en consideración, deben ser sometidos a una prueba hipotética de aptitud para poder determinar si entre esos – con la misma eficacia- habría uno que hubiera afectado menos al interesado.¹⁶

11 Sachs, p. 859.

12 Röhl, p.p. 636-637. La pregunta de la correlación entre fin y medio fue planteada por Max Weber, quién desde el año 1904 formuló precisamente el tema de la idoneidad del medio ante los fines dados. Vid. Weber, p. 149 ss.

13 Vid. en sentido contrario González – Cuéllar, p.p. 40-41, quien pese a señalar que la proporcionalidad es un concepto jurídico indeterminado, estima que el mismo no atribuye discrecionalidad al órgano que deba observarla, sino que le obliga a encontrar una única solución justa. El autor plantea un tema que ha sido objeto de una gran discusión en la doctrina jurídica en general y en la teoría del derecho en particular, a saber: la “única solución justa”. No estimamos que en el Derecho Penal se pueda hablar de una “única” solución justa sino de diversas soluciones, unas más “correctas” que otras. Sobre el tema de la discrecionalidad y de la única pena correcta o justa vid. Gatgens, La determinación, p. 390 ss.; 393.

14 Hirschberg, p.p. 50-56, 245-246.

15 Hirschberg, p.p. 56, 246.

16 Hirschberg, p. 59.

Este principio constituye, no obstante, una regla de decisión aguda. Lo problemático es que cuando varios medios benignos son posibles, puede implicar que para tomar una decisión se requieran reglas adicionales, que el principio no suministra. Por esa razón, la aplicación de este principio exige una estructura sencilla del argumento de los fines. De este modo, debe haber precisión del fin que se busca, pues de ampliarse o de restringirse mucho la definición del fin, pueden quedar por fuera fines legítimos.¹⁷

Por último, **el principio de proporcionalidad en sentido estricto**, exige que medio y fin sean recíprocamente ponderados. La necesidad de esta ponderación es comúnmente resaltada. Sin embargo, esta necesidad de ponderación no contiene ningún criterio decisorio. De este modo Hirschberg estima que el principio de proporcionalidad en sentido estricto puede ser caracterizado como un principio formal, en el sentido de que no fija, no contiene ninguna norma o regla sustancial, según la cual deba darse la decisión respectiva.¹⁸ Coincidimos con la opinión de Hirschberg, pues es claro que el principio de proporcionalidad en sentido estricto no provee ningún criterio sustancial, con base en el cual el intérprete pueda llevar a cabo esa ponderación.

Se trata pues, de un principio formal, que marca únicamente el acceso a la propia fundamentación (argumentación), pues el mandato contenido en el precepto de ponderar medio con fin, presupone que exista un parámetro de comparación, frente al cual tanto el medio como el fin puedan medirse.¹⁹

Teresa Aguado no considera correcta la posición de Hirschberg de verlo como un principio formal, ya que en su criterio, la derivación del principio de proporcionalidad de la máxima del Estado de Derecho, tal y como lo hace el Tribunal Constitucional alemán, exige entender el principio de proporcionalidad en sentido material. Para fundamentar su posición cita a González-Cuéllar.²⁰

Este último autor indica que si se quiere contar con un instrumento útil para garantizar la observancia de los valores constitucionales en el caso concreto, es necesario huir de la consideración de la proporcionalidad como principio formal y aceptar su contenido material.²¹

De igual modo, nos indica González-Cuéllar que aunque en una primera aproximación, puede estimarse este principio como uno de carácter formal, su inclusión en el marco del Derecho procesal penal y su estudio desde la perspectiva de las normas constitucionales, permite acercarse a su fundamento material y dotarlo de un contenido que estaría conformado por el conjunto de valores e intereses constitucionalmente protegibles que entren en juego, establecer los criterios de medición y advertir cuales son los valores preferentes.²²

Los argumentos expuestos por Teresa Aguado y González-Cuéllar destinados a establecer que el principio de proporcionalidad en sentido estricto es de carácter material, no nos convencen.

Acudir como lo hace Teresa Aguado a estimar que el referido principio tiene un contenido material, por “derivar” el mismo de la máxima del Estado de Derecho, como lo hace el Tribunal Constitucional alemán, no solo incluye una falacia de autoridad al citar al Tribunal alemán, sino que también contiene una falacia de causa falsa, ya que aun asumiendo que el citado principio, en efecto, deriva del Estado de Derecho, ello no implica necesariamente que por eso, deba concluirse que tiene un carácter material. La justificación de

17 Hirschberg, p. 66 ss., p. 246.

18 Hirschberg, p. 75. Vid. *asimismo sobre la relación entre proporcionalidad y ponderación: Hörnle, p. 47.*

19 Hirschberg, p. 79.

20 Aguado, p.p. 59-60, cita 45.

21 González-Cuéllar, p. 227.

22 González-Cuéllar, p. 227.

poseer o no un contenido material debe buscarse en el análisis del principio mismo y no en relación con sus supuestos orígenes o por quien lo haya así afirmado.

Por su parte, el argumento de González-Cuéllar aunque más elaborado, tampoco nos parece convincente, por cuanto de la inclusión de este principio en el Derecho procesal penal y/o en el Derecho Constitucional no se puede derivar su contenido material. Por otra parte, para el citado autor, su contenido estaría provisto por el conjunto de valores e intereses constitucionalmente protegibles que entren en juego, los criterios de medición y los valores preferentes. Pero esa afirmación permite entrever más bien que el principio es de carácter formal, pues requiere su vinculación con el Derecho Constitucional para “dotarlo” de contenido. Sin embargo, aun acudiendo al Derecho Constitucional se requiere un análisis adicional consistente en determinar cuáles son esos valores e intereses constitucionalmente protegibles que entran en juego, cuáles son esos criterios de medición y cuáles los valores constitucionales preferentes. Esto significa que debemos acudir, entre otras fuentes, a la Constitución Política para aprehender todo ese contenido, lo cual nos lleva a un problema adicional de cómo lograr eso, pero por lo menos debería quedar claro que el principio citado no jugaría ningún rol en esa determinación.

Por último, González-Cuéllar hace uso de un argumento utilitario para justificar que el referido subprincipio tiene un contenido material, al afirmar que eso debe estimarse así “...*si se quiere contar con un instrumento útil para garantizar la observancia de los valores constitucionales...*”²³; es decir, debemos incluso negar su estructura con el fin de contar con un instrumento “útil” para garantizar la vigencia de los valores constitucionales.

Como acertadamente señala Hirschberg, y lo reiteramos aquí, el subprincipio de comentario es de carácter formal, por cuanto no aporta ningún criterio decisivo para el juzgamiento del caso concreto²⁴, y le concede al intérprete un amplio margen de discrecionalidad.

Sobre este mismo tema, Sachs estima que para la ponderación total que exige el principio de proporcionalidad en sentido estricto, no existen normas fijas. Ellas se derivan de todos modos no del mandato de proporcionalidad como tal, que no contiene ningún enunciado respecto de cuáles consecuencias y condiciones de una intromisión estatal deben incluirse en la ponderación y cuando es proporcional un medio. En virtud de esta apertura, debe recurrirse, según su criterio, en primera línea, a las decisiones valorativas contenidas en el Ordenamiento Jurídico para el respectivo ámbito del Derecho afectado, para evitar una arbitrariedad de los parámetros; en qué medida esto excluye la consideración de circunstancias especiales es, sin embargo, dudoso.²⁵ Vemos entonces que la opinión de Sachs se asemeja parcialmente a la de González-Cuéllar al remitir a las „*decisiones valorativas contenidas en el Ordenamiento Jurídico*“ con el fin de impregnar de contenido al principio de proporcionalidad en sentido estricto, con lo cual termina quedando en evidencia su carácter formal y la discrecionalidad que se le concede al intérprete.

Sin embargo, aquí nos enfrentamos con un problema importante y es que entre esas „*decisiones valorativas contenidas en el Ordenamiento Jurídico*“, o en el Derecho Constitucional, no existe un relación de orden o un orden de preferencia. Aún más, los derechos fundamentales tienen fundamentalmente el mismo rango, de forma tal que ninguno puede pretender tener una primacía general sobre el otro, con excepción, por ejemplo, del derecho a la vida o de la dignidad humana.²⁶

23 González-Cuéllar, p. 227.

24 Cf. Hirschberg, p. 101.

25 Sachs, p. 861.

26 Vid. Hesse, p. 26, quien enfatiza que la Constitución no contiene un sistema cerrado, homogéneo - lógico-axiomático o con jerarquía de valores-.

Es por esta y otras razones que se ha llegado a señalar, que los derechos fundamentales postulan una obligación específica de fundamentación. Los derechos fundamentales y otros principios lo que dan no es mucho más que una exhortación a una fundamentación cualificada de la decisión.²⁷

El principio de proporcionalidad en sentido estricto puede ser incluso visto como una cláusula general muy amplia, que expresa el pensamiento de la medida justa, del equilibrio, que está unida inseparablemente con el pensamiento de Justicia. De este principio únicamente se puede extraer la directiva obvia que el caso debe decidirse bajo ponderación de todas las circunstancias relevantes, de forma **justa o razonable**. En ello no se distingue del principio de ponderación de bienes e intereses. El aplicador del derecho construye por sí mismo el caso a decidir. Esta forma de ver el tema de la justicia del caso, tiene su correlato con el **principio de igualdad**. Ambos principios se completan recíprocamente. El principio de proporcionalidad en sentido estricto no dice nada acerca de cómo deber decidirse el caso, es “formal”, sin contenido semántico, dejándole al aplicador del derecho un gran ámbito de decisión, por lo que no tiene lugar una vinculación a la regla legal. De igual modo, el principio de igualdad es también un principio “formal” y sin contenido semántico. El principio de proporcionalidad en sentido estricto, lo que hace es remitir a la siguiente instrucción: ¡decide el caso en forma justa!²⁸

Debido a lo anterior, no es casualidad que tanto la Sala Tercera como la Constitucional hayan identificado la proporcionalidad con la razonabilidad. Por ejemplo, se ha señalado que la pena debe siempre responder a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, según el bien jurídico que se pretende tutelar²⁹, o más claramente que:

“La doctrina alemana hizo un aporte importante al tema de la „razonabilidad „ al lograr identificar, de una manera muy clara, sus componentes: legitimidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.”³⁰

Volviendo al tema de la relación existente entre el principio de proporcionalidad en sentido estricto y el de igualdad, valga la pena traer aquí a colación – aunque sea en forma breve - algunas reflexiones sobre el principio de igualdad.

La Sala Constitucional ha señalado que el principio de igualdad implica que frente a los supuestos de hecho con características semejantes, debe darse un trato diferenciador respecto de aquellas situaciones de hecho considerablemente desiguales. Debido a que dos distintos supuestos de hecho no pueden ser iguales en todos los aspectos, ni tampoco pueden ser desiguales en todos los aspectos, debe hacerse uso, en el campo de tensión entre las dos manifestaciones contrarias del principio de igualdad (sea la semejanza o la diferencia) de una consideración de orden valorativo donde, al fin y al cabo, se encuentra la apreciación de sí entre los asuntos sometidos a comparación, los elementos de la semejanza o los de la diferencia predominan. Tales comparaciones no suelen ser efectuadas en un vacío científico-abstracto, sino que siempre con vistas, a si una diferenciación bajo un punto de vista concreto es, para un fin concreto, permitida o incluso exigida; de la elección de tal punto de vista depende de nuevo con frecuencia el resultado del análisis.³¹

27 Röhl, p. 284.

28 Hirschberg, p.p. 212, 246, 247, 251.

29 Así Sala Constitucional, votos números: 2011-011697, 2002-08861. Vid. asimismo Voto No. 2026-01 de la Sala Constitucional citado por González/Mora, p. 73, con cita de votos adicionales de la Sala Constitucional y de la Sala Tercera, en los cuales se insiste en que la pena debe ser proporcional y razonable. En el voto No. 2012-000236, la Sala Constitucional puso énfasis en los principios de razonabilidad y proporcionalidad (derivados de los artículos 9 y 11 de la Constitución Política) como criterios de legitimación de la pena a imponer. De la Sala Tercera se pueden consultar, entre otros, los siguientes votos: 0710-2005, 0314-2010, 2011-00330.

30 Sala Constitucional, Voto No. 2001-06678. En la conocida sentencia de la Sala Constitucional No. 1739-92, se distinguió entre una **razonabilidad técnica** que es la proporcionalidad entre medios y fines; una **razonabilidad jurídica** y una **razonabilidad de los efectos sobre los derechos personales**.

31 Gatgens, *El principio*, p. 393.

3. SOBRE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA

El presente artículo versa sobre la determinación de la pena en el Derecho penal de adultos. La determinación de la pena constituye, en esencia, un acto discrecional. Sobre la determinación de la pena, se ha dado una discusión filosófica, metodológica y de teoría del derecho en torno a la pregunta de si es posible estimar que existen varias penas permitidas que sean cubiertas por la ley o si, por el contrario, existe una única pena justa o correcta. Adicionalmente, se afirma la existencia de una cierta relación entre la tesis de la única pena correcta y la teoría de la “pena puntual o exacta”. Por otro lado, se afirma una relación entre la tesis de las distintas penas correctas y la teoría del ámbito de juego.³²

Para efectos del análisis que nos ocupa en este artículo, tomaremos como referencia el modelo tradicional de BRUNS³³ (llamado esquema de las cinco fases), en la determinación de la pena. De este modelo se desprende que, la primera fase está relacionada precisamente con la orientación de la determinación de la pena al rumbo y límites impuestos por los fines de ésta. La mayoría de las preguntas que surgen en este ámbito se relacionan con el reconocimiento y la antinomia de los fines de la pena; por ejemplo, la pregunta relacionada con el significado e importancia del principio de culpabilidad, la pregunta de la influencia de los fines de prevención y el vínculo entre ellos.

Ello nos lleva a la necesidad de determinar los fines de la pena previstos en nuestro Ordenamiento Jurídico, respecto del Derecho penal de adultos. De una lectura del Código Penal y de los Tratados Internacionales vigentes en Costa Rica, es posible señalar que la prevención especial positiva o resocialización es el fin que se le asigna a la pena privativa de libertad.³⁴ De lo anterior se desprende que no se prevé en nuestro Ordenamiento Jurídico ningún fin de prevención general positivo o negativo ni un fin de prevención especial negativo como fines posibles de la pena.

En ese sentido, la Convención Americana Sobre los Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica), en su artículo 5, inciso 6, establece:

“Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”.

De igual modo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 10, inciso 3, indica:

“El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados.”

Por su parte, el artículo 51 del Código Penal señala:

“La pena de prisión y las medidas de seguridad se cumplirán en los lugares y en la forma en que una ley especial lo determine, de manera que ejerzan sobre el condenado una acción rehabilitadora. Su límite máximo es de cincuenta años”.

Por último, la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia y Paz, ley N° 6739, establece en el artículo 7 las funciones del Ministerio de Justicia e indica en el inciso ch):

³² Vid. sobre el tema, con mayores referencias: Gatgens, *La determinación*.

³³ Bruns, p.p. 288, 289, 290, 291 s., 293, 296. Un análisis de ese modelo se puede encontrar en: Gatgens, *La determinación*.

³⁴ Vid. en sentido contrario: Castillo, p.p. 472-473, para quien la pena se impone para la defensa de la sociedad, asimismo, estima que la intervención penal es necesaria si es idónea para prevenir delitos.

“...ch) Desarrollar programas conducentes a perfeccionar los medios, procedimientos y técnicas que se emplean para tratar al delincuente, con el propósito de evitar la reincidencia y, en su caso, asegurar su readaptación social...”

De la normativa expuesta, debe necesariamente concluirse que Costa Rica ha optado por la prevención especial positiva como fin de la pena privativa de libertad, en el Derecho penal de adultos. No vamos a entrar a analizar aquí, por limitaciones de espacio, las innumerables y muy fundadas objeciones que se le han hecho en la doctrina, a este fin de la pena. No obstante lo anterior, si resulta necesario hacer un breve análisis de las distintas opiniones que se han vertido en la jurisprudencia de las Salas Tercera y Constitucional sobre los fines de la pena, pues aunque pareciera ser algo que no admite mayor discusión al respecto, se han expuesto las más variadas posiciones sobre este tema.

Por ejemplo, la Sala Constitucional sostuvo en el voto número 2586-93, que *“La pena es la justa retribución del mal ocasionado por el ilícito penal”*, y más adelante se lee:

“Sin negar la posible finalidad resocializadora y en alguna manera preventiva de la pena, su esencia radica en la retribución, retribución que no se traduce en reproche o venganza; sus fines son más amplio y elevados: mantener el orden y el equilibrio, fundamento de la vida moral y social, para protegerlos y restaurarlos en caso de quebranto.”, con lo cual queda claro que la Sala adscribe en ese voto las llamadas teorías mixtas o de la unión, pues adopta la teoría absoluta así como la teoría relativa de la prevención especial.

Especialmente llamativo resulta el voto No. 2012-000236 de la misma Sala Constitucional, que pretende legitimar la pena privativa de libertad con base en consideraciones de prevención general negativa al estimar que la pena es legítima siempre que sea proporcional a la lesión que se ha ocasionado al bien jurídico o *“que se quiere evitar”*.

Por su parte, la Sala Tercera, en el voto número: 2008-00890, señaló, lo siguiente:

*“En cuanto a la determinación de las sanciones a imponer, ha dispuesto esta Sala (resolución 2005-872, de las 9:25 horas, del 12 de agosto de 2005): “El artículo 71 del Código Penal establece los parámetros a seguir por la autoridad juzgadora en cuanto a la fijación de las penas, atendiendo a la gravedad del hecho punible y a la personalidad del partícipe. Dentro de esta construcción jurídica, y en atención a los **fines de prevención especial positiva y prevención general positiva**, propios de un estado democrático de derecho, como el que nos rige, donde se persigue por una parte la rehabilitación del condenado, pero también el rol que la sanción punitiva ejerce en la reafirmación de principios y normas de convivencia social, el juzgador tiene también delimitada su esfera de acción dentro del proceso, de tal manera que, aun cuando se encuentre dotado de un poder discrecional en la aplicación de las penas, su actuar no puede ser arbitrario, sujetándose a los límites que la misma ley le impone”. (Nota: la negrita y el subrayado fueron parcialmente eliminados).*

De este voto llama la atención que la Sala Tercera establezca que, al momento de fijar la pena, deben atenderse los fines de prevención especial positiva y prevención general positiva.

En otro orden de ideas, en cuanto a la fijación de la pena propiamente dicha, el artículo 71 del Código Penal prevé los aspectos que debe tomar en cuenta el Juez para fijar la pena, señalando:

“El Juez, en sentencia motivada, fijará la duración de la pena que debe imponerse de acuerdo

con los límites señalados para cada delito, atendiendo a la gravedad del hecho y a la personalidad del partícipe. Para apreciarlos se tomará en cuenta:

- a) Los aspectos subjetivos y objetivos del hecho punible;*
- b) La importancia de la lesión o del peligro;*
- c) Las circunstancias de modo, tiempo y lugar;*
- d) La calidad de los motivos determinantes;*
- e) Las demás condiciones personales del sujeto activo o de la víctima en la medida en que hayan influido en la comisión del delito; y*
- f) La conducta del agente posterior al delito. Las características psicológicas, psiquiátricas y sociales, lo mismo que las referentes a educación y antecedentes, serán solicitadas al Instituto de Criminología el cual podrá incluir en su informe cualquier otro aspecto que pueda ser de interés para mejor información del Juez.“*

Aun y cuando hemos indicado que el presente artículo versa sobre la determinación de la pena en el Derecho penal de adultos, a continuación vamos a llevar a cabo un breve análisis de la regulación existente en el Derecho penal juvenil, con el fin de confrontarla con la existente para los adultos.

En ese sentido, en Ley de Justicia penal juvenil, No. 7576, encontramos una serie de normas importantes relacionadas con la determinación de la sanción aplicable al menor infractor, que claramente rigen también para la fijación de la pena de internamiento en un centro especializado.

En primer término, encontramos el artículo 25 denominado „Principio de racionalidad y proporcionalidad“, que señala:

„Las sanciones que se impongan dentro del proceso, tendrán que ser racionales y proporcionales a la infracción o el delito cometido.“

Más adelante, se encuentra el artículo 122, que indica:

*„ARTICULO 122.- Determinación de la sanción aplicable
Para determinar la sanción aplicable se debe tener en cuenta:*

- a) La vida del menor de edad antes de la conducta punible.*
- b) La comprobación del acto delictivo.*
- c) La comprobación de que el menor de edad ha participado en el hecho delictivo.*
- d) La capacidad para cumplir la sanción; asimismo, **la proporcionalidad, racionalidad e idoneidad de esta.***
- e) La edad del menor y sus circunstancias personales, familiares y sociales.*
- f) Los esfuerzos del menor de edad por reparar los daños.“ (Nota: negrita suplida).*

Como aspecto a destacar de las normas anteriores, tenemos que el legislador incluyó en el derecho positivo la necesidad de que la sanción penal juvenil fuera proporcional, racional e idónea, previendo expresamente los subprincipios de proporcionalidad en sentido estricto y de idoneidad, a los que hemos hecho referencia en este artículo.

El artículo 123 señala, en cuanto a los fines de las sanciones penales juveniles, lo siguiente:

„ARTICULO 123.- Forma de aplicación.

Las sanciones señaladas deberán tener una finalidad primordialmente educativa y aplicarse, en su caso, con la intervención de la familia y el apoyo de los especialistas que se determinen.

La aplicación de las sanciones podrá ordenarse ya sea en forma provisional o definitiva. Las sanciones podrán suspenderse, revocarse o sustituirse por otras más beneficiosas. El Juez podrá ordenar la aplicación de las sanciones previstas en esta ley en forma simultánea, sucesiva o alternativa.“

De esta norma se desprende que las sanciones en materia penal juvenil, incluyendo la sanción de internamiento en un centro especializado, tienen una finalidad **primordialmente educativa**, es decir, se establece por parte del legislador, el fin especialmente rehabilitador de las mismas.³⁵

Por su parte, el artículo 131 de la normativa citada, señala:

„ARTICULO 131.- Internamiento en centro especializado

La sanción de internamiento es una privación de libertad de carácter excepcional.

Puede ser aplicada sólo en los siguientes casos:

a) Cuando se trate de delitos dolosos sancionados en el Código Penal o leyes especiales, para mayores de edad con pena de prisión superior a seis años.

b) Cuando haya incumplido injustificadamente las sanciones socioeducativas o las órdenes de orientación y supervisión impuestas.

La medida de internamiento durará un período máximo de quince años para menores entre los quince y los dieciocho años, y de diez años para menores con edades entre los doce y los quince años. El Juez deberá considerar el sustituir esta sanción por una menos drástica cuando sea conveniente...“ (Nota: negrita suplida).

Un aspecto interesante que debe resaltarse del artículo anterior, es que en materia penal juvenil no se establecen extremos menores de la pena, sino un único extremo mayor, cuando el infractor tenga entre 15 y 18 años y otro para los menores con edad entre los 12 y los 15 años. Esto puede resultar relevante pues el Juez podría, en un caso concreto, imponer un día de internamiento y en otro similar, quince años, sin embargo, resulta preocupante el ámbito tan grande de discrecionalidad que se le concedería, pues puede escoger entre un día y aproximadamente 5479 días de internamiento, con lo cual, las posibilidades de incurrir en arbitrariedad son muy amplias.

4. DETERMINACIÓN DE LA PENA Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Hecho el análisis anterior, nos corresponde ahora llevar a cabo una valoración de la relación entre la determinación de la pena privativa de libertad, en el Derecho penal de adultos, y el principio de proporcionalidad.

Como preámbulo debemos señalar que en la doctrina se hace una clasificación sobre este tema y se distingue entre una proporcionalidad concreta, vinculada con la determinación de la pena y una proporcionalidad abstracta, ligada a la conminación legal.³⁶

³⁵ Tiffer, fines, p.p. 335 y 361, señala que en el Derecho Penal Juvenil convergen tanto fines de prevención general como fines de prevención especial, pero que los fines de la prevención especial positiva deben de predominar. Según su criterio, en el artículo 123 de la Ley de Justicia Penal Juvenil el legislador costarricense se orientó por las denominadas teorías de la unión o unificadoras prevaleciendo, sin embargo, los fines preventivos especiales. A mayor abundamiento sobre el tema vid. Schaffstein / Beulke, p.p. 140-141. Tiffer/LLobet/Dünkel, p.p. 124 ss., señalan que el principio educativo debe dirigirse a evitar la reincidencia, o sea, en el sentido de la prevención especial positiva; asimismo, ibíd, p. 313 ss., donde además de las normas citadas referidas al carácter de prevención especial que tienen las sanciones, se hace alusión a los artículos 44 y 133 de la Ley de Justicia Penal Juvenil.

³⁶ Vid. Aguado, p. 228.

Adicionalmente, resulta un lugar común en la doctrina y en la jurisprudencia leer la siguiente afirmación: “La pena ha de ser proporcional a la gravedad del hecho cometido, es decir, debe ser proporcionada a la gravedad del injusto y al grado de culpabilidad.”³⁷ Por su parte, otro sector de la doctrina propone que la gravedad de la pena debe ser proporcional únicamente a la gravedad del injusto.³⁸

Ahora bien, ¿qué implicaciones tiene esa afirmación? Si tratamos de vincular lo analizado anteriormente sobre el principio de proporcionalidad y la determinación de la pena ¿cuáles serían las consecuencias de esa afirmación?

Antes señalamos que el subprincipio de idoneidad contiene una exigencia básica y es que el medio empleado debe ser apto para alcanzar el fin. Si trasladamos ese mandato al ámbito de la determinación de la pena, debería entonces el juez fijar una pena (medio) que sea idónea para alcanzar el fin (resocialización) y claramente la pena más apta para eso siempre va a ser el extremo menor de la penalidad previsto en el tipo penal concreto, por cuanto a menor tiempo en prisión, menores daños se le causaran al sentenciado en cuanto a su futura socialización. Debe al respecto únicamente señalarse que, la pena casi que en ninguna ocasión podrá llegar a ser apta para ese fin, por el sinnúmero de factores que se lo impiden o dificultan.³⁹

37 Vid. Aguado, p.p. 228, 259-260, 458-459, con referencias doctrinarias concretas. Vid. asimismo: García, p. 383, con referencias adicionales; Hörmle, p. 49; González/Mora, p. 71; Mora/Navarro, p. 174. En la jurisprudencia costarricense se pueden consultar, entre muchas, las siguientes resoluciones. Sala Constitucional votos números: 2002-08861, 2012-000236; de la Sala Tercera, votos números: 2005-975, 2011-00264.

38 Vid. García, p. 383, con referencias bibliográficas adicionales.

39 Vid. únicamente a modo de referencia Sala Constitucional Voto 2001-10543, en el cual se discutió la constitucionalidad en el aumento del límite máximo de la pena de prisión al pasar de 25 a 50 años: “Difícilmente la pena puede cumplir con los objetivos de prevención, reeducación y resocializador del reo, dado que por su esencia la pena no puede sostener los propósitos readaptadores y resocializadores; en sí mismo constituye una contradicción.” De especial relevancia resulta el voto salvado del Magistrado Mora Mora q.e.p.d. en ese pronunciamiento, en el cual indicó, lo siguiente: “Lo anterior significa que se ha optado por la prevención especial positiva como fin de la sanción penal. En la exposición de motivos del proyecto de ley que dio origen a la Ley número 7389 de veintidós de abril de mil novecientos noventa y cuatro (por medio de la cual se aumentó el monto máximo de la pena de prisión de veinticinco a cincuenta años) se establece que dicho aumento tiene como finalidad combatir el aumento en el índice de la criminalidad y por otra parte, se prevé un fin de intimidación o prevención general, según el cual los sujetos que delinquen “psicológicamente sean conscientes de que si infringen la ley en una, dos o tres ocasiones, el cómputo general de la pena que se les imponga, no va a ser condonado...” Al respecto, debe señalarse que no existe ningún fundamento sociológico ni psicológico de que las penas altas disminuyan la criminalidad y desde ese punto de vista, **la función de prevención general, intimidación o disuasión no resulta efectiva, además de que deviene en inconstitucional, pues trata al ser humano como medio, cuando en realidad debe tenerse como un fin.** Ciertamente también existe una gran discusión respecto de si la prisión pueda tener algún efecto resocializador en el privado de libertad. Efectivamente, en sí misma, la prisión no resocializa, no readapta, ni transforma a nadie: es un contrasentido que se pretenda “resocializar” a alguien, coartándole la libertad, resocializarlo sacándole del medio social en que se desenvuelve. La cárcel estigmatiza, desocializa y reproduce la criminalidad. No obstante, los instrumentos de derecho internacional vigentes en Costa Rica, según se señaló, le confieren a la pena una finalidad de “reforma” y “readaptación social”. La doctrina dominante entiende –tesis que es compartida por el suscrito– que esa finalidad reformadora de la pena, debe interpretarse como la obligación que tiene el Estado de brindar al privado de libertad, las posibilidades y recursos necesarios para una eventual y voluntaria reincorporación o reinserción a la sociedad. El Estado democrático de derecho, si bien exige el respeto al principio de culpabilidad como un límite de la sanción, no admite una función retributiva, que conciba a la pena como un fin en sí misma o como un castigo, pues eso sería contrario a la dignidad humana. No se puede renunciar a la posibilidad de que una persona que ha delinquido, modifique su conducta y adopte los valores socialmente deseables. La reinserción social del infractor va más allá de la mera resocialización y de la ideología del tratamiento –que visualiza al privado de libertad como un enfermo al que hay que curar–. De lo que se trata es de ofrecer al infractor, diversas posibilidades que le faciliten un proceso de socialización real, donde pueda recuperar y desarrollar sus potencialidades humanas. Ese proceso para que sea exitoso, debe ser voluntario y nunca puede ser impuesto. De ahí que el deber del Estado consista en hacer factible esa reinserción. Una pena de cincuenta años, “per se”, de ningún modo va a resultar reformadora o readaptadora, incluso, aunque idealmente se brindara a los privados de libertad, todos los medios para hacerlo y las mejores condiciones posibles de vida. La desocialización y el daño físico y psicológico que se ocasiona a una persona después de muchos años de vivir en prisión es irreversible. De ahí que la reinserción social se imposibilite con una pena de cincuenta años de prisión porque se trata de una pena perpetua; el privado de libertad no podrá reinsertarse a una familia, tener acceso a un trabajo digno, relacionarse socialmente con los demás ciudadanos libres. Por otra parte, conforme se dijo, tomando en cuenta la expectativa de vida real, que se ve desmejorada por las condiciones antinaturales e infrahumanas que ofrece el encierro, difícilmente una persona puede salir con vida de la cárcel y si lo hace, en la generalidad de los casos, le resultaría imposible reinsertarse en la sociedad.” (Nota: negrita suplida).

Así, la pregunta que surge es más bien, si este subprincipio, además que ayudar en la determinación de la pena en ese ámbito, al permitir afirmar la necesidad de imponer el mínimo de la sanción prevista en el delito que se tuvo por configurado, sirve como argumento precisamente para reforzar la falta de idoneidad de la pena de prisión para ese fin concreto previsto en nuestro Ordenamiento Jurídico, pero esto ya no constituiría una „herramienta“ conceptual útil para la determinación de la pena, sino un argumento axiológico de política criminal, que se ubicaría claramente en un plano distinto.

Como lo expusimos en su momento, el principio de idoneidad se torna innecesario cuando se toma en consideración el de necesidad, pues su exigencia de que entre todos los medios idóneos debe escogerse el más benigno, exige implícitamente, que también se compruebe la idoneidad del medio empleado. Aplicando este principio al momento de la determinación de la pena, tendríamos de nuevo que el medio más benigno constituiría siempre el extremo menor del marco penal previsto en el tipo penal concreto que el Tribunal tuvo por acreditado, ya que esto necesariamente es lo que menos va a afectar al sentenciado. Lo expuesto es obligatoriamente así por cuanto ya descartamos como finalidad de la pena, la prevención general positiva o negativa, puesto que si con la segunda (prevención general intimidatoria) de lo que se trata es de disuadir de la comisión de delitos mediante la amenaza de la pena, la magnitud de la pena sí constituye un elemento fundamental.⁴⁰

Por último, tal y como lo señalamos en su momento, el principio de proporcionalidad en sentido estricto, constituye un principio formal que exige ponderar el medio con el fin, valdría pues la pena preguntarnos aquí si la exigencia que siempre se ha hecho de que la pena debe ser proporcional a la gravedad del injusto y al grado de culpabilidad, está o no relacionada con este principio, no sin antes señalar que **no es posible determinar qué pena resulta proporcional a la culpabilidad del delincuente.**⁴¹ De nuevo, el medio sería, en este contexto, la pena de prisión y el fin, la prevención especial positiva. El principio como tal, no nos aporta ninguna exigencia de que esos dos aspectos (gravedad del injusto y de la culpabilidad) deban ser necesariamente tomados en consideración al momento de fijar la pena. Los mismos son, más bien, sugeridos por la doctrina del Derecho penal, y trasladados como si se tratara de una exigencia “propia” del referido principio. En otras palabras, se indica, por ejemplo, que este principio exige analizar esos dos aspectos, sin embargo, el mismo no exige valorar ningún contenido específico, únicamente que se ponderen el medio y el fin.

En nuestro medio, la exigencia de ponderar la gravedad del injusto y de la culpabilidad, con la pena que se llegue a imponer, vienen impuestos por el legislador en el artículo 71 del Código Penal y no en virtud del principio de proporcionalidad en sentido estricto.

De nuevo, se plantea aquí, la gran dificultad existente al momento de determinar la pena, pues se debe hacer una “conversión” de aspectos cualitativos tales como la gravedad del injusto y el grado de culpabilidad en algo cuantitativo como lo es el monto de la pena, en lo que se ha dado en llamar la escala invisible de valores establecida en el marco de la pena respectivo.⁴²

40 Así García, p. 380, cita 49.

41 Crítico de tomar en cuenta el grado de culpabilidad se muestra, con razón, Streng, p.p. 222, 253, quien señala que debido a la vaguedad de la fórmula contemplada en el §46 párrafo I, frase primera del Código Penal alemán, en el sentido de que la culpa del autor es el fundamento para la medición de la pena, la misma es ampliable discrecionalmente, y ha sido y es criticada en la literatura. Eso obedece, entre otras cosas, a los siguientes factores: a la falta de un enunciado sobre el grado de vinculación a la culpa del autor, es decir, a la falta de claridad de la admisibilidad de culpabilidades menores o mayores debido a motivos de prevención especial o general; incluso el concepto mismo de culpabilidad no tiene ningún contorno sólido, pues es altamente controvertido.

42 Vid. Gatgens, La determinación, p.p. 396-397.

Con esto queremos señalar que no se dice mayor cosa cuando en la doctrina o en la jurisprudencia se proclama que la pena debe ser **proporcional** a la gravedad del injusto y al grado de culpabilidad.

Afirmar que la pena debe ser proporcional equivale a decir que la pena debe ser “justa”, que debe ser conforme con la concepción de “Justicia” que tenga el juez. Es decir, que al momento de fijar la pena, deben ponderarse todas las circunstancias relevantes y que la misma debe ser determinada en forma “justa” o “razonable”.⁴³ Resulta aquí importante traer a colación que, como antes se expuso, las Salas Tercera y Constitucional han identificado la proporcionalidad con la razonabilidad. Sin embargo, lo que debe entenderse por “razonable” queda sin definirse, y esto es relevante, por cuanto el término “razonable” presenta problemas similares a los que tiene el concepto de “justicia” o “justo”, como lo veremos de seguido.⁴⁴

Lo expuesto nos lleva a un problema ulterior relacionado con la definición de lo que es “justo” o “razonable”. Desde Aristóteles se distingue entre la justicia distributiva y la conmutativa. Para otros como Gustav Radbruch justicia significa igualdad⁴⁵ y así podríamos seguir con una lista interminable de personas que le han dado un diferente contenido a la palabra “justicia”, relacionándose lo justo con lo correcto, con lo verdadero, con lo que tiene la justa medida o relación, o lo que se corresponde al derecho, a la ley o a la equidad; asimismo, la Justicia se ha visto como una virtud o como una cualidad de las reglas, tratándose claramente de un concepto relativo e indeterminado.⁴⁶

Como acertadamente señala Rùthers, al introducir nuevos conceptos, el problema no se resuelve sino que se desplaza a otro sitio.⁴⁷

De este modo, cuando se plantea la exigencia de que la pena debe respetar el principio de proporcionalidad (concretamente los subprincipios de idoneidad y necesidad), ello implica que el juez debe decantarse necesariamente y en todos los supuestos, por la pena mínima. Despegarse del mínimo para aumentar la pena sólo se justificaría, ya no en atención al fin de la pena y su relación con el principio de proporcionalidad o sus subprincipios, sino con miras a los parámetros establecidos en el artículo 71 del Código Penal⁴⁸, lo cual nos plantea la interrogante de si estos parámetros deben ser analizados de la mano del principio de proporcionalidad en sentido estricto, sin embargo, aquí el panorama se complica por cuanto no quedaría claro cuál sería - en esta etapa - el fin a alcanzar.

Pese a todo lo expuesto, es común encontrar afirmaciones tales como que resulta necesario acudir al principio de proporcionalidad en sentido amplio para entender el enlace material entre el delito y su consecuencia jurídica⁴⁹, no quedando claro en qué puede ayudar el principio citado para entender ese enlace.

En otro orden de ideas, en la literatura alemana se hace mención de varias teorías relacionadas con la fijación de la pena, a saber: la teoría del espacio de juego (*Spielraumtheorie*) también conocida como teoría del marco de la pena (*Schuldrahmentheorie*), la teoría de la pena puntual, la teoría del valor relativo, la teoría de la fijación de la pena proporcional al hecho, los marcos de la pena como escalas continuas de gravedad y la teoría del acto de creación social.

43 Cf. García, p.p. 382-383, quien señala que la idoneidad y la necesidad o subsidiariedad se vinculan a consideraciones propias de una racionalidad utilitaria, mientras que la proporcionalidad en sentido estricto se relaciona con la racionalidad valorativa.

44 Sobre algunas de las dificultades inherentes al concepto “racionalidad”, vid. Gatgens, *Irracionalidad*, p. 2 ss.

45 Vid. Röhl, p. 327 ss., con referencias adicionales.

46 Vid. Rùthers, p. 195 ss. Este mismo autor, p. 224, concluye señalando sobre el particular: “La valoración sobre qué hay que considerar “justo” ofrece, para el caso concreto, enormes dificultades.”

47 Vid. Rùthers, p. 195.

48 García, p. 384, señala que los elementos a ponderar con la sanción penal, son la importancia del bien jurídico y la entidad del ataque al mismo, que no depende sólo de los aspectos objetivos de la conducta sino también de los aspectos subjetivo de ésta.

49 Aguado, p. 97.

La primera de ellas afirma la existencia de un espectro de penas adecuadas a la culpabilidad hasta una pena todavía adecuada y ese espacio de juego se rellenaría mediante consideraciones preventivo especiales y generales, en otras palabras, el juez debe determinar el marco de la culpabilidad y luego ajustar a ese marco los aspectos de prevención; también se encuentra la posición que estima correcto el proceder contrario, a saber, primero concretar la pena de acuerdo con aspectos de prevención y luego limitarla mediante el marco de la culpabilidad.⁵⁰

La teoría de la fijación de la pena proporcional al hecho entiende que sobre la base de las circunstancias relevantes de la culpabilidad debe medirse la pena proporcional al hecho. Como puntos decisivos entran en consideración, en primer término, la gravedad del hecho como producto del desvalor del resultado culpable y también del desvalor de la acción. De esta forma se toma en consideración el significado expresivo-comunicativo de la pena y se evitan fijaciones arbitrarias desiguales de la misma, que pueden surgir especialmente al acentuarse fines preventivos. Especial atención se le da a la puesta en práctica de la dimensión del desvalor del resultado. Aquí se le ha puesto énfasis recientemente a una perspectiva objetivada de la víctima, que debe categorizar y de tal manera cuantificar los efectos del hecho en la calidad de vida de la víctima.⁵¹

Debe resaltarse de la teoría de la fijación de la pena proporcional al hecho, el énfasis que se le pone a la consideración de la gravedad del hecho, concretamente a los desvalores de la acción y del resultado. Lo anterior resulta importante por cuanto el artículo 71 del Código Penal es claro en señalar, en su párrafo primero, que la duración de la pena debe fijarse atendiendo a la “gravedad del hecho”, para luego enfatizar en el inciso a) que se tomarán en cuenta para apreciar esa gravedad, los aspectos objetivos y subjetivos del hecho punible; y en el inciso e) las condiciones personales del sujeto activo y de la víctima, en la medida en que hayan influido en la comisión del delito.

El inciso e) citado así como el inciso b), ambos del artículo 71 del Código Penal, darían pie para valorar si al momento de fijar la pena, se deben tomar en consideración los aspectos analizados por la teoría de la fijación de la pena proporcional al hecho, por ejemplo, examinar el impacto típico de un delito sobre la calidad de vida de la víctima, tema que no podría ser objeto de análisis en este artículo por razones de espacio.

Algo que debería quedar claro, no solo con vista en el artículo 71 citado sino también con base en la doctrina de la fijación de la pena, es que las condenas previas no deberían ser tomadas en cuenta al momento de fijar la pena al imputado.⁵² La razón de ser del agravamiento de la pena por condenas previas, se encuentra en la repetición intensificada de sublevación contra el ordenamiento jurídico, que lleva a una necesidad intensificada de confirmación de la norma de la colectividad, sin embargo, esto puede tener difícilmente valor para los reincidentes⁵³; este aspecto se encuentra, a su vez relacionado con el fin de prevención general positiva, que como ya indicamos no se está reconocido en nuestro Ordenamiento Jurídico. Finalmente debe tomarse en cuenta que el artículo 71 del Código Penal, en ningún momento hace referencia a la conducta del agente anterior al delito sino únicamente a la conducta “posterior” al delito.

50 Vid. Streng, p. 252 ss.; Hörnle, p. 41 ss. Señala, Hörnle, p.p. 41-42, que esta teoría del espacio de juego no se corresponde a las condiciones de actuación de la práctica, porque esos factores de medición de la pena orientados a la prevención, de ningún modo alcanzan la relevancia que cabe esperar según el principio teórico.

51 Streng, p.p. 257-258. Vid. a mayor abundamiento: Hörnle, p. 45 ss. Para Mapelli, p.p. 1161-1162, son el desvalor del hecho y del resultado los criterios que deben ayudar a fijar el marco de la pena y no los fines de la misma. Sin embargo, en el momento de la individualización de la pena, los criterios de prevención especial deben jugar un papel relevante.

52 Vid. por todos: Streng, p. 237. En sentido contrario se manifiestan: González/Mora, p. 93 ss.

53 Así Streng, p. 237.

5. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

La determinación de la pena es un acto, esencialmente, discrecional.

El principio de proporcionalidad así como sus elementos, conceden al intérprete una amplia discrecionalidad. La doctrina y la jurisprudencia han pretendido imponer límites o, en el mejor de los casos, establecer “guías” para la determinación de la pena, acudiendo al principio de proporcionalidad. Es decir, se busca, de algún modo, delimitar o “guiar” el acto de concreción de la pena, con la ayuda del principio de comentario, sin embargo, eso sería como querer tapar el boquete de una represa con un dique que posea un agujero igual o más grande que el de la represa, pues el principio de proporcionalidad le concede al intérprete un gran margen de discrecionalidad, al punto que uno de sus elementos ha sido denominado como una cláusula general muy amplia, que al final lo que expresa es el pensamiento de la medida justa, de lo razonable. Con esto, lo que se hace es introducir otros conceptos, con lo cual el problema no se resuelve, sino que se desplaza a otro sitio, donde las dificultades que surgen son más complejas.

Las prestaciones del principio de proporcionalidad, concretamente, de la idoneidad y de la necesidad se limitan a exigir que la pena que se imponga sea siempre la mínima. Por su parte, el principio de proporcionalidad en sentido estricto ordena, esencialmente, que la pena que se fije sea justa o racional.

Fuera de ese ámbito, debemos acudir al artículo 71 del Código Penal con el fin de encontrar los “criterios normativos” que en su momento estableció el legislador para que el juez determine la pena privativa de libertad.

Sin embargo, aquí la pregunta que surge es ¿debemos recurrir en ese momento al principio de proporcionalidad en sentido estricto?; es decir, si su utilización se muestra, de alguna forma, necesaria o conveniente. Sin embargo, se nos presenta una dificultad para determinar cuál sería en este contexto el fin que debiera ponderarse con el medio. Todo parece indicar que la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido estricto, no resulta en este ámbito ni necesaria ni conveniente, pues no le confiere ninguna ventaja al intérprete.

Lo importante es que el juez imponga una pena que se corresponda, de la manera más exacta posible, con los parámetros establecidos en el artículo 71 citado, y que tome en consideración todas las circunstancias del caso concreto, que sean relevantes para esos efectos.

6 . BIBLIOGRAFÍA

A.A.V.V. Grundgesetz Kommentar, (Michael Sachs: Editor), 3ra. Edición, Verlag C.H. Beck, Múnich, 2003, (citado: Sachs).

Aguado Correa, Teresa. El principio constitucional de proporcionalidad, 1ª. Edición, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2012.

Beccaria, Cesare. De los delitos y de las penas. Alianza Editorial, S.A., España, 1998.

Bruns, Hans-Jürgen, Zum „Toleranzbereich“ bei der revisionsgerichtlichen Kontrolle des Strafmaßes, en: Roxin, Claus / Bruns, Hans-Jürgen / Jäger, Herbert (Editores): Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Heinrich Henkel zum 70 Geburtstag, Berlin, Nueva York, 1974, p. 287-300.

Calliess, Rolf-Peter. Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat. Ein Beitrag zur strafrechtsdogmatischen Grundlagediskussion, Fischer Taschenbuch Verlag, Fráncfort del Meno, 1974.

Castillo González, Francisco. Derecho penal, parte general, Tomo II, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2010.

Engisch, Karl. Einführung in das juristische Denken, 9a. Edición, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, Berlin, Colonia, Köln, 1997.

García Pérez, Octavio. La racionalidad de la proporcionalidad en sistemas orientados a la prevención especial, en: Justicia penal y Estado de Derecho. Homenaje a Francisco Castillo González, (Javier Llobet: coordinador), Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2007, p.p. 367-387.

Gatgens Gómez, Erick. La determinación de la pena y su control en casación, en: Justicia penal y Estado de Derecho. Homenaje a Francisco Castillo González, (Javier Llobet: coordinador), Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2007, p.p. 389-407, (citado: Gatgens, La determinación).

Gatgens Gómez, Erick. El principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal, en: Derecho procesal penal costarricense, Tomo I, Segunda Edición actualizada, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, Costa Rica, 2011, p.p. 381-446, (citado: Gatgens, El principio).

Gatgens Gómez, Erick. La irracionalidad en el Derecho Procesal Penal: sobre la libre convicción y la sana crítica “racional”, en: Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales, Universidad de Costa Rica, Número 6, 2014, Disponible en internet: <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/15820>, (citado: Irracionalidad).

González Castro, JoséArnoldo / Mora Calvo Didier. La Fijación de la Pena de Prisión, Editorial Investigaciones Jurídicas, S.A., San José, 2004 (Citado: González/Mora).

González-Cuellar Serrano, Nicolás. Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal, Editorial Colex, Madrid, 1990.

Hesse Konrad. Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Nueva impresión de la Edición No. 20, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1999.

Hirschberg, Lothar. Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit, Verlag Otto Schwartz & Co., Gotinga, 1981.

Hörnle, Tajana. Determinación de la pena y culpabilidad. Notas sobre la Teoría de la determinación de la pena en Alemania, Fabián J. Di Plácido Editor, Argentina, 2003.

Mora Mora, Luis Paulino / Navarro Solano, Sonia. Constitución y Derecho Penal, Escuela Judicial, San José, Costa Rica, 1995.

Mapelli Caffarena, Borja. El insoportable artículo 66 del Código Penal, en: Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat, García Valdés, Carlos; Cuerda Riezu, Antonio; Martínez Escamilla, Margarita Alcácer Guirao, Rafael; Valle Mariscal de Gante, Margarita (Coordinadores), Tomo I, Edisofer s.l., libros jurídicos, Madrid, 2008, p.p. 1149-1171.

Röhl, Klaus. Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch, 2a. Edición, Carl Heymanns Verlag KG, Colonia, Berlin, Bonn, Múnich, 2001.

Rüthers, Bernd. Teoría del Derecho. Concepto, validez y aplicación del derecho. Traducción, presentación y notas de Minor Salas, Editorial Ubijus, México, 2009.

Schaffstein, Friedrich / Beulke, Werner. Jugendstrafrecht. Eine systematische Darstellung, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, Berlin, Colonia, 1998.

Streng, Franz. Strafrechtliche Sanktionen. Die Strafzumessung und ihre Grundlagen, 2da. Edición, Kohlhammer Druckerei GmbH, Stuttgart, Berlin, Colonia, 2002.

Tiffer Sotomayor, Carlos. Fines y determinación de las sanciones penales juveniles, en: Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales, Universidad de Costa Rica, Número 4, 2012, Disponible en internet: <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/viewFile/12393/11642>, (Citado: Fines).

Tiffer Sotomayor, Carlos / Llobet Rodríguez, Javier / Dünkel, Frieder. Derecho Penal Juvenil, 1ª. Edición, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico de San José, San José, Costa Rica, 2002.

Warda, Günther, Dogmatische Grundlagen des Richterlichen Ermessens im Strafrecht, Colonia, Berlin, Bonn, Múnich, 1962.

Weber Max, Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, Verlag von J.C.B Mohr (Paul Siebeck), Tubinga, 1922.

USO EXCESIVO DE LA PRISIÓN EN COSTA RICA Y URGENCIA DE UN NUEVO MODELO PUNITIVO

Roy Murillo Rodríguez

Profesor de la Maestría en Ciencias Penales de la UCR

Juez de Ejecución de la Pena.

“El Derecho Penal, por constituir la más grave expresión del Poder del Estado, como poder punitivo, forma parte de ese sector de particular tensión, en el que precisamente debe procurarse un razonable equilibrio entre los derechos de la colectividad y los derechos del individuo y en el que la perspectiva constitucionalista significa el costo jurídico político de constituir un Estado democrático de Derecho, “coste” que sin embargo, conforma el beneficio de la estabilidad democrática y el respeto institucional por los Derechos Humanos y Libertades Públicas”¹ (Luis Paulino Mora Mora).

Desde los postulados de un Estado Democrático Constitucional y los límites del poder punitivo (o desde el Derecho Penal y sus límites constitucionales) la pena privativa de libertad se comprende como un mecanismo excepcional del control social formal, que debe utilizarse como última opción –*última ratio*–, solo cuando no exista otro medio que permita la solución al conflicto y por el tiempo mínimo necesario. Así lo comprendió con precisión el Dr. Luis Paulino Mora Mora en su libro Constitución y Derecho Penal. Nos parece oportuno en esta ocasión que le rendimos homenaje, realizar un análisis de la realidad desde su pensamiento.

Costa Rica cuenta con una legislación penal de las más antiguas del continente: un Código Penal con más de 40 años que a través del tiempo ha sido sometido a múltiples reformas, contrarreformas, adiciones, derogatorias y declaratorias de inconstitucionalidad -unas incluso solo parciales-². Esa normativa se complementa con un conjunto de leyes especiales que también ha sido objeto de reiteradas reformas, lo que genera un marco sustantivo disperso que no responde a las necesidades de nuestra sociedad contemporánea y produce contradicciones e inseguridad jurídica³.

En las dos últimas décadas con el desmantelamiento del Estado de Bienestar Social, las políticas neoliberales, la distribución desigual de los ingresos, la concentración de la riqueza, el crecimiento de la pobreza, el incremento de la población y el crecimiento consecuente de las tasas de criminalidad, se genera un clima de inseguridad, miedo y desconfianza en nuestro país y desde la agenda mediática se demandan soluciones efectivas e inmediatas contra el hampa, generándose una serie de medidas y reformas legales que apuestan por mayor represión y castigo⁴.

1 *Mora Mora Luis Paulino y Navarro Solano Sonia, Constitución y Derecho Penal, Costa Rica, Escuela Judicial, ,1995, p. 21.*

2 *Ley N° 4753 del 04 de mayo de 1970, publicado en La Gaceta N° 257 del 15 de noviembre de 1970. Sobre el recuento de sus reformas y el significativo aumento de las penas, Sánchez Ureña, Héctor, “Las reformas al Código Penal y sus consecuencias en las prisiones: el caso de Costa Rica”, en Chinchilla Calderón, Rosaura (coordinadora), Reflexiones jurídicas frente al populismo penal en Costa Rica. Análisis de los recientes cambios normativos, Costa Rica, Investigaciones Jurídicas, 2012, pp. 301-320. El autor llega a contabilizar un total de 296 reformas producto de 61 leyes y en algunos casos un mismo artículo –numeral 55- ha sido reformado en cuatro oportunidades.*

3 *Una lectura minuciosa de nuestro Código Penal resulta casi un reto o pesadilla, siempre con duda de si se estará frente al numeral en su versión corregida ante las múltiples modificaciones, derogatorias y las adiciones que corren la numeración. Tal vez ya sería bueno modificar su título y en lugar de Código Penal denominarlo como Código Penal y “Código Penal Bis”.*

4 *Al respecto, Antillón Montealegre, Wálter, “El discurso de la seguridad ciudadana en las recientes reformas procesales”, en Chinchilla Calderón, Rosaura (coordinadora), Reflexiones jurídicas frente al populismo penal en Costa Rica. Análisis de los recientes cambios normativos, Investigaciones Jurídicas, Costa Rica, 2012, pp. 19-30.*

I. APUESTA ESTATAL POR MAYOR CONTROL, CASTIGO Y REPRESIÓN (LA MANO DURA COMO SOLUCIÓN A LA INSEGURIDAD CIUDADANA)

El Estado costarricense ha apostado por una serie de medidas populistas. sin mayor sustento técnico y con el afán de demostrar su compromiso contra el crimen, inicia una especie de “**guerra contra la delincuencia**”. La estrategia se concentra en una apuesta agresiva⁵ por el control y el Sistema Penal: aumento de penas, disminución de beneficios, aumento del máximo legal, política de guerra contra las drogas, criminalización de simples faltas en delitos, procedimientos expeditos -flagrancia-, extensión de los motivos para el dictado de la prisión preventiva, más policías, más fiscales, defensores y jueces. Como resultado de esta política tenemos un sistema penal desbordado, tanto en los Tribunales como en nuestras cárceles, en las que desde hace varios años el hacinamiento crítico y las malas condiciones generan a la población penal un trato cruel y degradante, en detrimento del respeto a su dignidad humana y la finalidad de la pena.

En el último quinquenio, la sobrepoblación ha crecido en forma salvaje. El promedio de la estadística permite apreciar la situación de algunos centros penales donde el fenómeno es más grosero. Conforme los datos de Investigación y Estadística del Ministerio de Justicia y Paz, al 29 de julio del 2014, la población institucional era la siguiente:

Año	Capacidad	Población	Sobrepoblación
2009	8430	8866	4.5%
2010	8496	10101	21.8%
2011	8811	11532	28.9%
2012	9803	12936	29.4%
2013	9607	13525	33.9%
2014	10124	13435	32.7%

Poco más de un punto se ha reducido en el último año con la ampliación de algunos espacios, sin embargo, para esta fecha la situación sigue siendo ilegal e inaceptable.

Centro Penitenciario	Capacidad	Población	Sobrepoblación
Pococí	786	1312	66.9%
San Carlos	442	726	64.3%
San José	664	1085	63.4%
Cartago	362	559	54.4%
Reforma	2028	2909	43.4%

5 *La mayoría de las reformas legales constituyen actos propios de lo que desde la Cultura del Control se denomina como “acting out”, una serie de soluciones sin sustento técnico. Al respecto Garland, David. La Cultura del Control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea, traducción de Máximo Sozzo, 1 edición, Barcelona, Gedisa, 2005, pp. 179-234. Sobre los peligros de esta estrategia o modalidad utilizada por el legislador puede consultarse a Urcuyo, Constantino, “La obsesión con la seguridad y la reforma procesal penal”, en Llobet Rodríguez Javier y Durán Chavarría Douglas (compiladores), Política Criminal en el Estado Social de Derecho, Editorial Jurídica Continental, 2010, pp. 131-136. En esa misma obra colectiva de interés resultan también el análisis y la crítica de Chinchilla Calderón, Rosaura, “Política Criminal y Demagogia Penal: los efectos del neopunitivismo criollo en la seguridad jurídica”, pp. 137-153 y Llobet Rodríguez, Javier, “Prisión Preventiva, populismo punitivo y protección de los derechos humanos en el Sistema Interamericano”, pp.183-211. De interés también, Zamora Acevedo, Miguel, “Acerca del discurso populista punitivo”, en Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales, N° 5 (2014), pp. 135-166.*

El mismo cuadro estadístico del que desprendemos esta información, nos muestra además que la situación es peor en algunos ámbitos para personas con prisión preventiva y que el fenómeno se presenta también en espacios para esta población de centros penitenciarios, que en su promedio no registran los más altos niveles de sobrepoblación:

Unidad de indiciados.	Capacidad	Población	Sobrepoblación
Pérez Zeledón	96	169	76%
San Carlos	104	182	75%
Gerardo Rodríguez	240	354	47.5%
Limón	176	258	46.6%

Costa Rica, en dos décadas ha pasado a ser uno de los países del área con más alto grado de encierro y con penas de las más altas: para marzo del 2014 se calcula que la tasa alcanza 287 personas por cada cien mil habitantes y una persona puede ser sometida a prisión por cincuenta años.⁶ El catálogo de sanciones penales se ha ido ampliando, sin embargo sigue siendo la privación de libertad la pena protagonista y la que se demanda, como prueba del Estado en el compromiso contra el crimen.

No solo se autoriza hoy el encierro perpetuo –al margen de una Constitución que expresamente prohíbe ese tipo de sanción- sino que además faltas que por años fueron meras contravenciones y hasta eran susceptibles de Perdón Judicial –artículo 93 inciso 10 del Código Penal- hoy constituyen delito y su comisión permite mandar a la persona a prisión por solo días o meses, a pesar de lo contraproducente, oneroso e innecesario que pueda resultar.

La privación de libertad hasta por cincuenta años o por pocos días, genera sin dubitación un contrasentido y contraviene de forma violenta la finalidad constitucional resocializadora de la sanción –por integración de la normativa internacional, ante la falta de regulación expresa en el texto constitucional-.

Como principales reformas de la normativa penal y procesal en esta “**guerra contra el delito y el delincuente**” podemos citar las siguientes:

Aumento del límite máximo legal: se duplicó el máximo legal de la sanción penal, pasando de veinticinco a cincuenta años el límite de la pena, conforme reforma al artículo 51 del Código Penal mediante Ley N° 7389 del 22 de abril de 1994, publicada el 2 de mayo de 1994.

Restricción al beneficio de descuento por trabajo: A partir del 10 de mayo de 1994 -fecha de publicación de la Ley N° 7398 del 3 de mayo de 1994-, el descuento de la pena por trabajo ya no se aplica a todo el período de la sanción penal, sino solo durante la prisión preventiva y a partir de la media pena. A partir de esta modificación las personas permanecen necesariamente por más tiempo en prisión.

Aumento de penas y ampliación del catálogo punitivo: varias han sido las reformas al Código Penal para aumentar las penas en delitos sexuales, contra la vida y contra la propiedad, secuestro y las últimas

⁶ Departamento de Investigación y Estadística, Instituto Nacional de Criminología, Ministerio de Justicia y Paz, Informe de la Población Penitenciaria, I trimestre, 2014 y artículo 51 del Código Penal. Esta estadística refleja con claridad la apuesta estatal por mayor control y represión. Conforme el Anuario Estadístico del 2009 del Departamento de Investigación y Estadística, esta tasa que hoy alcanza a 287 personas por cada diez mil habitantes en 1980 era de 107 personas, en 1990 de 130 y en el 2000 de 193.

Reformas procesales: en 1996 se promulga un nuevo Código Procesal Penal que entra en vigencia en 1998, normativa con posteriores reformas sobre todo en materia de medidas cautelares –aumentándose las causales para la prisión preventiva- y recientemente, mediante la incorporación del procedimiento expedito para los delitos en flagrancia, a través de la Ley N° 8720 de Protección a Víctimas, Testigos y demás sujetos intervinientes en el Proceso Penal, Reformas y Adición al Código Procesal Penal y al Código Penal, del 04 de marzo del 2009, que rige a partir de su publicación, el 22 de abril del 2009. La ampliación de los supuestos de prisión preventiva del 239 bis, refleja el desprecio por las garantías de determinados sujetos y la intención de convertir la medida cautelar en una sanción de facto efectiva y neutralizante, prueba ineludible de la intromisión de un derecho penal del enemigo en nuestro país⁷.

CONVERSIÓN EN DELITOS DE LO QUE ERAN SIMPLES FALTAS O CONTRAVENCIONES.

A través también de la Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás intervinientes en el Proceso Penal, en su artículo 19, se produce la reforma a los delitos de Hurto simple y Daños de tal forma que éstos pasan a abarcar las situaciones fácticas que, hasta antes de esa reforma, constituían contravenciones - Hurto y Daños Menores- y así, en lugar de su despenalización tenemos un aumento innecesario de penas por sucesos de poca monta.

Esta tendencia expansiva del control punitivo como solución al conflicto social se ha complementado con más recursos para la policía administrativa y judicial, más juzgados, jueces, defensores y fiscales mientras el Sistema Nacional Penitenciario sigue con limitaciones presupuestarias y no ha visto ampliadas su capacidad instalada ni su planilla, la que, por lo contrario, ha decrecido ante restricciones del Ministerio de Hacienda y política presupuestaria.

A esos factores debe agregarse que nuestra normativa penitenciaria es meramente reglamentaria, a pesar de que el Código Penal señala que una ley vendría a regular la forma y modo del cumplimiento de las penas –como parte del principio de legalidad o garantía ejecutiva- y en forma paralela a las reformas legales se ha producido, también una serie de reformas antojadizas de los reglamentos y una apuesta al encierro –eliminación de la oficina de Valoración Externa e incorporación de la restricción del tercio de la pena o período de seguridad que obstaculiza la posibilidad de desinstitucionalización durante la primera tercera parte de las penas- de tal forma que ahora se prohíbe la no institucionalización y se exige la necesaria permanencia de la persona por un periodo de tiempo, al margen de sus condiciones personales y sociales.

Se genera así el uso sin límite del Sistema Penitenciario, el que se encuentra hoy al borde del colapso. La situación de hacinamiento cada vez es más grave y hay una fuerte resistencia de las autoridades penitenciarias al control jurisdiccional. No parecen comprender su obligación de asegurar el cumplimiento de las sanciones penales dentro del marco de respeto pleno a la dignidad humana y la prohibición de maltrato o trato degradante he incumplen reiteradas resoluciones judiciales tanto de la Sala Constitucional como de los Juzgados de Ejecución de la Pena, que ordenan desde hace muchos años resolver ese problema, incluso con egresos colectivos de resultar necesario⁸.

7 *Atinadas y fundamentadas críticas a esta reforma legal se exponen en: Llobet Rodríguez, Javier, Proceso Penal Comentado (Código Procesal Penal Comentado), San José, Costa Rica, 5° edición, Editorial Jurídica Continental, 2012, pp. 408-410.*

8 *Por ejemplo el Juzgado de Ejecución de la Pena del I Circuito Judicial de San José ordenó el 24 de septiembre del 2013, el cierre del Centro de Atención Institucional de San José y el traslado de los 370 sujetos con calidad de sentenciados a otras centros penitenciarios y en caso de estar todos hacinados realizar un egreso colectivo de esa misma cantidad de sujetos. Posteriormente mediante medida correctiva emitida por resolución de 30 de abril del 2014, se reitera un cierre técnico, se ordena el traslado de la población con sentencia firme y se ordena al Instituto Nacional de Criminología desarrollar un “Sistema de Cuotas” que permita al menos que no se incremente más el hacinamiento ordenándose asegurar un egreso al menos igual a los ingresos, a través de procesos de desinstitucionalización ordinaria, extraordinaria y de ser necesario hasta de egresos colectivos objetivamente determinados.*

Por estas razones, consideramos que es importante analizar la procedencia de las penas cortas y el límite máximo de la pena privativa de libertad. Veamos cómo se representan numéricamente estas sanciones en nuestro Sistema Nacional Penitenciario, según la estadística más reciente –al 30 de junio del 2014- del Departamento de Investigación y Estadística del Ministerio de Justicia y Paz.

Cantidad de personas privadas de libertad del Programa Institucional sin sentencias pendientes por descontar, con penas menores a 6 años y de 25 años o más.

Monto de la pena	Internos	Acumulado
De 1 a 359 días	354	354
1 año	115	469
2 años	150	619
3 años	1039	1658
4 años	530	2188
5 años	1045	3233
6 años	844	4077
Total 6 años o menos	4077	4077
Monto de la pena	Internos	Acumulado
25 a 29 años	272	272
30 a 34 años	256	528
35 a 39 años	201	729
40 a 44 años	49	778
45 a 49 años	73	851
50 años	97	948
Total 25 años o más	948	948

Un total de 1658 personas descuentan penas menores de tres años, las que podrían someterse a un control formal diferente, a través de mecanismos sustitutos y con un seguimiento riguroso, lo que significaría una reducción aproximada del 12% del total de la población penitenciaria y una reducción presupuestaria significativa para utilizar en prevención u otras necesidades sociales. Por otro lado, 420 individuos con penas de más de treinta y cinco años de reclusión, difícilmente podrán optar por beneficios y ese encierro excesivo producirá su deterioro físico y emocional.

El uso excesivo y desbordado de la prisión como solución al conflicto social se refleja en la estadística que nos muestra la imposición de una gran cantidad de penas cortas y de penas muy altas. Ambas situaciones podrían ser cuestionadas desde la finalidad resocializadora de la pena pues en los dos casos se obstaculiza la misma.

1.1 SOBRE EL LÍMITE MÁXIMO DE LA SANCIÓN PRIVATIVA DE LIBERTAD: 50 AÑOS O PENA PERPETUA

La privación de libertad, conforme doctrina autorizada, más allá de los 15 años y en las condiciones de las cárceles latinoamericanas, produce un efecto completamente deteriorante del ser humano, que disminuye sus capacidades físicas, sensoriales y mentales y por lo tanto, a partir de ahí cualquier posibilidad de reinserción se invierte⁹.

Mediante la reforma al artículo 51 del Código Penal -1994- se aumenta de 25 a 50 años el monto máximo legal de la pena privativa de libertad, lo que en la práctica constituye la incorporación en nuestro país de la pena perpetua. Como bien lo expuso en voto salvado el Doctor Luis Paulino **Mora Mora**:

“Si bien es cierto la creación de los tipos penales y sus respectivas sanciones, constituye una decisión de política criminal; lo cierto es que; en ese quehacer existen límites infranqueables derivados tanto de la Constitución Política como del derecho internacional vigente. Ello es así en virtud de que nuestros constituyentes optaron por un sistema político democrático que implica primordialmente, el respeto pleno a los derechos y garantías fundamentales de la persona humana. Los titulares de esos derechos y garantías lo son no sólo los ciudadanos que actúan conforme a la ley, sino también los que infringen el ordenamiento jurídico... el legislador en la tarea de seleccionar las conductas que califica como delitos y sus correspondientes acciones, no puede infringir los límites que impone el Derecho a la Constitución... III Perpetuidad de la sanción: El artículo 40 de la Constitución señala que nadie será sometido a tratamientos crueles o degradantes, a penas perpetuas, ni a la pena de confiscación.... Según demostró la accionante mediante el informe del Instituto de Estadísticas y Censos aportado... en el año de mil novecientos noventa y nueve, la esperanza de vida al nacer, en el caso de los hombres, está constituida por la edad promedio de 74.18 años y en el de las mujeres por 79.89. Esa expectativa de vida, hace que cincuenta años de prisión se traduzca en una pena perpetua, dado que en la hipótesis de la persona menos de edad condenada (dieciocho años), saldría de la cárcel –en caso de que sobreviva a las condiciones de la prisión- a los sesenta y ocho años de edad; sin haber tenido oportunidad alguna de tener una vida laboral, familiar y social... por las razones expuestas considera el suscrito Magistrado que el párrafo segundo del artículo 51 del Código Penal, resulta inconstitucional...”¹⁰

Al 30 de junio del 2014, conforme los datos de Investigación y Estadística, 948 personas descuentan penas superiores a los 25 años, 420 de ellas con penas mayores de 35 años y de esas 97 descuentan penas de 50 años. A este ritmo el Sistema Penitenciario deberá prepararse con cárceles para ancianos, porque ante la generación de penas tan altas, con el transcurso del tiempo se requerirá de espacios adecuados para una población cada vez más longeva. Penas de este monto en definitiva terminan disminuyendo a la persona, sobre todo entre la ansiedad de no poder egresar ni a mediano plazo y las condiciones infrahumanas del sistema. Resulta muy grave que frente a este sector de la población penal la autoridad penitenciaria se queda sin opciones que ofrecer.

⁹ Valverde Molina, Jesús, *La cárcel y sus consecuencias. La intervención sobre la conducta desadaptada*, España, 2ª edición, Editorial Popular, 1997. Para Ferrajoli en su propuesta de Sistema Penal, inicialmente debería imponerse un límite de hasta diez años y luego reducirse aún más, de tal manera que la prisión sea tolerable y no alineable, con lo que se tendría una reducción no solo cuantitativa sino también cualitativa. El autor considera viable esa reducción si se toma en cuenta que en Europa la pena perpetua se ha modificado y en países como Italia desaparece de hecho al autorizarse su conmutación alcanzados los quince años. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, 7ª edición, Editorial Trotta, 2005, pp. 410-416.

¹⁰ Sala Constitucional, Voto N° 10543 del 17 de octubre del 2001.

En la resolución N° 2010-10543 la Sala Constitucional -por votación no unánime- resuelve sobre la constitucionalidad de la reforma legal que aumenta el límite máximo de la privación de libertad de veinticinco a cincuenta años, concluyendo que no está dentro de sus potestades la revisión de ese asunto por tratarse de una potestad exclusiva del Poder Legislativo. Más que una argumentación jurídica, la resolución muestra la complacencia con este tipo de medidas populistas y una renuencia de la jurisdicción constitucional a poner un límite proporcional y razonable a la pena máxima privativa de libertad –artículo 51 del Código Penal-. La resolución contiene una argumentación pobre e incongruente que no convence. Nuestra Constitución de forma expresa prohíbe las penas perpetuas y ese límite debe ser respetado por el legislador ordinario, por lo que a la Sala sí le corresponde asegurar el respeto a esa restricción. ya que como lo señala **Mora Mora**

“...un derecho penal democrático se realiza solamente en la medida en que los principios superiores establecidos en las constituciones políticas y que limitan el ius puniendi del estado, irradian la interpretación –aplicación de la ley penal-, ya que la limitación y racionalización del Derecho Penal, forma parte de un aspecto más general de control y regulación jurídica del poder...”.

Curioso, contradictorio, incoherente, incomprensible y lamentable resulta que la Sala Constitucional, en pleno uso de sus potestades haya sentado toda una valiosa jurisprudencia sobre la vigencia de los principios de proporcionalidad y razonabilidad como límites en la definición de sanciones de multa en materia de Tránsito¹¹ y sin embargo se haya replegado por completo cuando le correspondió el análisis de constitucionalidad sobre el límite de cincuenta años como máximo de la sanción privativa de libertad. Pareciera que se da un valor preponderante a la propiedad privada sobre la libertad, la vida y la prohibición de penas perpetuas, evidenciando esa situación una inversión de valores y la vigencia de un neoliberalismo salvaje que se extiende en todas las esferas del poder. Con este proceder la Sala Constitucional pierde su cometido constitucional, legal y social. Necesario resulta insistir en una reforma legal y en el cuestionamiento ante la Sala Constitucional, o mejor aún ante organismos internacionales, procurando un límite máximo legal razonable, considerando tanto el promedio de vida del costarricense como la realidad carcelaria y su efecto deteriorante.

1.2 SOBRE LAS PENAS DE CORTA DURACIÓN

Tratándose de penas cortas resulta difícil, en las condiciones actuales de sobrepoblación, trabajar un proceso de atención técnica y reinserción anticipada. En el transcurso del tiempo que lleva la práctica judicial y penitenciaria para la determinación de la responsabilidad penal, la ubicación en un centro para sentenciados, la formulación del plan de ejecución, el cumplimiento del tercio de la pena, la atención técnica, la valoración, la recomendación técnica para un cambio de programa y su aprobación, difícilmente se alcanzan en un plazo que permita una desinstitucionalización anticipada, de tal manera que esas penas se convierten en un mecanismo que solo neutraliza al “delincuente” sacándole de circulación por un corto periodo, que únicamente sirve para que se auto-etiquete y se le etiquete, reproduciéndose sí la función estigmatizante y excluyente, porque la persona si tenía algún trabajo u oficio lícito lo pierde y a pesar de un pronto retorno a la comunidad, difícilmente podrá encontrar otra oportunidad laboral pues arrastrará la anotación de su “*hoja de delincuencia*” por una década –sin proporción al hecho y como un segundo castigo-.

La definición de lo que es una pena corta no es un tema solucionado por la doctrina. **Sandoval Huertas** nos indica que lo que define las penas como tales es la imposibilidad por sí mismas de que se pueda efectuar –

¹¹ Ver por ejemplo Votos 2012-6876 y 2012-6877 del 23 de mayo del 2012, donde por razones desproporcional e irrazonable se declaran inconstitucionales las multas pecuniarias establecidas.

incluso teóricamente- un “*tratamiento resocializador*” y eso dependerá de la realidad y condiciones de cada sistema. Es común que el legislador sea quien lo defina y señala el autor que en Colombia se comprende como tales todas las penas inferiores a los tres años¹². En España la situación es diferente: la suspensión condicional de la pena privativa de libertad se da para aquellas menores de tres años siempre que se trate de la primera vez que se delinque y cuando no existe la posibilidad de ese beneficio y la pena es menor de dos años, se autoriza la sustitución de la misma por multa o trabajos en beneficio de la comunidad – artículos 80 a 88 del Código Penal-¹³.

En nuestro país la ejecución condicional opera para primarios con penas de hasta tres años pero **no existe la sustitución**, cuando nos encontramos con una necesaria privación de libertad por un plazo muy corto, situación que como observamos en la estadística, produce la remisión a nuestras cárceles de personas por solo unos días o meses, cumpliéndose incluso muchas de esas penas con solo la prisión preventiva, la que a veces incluso excede sobradamente la pena impuesta, porque los tribunales no revisan que la detención, con el descuento por trabajo, no exceda la pena establecida y mantienen la detención hasta la firmeza de la sentencia, en contra de lo establecido en el artículo 457 inciso b) del Código Procesal Penal que exige la cesación inmediata de la medida cautelar.

La institucionalización por un breve espacio contraviene abiertamente la finalidad resocializadora de la pena, la que se convierte en un mecanismo vindicativo de retribución que solo contribuye al hacinamiento carcelario, a la exclusión y a la reproducción de delitos. Como lo indica **Cuello Calón** citado por **Sandoval Huertas**.

“Los reproches lanzados contra estas penas son muy numerosos: su incapacidad para ejercer un influjo educativo sobre el penado, su carencia de eficacia intimidativa en particular sobre los delincuentes endurecidos, hacer perder al condenado su ocupación y exponer a su familia a la miseria, ser caras en exceso, falta en los establecimientos donde se cumplen de instalación adecuada, constituir un grave obstáculo para la rehabilitación del penado por el estigma de la prisión –sic- deja en el liberado y ser un formidable agente de corrupción por el contacto con criminales habituales profundamente pervertidos”¹⁴-

La práctica judicial hace sospechar que la mayor cantidad de personas que recibe el sistema carcelario con estas penas menores, se genera a través del procedimiento de flagrancia, por incumplimiento de medidas de protección por violencia doméstica y por delitos contra la propiedad, sobre todo ahora que apoderarse de una lata de atún, una caja de leche o una bolsa de arroz se sanciona fácilmente como delito. El fenómeno se produce por la conversión en delitos de meras contravenciones o faltas menores. Ante la falta de un abanico de sanciones o la posibilidad de una sustitución, se remite al Sistema Penitenciario a personas que no son agresivas ni de peligro, las que bien podrían someterse a un control penal distinto a través de mecanismos no tan onerosos y mucho menos agresivos, excluyentes y estigmatizantes, en contraposición a una política criminal razonable y respetuosa de los principios constitucionales, porque como señalaba **Mora Mora**:

“...la tipificación de las conductas delictivas, deban ser sólo y únicamente aquéllas, que alteren de tal forma la convivencia, que se hagan merecedoras de una amenaza y eventualmente de una pena, pues la conminación penal o asegura por sí misma, -por el carácter selectivo del sistema-

12 Sandoval Huertas, Emiro, *Penología, parte general y especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1982, pp. 402-404.

13 Sobre la sustitución de penas en España, Tena Aragón, María Félix, “La sustitución de la pena de prisión”, en Consejo General del Poder Judicial, *Las penas y medidas de seguridad*, Madrid, Escuela Judicial, 2007, pp. 389-408.

14 Sandoval Huertas, *op.cit.*, p.403.

que se sancionen todos los comportamientos delictivos. La reacción penal, por lo gravosa que resulta, para el individuo, la sociedad y el estado, no puede ser solución para prevenir o reprimir conductas que no sean verdaderamente intolerables, o que puedan encontrar solución en otros ámbitos del derecho o utilizarse como prevención general o defensa social a ultranza en perjuicio del individuo... Como consecuencia de los anterior, a la jurisdicción penal le corresponde materializar el ius puniendi del Estado, solamente como última ratio del sistema –potestad delicadísima- por cuanto penetra directamente en los derechos y garantías del ciudadano, más preciados en un Estado de Derecho. Función limitada en forma estricta, por las normas y principios constitucionales, los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, lo que han de irradiar como vértices supremos y en particular la actuación de la jurisdicción penal y del sistema penal”¹⁵

Si consideramos la lesión al bien jurídico y el costo de un proceso penal (salario de fiscales, defensores, jueces, auxiliares judiciales, infraestructura) no estamos frente a una solución razonable¹⁶. Se utiliza recursos que ya son escasos, en asuntos de poca monta y trascendencia social, generándose además una solución que no resuelve la problemática –sin eficacia social- y produce más violencia. Como bien señala **Ríos Martín**, el uso del Derecho Penal siempre debe darse respetando la identidad de cada ser humano y generando el menor daño o sufrimiento posible, de tal manera que el Derecho penal siempre esté impregnado de los principios de humanidad y eficacia social en su gestión¹⁷. Este requerimiento o principio exige, como lo indica **Mir Puig**, la renuncia a toda privación de libertad que resulte innecesaria o contraindicada a la finalidad resocializadora¹⁸.

La información estadística del Ministerio de Justicia, al 30 de junio del 2014, reporta que un total de 1658 personas descuentan penas de tres años o menos y de esas 469 cumplen penas de un año o menos (11 descuentan penas menores de una semana, 59 presentan penas de 9 a 30 días y 216 tienen una pena de 1 a 6 meses). La posibilidad de que estas penas menores sean sustituidas, siempre que se cumplan algunas condiciones personales y sociales –ubicación laboral, voluntad y compromiso- por penas alternativas como el seguimiento de instrucciones, el internamiento en centros para el tratamiento de adicciones, la Reparación del Daño, la Prestación de Servicios de Utilidad Pública o Multas, podría significar una significativa reducción de la población penal y la posibilidad de controlar esa población de una forma que permita atender sus condiciones de vulnerabilidad y apoyarle en la construcción de un proyecto de vida sin cometer delitos. Se requiere entonces de una reforma legal y de la formación y promoción de la ciudadanía para la comprensión de la conveniencia de este otro tipo de soluciones o modelo punitivo. Necesaria es también una reforma reglamentaria o una ley de ejecución penal que autorice la no institucionalización cuando la prueba acredite condiciones personales y sociales que hagan viable esa posibilidad, por estar atendidas las condiciones generadoras del delito. Resulta absurdo obligar a todos a ingresar en prisión si algunos ya han logrado su recuperación o el desarrollo de un proyecto de vida responsable; recordemos que la institucionalización aunque sea por pocos días genera graves efectos y secuelas y la persona de inmediato pierde su empleo.

15 *Mora Mora, Luis Paulino y Navarro, Sonia, op.cit., pp. 39-40.*

16 *Al respecto recientemente el periódico La Nación, realiza una investigación y calcula el costo de estos juicios, por hurtos de supermercado, en siete millones de colones. A una persona por tratar de apoderarse de diez latas de guisantes con un valor de trescientos setenta colones cada una, se le impone una pena de 45 días que valga señalar cumplió con prisión preventiva (www.nacion.com del 04 y 09 de octubre del 2014).*

17 *Ríos Martín, Julián, “Las alternativas a la prisión”, en Consejo General del Poder Judicial, Las penas y medidas de seguridad, 2006, pp. 263-334.*

18 *Mir Puig, Santiago, Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho, Barcelona, 2ª edición, Bosch, pp. 34.*

2.- INCORPORACIÓN DE PENAS ALTERNATIVAS O SUSTITUTIVAS

Ante el panorama de hacinamiento crítico e inhumano de nuestras prisiones, se ha generado por el legislador en los últimos años la incorporación de sustitutos de la privación de libertad y de la prisión preventiva que permiten soluciones distintas al encierro, ante la incapacidad del Sistema Penitenciario de soportar la totalidad de población que genera el Sistema de Justicia Penal. Los ejemplos más representativos de estas nuevas fórmulas legales son los siguientes:

- a). **Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres.** A través de esta normativa (N° 8589 del 12 de abril del 2007, publicada el 25 de abril de ese mismo año) si bien se incorpora la figura del femicidio y se establece toda una serie de agravantes tratándose de ciertos delitos contra la población femenina también se hace referencia a penas alternativas y penas accesorias. Las alternativas conforme su artículo 9 son la Detención de fin de semana, la Prestación de Servicios de Utilidad Pública, el Cumplimiento de Instrucciones y el Extrañamiento. Conforme el artículo 11 para las personas sin antecedentes de este tipo de delitos a quienes se imponga penas menores de tres años se faculta el remplazo de esa pena –técnicamente sería sustituir- por al menos dos penas alternativas –incluida siempre la de seguimiento de instrucciones salvo que se aplique el extrañamiento- y tratándose de penas mayores de tres años en la misma condición, se autoriza la sustitución en esos términos una vez que se haya cumplido la mitad de la pena. El artículo 12 define la Detención de fin de semana indicando que será de 24 a 48 horas y se realizará en un centro penitenciario o de rehabilitación sin embargo hasta ahora no se conoce de la aplicación de este tipo de medidas y en la práctica se dificulta por falta de infraestructura adecuada porque los Semi Institucionales no funcionan los fines de semana. El artículo 13 regula la Prestación de Servicios de Utilidad Pública y se hace referencia a jornadas de 8 a 16 horas por semana, lo que contradice la misma norma pues una jornada semanal de hasta 16 horas resulta excesiva cuando se tiene una ocupación laboral ordinaria. El numeral 16 define el Cumplimiento de instrucciones haciéndose referencia a la obligación de la persona de someterse a un programa para el tratamiento de adicciones; a un programa especializado para ofensores; la prohibición de residencia y la prohibición o limitación al uso de armas.
- b). **Reformas al Código Penal vía reformas de la Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres y Seguridad Vial, N° 9078 del 04 de octubre del 2012, publicada en La Gaceta, N° 207 del 26 de octubre de ese mismo año.** Con las reformas al Código Penal a través de la Ley N° 9078 del 04 de octubre del 2012 a los artículos 117 (**Homicidio Culposo**), 128 (**Lesiones culposas**) y 261 bis (**Conducción Temeraria**) del Código Penal, se establece que cuando se imponga una pena privativa de libertad de tres años o menos en los dos primeros supuestos o de dos años o menos en el tercer caso, podrá sustituirse la misma por una multa pecuniaria asociada a una “medida alternativa” de Prestación de Servicios de Utilidad Pública, de 380 a 1800 horas; de 200 a 950 horas y de 100 a 300 horas respectivamente.
- c). **Modificación de la Ley de sustancias psicoactivas** La reforma surge como una iniciativa que pretende dar aplicación a las obligaciones de derecho internacional de nuestro país, a partir de las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de libertad para las mujeres delincuentes -conocidas con las “Reglas de Bangkok”-. La reforma a la Ley de Psicoactivos a través del artículo único de la Ley para introducir la proporcionalidad y especialidad de género a la referida norma (Ley N° 9161 del 13 de agosto del 2013 publicada en La Gaceta N° 182 del 23 de septiembre del 2013) además de rebajar el monto de la pena con que se castiga el delito

de Introducción de Drogas a Centros Penitenciarios establece la posibilidad de sustitución de la pena privativa de libertad cuando se presente determinadas condiciones de vulnerabilidad.¹⁹

El legislador consciente de un Sistema de Justicia Penal con una visión androcéntrica, que nunca mira en la determinación de la culpabilidad, en la fijación de la pena ni en su ejecución, las condiciones y necesidades particulares de la mujer, procura una solución ante el fenómeno que se produce con la generación, sobre todo fines de semana, de una gran cantidad de mujeres detenidas a la hora de la visita carcelaria, por tratar de introducir drogas a las prisiones, las que en su mayoría presentan un cuadro de pobreza, dependencia, invalidez aprendida, baja escolaridad y violencia, casi todas responsables de un grupo familiar monoparental, a las que hasta ahora solo les quedaba la posibilidad de aceptar su responsabilidad y someterse a un procedimiento abreviado para obtener una reducción de pena y descontar cinco años y cuatro meses, cinco años y seis meses o seis años según el antojo del Tribunal que corresponda.

La reforma dispone lo siguiente:

“La pena prevista en el artículo anterior será de tres a ocho años de prisión, cuando una mujer sea autora o participe en la introducción en establecimientos penitenciarios de sustancias tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas y cumpla una o varias de las siguientes condiciones: a) Se encuentre en condición de pobreza. b) Sea jefa de hogar en condición de vulnerabilidad. c) Tenga bajo su cargo personas menores de edad, adultas mayores o personas con cualquier tipo de discapacidad que amerite la dependencia de la persona que la tiene a su cargo. d) Sea una persona adulta mayor en condiciones de vulnerabilidad. En caso de que se determine alguna de las condiciones anteriores, el juez competente o el juez de ejecución de la pena podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta, en modalidad de detención domiciliaria, libertad asistida, centros de confianza, libertad restringida con dispositivos electrónicos no estigmatizantes o cualquier tipo de medida alternativa a la prisión”.

La norma no es muy buena en técnica, toda vez que confunde institutos y hasta competencias: si lo que se pretendía es que la mujer retorne a su hogar pero la mayoría son responsables de familias monoparentales, donde ella es la única proveedora o responsable, poco sentido tiene la sustitución bajo arresto domiciliar pues con esa condición será difícil que consiga un trabajo bien remunerado para poder asumir sus hijos y asegurar su manutención. La libertad asistida es un beneficio que no tiene contenido en la normativa de adultos y los centros de confianza, ya no existen en el Sistema Penitenciario, aunque suponemos que se hace referencia a la ubicación en el programa Semi Institucional, situación que, conforme la normativa actual, es competencia exclusiva de la autoridad penitenciaria y no de la jurisdiccional. Por otro lado, al momento de su entrada en vigencia, no existía una normativa que facultara el uso de dispositivos electrónicos de seguimiento. La posibilidad de utilizar cualquier otro tipo de medida alternativa faculta la sustitución de la privación de libertad por penas alternativas como podría ser una multa –considerando la pobreza generalizada que afecta esa población poco sentido tendría- o la sustitución por Prestación de Servicios de Utilidad Pública. Facilitar la sustitución de una forma tan amplia, en la forma que se hace: *“cualquier otro tipo de medida alternativa”* resulta poco precisa y no respeta las exigencias del principio de legalidad en la materia, prestándose la situación para la imposición de un sin número de condiciones que podrían obstaculizar y dificultar el proceso de reincorporación a la comunidad.

¹⁹ Al respecto con más detalle sobre esta reforma, AGUADO CORREA; Teresa, “Proporcionalidad y especificidad de género: a propósito de la reforma a la ley de psicotrópicos”, en Chan Mora, Gustavo y Llobet Rodríguez, Javier (coordinadores), *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*, N° 5, marzo (2014), Universidad de Costa Rica, pp. 301-326.

Curioso y confuso resulta la asignación de competencias compartidas entre el juez de juicio y el juez de ejecución. Pareciera que el legislador, consciente del trato desproporcionado y la afectación a este gran número de mujeres, opta por otorgar el beneficio en la fase de ejecución, pero la norma no indica a partir de qué momento o cuándo la competencia es del Juez de Ejecución. Tratándose de casos nuevos, podría pensarse en la posibilidad de que el tribunal de sentencia deniegue el beneficio y una vez firme se gestione ante el juez de ejecución de la pena. Algunos podrían considerar que si se denegó el beneficio en la fase de juicio no cabría gestionarse en ejecución, sin embargo, la norma no impone restricción alguna y conforme los principios de interpretación pareciera que sí cabe la posibilidad de un nuevo planteamiento.

Aunque objeto de todas estas críticas, creemos que la iniciativa es oportuna, porque se aleja de medidas populistas-represivas y representa un significativo cambio en la política criminal, sin embargo necesárisimo resulta extender esos beneficios a toda la población femenina, pues por lo general la pobreza extrema y la violencia les acompañan y en mucho contribuyen a determinar esas otras conductas ilícitas como la venta a pequeña escala –narcomenudeo-, la posesión, el transporte o delitos como robos o hurtos de supermercados.

A). LEY DE MECANISMOS ELECTRÓNICOS DE SEGUIMIENTO EN MATERIA PENAL.

La última iniciativa legal sobre alternativas a la privación de libertad se presentó con el Proyecto N° 17665, Ley de mecanismos electrónicos de seguimiento en materia penal. Después de aprobarse en primer debate por la Comisión Plena Tercera el 31 de julio del 2014, no recibió segunda aprobación el 13 de agosto siguiente y se devuelve a discusión para recibir mociones o propuestas de modificación. Fue por fin aprobado en segundo debate el pasado 17 de septiembre. Le ley tiene como objeto regular el uso de mecanismos electrónicos alternativos a la privación de libertad, facilitando la aplicación de medidas distintas a la prisión preventiva y el control de personas sentenciadas, siempre que se tenga su consentimiento y bajo el seguimiento y control de Adaptación Social. Se reforma el artículo 66 del Código Penal para autorizar a instancia de parte el uso de este mecanismo para liberados condicionales. Se modifican también los numerales 50 y 57, para establecer como una sanción el Arresto Domiciliario, con monitoreo electrónico, facultando al juez de sentencia para sustituir la privación de libertad de penas de seis años o menos, siempre que se trate de personas sin antecedentes penales, no peligrosos y que no hayan sido sometidos al procedimiento especial de crimen organizado, no sean ofensores sexuales contra menores ni se trate de delitos donde se haya autorizado armas de fuego. En la fase de ejecución de la pena, se autoriza la sustitución de la pena para mujeres embarazadas o madres de niños o niñas menores de doce años o responsables de persona con discapacidad o enfermedad grave; para personas mayores de sesenta y cinco años; por razones de humanidad o por enfermedad física, adictiva o psiquiátrica sobreviniente.

Los medios de comunicación han señalado que esta medida permitirá el egreso de aproximadamente 4000 “reos” sentenciados²⁰ y sería la solución al problema de hacinamiento carcelario. Las proyecciones son ambiciosas y carecen de fundamento. Conforme el Departamento de Investigación y Estadística del Ministerio de Justicia y Paz al 30 de junio del 2014 un total de 4077 sentenciados descuentan pena de seis años o menos sin embargo la sustitución opera únicamente para primarios en delitos y la investigación por lo general hace referencia a porcentajes de hacinamiento entre un 30 y 50%, lo que reduce notablemente la posibilidad. Debe además excluirse a la población por delitos sexuales contra menores -sin duda resultará una cantidad alta pues por lo general son las víctimas en ese tipo de delitos y una de las incidencias delictivas más comunes dentro de la tabla de tipos de delitos-, a la población que haya sido sujeta a

20 http://www.nacion.com/sucesos/Usa-brazaletes-electronicos-sacaria-calle_0_1333066869.html. Según ese reportaje al 04 de julio del 2014 un total 3569 privados de libertad descuentan penas de seis años o menos y 510 mujeres son madres de familia, por lo que se calcula que unas 4000 personas podrían beneficiarse con este mecanismo alterno.

procedimiento por crimen organizado y a toda la población que haya utilizado armas de fuego, por lo que tratándose de población sentenciada el número de egresos a través de este mecanismo no se proyecta muy alentador.

Así las cosas, aunque se han ido incorporando algunas sanciones alternativas y otras sustitutivas de la privación de libertad, las mismas rigen únicamente para una pequeña gama de delitos (básicamente en asuntos de tránsito, violencia doméstica y por Introducción de Drogas a Centros Penitenciarios) y los ilícitos, en su gran mayoría, se siguen castigando solo con prisión. La incorporación de las sanciones alternativas o sustitutivas se ha producido de forma desordenada. Sanciones como el Seguimiento de Instrucción o Detención de Fin de Semana que señala la Ley de Penalización de la Violencia Doméstica contra las Mujeres ni siquiera tienen una regulación en las disposiciones generales del Código Penal ni se ha desarrollado la infraestructura necesaria para su materialización.

Sin duda, resulta urgente e imperativa la sustitución de nuestro viejo Código Penal, con la fijación de un límite máximo legal razonable de la pena privativa de libertad, así como la incorporación de un amplio catálogo de penas alternativas y sustitutivas que permita aplicar la privación de libertad solo por excepción y absoluta necesidad. La eliminación del mínimo legal sería sin duda una buena fórmula para la solución justa de cada caso, permitiendo valorar las circunstancias y factores generadores del delito para la fijación de un castigo proporcional, útil y necesario. Autorizar ese margen de discrecionalidad y confiar en la decisión judicial es razonable, sobre todo porque siempre, esa decisión será controlada por las partes del proceso y objeto de impugnación.

Costa Rica necesita un Código Penal elaborado con base en una política criminal razonable, que logre un equilibrio en la solución del conflicto y la fijación de una pena justa, útil y necesaria, un Código Penal propio de una democracia para el control del conflicto y la violencia social, sin que el Estado se convierta en un medio generador de terror o más violencia. Como apuntó **Mora Mora** con precisión:

“Una política criminal racional y objetiva debe elaborarse democráticamente fundándose en los instrumentos internacionales de protección a los Derechos Humanos y en la Constitución Política, pues el Estado de Derecho se configura en el respeto del Estado y de los ciudadanos a esos instrumentos. Es por esta razón que el sistema penal contribuye especialmente a definir y configurar la calidad y la imagen del Estado de Derecho, ya que modernamente el Derecho Penal debe cumplir el fin de reducir la violencia social (esto es, mantener los niveles de criminalidad en grado aceptable) pero también, la de asumir el fin de reducir la propia violencia punitiva del Estado”.

BIBLIOGRAFÍA

Aguado Correa; Teresa, "Proporcionalidad y especificidad de género: a propósito de la reforma a la ley de psicotrópicos", en Chan Mora, Gustavo y Llobet Rodríguez, Javier (coordinadores), *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*, N° 5, marzo (2014), Universidad de Costa Rica.

Antillón Montealegre, Walter, "El discurso de la seguridad ciudadana en las recientes reformas procesales", en Chinchilla Calderón, Rosaura (coordinadora), *Reflexiones jurídicas frente al populismo penal en Costa Rica. Análisis de los recientes cambios normativos*, Investigaciones Jurídicas, Costa Rica, 2012.

Chinchilla Calderón, Rosaura, "Política Criminal y Demagogia Penal: los efectos del neopunitivismo criollo en la seguridad jurídica", en Llobet Rodríguez Javier y Durán Chavarría Douglas (compiladores), *Política Criminal en el Estado Social de Derecho*, Editorial Jurídica Continental, 2010.

Departamento de Investigación y Estadística, Informe de la Población Penitenciaria, I trimestre, 2014, Instituto Nacional de Criminología, Ministerio de Justicia y Paz.

Departamento de Investigación y Estadística, Anuario Estadístico 2009, Instituto Nacional de Criminología, Ministerio de Justicia y Paz.

Garland, David. La Cultura del Control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea, traducción de Máximo Sozzo, Barcelona, 1° edición, 2005, pp. 179-234.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, 7° edición, Editorial Trotta, 2005.

Llobet Rodríguez, Javier, "Prisión Preventiva, populismo punitivo y protección de los derechos humanos en el Sistema Interamericano", en Llobet Rodríguez Javier y Durán Chavarría Douglas (compiladores), *Política Criminal en el Estado Social de Derecho*, San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, 2010.

Llobet Rodríguez, Javier, *Proceso Penal Comentado (Código Procesal Penal Comentado)*, San José, Costa Rica, 5° edición, Editorial Jurídica Continental, 2012.

Mir Puig, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Barcelona, 2° edición, Bosch.

Mora Mora Luis Paulino y Navarro Solano Sonia, *Constitución y Derecho Penal*, Costa Rica, Escuela Judicial, Costa Rica.

Ríos Martín, Julián, "Las alternativas a la prisión", en Consejo General del Poder Judicial, *Las penas y medidas de seguridad*, Madrid, Escuela Judicial, 2007.

Sánchez Ureña, Héctor, "Las reformas al Código Penal y sus consecuencias en las prisiones: el caso de Costa Rica", en Chinchilla Calderón, Rosaura (coordinadora), *Reflexiones jurídicas frente al populismo penal en Costa Rica. Análisis de los recientes cambios normativos*, Costa Rica, Investigaciones Jurídicas, 2012.

Sandoval Huertas, Emiro. *Penología, parte general y especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1982.

Tena Aragón, María Félix, "La sustitución de la pena de prisión", en Consejo General del Poder Judicial, Las penas y medidas de seguridad, Escuela Judicial, 2007, Madrid.

Urcuyo Constantino, "La obsesión con la seguridad y la reforma procesal penal", en Llobet Rodríguez Javier y Durán Chavarría Douglas (compiladores), *Política Criminal en el Estado Social de Derecho*, San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, 2010.

Valverde Molina, Jesús. *La cárcel y sus consecuencias. La intervención sobre la conducta desadaptada*, España, 2º edición, Editorial Popular, 1997.

Zamora Acevedo, Miguel, "Acerca del discurso populista punitivo", en *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*, N° 5 (2014), Universidad de Costa Rica.

¿UNA NUEVA REFORMA PENITENCIARIA EN COSTA RICA?

Mario Alberto Víquez Jiménez
Profesor Catedrático de la Maestría en Ciencias Penales
Universidad de Costa Rica

*“En todos los hombres me veo, ninguno es mayor
ni menor que un grano de cebada,
y lo bueno o malo que digo de mi mismo, de ellos lo digo”
(Walt Whitman. Hojas de Hierba, 1885)*

In memoriam al dr. Luis Paulino Mora Mora

Una de las facetas mas interesantes y menos conocidas del Dr. Luis Paulino Mora, fue la de Ministro de Justicia y Gracia¹. En ella tuve el privilegio de ser su asesor y disfrutar de su amistad. Como reconocimiento a su memoria y su permanente interés por el Sistema Penitenciario Costarricense, en el que siempre abogó por el pleno respeto de los Derechos Humanos de las personas privadas de libertad, es que juzgo pertinente reflexionar sobre la situación actual, los desafíos y perspectivas futuras del sistema carcelario costarricense. La mejor forma de hacer tributo a su compromiso con la justicia y mantener viva su herencia de jurista, es hacer un análisis crítico de uno de los elementos más sensibles del sistema de justicia penal: la privación de la libertad. El tema de las personas privadas de libertad no es una preocupación difusa, ni una inquietud leve, debe ser un homenaje permanente de quienes creemos en la promoción de los derechos humanos, a los costarricenses que se dedican actualmente y se dedicaron en el pasado, en diversos momentos de su vida y desde distintas trincheras al esfuerzo nacional de construir un sistema penitenciario justo. Pero sobre todo, a aquellos que sufrieron y han pagado hasta con su vida, los vejámenes de los “diversos sistemas penitenciarios”.

I. ANTECEDENTES Y PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Señalaba en mi tesis de *Maestría en Criminología* de 1989², titulada **“La prisión, posición y función en la Sociedad Costarricense”**, que si se pudiera caracterizar la historia de nuestro sistema penitenciario, sería una *crónica de iniciativas y fracasos*.

A lo mejor esto es así, en razón de la esencia misma de la cárcel, en tanto se proclama como instrumento humano represivo-sancionatorio central en la resolución de conflictos sociales, aunque estos sean mucho más complejos que lo que puede atender esta institución. Recordemos que la humanidad no siempre ha utilizado la cárcel y que esta no es intrínseca a la condición humana. Pero nos hemos aferrado a ella en todos sus extremos, al punto de perder su dimensión de construcción histórica susceptible de constante cambio y por que no, incluso, de su eventual extinción o, al menos, a su utilización en mínima expresión.

1 Primera administración del Dr. Oscar Arias. 1996-1990

2 Víquez Mario. Tesis para obtener el grado de Maestría en Criminología. Del Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría de Justicia del Distrito Federal . México.

En nuestro país, al igual que en el contexto de la mayoría de las naciones, el sistema de reacciones penales, particularmente en su fase de ejecución, ha tenido diversas modalidades. Se han utilizado medidas como la pena capital, el exilio, la deportación y diversos castigos corporales. Sin embargo, la pena privativa de libertad se ha mantenido por más de dos siglos hegemónica, dentro de la política criminal, con un carácter casi universal y como “respuesta”, –hay que reconocerlo- a las modalidades infamantes que le precedieron.

Surge así, la necesidad de hacer un recuento, -aunque sea somero- de la *evolución* del sistema penitenciario, que no tiene como propósito la de simple evocación, sino la necesidad de reconocer cómo esta institución humana tiene un lugar en la historia y así poder delimitar lo que se nos demanda hoy. Los cambios o reformas penitenciarias no deben –aunque si pueden lamentablemente- ser producto de las ocurrencias u objetivos improvisados. Deben, por el contrario surgir con seriedad del debate que inexorablemente se produce a partir de las inquietudes ciudadanas por los problemas sociales.

Es claro, si se analiza la historia del sistema de reacciones penales que este ha correspondido a diferentes entornos económico-sociales y por consiguiente a diferentes aparatos y formas del Estado. Así, durante la Colonia y hasta el punto de inflexión que significó la llegada de la época republicana en 1821, prevalecieron como diría Foucault, “las ideas de castigo y venganza dirigidas al cuerpo del condenado”, donde el suplicio es parte integrante de la pena³.

Mas adelante con el surgimiento del modelo agroexportador como centro de las preocupaciones políticas en la época de 1840 a 1885, se perfiló un sistema penitenciario que enfatizó la retribución y el aislamiento con un carácter *intimidatorio y utilitario de la pena*, tal y como se expresó en el uso de la **isla de San Lucas**.

Con la consolidación del Estado Liberal de 1885 a 1930, se pusieron en marcha los antecedentes del “correcionalismo” y el positivismo criminológico. Justo es decir que es en este período que se desarrolla la **Penitenciaría Central** y se plantea la readaptación del delincuente “*para hacerlo un ciudadano de provecho de bien*”. Se elimina el castigo físico, al menos en los propósitos explícitos.

El Sistema penitenciario “evolucionará” en los años 60 y 70 en el marco de las transformaciones sociales posteriores a 1948, en el contexto de un Estado intervencionista, que aborda ámbitos de la realidad que anteriormente no se consideraban de su competencia⁴. Lo cual en el plano jurídico se revela en un nuevo modelo de control jurídico-penitenciario que se ha conocido como la “**Reforma Penitenciaria**”. Proceso que inicia su ejecución más evidente a partir de 1976.

Esta Reforma Penitenciaria, que diseñó e instaló un **Sistema Penitenciario Progresivo**, tuvo como cimiento lo que se puede denominar la “ideología del tratamiento”. En lo fundamental plantea que el privado de libertad o “interno”⁵ como se le denominaba, es un sujeto *patológico o enfermo* y que para rehabilitarlo hay que darle un “tratamiento”. Curiosamente, de este modo se diluye la responsabilidad individual frente al delito para caer en posiciones de *caridad y minusvalía*. La ejecución de las medidas privativas de libertad se plantean como “... la aplicación de todas las medidas que permitan modificar las tendencias antisociales del individuo”. Para lograr este objetivo –sin restricciones-, se propone el tratamiento clínico criminológico, como si se tratara de la “curación” de un organismo, para lo cual se propone textualmente: “...el correcto diagnóstico del caso individual” y su posterior abordaje por parte de las diversas disciplinas psicosociales.

3 Foucault, Michel “Vigilar y Castigar. Nacimiento de la Prisión”. Siglo XXI editores, México, 1976

4 El Estado Intervencionista incursiona en aspectos tales como la pobreza, la marginalidad y en general en los diversos fenómenos de desviación social, entre los cuales destaca la criminalidad.

5 En sustitución del concepto de “reos” que le antecedió.

Quince años después, en abril de 1990, en un acto de especial trascendencia para el penitenciarismo, nos correspondió a mí y a la Licda. Maruja Chacón Pacheco, entonces Ministra de Justicia, dar por agotado aquel modelo de Sistema Penitenciario Pogrésivo y proponer uno nuevo. Este se materializó en un Reglamento de la Dirección General de Adaptación Social, el cual se concibió como un modelo de “derechos y obligaciones” fundamentado en los Derechos Humanos, sustituto de la concepción clínica que inspiró al anterior y que para entonces ya había mostrado debilidades conceptuales y agotamiento funcional.⁶

Lamentablemente, ese nuevo modelo que había surgido de una larga y profunda reflexión institucional, incomprensiblemente no sobrevivió a la nueva administración que poco tiempo después asumió la conducción del sistema penitenciario. La decisión de dar marcha atrás, dadas las manifestaciones de entonces de que era necesario hacer algunos ajustes, nunca se produjeron, se originó aparentemente en ocurrencias u objetivos improvisados que nunca se concretaron en alguna propuesta alternativa.

Si bien posteriormente se hicieron tímidos intentos o al menos no convincentes por concebir un nuevo “modelo” penitenciario, lo cierto es que hasta el día de hoy no se concibió un modelo articulado con rigor y consistencia ideológica y epistemológica. Por más de veinte años se ha recurrido a una mezcla de conceptos e ideas inconexos para la ejecución de las penas privativas de libertad, que nunca llegó a constituir un sistema integrado y congruente. Esto, con consecuencias lamentables en la vida de los privados de libertad y de los funcionarios de las diversas cárceles del país. Más aún lamentable, para el sistema de justicia penal y la sociedad en general.

2. PRISIÓN. ¿CASTIGO, REINSERCIÓN O AMBAS?

En la investigación de mi tesis de 1989, se pretendió evaluar con rigor académico, uno de los modelos penitenciarios más exitosos de América Latina, como fue ponderado el Sistema Penitenciario Pogrésivo de 1976, y se señalaban los riesgos y limitaciones del modelo que, con alto costo, se había alcanzado.

Es claro –quizá no del todo y para todos- que el objetivo de la prisión no es el castigo y que esta idea debe quedar guardada en el museo de las cavernas. Por el contrario el objetivo debe seguir siendo la reinserción social. Pero también es cierto que en sí misma la pérdida de libertad, sin eufemismos, -y esto no se debe ocultar mas-, es una sanción que es el producto de una acción u omisión según lo establecido por los tribunales de justicia.

Pero también es cierto, que las condiciones de los sistemas penitenciarios, a menudo, no solo hacen imposible el mas mínimo asomo de la rehabilitación entendida como la oferta que se le pueda ofrecer al privado de libertad de reorganizar su proyecto de vida, sino que son un espacio de violación flagrante de los mínimos Derechos Humanos.

La concreción efectiva, de una concepción basada en el garantismo y los Derechos Humanos, no se resuelve de forma mágica por su simple enunciación. Es necesario que esta se inserte en una política

⁶ *Reglamento de la Dirección General de Adaptación Social. Ministerio de Justicia y Gracia. Elaborado bajo la Dirección y Supervisión del Msc. Mario Alberto Víquez Jiménez. Edit. Talleres de Lito imp. Cora S. A. San José Costa Rica, Abril de 1990. Se señaló en este Reglamento: “El quehacer penitenciario no es una ocurrencia, ni sus objetivos pueden ser improvisados. Numerosos estudios, congresos e investigaciones han sido el antecedente de este paso que hoy damos. Los lineamientos básicos aquí formalizados son solo un medio dentro de un proceso donde han sido exigidos una serie de cambios a nivel teórico-conceptual-organizativo y normativo, manteniendo en todo caso como guía orientadora, una clara vocación con los mas altos principios de justicia concretados en la concepción que enfatiza su enfoque en los Derechos Humanos para todos los hombres, y en los Derechos y Deberes específicos que tiene el interno por la razón de estar recluso. Pag 8*

criminal integral, en un todo armónico que incluya los diversos elementos o subsistemas, del sistema de justicia penal. Se dice entre los defensores del medio ambiente, que una hoja que cae en este lado del mundo no es sin consecuencias en el otro lado del planeta. Con más razón lo es para el sistema de justicia penal, donde la prisión es tan solo un eslabón de un proceso que se inició con la creación de la norma, atravesando diversos pasadizos policiales y judiciales, que le preceden y determinan.

La realidad penitenciaria en cualquier contexto, no puede ser amiga de las idealizaciones ni de planteamientos de verdades absolutas. La realidad de esta institución de creación humana, en su práctica y devenir histórico ha sido más que maestra en ello.

Tal vez, lo que si es posible es seguir creyendo en la imaginación creativa, y en la capacidad de no renunciar a proyectar situaciones distintas a las vividas. La capacidad de proporcionar cosas nuevas, la capacidad de inventar y descubrir, en el mas autentico proyecto científico, que es siempre posible y a la vez nunca alcanzable en su totalidad. Pero para ello, no se puede sustentar de la opinión ligera o de la improvisación producto de los acontecimientos. Se hace necesario un diagnóstico de los hechos y una actitud propositiva con la mayor posibilidad de difusión y discusión colectiva.

3. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Tal y como se ha indicado, durante los años setenta, -bajo el impulso del ex presidente Daniel Oduber Q.,- nuestro país lanzó una de las más profundas reformas penitenciarias de la historia nacional, que tuvo como resultado un **Sistema Progresivo** que fue orgullo y obtuvo el mayor reconocimiento internacional.

Lamentablemente, hoy nadie podría enorgullecerse de nuestro Sistema Penitenciario y por el contrario es motivo de constante preocupación. Nuestras cárceles, han perdido sus fines de rehabilitación, y han pasado a ser una fuente de aprendizaje y reproducción de mayor criminalidad.

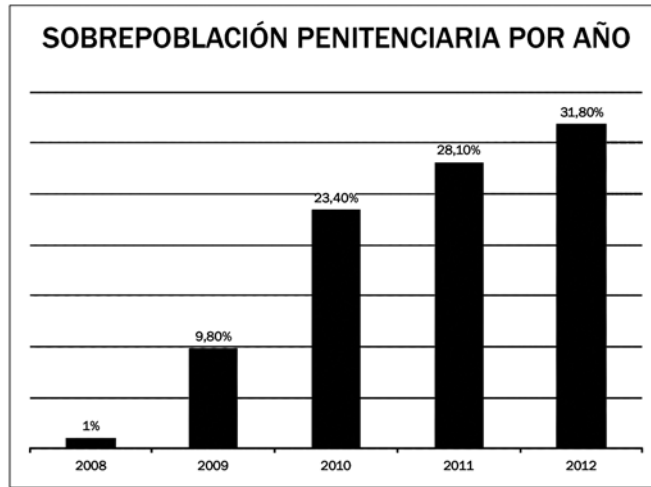
Para tener una mejor idea del deterioro y motivos de preocupación, parece oportuno abordar algunos indicadores como lo son la población penitenciaria y su evolución, estableciendo las variables que están involucradas en las condiciones de hacinamiento, el personal penitenciario y su proporción en relación a la población privada de libertad, la distribución del presupuesto, entre otros.

a). POBLACIÓN PENITENCIARIA

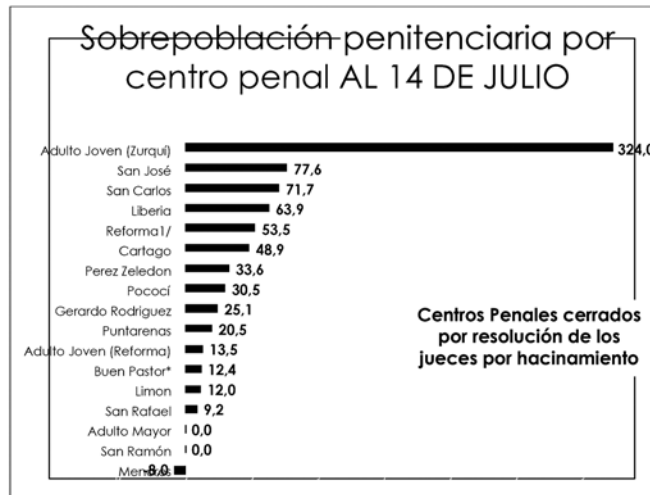
Uno de los temas mas acuciantes del diagnóstico de la situación penitenciaria de nuestro país, es la sobrepoblación y hacinamiento de las cárceles. También el más fácil de entender para la población en general y hasta para algunos funcionarios de la alta jerarquía política, quienes en general han concentrado su respuestas a las fallas del modelo en el tema de infraestructura y en la perversa idea de que hay que construir más cárceles para atender la creciente demanda de una política penal cada vez más represiva. No se han detenido, ni siquiera, a valorar si las tasas de crecimiento de la población tienden a decaer, o su relación con las actuaciones de los otros subsistemas del sistema de justicia penal. No es que no debe prestarse atención a tema de infraestructura, es que no se debe atender obsesivamente este tema sin evaluar la crisis del modelo dentro de un sistema penal mucho más amplio. Aspecto fundamental para tener un marco mas general y contextual de las estadísticas penitenciarias.

Específicamente sobre el comportamiento de la población se señala un crecimiento sostenido de la población privada de libertad, que pasó en solo cuatro años, de un 1% de sobrepoblación en el 2008, a un

31.8% al 2012. En la actualidad (2013) nuestro sistema carcelario tiene una población de más de 13.200 privados de libertad, con una tasa de hacinamiento promedio de aproximadamente un 37% y más de un 25% de presos sin condena.



Esto ha implicado que de los 17 centros penales del país, *siete* han sido declarados *cerrados* por las autoridades judiciales, con tasas de hacinamiento de hasta un 77,6 en el caso de San José.



La pregunta que de inmediato se desprende, es sobre los motivos que han llevado a que en un plazo tan corto se hayan saturado los establecimientos carcelarios.

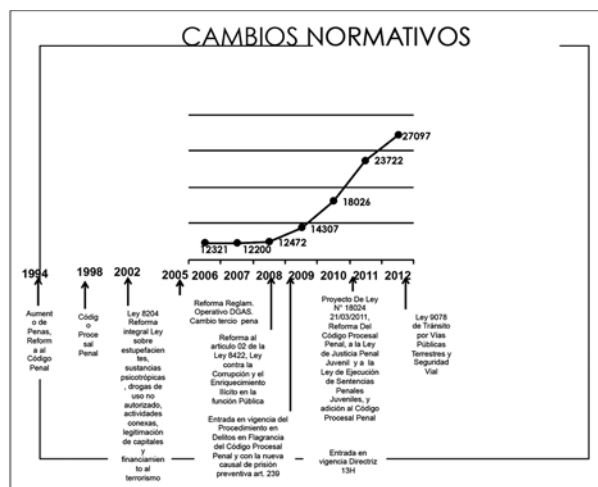
Como se ha indicado la cárcel es el último eslabón del Sistema Penal, lo que significa que está precedida por los cambios legislativos, las actuaciones policiales y las resoluciones judiciales. Ello, sin poder hacer caso omiso a los cambios demográficos, las previsiones de infraestructura y la capacidad administrativa de desinstitucionalización.

Es evidente y así lo indican las autoridades de la administración actual (2010-2014) que una de las prioridades más importantes en materia de política criminal ha sido la de la "seguridad ciudadana". Lamentablemente,

aún cuando se hacen importantes esfuerzos en esta materia, las acciones se concentran en el plano policial, y desconocen la perspectiva integral del sistema de justicia penal que deben tener. Así, los esfuerzos se concentran en lo que resulta más evidente desde el punto de vista de las percepciones, como la presencia policial y acciones de naturaleza represiva, con la consecuencia inmediata en el incremento en el número de detenciones e ingresos en la corriente judicial.

Aunado al tema policial, también se debe prestar atención al accionar **legislativo**, donde el uso desmedido y cada vez mas frecuente del sistema penal para la resolución de los conflictos sociales se convirtió en la regla. Este proceso se inició en los años 90 y se ha incrementado en lo que va del 2000, vinculado a variaciones reales en la criminalidad y sobre todo en el sentimiento de inseguridad ciudadana. Es cada vez mayor la demanda de los medios de comunicación y de la ciudadanía por reacciones extremas punitivas de carácter penal para toda clase de conflictos sociales. En ese sentido se viene dando una mezcla de *populismo penal* por parte de la mayor parte de los sectores políticos y la “fantasía” popular de que *lo que falta es mayor severidad* y la capacidad “mágica” de resolver los conflictos sociales por medio de la legislación, en particular la penal. Este populismo penal expresado en la legislación ha tenido sin duda un impacto en la población procesada penalmente.

Algunas de los cambios normativos que han impactado el sistema penal y en particular el subsistema penitenciario son:



Otro de los elementos que impactan la sobrepoblación penal es el **Subsistema judicial**. Acá es importante verificar dos aspectos centrales. El número de sentencias condenatorias de acuerdo con los casos entrados a sede judicial y la utilización o no de medidas alternativas a la prisión, no solo a nivel de indiciados sino como de sentenciados.

De acuerdo con las estadísticas judiciales (Compendio de Indicadores Judiciales 2000-2009), en los últimos años se ha dado una clara tendencia en el aumento de sentencias condenatorias de los casos entrados a nivel judicial. De acuerdo con un análisis estadístico del Dr. Daniel González en un reciente Congreso de evaluación del Código de Procedimientos Penales denominado: “Logros, pendientes y desafíos del Proceso Penal en Costa Rica” (Octubre, 2013), se desprende que hemos pasado de 14.8% de jueces cada 100.000 habitantes en el 2000 a un 24.2% en el 2011. Se pasó de 76 penados cada 100.000 habitantes en el 2000 a 164 en el 2011. Sin hacer una valoración de lo que para algunos sería una mayor eficiencia judicial en su capacidad condenatoria, lo cierto es que esto impacta al sistema penitenciario. Pero tal vez lo

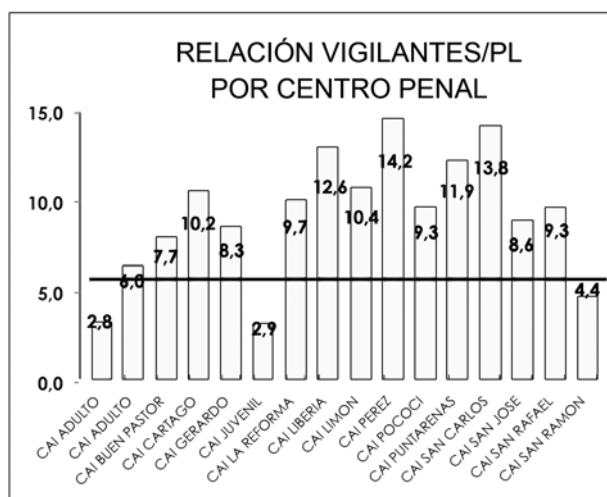
más preocupante, tal y como lo sostienen diversos expertos en la materia⁷ sea el tema de la ausencia casi total de los usos alternativos a la prisión que prevé nuestro sistema de justicia penal y el Código procesal Penal (las conciliaciones no pasaron en el 2011 del 1.2%). Es decir, que hay una clara apuesta por las medidas privativas de libertad en detrimento de medidas alternativas o sustitutivas a la prisión.

B) PERSONAL PENITENCIARIO

Uno de los pilares de un sistema penitenciario, además de la infraestructura y el modelo operativo-jurídico, es el número y capacitación del personal penitenciario.

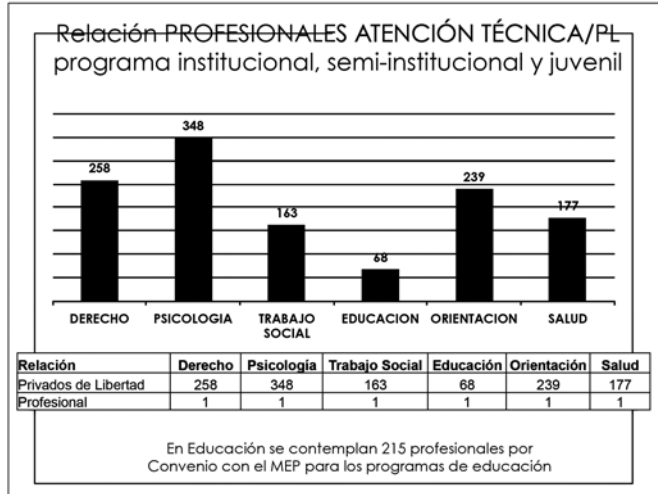
En el caso costarricense, a la pérdida de un norte en el modelo, con una ausencia de definición y consistencia ideológica y epistemológica, se ha unido las deficiencias en el número de funcionarios y la capacitación penitenciaria. Es así como, con el fenómeno de aumento de la población penitenciaria se ha perdido toda proporción de la relación mínima que debe existir entre población penitenciaria y el número de custodios, pero sobre todo del personal técnico llamado a ser garante de que la ejecución penitenciaria a nivel administrativo, se realice bajo condiciones de respeto a las derechos fundamentales de las personas privadas de libertad.

Así en lo que se refiere a los custodios la relación actual es la siguiente:



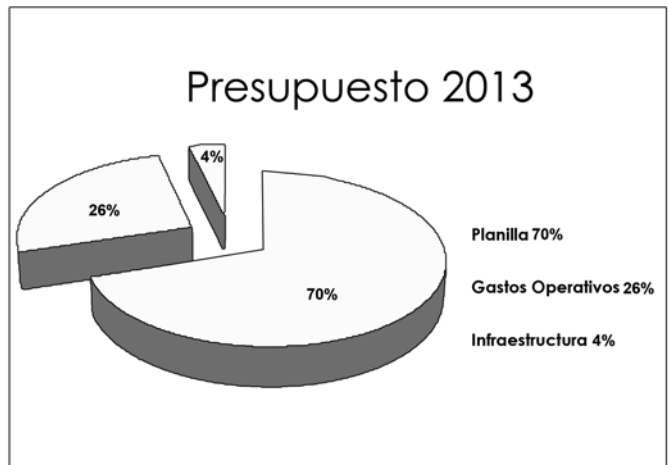
Pero donde se ha dado un dramático deterioro de la proporción, lo encontramos en la relación entre el número de presos y personal técnico, que ha perdido toda posibilidad de atención mínima, en la medida que existe una relación de un abogado por cada 258, presos, un psicólogo por cada 358 presos, un trabajador social por cada 163, y un profesional de la salud por cada 163 presos.

⁷ El tema fue ampliamente discutido en el reciente Congreso "Logros, pendientes y desafíos del Proceso Penal en Costa Rica" organizado por la Asociación de Ciencias Penales. Corte Suprema de Justicia. Colegio de Abogados. Maestría en Ciencias Penales de la UCR



c) PRESUPUESTO E INFRAESTRUCTURA

El tema de la sobrepoblación penitenciaria y el personal penitenciario, está unido a otro de los pilares del sistema penitenciario que lo compone la **infraestructura y por supuesto el presupuesto institucional**. Sin duda, el incremento de la población tiene consecuencias directas en el presupuesto y en la capacidad de operar y contratar nuevo personal penitenciario. Lamentablemente el presupuesto asignado al Ministerio de Justicia y Paz, representa desde hace años, uno de los más exigüos de la administración pública. Lo anterior implica, que se vaya estrechando el margen para mantener o incrementar la capacidad operativa y, por el contrario, se disminuya o elimine del todo la posibilidad de iniciar cambios significativos en la infraestructura que, como se ha indicado en este caso, es consustancial e imprescindible. Así, los limitados recursos deben destinarse a sufragar gastos fijos. La distribución actual del presupuesto de 70% para pago de la planilla, un 24% para gastos operativos y solo un 4% para infraestructura. Porcentaje, este último muy pequeño, en un universo, también muy pequeño.



d) IMPLICACIONES INMEDIATAS

Además, de los problemas de sobrepoblación, infraestructura limitada, proporción de privados de libertad y personal técnico inconveniente y escasa capacitación de estos últimos, el Sistema Penitenciario adolece de modelo y de marco legal acorde a la realidad institucional. Entonces, no es de extrañar que se haya perdido el control interno, el rumbo en materia técnica y objetivos institucionales. Esto impacta de forma inmediata los siguientes aspectos de la realidad carcelaria:

- Hacinamiento: problemas de convivencia
- Limitaciones en la prestación de los servicios públicos (salud, trabajo, educación)
- Deficiencia en la atención técnica especializada
- Problemas de salud, seguridad y riesgos para el personal

En resumen, las cárceles costarricenses se han convertido en depósitos de personas, pues aunque hay programas que intentan la reinserción de la persona privada de libertad, existen múltiples condiciones que atentan contra la dignidad humana tanto de la población penitenciaria como del personal técnico, administrativo y de seguridad.

Bajo estas condiciones, es evidente que el sistema carcelario nacional, además de ser una “bomba de tiempo”, es un espacio propicio para la violación de los más elementales derechos humanos y sobre todo un instrumento generador de mayor criminalidad.

De acuerdo con esta realidad surge de inmediato la pregunta: ¿qué se puede hacer?.

4 PROPUESTAS

*Hemos partido de la premisa que solo es posible una política criminal integral, en la medida que se considere al **Sistema penitenciario** como uno de sus elementos fundamentales, en su función de contención del crimen, así como, en su papel de prevención del delito*

La primera observación sobre el *qué hacer*, se refiere a la necesidad categórica de una política criminal integrada. Es decir, a una acción concertada de las acciones de la policía, los tribunales y el Sistema penitenciario. En particular, el Sistema Penitenciario es la fase final de ese gran esfuerzo por combatir el crimen. Se espera de este, una capacidad de contención de las personas privadas de la libertad que cumplen sanciones establecidas por los tribunales, o están a la espera de un juicio. Tiene por lo tanto, una función sancionatoria por la responsabilidad de los actos trasgresores de las personas, y cumple un papel preventivo especial, en la función de *hacer lo mayores esfuerzos* por la rehabilitación de los sujetos, para que una vez en libertad, no cometan nuevos delitos. Pero, sin la concertación de todos los subsistemas del sistema de justicia penal, esta función de contención y prevención especial se hace imposible y termina rompiendo por el eslabón probablemente mas vulnerable, cual es el sistema penitenciario. Con las consecuencias en las personas privadas de libertad, los funcionarios, la credibilidad ciudadana y la ruptura de todo el Sistema de Justicia Penal.

Ante este panorama se propone dividir las propuestas en inmediatas y de mediano y largo plazo.

PRINCIPALES DESAFÍOS DE ATENCIÓN INMEDIATA

Ante esta realidad surgen como desafíos inmediatos los siguientes aspectos:

- Garantizar el respeto de los derechos fundamentales de la población privada de libertad.
- Falta de personal y recursos adicionales
- Prevenir y minimizar el impacto de posibles eventos críticos
- Garantizar la seguridad del personal y la población

En cuanto a los objetivos de mediano y largo Plazo se plantea impulsar *UNA REFORMA PENITENCIARIA* que tenga tres ejes:

1. La generación de un nuevo modelo o sistema Penitenciario basado **en Derechos y obligaciones de los privados de libertad** donde el trabajo y la educación cumplan un papel central
2. La infraestructura que permita albergar la población y el desarrollo del nuevo modelo
3. La capacitación y formación del Personal Penitenciario en las nuevas doctrinas acordes al modelo y a la época.

Deberían ser los objetivos de esta Nueva Reforma los siguientes:

OBJETIVO GENERAL

“La reforma del Sistema Penal con visión integral, alineada con la tradición civilista, solidaria y de respeto de las garantías y de Derechos Humanos, que impulse un modelo penitenciario riguroso en la observancia de esas tradiciones nacionales, basado en los derechos y obligaciones de los privados de libertad y que tenga como eje el trabajo y la educación”.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Generar un nuevo modelo penitenciario basado en “derechos y obligaciones de los privados de libertad” que tenga como eje el trabajo y la educación
2. Desarrollar un plan de construcciones y adecuación de la infraestructura penitenciaria acorde al nuevo modelo técnico que coadyuve con el problema de hacinamiento
3. Dotar de nuevo personal, bajo un proceso estricto de selección y capacitación penitenciaria
4. Impulsar un nuevo reglamento de Adaptación Social y una ley de ejecución de la pena, que deslinde las funciones judiciales de las propias del poder ejecutivo
5. Integrar el sistema penitenciario a una política criminal integral de todo el sistema de justicia penal
6. Hacer un análisis y readecuación del sistema normativo penal (nuevo Código Penal) y que se dote de instrumentos procesales efectivos para el uso alternativo de la prisión

Como acciones inmediatas se debe desarrollar un *plan de contingencia* para los desafíos que se refieran a la integridad y seguridad del personal penitenciario y las personas privadas de libertad, así como las garantías y derechos mínimos de las personas privadas de libertad.

Sin duda, para la ejecución de un plan de esta índole se deberá dotar de recursos adicionales al sistema penitenciario, sea vía el presupuesto nacional o con la búsqueda de una nueva fuente de financiamiento específico. Corresponderá a un plan mas detallado la propuesta operativa de esta nueva reforma penitenciaria con un cronograma de todas las acciones y fases de ejecución.

REFLEXIÓN FINAL

A finales de los 80, el Dr. Luis Paulino Mora, nos dejó en materia de justicia penal un invaluable legado por el irrestricto respeto de los DDHH, que sigue teniendo vigencia, y que hoy mas que nunca, el sistema penitenciario merece que se retome con la misma valentía y responsabilidad con la que él abrió una caja de Pandora, que luego fue irreflexivamente cerrada por mas de veinte años, para no provocar otra cosa que no fuera aumentar la cantidad y fuerza de los demonios que contenía.

En el inicio de este ensayo señalé que la historia de nuestro sistema carcelario y probablemente de todos los sistemas carcelarios es *crónica de sucesivas iniciativas y fracasos*. Es probable que esto sea así, porque la cárcel no es -ni será nunca- la mejor ni la única reacción posible para la resolución de conflictos sociales.

También es cierto que en el contexto social actual y de evolución del pensamiento, la humanidad no ha encontrado cómo abolir esta institución y menos el modo para sustituirla por alguna alternativa para atender específicas preocupaciones sociales con éxito. Ciertamente la conciencia colectiva está lejos de concebir la pena privativa de la libertad como instrumento de excepción, con limitados alcances en la modificación de la realidad social.

En todo caso, lo que parece cierto e inmediato es la necesidad de revertir las condiciones actuales del sistema penitenciario y diseñar un modelo alineado con las garantías y los derechos humanos de los privados de libertad. Es este un objetivo impostergable en una sociedad que se ufana del respeto a la vida y que persigue colocar al ser humano como el eje central de las políticas públicas y de la reacción penal.

Ahora bien, la concreción efectiva de un modelo penitenciario basado en los Derechos Humanos no se resuelve por su simple enunciación. Se requiere la concertación del pensamiento académico-científico con las instancias de decisión política y un amplio compromiso de discusión colectiva en el marco de un consenso nacional que asuma el tema como política de Estado, con voluntad real de todas las partes para acometer la tarea.

A una nueva concepción de Sistema Penitenciario, corresponde un proceso de análisis y sobre todo de ejecución. Acá se han delineado a manera de propuesta algunos objetivos mínimos. Pero para que esto sea posible se requiere de algunas reformulaciones de todo el Sistema de Justicia Penal, los recursos materiales y sobre todo de voluntad política y colectiva.

5. BIBLIOGRAFÍA

Arias Milton, Rodríguez E. Gerardo. *Reglamento del Centro de Adaptación Social La Reforma*. Edit. Imprenta Nacional, Costa Rica, 1976

Azaola, Elena. *La institución correccional en México*. Siglo XXI editores, México, 1990

Baratta, Alessandro. *Criminología Crítica del Derecho Penal*. Siglo XXI editores. México, 1986

Bergalli, Roberto et al. *Pensamiento Criminológico*. Edit. Temis, Colombia, 1983

Chacón Pacheco Maruja, Víquez Jiménez Mario. *Reglamento de la Dirección General de la Dirección General de Adaptación Social*. Edit. Imprenta Cora S A, Costa Rica, 1990

Foucault, Michel. *Vigilar y Castigar. El nacimiento de la prisión*. Siglo XXI editores, México, 1976

Melossi, Darío y Pavarinni Massimo. *Cárcel y Fabrica. Los orígenes del Sistema Penitenciario*. Siglo XXI editores. México. 1980

Morris, Norval. *El futuro de las prisiones*. Siglo XXI editores. México, 1978

Pavarinni, Massimo. *Control y Dominación*. Siglo XXI editores. México. 1983

Szabó, Denis. *Criminología y Política en materia criminal*. Siglo XXI editores. México. 1980

Taylor, Ian et al. *Criminología Crítica*. Siglo XXI Editores. México, 1977

Víquez Jiménez, Mario. *La prisión, Posición y Función en la Sociedad Costarricense*. Tesis para obtener el título de Maestría en Criminología. Instituto de Formación Profesional. Procuraduría General de Justicia. México D F, 1982

Estadísticas Penitenciarias. Ministerio de Justicia y Gracia. Costa Rica, 2013

Compendio de Indicadores Judiciales 2000-2009 y del 2007-2011. Departamento de Planificación del poder Judicial. Costa Rica. 2012

POLÍTICA CRIMINAL

POLÍTICA CRIMINAL: UNA IMPOSTERGABLE DECISIÓN

*Cecilia Sánchez Romero
Consultora Internacional
Exfuncionaria judicial*

I.- MOTIVACIÓN

Escribir un artículo para un texto homenaje a Luis Paulino Mora Mora, pese a ser un honor, no deja de ser también un momento cargado de nostalgias, buenos recuerdos, anécdotas, enseñanzas y una cierta resistencia a admitir que ya no podremos disfrutar de su siempre amena compañía.

De manera que, recuperar su memoria, darle vigencia a su pensamiento y tenerlo siempre entre nosotros, está ligado plenamente a la reflexión sobre temas de gran transcendencia en el ámbito de la justicia constitucional, del proceso penal y de la política criminal.

Segura estoy de que Luis Paulino compartiría mi inquietud por la urgencia de tomar decisiones de política criminal integrales, que aborden el fenómeno desde ámbitos preventivos, disuasivos, de adecuadas propuestas en todos los aspectos, procesales, sustantivos, de ejecución penitenciaria, alternativas al uso de la prisión, respeto absoluto de los derechos humanos, colocando al ser humano y su dignidad como el centro de todo quehacer, que siempre fue una de sus preocupaciones.

El debate se torna imprescindible cuando se confirma que el hurto de cinco mil colones, según lo informó recientemente la prensa nacional, le cuesta al país siete millones y que estos hechos son reiterados y saturan los tribunales de flagrancias. (Delgado, 2014)

El tipo de bienes que se sustrae, la condición económica de los autores, la forma en que se ha tipificado el delito y la negativa de los afectados de aceptar medidas distintas a la acusación penal, son una prueba irrefutable de la urgencia de construir una política criminal que, seriamente, con criterios científico sociales, interdisciplinarios, respaldo estadístico, participación comunitaria, incluyente y democrática, pueda orientar el rumbo del tratamiento del tema de la conflictividad social en el país.

Así que, pensando en el maestro, en el amigo querido, intentaré precisar algunas consideraciones que estimo pueden orientar el proceso de construcción de esta política pública, tan necesaria en el país, si pretendemos fortalecer el hoy debilitado Estado de Derecho y la democracia.

II- NECESIDAD DE ORIENTAR EL DEBATE SOBRE POLÍTICA CRIMINAL

Es indiscutible, como ha señalado Alberto Binder, que se debe ordenar y clarificar el debate sobre la política criminal (Binder, 2012). Hay que superar el plano de las emociones, para evitar que, al calor de determinados hechos, se produzcan criminalizaciones desproporcionadas, que no consideran, ni siquiera, si se cuenta con los recursos institucionales adecuados para atenderlas.

¿Cuánto le cuesta al país mantener los tribunales de flagrancias, que se han convertido en verdaderas fábricas de condenas por hechos de poca monta? ¿De qué manera es que el Ministerio Público ha orientado su intervención en estos casos, en los que, de acuerdo con el artículo 22 del Código Procesal Penal bien puede prescindir de esta persecución millonaria?

El Estado costarricense en los últimos tiempos ha apostado por una serie de medidas represivas, sin sustento técnico, en un afán desmedido de presentar una estrategia de “*guerra contra la delincuencia*”.

La respuesta ofrecida al aumento de los hechos delictivos, la saturación de las prisiones y la duración excesiva de los procesos, se concentró en medidas populistas, simbólicas, cuyo punto de partida ha sido la elevación de las penas de prisión, disminución de los beneficios penitenciarios, criminalización de conductas de mínima lesividad, procedimientos expeditos de juzgamiento, que, lejos de cumplir el cometido para el que fueron diseñados, actúan hoy, con la participación del Ministerio Público, como instrumentos de las grandes corporaciones, quienes de esta forma revelan su hegemonía y presencia en la política criminal del país.

La aplicación estricta y positiva de la ley, frente al supuesto de comisión de un hecho delictivo, tentado en muchos casos, la negativa de los afectados a permitir salidas distintas a la penal, se convierten en los argumentos para justificar decisiones que, desconocen la posibilidad de análisis a partir de interpretaciones apegadas a la constitución y a los principios que rigen la materia, en lo que debiera ser un correcto ejercicio de argumentación, como corresponde a una decisión que resuelve parte importante de la vida de muchas personas.

El manejo mediático y oportunista del mensaje que capitaliza simpatías electorales, según el cual son necesarias nuevas leyes que cada vez sean más “estrictas”, es otro ingrediente que desnaturaliza el enfoque debido a situaciones que involucran aspectos pertenecientes a tan variados órdenes de la vida en sociedad.

Una propuesta de esta naturaleza, ante una ciudadanía que se siente desprotegida, se convierte en un ambiente propicio para que los ordenamientos jurídicos se vean permeados de disposiciones normativas con fuertes tendencias populistas, que incitan incluso a eliminar garantías fundamentales y autorizar todo tipo de abusos, potenciando el poder policial, además de formular, públicamente, críticas severas a quienes quieran poner límites al abuso, tachándoles de alcahuetas, defensores de los delincuentes, asignándoles la etiqueta más fuerte de los últimos tiempos: “garantistas excesivos”.

El garantismo se convierte, por vía de este discurso, en sinónimo de impunidad y defensa de malhechores. Los reclamos se dirigen ahora a una mayor intervención estatal, no como quisiéramos, para poner límites a las reglas del mercado, que impidan la utilización de los bienes pertenecientes a todos los ciudadanos, para financiar las crisis de las grandes empresas, sino, para renunciar a la libertad y pretender que se obtenga de esta forma un control total de las actividades de las personas.

El resultado de esta manera de abordar y organizar los temas esenciales para enfrentar la conflictividad social, no podía ser otro que la saturación de la justicia penal y del sistema penitenciario, con niveles de hacinamiento y violación de derechos humanos, generadores de una gran preocupación.

Resulta de conocimiento universal, que las condiciones inhumanas de las prisiones, además del deterioro físico que provocan, dificultan el desarrollo de programas orientados a producir alguna posibilidad de egreso penitenciario que permita la incorporación a la vida en libertad, en condiciones aceptables, reproduciendo más bien las espirales de violencia y facilitando la reincidencia.

La desproporcionalidad presente en las penas previstas, entre otros, para los delitos relacionados con drogas y estupefacientes, particularmente en los relacionados con ingreso de las mismas a centros penitenciarios, hasta hace poco permitía que una gran cantidad de mujeres en nuestro país, sufrieran prisión por intentar llevarlas a su pareja, hijos o padres, sometidas en muchos casos, a círculos de violencia intrafamiliar. El problema social que se produce es altamente perjudicial para el desarrollo de familias con hijos, que son separados a temprana edad de sus madres. Las condiciones de reclusión para las mujeres, en lugares construidos desde la óptica androcéntrica propia del sistema, dificultan las posibilidades de acceso a la educación, trabajo y poder tener con ellas a sus hijos menores de edad. De igual forma, la distribución regional de los centros de reclusión provoca un serio problema de desarraigo con el resto de sus familias.

Para crear un panorama aún más sombrío, no se cuenta con un marco legal adecuado que regule lo concerniente a la ejecución de la pena, ya que en la actualidad, todo se regula, fundamentalmente, a través de reglamentos y circulares administrativas.

Nuestro país se ha convertido, en dos décadas, en uno de los que ostenta más altos grados de encierro y elevados índices de duración de las penas, con una casi perpetua que permite la reclusión hasta por 50 años.

A inicios del presente año se calcula que la tasa de encierro alcanza 287 personas por cada cien mil habitantes. Los datos de prisión preventiva son realmente alarmantes, a la fecha hay 2986 personas en esa condición, de un total de 13.906, lo que representa el 21.47%, conforme los datos de Investigación y Estadística del Ministerio de Justicia y Paz.

Por otra parte, hechos que durante años fueron considerados faltas o contravenciones, susceptibles hasta de perdón judicial (artículo 93 inciso 10 del Código Penal), hoy constituyen delito y permiten el envío a prisión por solo días, meses o años.

Como señaló la profesora Rosaura Chinchilla: *“La situación costarricense, como la de muchos otros países de la región es grave en materia de política criminal. Lo frecuente hoy son leyes penales simbólicas, surgidas de un discurso que se preocupa por su aprobación pero no por las causas o efectos que la normativa pueda tener, ni siquiera en la imagen internacional del país frente a los compromisos asumidos cuando antes se suscribieron convenios internacionales de derechos humanos”.* (Chinchilla, 2010)

¿Nos preguntamos, qué estudios político criminales respaldan la conveniencia de la aplicación de penas de corta duración? ¿Cuáles son los efectos que producen estas penas sobre el sujeto condenado?

Al respecto apunta la doctrina: *“Inútil, perversa, contraproducente, criminógena y desocializadora, han sido algunos de los calificativos que se han usado para la pena privativa de libertad, pero, donde más profusas y acérrimas se concentran las críticas es en aquella que es objeto de este estudio, la pena privativa de libertad de corta duración. (...). Todos los efectos deteriorantes y perversos se concentran de igual forma para quien ingresa a la prisión por unos días o por muchos años, arrastrando la pérdida del trabajo y la de los lazos familiares, con la dificultad mayor de que se imposibilita cualquier clase de tratamiento y, como señalara Von Liszt: “ni corrigen, ni intimidan, ni inocuizan; pero en cambio, arrojan frecuentemente al delincuente primario en el camino definitivo del crimen.”* (Ahumada, 2006)

El derecho penal se ha convertido además por esta vía, entre otras cosas, en un instrumento de protección exclusivo de los intereses de las empresas transnacionales, sancionando la comisión de hechos que ni siquiera alcanzan su consumación (la mayoría de los autores son detenidos antes de salir del

establecimiento) y son de mínima lesividad (generalmente vinculados con artículos de consumo de escaso valor monetario).

Nos encontramos frente a lo que Delmás-Marty llamó derecho penal mágico, o bien, el derecho penal simbólico al que se refirió el profesor Winfried Hassemer, que busca dar la idea de solución a las demandas de seguridad y de justicia.

Frente a este panorama, es urgente dedicar tiempo a un replanteamiento de la forma con la que nos estamos comportando en esta materia. No podemos seguir actuando bajo los parámetros de la improvisación, la casuística, el desorden, resoluciones ayunas de coordinación, sin diálogo ni participación ciudadana, sin consideración de alternativas distintas al sistema penal, pero sobre todo, resueltas con la óptica exclusiva de los penalistas, cuando se requiere una integración de diversas disciplinas.

Todas esas decisiones, tomadas sin ningún respaldo de estudios empíricos que hayan identificado su conveniencia y oportunidad, que han provocado además los desastrosos resultados que se mencionan, constituyen "nuestra política criminal", porque, finalmente, cualquiera de las medidas orientadas a tratar de enfrentar el tema de la criminalidad forman parte de esa disciplina.

Llama la atención que, paralelamente, los hechos delictivos vinculados con la corrupción, cuyos estragos alcanzan dimensiones descomunales en algunos casos, no han generado la atención debida y prioritaria que les corresponde, desconociéndose que una de sus consecuencias más graves es que provocan fragilidad en el sistema democrático, porque su nefasta influencia puede permear todas las áreas de funcionamiento del Estado y sus poderes.

¿Qué nos corresponde entonces hacer si queremos alcanzar algún objetivo sensato, relacionado con el control del fenómeno criminal, vinculado de igual forma con un incremento sensible de las opciones de desarrollo humano y el funcionamiento adecuado del sistema democrático?

En primer término, debe llevarse a cabo un serio análisis de los problemas existentes, diseñar soluciones acordes con los principios inherentes a los derechos humanos, calcular costos, identificar otros métodos de solución, áreas prioritarias de intervención, distintos tipos de medidas (preventivas, disuasivas, reactivas etc.), así como coordinaciones interinstitucionales. El abordaje debe partir identificando, con claridad, cuál debe ser el alcance de esta reflexión, para no confundir las decisiones de política criminal con acciones que únicamente tienen que ver con el sistema penal.

Tal como lo señaló el profesor Alberto Binder, (en una reunión del ciclo de conferencias de filosofía del derecho, el 12 de septiembre último, actividad fue organizada conjuntamente por la Maestría y el Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires), "uno de los principales problemas en la actualidad es enfrentar el fenómeno criminal en una sociedad democrática regida bajo formas republicanas. "No tenemos muy buenas ideas acerca de cómo resolver esto. Esta falta de ideas, esta falta de ámbitos de discusión de ideas, luego es remplazado por distintas costumbres", remarcó. Y una de estas costumbres consiste en no considerar en el análisis cómo una sociedad que se dice democrática debiera enfrentar la criminalidad. Así, "se cae en formas y diseños de políticas meramente ocurrentes, de ensayo, de repeticiones, de un gran desorden en la ejecución de la política".

Para Binder, la política criminal se encuentra hoy atrapada en un universo conceptual que impide la elaboración de ideas, de planes, de métodos de evaluación como para lograr una mayor eficacia. El derecho penal arrastra desde hace un siglo una fuerte indeterminación acerca de qué entiende por política criminal, especialmente en el plano en que ésta debiera moverse.

“A veces se habla de política criminal como, correctamente creo yo que es, el sector de la política pública que se dedica a administrar y organizar los instrumentos violentos del Estado, cuyo centro indubitable es el uso de la cárcel”, enseñó. Por otro lado, hay quienes consideran a la política criminal como el deber ser del derecho penal, es decir, como el mejor derecho penal posible”.

Es importante, según este punto de partida, provocar espacios permanentes de reflexión político criminal, con herramientas propias, desligadas de los conceptos particulares de la criminología, la dogmática y del derecho penal, aunque algunas de sus decisiones se vinculen en determinado momento.

Desde la dogmática se pretendió racionalizar un determinado ejercicio del poder punitivo. En ese sentido ha señalado el profesor Zaffaroni “Partiendo de la asignación arbitraria de cierta función positiva de la pena (siempre preventiva o difusamente retributiva) es corriente afirmar que el legislador distribuye su conminación según opciones político criminales, tutelando bienes jurídicos o reforzando algo (la ética social, el sistema). No obstante, esto se hace a) sin verificar la función preventiva de la pena (sin constatar si en realidad el poder punitivo produce los efectos que se pretende que el legislador buscó) y b) como el legislador histórico es inencontrable (otras veces sus argumentos son insostenibles por el paso del tiempo, por su oportunismo o por sus contradicciones) se apela al legislador imaginario. *De este modo con un método deductivo puro, a partir de una ley (un texto escrito) se imagina una voluntad, unos efectos y un sujeto que configuran una política penal (o criminal) que es producto de deducciones e imaginación técnica y que opera en un mundo real que no se pregunta cómo funciona*”. (Binder, 2012)

No pretendo desarrollar todo el planteamiento que el profesor Binder ha elaborado al respecto y que se expone con suma claridad y precisión en uno de sus últimos textos sobre política criminal, sino que reivindico sus principales tesis y estimo oportuno ese llamado a darle a la política criminal el lugar que le corresponde como disciplina independiente, desarrollando un método analítico propio, pero ubicado en el contexto de análisis de toda política pública.

Es decir, se trata no solo de redefinir el punto de partida de la construcción de respuestas sistemáticas, adecuadas y oportunas para enfrentar el fenómeno de la criminalidad, sino también de hacerlo con los instrumentos debidos.

En esta óptica, la función del análisis político criminal será dotar de las herramientas conceptuales y analíticas para reducir y acotar el ejercicio del poder punitivo, con fundamento en el en el principio de “*ultima ratio*”, propio del Estado de Derecho.

En la misma dirección, debe considerarse además que, siendo el ejercicio del poder punitivo un mecanismo de organización, que forma parte del ejercicio del poder en su conjunto y si el poder penal se ha ejercido en el marco de una determinada política criminal (aunque a veces se piense que no exista como tal, porque no ha sido elaborada rigurosamente), el análisis político criminal que debe generarse, de conformidad con los parámetros de un Estado democrático y de derecho, debe estimar que “resulta obvio que la justificación de sus instrumentos debe ser en los términos de un derecho penal mínimo o garantista” como ha expresado el profesor Julián Jesús Gudiño Galindo. (Gudiño)

De igual forma, Binder ha señalado que “en primer lugar, en sentido estricto, el principio de mínima intervención, en su acepción más general, tiene dos fundamentos distintos. Por un lado, es un límite externo a la política criminal, fundado en la idea que los hombres no deben ser tratados violentamente (en realidad, ningún ser de la naturaleza debe ser tratado violentamente). Es un principio moral que limita la acción del Estado, una manifestación más de la idea propia del Estado de derecho, en tanto programa no

violento de la organización social. En segundo lugar, el principio de mínima intervención es una *regla de eficacia y como tal constituye un límite interno a la política criminal*. Según esa regla, si se quiere terminar con la violencia y el abuso de poder en la resolución de los conflictos (y esa es la finalidad última de la política criminal como parte de la política de gestión de la conflictividad) es evidente que se debe utilizar *la menor cantidad posible de violencia para lograr esos fines y evitar además el ejercicio de poder que históricamente más peligrosamente se ha acercado al abuso de poder*. (Binder, Los principios de ultima ratio como condiciones de eficacia de la política criminal, 2009)

Se impone entonces generar el mecanismo más adecuado para conformar una instancia coordinadora de la política criminal, de corte interdisciplinario, que produzca análisis permanente de los distintos temas relacionados con la conflictividad, realice estudios, documente sus conclusiones, formule estrategias que puedan guiar las decisiones de política pública en la materia, con obligación de ser consultada para toda decisión normativa, de conformidad con los principios básicos del Estado de Derecho.

III.- ACERCAMIENTO A UN CONCEPTO DE POLÍTICA CRIMINAL

Partiendo del concepto expresado por Binder de que la política criminal nunca será científica, sino que siempre será pura política, estimo que es efectivamente cierto que, afirmar que una política es correcta si es científica, sea que utiliza argumentos puramente racionales, es un prejuicio que esconde los inevitables componentes valorativos que son propios de toda política.

Visualizar que el análisis del fenómeno criminal es racional y que puede ser considerado bajo los parámetros vinculados con la intensidad de la amenaza y la motivación al delito, puede desubicar la dirección del mismo y concluir en propuestas de endurecimiento de penas, así como otros desaciertos similares a los que estamos apreciando en los últimos tiempos.

No debe perderse de vista el carácter multicausal del tema que nos convoca, cuyo abordaje requiere de respuestas integrales en todos los ámbitos del quehacer estatal y debe tomarse con mucha seriedad.

Una aproximación a un concepto de política criminal que exprese los principios fundamentales de la democracia y el Estado de Derecho, puede resultar conveniente en la generación del análisis político criminal.

El profesor Emiliano Borja ha definido la política criminal, en sentido político, como "el conjunto de medidas y criterios de carácter jurídico, social, educativo, económico y de índole similar, establecidos por los poderes públicos, para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal, con el fin de mantener, bajo límites tolerables los índices de criminalidad en una determinada sociedad". (Borja, 2003)

De igual forma indica que la política criminal, con mayúsculas, refiere a una disciplina que estudia la orientación y los valores que sigue o protege, o que debiera seguir o proteger, la legislación penal, entendida en forma amplia (material y procesal).

Sin embargo, aclara de inmediato que el objeto de estudio de la política criminal viene integrado no solo por la legislación penal, sino también por otro tipo de instituciones que tengan como fin, desde el ámbito político, la prevención o erradicación del hecho delictivo.

Claramente nos señala el profesor Borja que en un estado democrático, se parte del presupuesto de que el hecho criminal va a estar presente en todo momento, de manera que la política criminal va dirigida a

disminuir, hasta niveles tolerables, las cifras de criminalidad, sin pretender borrar toda huella de delito. Se persigue que los ciudadanos convivan pacíficamente y en libertad, cubriendo sus necesidades materiales y culturales, pero la lucha contra el crimen no puede tener lugar, a costa del sacrificio de las libertades y garantías del ciudadano.

La profesora Laura Zúñiga Rodríguez, refiriéndose a una aproximación conceptual de la política criminal, señala las dificultades que tal tarea representa, al estar vinculada con una serie de ciencias y ser nutrida por varios saberes. Señala que se trata de una disciplina que hasta ahora no está dotada de un método científico, de racionalidad, de claridad en el objeto y en el método. (Zúñiga, 2001)

En palabras de Baratta, nos señala Zúñiga, es un concepto complejo y problemático, pues además, como está orientada a fines, constituye una ciencia eminentemente valorativa.

La política criminal deberá en consecuencia, si se enmarca en el concepto del Estado social y democrático de derecho, estar orientada a la realización positiva de los derechos fundamentales y limitada negativamente en su actuación por el respeto de los mismos, por encima de cualquier interés general.

Esta política que aspira a la realización de los derechos fundamentales, puede adjetivarse como humanista y democrática, distinta de las políticas conservadoras, autoritarias, utilitaristas o efectistas.

Debe aclararse, según esta profesora, que si la prevención forma parte de los objetivos del sistema penal y del control social en general y por ende constituye el eje de toda política criminal, debe establecerse a qué tipo de prevención nos referimos, pues es indiscutible que se debe desechar la idea de prevención como intimidación.

La prevención deberá en consecuencia concebirse como etiológica, sea que se pregunta por las causas y la génesis de la criminalidad y se orienta a resolver el conflicto social que subyace en el crimen, para neutralizarlo antes de que se manifieste y de igual forma, que tenga como objetivo remover todas las condiciones sociales que llevan a las personas a delinquir.

Esta forma de entender a la política criminal confirma que el compromiso social y estatal de luchar contra la criminalidad, no deberá incluir un abordaje centrado en la política penal, tal como se le utiliza hoy día. En esa línea de pensamiento se fortalece la idea de que la constitución deberá ser considerada como la norma fundamental que constituye el valor de referencia de cualquier programa político criminal.

El profesor Fernando Tocora ha señalado que "la política criminal no es algo que pueda darse de manera aislada e independiente de la estructura central de poder, del tipo de Estado y de la filosofía política que lo inspira..... En un Estado de tipo totalitario por ejemplo, el poder de la intervención penal no conoce límites, mientras que en un Estado democrático, ese poder está limitado por marcos jurídicos políticos. (Tocora, 1997)

La política criminal, según este autor, implica otras respuestas extrapenales o extrapunitivas, como los programas de educación, de empleo, de socialización solidaria y participativa, de integración comunitaria, de resolución de conflictos previos que podrían escalar a conflictos más graves de repercusión penal, de seguridad social, etc.

Según el profesor Binder, la Política Criminal no puede ser entendida *por fuera* del conjunto de acciones que integran la Política de Gestión de la Conflictividad; al contrario sólo puede ser entendida en el marco de ella. En consecuencia, *la Política Criminal es sólo una parte de la Política de Gestión de los Conflictos.*

Actúa como una política sectorial dentro de ella y nunca por fuera con autonomía o independencia de los otros mecanismos. Por tal motivo, la Política Criminal no tiene otros objetivos generales que los que surgen de la PGC, es decir, intervenir en los conflictos para evitar que ellos se resuelvan con abuso de poder y violencia, para evitar que triunfe el más fuerte, sólo por ser fuerte..En todo caso, esa intervención violenta es solo un nivel más de muchos otros disponibles para gestionar la conflictividad. (Binder, Análisis Político Criminal y Derecho Penal, 2012)

La política criminal, en esta dirección que señala Binder, está sometida a una paradoja radical, pues tiene que lograr los objetivos de evitar el abuso de poder y la violencia, utilizando instrumentos violentos, que tienen una larga historia de abuso.

Al ser la política criminal la que está vinculada con el uso de los instrumentos más violentos del Estado, deberá tener un carácter autorre restrictivo y deberá buscar siempre el uso de alternativas.

En ese contexto, el análisis político criminal servirá para proveer de ideas, experiencias y técnicas que permitan orientar a la política criminal hacia finalidades transparentes y públicamente elegidas.

Esta visión de la política criminal como parte de la política de gestión de la conflictividad, se convierte en un camino adecuado para fortalecer los otros segmentos que integran a la segunda y la perfilan como de corte excepcional, minimalista y autorre restrictiva, procurando estimular el uso de otros instrumentos y su propia desaparición.

El análisis político criminal, creo, de acuerdo con el profesor Binder, no puede partir de la idea de delito, sino que debe ordenar los conceptos de tal forma, que la principal tarea político criminal sea precisamente definir cuándo utilizamos la violencia del Estado, dentro de los controles democráticos.

Así entendida, se perfila como una política sometida a límites tanto internos como externos, provenientes del Estado de Derecho, entre los que se señalan: el principio de ultima ratio, mínima intervención, principio de no naturalización, economía de la violencia, utilidad y el principio de respaldo.

La política criminal deberá entonces, como política pública integral, coordinar sus acciones con las otras políticas públicas relacionadas, tales como la salud, educación, vivienda, trabajo, deporte, cultura, etc.

IV.- CONFORMACIÓN DE UNA INSTANCIA DE ANÁLISIS POLÍTICO CRIMINAL

Pese a compartir plenamente la clasificación que formula Binder, el uso reconocido en nuestro medio de la política criminal es el de disciplina que organiza todos los mecanismos de intervención del Estado en el enfrentamiento de la criminalidad y no solo los instrumentos más violentos, como el sistema penal en general, la policía, la fiscalía y la prisión.

De manera que, a partir de esa idea, será necesario promover un llamado a la conformación de una entidad que conduzca el proceso de análisis político criminal, a fin de elaborar políticas públicas que puedan gestionar la conflictividad en todas sus manifestaciones y defina específicamente la política criminal.

El debate que se propone debe ser transparente y su discusión producirse sobre la base de soluciones propias de los métodos participativos, inclusivos, con visión de género, perspectiva de grupos vulnerabilizados y enfoque victimológico.

El eje de la prevención en todos los niveles, así como la reinserción, de forma que se posibilite un encierro capaz de permitir a quien lo sufre condiciones para estudiar, formarse en algunas habilidad técnica que facilite su egreso penitenciario, deberán parte de los temas por decidir en esta materia.

Serán considerados los beneficios penitenciarios que reconozcan las condiciones de quienes han tenido comportamientos merecedores de los mismos y se privilegiará la aplicación de modalidades de encierro que permitan el acceso al mercado laboral y solo requieran permanencia nocturna en el lugar de detención.

Se privilegiarán todos los mecanismos alternos en la resolución de los conflictos, de manera que se reserva a la represión únicamente para aquellos sucesos en los que no ha sido posible intervenir con otra herramienta.

La legislación penal deberá ser sometida a exhaustiva revisión, para darle uniformidad, eliminar absurdas criminalizaciones, definir adecuadamente los tipos penales y generar un catálogo de penas alternativas.

Es importante tener claro que ningún tipo de política de gestión de la conflictividad tiene la posibilidad de acabar con los conflictos sociales, lo que, por lo demás, no es ni posible ni deseable.

A lo que debe aspirarse es a que exista ajuste entre el resto de las políticas públicas y la política de gestión de la conflictividad.

Deberá la política criminal frenar el ingreso desmedido de asuntos al sistema penal, apostando a decisiones de descriminalización que le dejen a cargo solo aquellos asuntos realmente graves, frente a los cuales no pueden ser efectivas otras respuestas.

De igual forma apostará por la incorporación de la reparación, el principio de oportunidad, soluciones no violentas y de mayor efectividad, que, paralelamente, le permitan autorregular su demanda y mejorar sus condiciones de eficacia.

Solo el adecuado tratamiento de estos temas permitirá tener claridad en relación con sus objetivos, finalidades, estrategias, instrumentos y de esta forma quedará poco margen a la especulación y arbitrariedad.

Varios países de América Latina han iniciado este proceso de construcción, convencidos de que es la apuesta más racional para enfrentar los temas de la criminalidad, involucrando a todos los actores estatales vinculados, organizaciones de la sociedad civil, del sector académico, a la empresa privada, ya que ésta debe evitar cargar el Estado con procesos costosos por una parte y, por otra, ser partícipe de la creación de programas para facilitar el egreso penitenciario, brindando oportunidades laborales.

Enfrentar el fenómeno criminal, mediante un proceso de construcción democrática, que incluya la conformación de una instancia coordinadora donde se elaboren las ideas que necesita el desarrollo de la política criminal, que sirva de puente entre la experiencia de los funcionarios, las concepciones políticas y el conocimiento de los especialistas, es una tarea impostergable.

Este grupo coordinador podrá estar conformado con representantes de diversos sectores sociales e institucionales, procurando una integración interdisciplinaria, con autonomía presupuestaria, capacidad de centralizar información estadística y formular proyecciones, estudios, campañas informativas, sensibilizadores sobre el uso de los mecanismos que fomenten la cultura de participación comunitaria en la solución de los conflictos.

Deberá promoverse la obligatoria consulta a esta instancia cuando se pretenda aprobar cualquier disposición normativa vinculada con el tema de la criminalidad, ya que no es posible que se continúen aprobando leyes sin respaldo técnico alguno y sin considerar si existen al menos los recursos económicos e institucionales para hacerle frente a la intervención penal.

En tiempos en que nuestro país ha iniciado una fuerte campaña de austeridad, no tiene sentido, entre otras cosas, que la mayor parte del presupuesto del Poder Judicial se invierta en resolver hechos que, además de escasa lesividad, no apuntan a la solución de los verdaderos problemas de la criminalidad. No pueden ser las empresas privadas quienes marquen las decisiones de política criminal.

V.- A MODO DE CONCLUSIÓN

Sin lugar a dudas, la supresión de la violencia como forma de intervenir en los conflictos es una aspiración a la que no se debe renunciar.

Tradicionalmente ha existido la tendencia a afirmar que, cuando se plantea la necesidad de trasladar la solución de los conflictos a otras áreas, para ir sustituyendo paulatinamente el sistema penal, se está proponiendo dejar sin intervención esos asuntos y generar enormes dosis de impunidad.

Nada más alejado de la realidad. De lo que se trata es de reubicarlos en otra área de abordaje, de potenciar mecanismos que eviten las enormes dosis de dolor inútil que provoca muchas veces el ejercicio del poder punitivo estatal.

La política de gestión de la conflictividad, como política pública, pretende organizar, utilizando distintas modalidades de intervención, el completo sistema institucional que su cometido implica.

La política criminal, como segmento de esa política de gestión de la conflictividad que organiza el uso de los instrumentos violentos del Estado para intervenir, debe procurar el fortalecimiento de otros recursos menos violentos, autolimitarse y dotarse de un amplio sistema de garantías que le permitan cumplir su función, de la manera menos dramática posible.

Como política pública, debe también construir sus postulados atendiendo los valores expresos que le señalan el marco constitucional y los principios del derecho internacional.

El saber teórico que deberá nutrir la elaboración y ejecución de la política criminal, debe provenir del análisis político criminal que lleve a cabo un grupo destinado al efecto, en amalgama perfecta con la experiencia práctica de quienes deban ejecutar esas políticas.

Deberá seleccionar las acciones prioritarias, dado el amplio universo que se puede presentar. En esta dirección, deberá priorizar los segmentos de la conflictividad que debe abordar, utilizando en cada caso las herramientas adecuadas.

Se podrá diferir de la forma en que se sugiere el abordaje del fenómeno de la criminalidad, pero lo que sí está claro es la urgente necesidad de construir una forma de canalizar los problemas derivados de la criminalidad, desde la visión de una política pública, limitada por los principios democráticos.

BIBLIOGRAFÍA

Ahumada, F. (octubre de 2006). *Tesis U Chile*. Recuperado el 10 de octubre de 2014, de www.tesis.chile.cl: http://www.tesis.uchile/uchile/2006/de-ahumada_f/pdfAmont/de-ahumada_f.pdf

Binder, A. (2012). *Análisis Político Criminal y Derecho Penal*. Buenos Aires: Astrea.

Binder, A. (2009). Los principios de ultima ratio como condiciones de eficacia de la política criminal. En *Homenaje al Prof. Edmundo S. Hendler* (pág. 123). Buenos Aires: Del Puerto.

Borja, E. (2003). *Problemas Político Criminales Actuales Sociedades Occidentales*. San José: Jurídico Continental.

Chinchilla, R. (2010). Política Criminal y Demagogia Penal: Los efectos del neopunitivismo criollo en la seguridad jurídica. En J. Llobet, & D. D. (compiladores), *Política Criminal en el Estado Social de Derecho* (págs. 137-153). San José: Jurídica Continental.

Delgado, D. (5 de octubre de 2014). Hurto de 5000 en un súper cuesta 7 millones al Estado. *La Nación*, págs. 12-13.

Foucault, M. (2002). *Vigilar y Castigar*. México. Siglo XXI

Gudiño, J. (s.f.). *Banco de conferencias digitales*. Recuperado el 15 de octubre de 2014, de www.tribunalmmm.gov.mx/conferencias.escjud.Ver2001

Tocora, F. (1997). *Política criminal contemporánea*. Colombia: Temis.

Zuñiga, L. (2001). *Política Criminal*. Madrid: Colex.

MEDIOS DE COMUNICACIÓN, SEGURIDAD Y DELITO

Carlos Elbert

Profesor de Criminología de grado y posgrado de la Universidad de Buenos Aires

LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y LA REALIDAD VIRTUAL

El análisis de los medios masivos de comunicación y sus apasionantes perspectivas de evolución futura, ofrece mil posibilidades de abordaje. En el tema de los medios puede situarse la vanguardia de los grandes cambios sociales, políticos, culturales y hasta biológicos de la especie humana en estas últimas décadas del siglo. Si en el pasado la representación del mundo estaba en una situación directamente ligada a las relaciones del hombre y su entorno, y de los contactos sociales, personales, familiares, de los hombres entre sí, **hoy la comunicación es esencialmente mediática.**

La comunicación de masas es el proceso de interacción unilateral difundido por diversos recursos técnicos, de manera indeterminada más allá de la distancia temporal o geográfica. Es una comunicación unilateral, en tanto el modelo básico presupone un emisor activo y un receptor pasivo de las transmisiones.

De entre los infinitos efectos trascendentes de las técnicas comunicativas, podrían recordarse la incitación subliminal o expresa al consumo, la banalización de la violencia, la transformación de superficialidades en acontecimientos mundiales, la magnificación o el ocultamiento de grandes sucesos o su presentación como hechos triviales, etc.

Todo conocimiento que el hombre tiene del mundo está mediado por la forma en que conoce y **la principal vía de conocimiento del mundo es, hoy en día, la que se recibe de los medios de comunicación.** Ellos cumplen la función mediadora pero también (esencialmente) conformadora de su realidad. Se trata, ni más ni menos, que de un sistema de producción masiva del conocimiento que luego reciben y asimilan grandes masas de población. El proceso de creación social de la realidad ha sido minuciosamente expuesto en la obra de BERGER y LUCKMANN, a la que me remito en homenaje a la brevedad, permitiéndome tenerlo por un proceso social suficientemente demostrado¹

Si en un principio la prensa escrita y gráfica conformó una revolución informativa, desde mediados del siglo XX los medios audiovisuales fueron creciendo en importancia, hasta transformar la esencia de la comunicación en iconográfica, expuesta esencialmente a través de imágenes. La comunicación es, seguramente, el hecho más importante de todos los que acontecen comunitariamente y esta trascendencia explica mi imposibilidad de abordar un análisis de todas las cuestiones de interés social que puede involucrar.

Lo cierto - y suficiente para este desarrollo - es que ningún recurso técnico creció tanto en este siglo como los medios masivos de comunicación, cuyo poder supieron manipular tempranamente con fines políticos GOEBBELS y MUSSOLINI, con resultados exitosos que son un capítulo histórico de la humanidad. Sin la propaganda mediática no puede concebirse hoy ninguna campaña electoral, ni siquiera de un club deportivo.

¹ BERGER, PETER y LUCKMANN, THOMAS, *La creación social de la realidad*, Amorrortu editores, Buenos Aires, 1998.

Pero en la evolución de los medios de masas, la televisión se llevó las palmas en los últimos cincuenta años. Puesta en funciones en Alemania en la etapa previa a la segunda guerra, alcanzó su carácter de medio masivo durante la década del cincuenta en los Estados Unidos, expandiéndose luego, aceleradamente, en el resto del planeta. Hoy se sostiene que la influencia de la televisión es tal, que modifica la conformación del *homo sapiens*, transformándolo en *homo videns*, o sea un ser atrofiado culturalmente, con serias dificultades de abstracción y entendimiento, que reemplaza conceptos y comunicación por imágenes que desatan meros efectos sensoriales²

En materia política es donde la influencia televisiva parece tener el mayor poder de conformación ideológica de la sociedad. Así, se sostiene que Estados Unidos perdió la guerra en Viet - Nam a partir de las crudas escenas del frente que mostró la televisión, y que la Unión Soviética y su bloque aliado se derrumbaron por influencia de la propaganda de consumo occidental. Ciertamente, las grandes potencias tomaron nota de los riesgos que implica una información abierta, a juzgar por la estricta censura de prensa impuesta a las últimas guerras que tuvieron su intervención directa: Grenada, Panamá, Malvinas, Irak, y Yugoslavia, por ejemplo. Durante la famosa operación "tormenta del desierto" el público televidente tuvo la sensación de haber asistido, gracias a la CNN, a un video - game con luces de colores, sin destrucción ni muertes reales.

Los acontecimientos que interesan al hombre, haciéndole participar de la experiencia global, son recontextualizados por las técnicas y modalidades informativas, y hasta ahora, las mejores posibilidades para ello están en manos de la televisión. (La gravedad de un incidente puede ser enfatizada, por ejemplo, con el uso reiterado de primeros planos, la cámara en movimiento, montaje, sonido, repetición de fotogramas, detenimiento, retroceso, superposición, aceleración o ralentamiento de imágenes, etc.). Estas técnicas hacen que el observador esté psicológicamente instalado en el lugar donde los hechos ocurren, aún mediando miles de kilómetros de distancia e ignorándose todos los datos políticos, culturales o geográficos del sitio donde la acción tuvo o tiene lugar.

La televisión posee, además, la capacidad de reproducir los hechos tantas veces como desee, multiplicando la intensidad del suceso por repetición, hasta el agotamiento de su impacto. También puede manipular el hecho recurriendo a tratamientos ópticos, mostrando una imagen ampliada, descompuesta, fraccionada, compartida con otros sucesos, mejorada en color y sonido, efectos que no acontecen en la realidad. Un ejemplo muy conocido son las acciones deportivas irradiadas en cámara lenta y repetidas desde ángulos diversos, que permiten al espectador captar el fenómeno con una perfección mayor que habiéndolo visto personalmente. Semejante poder tecnológico no es bueno ni malo, pero sí apto para las manipulaciones más sofisticadas, con un enorme poder de convicción.

LA INCIDENCIA EN TEMAS DE SEGURIDAD Y DELITO

A partir de la influencia psicológica, cultural e ideológica de los medios, en especial de la televisión, se producen interacciones y procesos sociales de gran interés. La televisión es, a mi criterio, el recurso más preocupante y digno de análisis del conjunto de los medios de comunicación masivos, por su notable influencia en la presentación del crimen, su control, la sensación de inseguridad y los temas político-criminales en general. Es casi obvio afirmar que la televisión perpetúa en nuestras sociedades una disposición irracional hacia los temas del crimen, elaborados desde el temor del ser humano a ser víctima de agresiones de terceros. La sensación psicológica de "la mejor defensa mediante un buen ataque social", conduce a un tratamiento mediático ficticio, según el cual los medios se preocupan por y de la seguridad

2 Ver, de GIOVANNI SARTORI, *Homo videns. La sociedad teledirigida*, Taurus, Buenos Aires, 1998.

de sus consumidores, como un servicio automático más, solicitable por teléfono de un catálogo, algo así como una pizza a domicilio. El discurso que se elabora con los llamados de los consumidores, potenciado por el poder de la televisión, termina fatalmente enfrentado a los intentos de interpretación y delimitación sistemática provenientes del campo criminológico, penal y sociológico y de las políticas criminales modernas que estas instancias proponen desarrollar siguiendo argumentos estrictamente racionales. Esto significa que es impensable esperar una influencia eficiente desde lo científico, en oposición al abrumador poder configurador de los medios y su presentación emocional del delito. Desde lo científico y académico, no hemos podido encontrar todavía las herramientas capaces de obtener algo más que éxitos circunstanciales en esta desapareja batalla cultural de fin de siglo.³

Peor aún, ha habido criminólogos que han resuelto creer en las convocatorias del discurso mediático, sumándose a sus requerimientos, como la mejor contribución democrática al tema del crimen. En la simplificación actual de la realidad que producen los medios, se ha ido retrocediendo, en un proceso apenas percibido, a la opciones simples y extremas, que pretenden eliminar los componentes sociales de los conflictos, atribuyendo las consecuencias a la mera maldad intrínseca del sujeto activo.

Los medios no son objetivos, ni meros transmisores de la realidad, aunque pretendan reivindicarlo, mediante constantes campañas de auto-legitimación. **Los medios generan necesidades** (incluso normativas) y su influencia sobre la creación de las normas penales es un aspecto importantísimo que merece también mucha dedicación.⁴

La percepción subjetiva de amenazas o males inminentes genera reclamos de protección a las autoridades, circunstancia habitualmente aprovechada por políticos, legisladores, policías, etc., para finalidades corporativas coyunturales. En tal sentido, las campañas en favor de la pena de muerte en nuestros países, han tenido siempre como protagonista fundamental a los medios, sea por cuenta propia, o como multiplicadores de las maniobras políticas distractivas. La implantación de la pena de muerte como receta - algo así como la cota máxima de los endurecimientos penales - es la obra maestra de las campañas de ley y orden.⁵

Además, conocemos el vasto repertorio de reclamos recogidos por los medios y las encuestas, que abarcan reiterativamente objetivos tales como mayor rigurosidad contra los menores de edad, ampliación de edictos policiales, aumento de las escalas penales, mayores poderes a la policía, reducción de ventajas procesales (excarcelaciones o permisos transitorios), etc.

La explotación del temor colectivo a desgracias o padecimientos por los programas televisivos tiene una ventaja muy importante: ellos **parten de hechos reales**, que luego son multiplicados hasta el infinito en su presentación y consecuencias (Es indiscutible que todos han visto cien veces el cadáver, o sea, cien cadáveres y los familiares y amigos desgranando su legítima pena en el velatorio). Poner en duda

3 *En mi Criminología Latinoamericana parte primera, Editorial Universidad, 1996, he citado (página 231) una experiencia personal positiva, a través del medio radial.*

4 *En América Latina el tema ha sido estudiado recientemente, entre otros, por Raúl CERVINI. Ver: Incidencia de las mass media en la expansión del control penal en Latinoamérica, Ponencia al 11 Congreso Internacional de Criminología, Budapest, 1993. También: ARREAZA C., EMPERATRIZ, Pertinencia de la investigación comunicacional para la criminología en América Latina, en Revista "Capítulo Criminológico" 23-2, Maracaibo, 1995, pag.473.*

5 *El gobierno del Presidente Menem intentó introducir la pena de muerte doce veces en siete años, pese a su inadmisibilidad por razones constitucionales y compromisos internacionales. Ver mi artículo "La pena de muerte y el endurecimiento del sistema penal ¿Solución para el sentimiento colectivo de inseguridad?", en Revista Derecho Penal, Ed. Juris, Rosario, Noviembre de 1998.*

la objetividad de esas presentaciones, que no necesitan comentario alguno, permite el reproche fácil de “negar los hechos” “no querer ver la realidad, lo evidente” o “ buscar soluciones intelectuales a problemas reales”.

Otro aspecto importante del accionar de los medios es el mantenimiento constante de una sensación consensual de la sociedad, que uniforma la percepción de los acontecimientos, disimulando sus matices. De hecho, estandarizan el sentimiento de pertenencia social que, al mismo tiempo, legitima incondicionalmente la visión del orden jurídico establecido.

Los medios, concentrándose en lo espectacular del delito, dejan casi siempre de lado los contextos sociales y las biografías de los participantes. Transmiten un esquema unilateral de la realidad, que remite todas las responsabilidades a un desconocido que pertenece al bando réprobo que desafía la ley, justificando que la reacción en su contra sea fuertemente vengativa.

También es cierto que los medios poseen un enorme potencial, todavía desaprovechado, para ejercer funciones de concientización y democratización del tema político-criminal; mas, por el momento, conforman un cierto monopolio sobre la percepción de los hechos punibles y su control, presionando fuertemente sobre la actuación policial y los fallos judiciales. Debe rescatarse, claro está, la esforzada labor de numerosos periodistas - muchas veces apoyados por medios independientes y críticos - que arriesgan su vida en ciertas investigaciones que desentrañan el lado oscuro de los poderosos, poniendo en peligro su impunidad.⁶ Sin embargo, estos casos suelen ser la excepción, en medio del disciplinamiento a las directivas editoriales de los medios privados.

Es importante percibir también el potencial coactivo mediático, con su capacidad de descrédito y ridiculización de funcionarios presentados ante el público como responsables de medidas consideradas erróneas o desafortunadas. No seguir los dictados de los formadores de opinión, es, en este sentido, un riesgo: el del escarnio público, aún cuando las críticas fuesen justificadas. Esta posibilidad es manejada de manera caótica, confundiendo las objeciones morales de unos y otros, haciendo difícil al público la credibilidad de muchos cuestionamientos periodísticos serios, que son, a su vez, ridiculizados, generándose una confusión general sobre la veracidad de muchas imputaciones bien fundadas. Se neutraliza así la pluralidad de ideas, intereses y soluciones, abriendo paso a la solución unívoca de la pura venganza social, como única posibilidad creíble: también aquí, el discurso se uniforma.

En conclusión, ha quedado expuesta medianamente, la enorme influencia que los medios de comunicación de masas tienen sobre la percepción del delito, y los más importantes de sus efectos. Se trata, sin duda, de otro de los campos de investigación criminológica imprescindible en el futuro inmediato, que requiere de constante actualización y estudios interdisciplinarios, ante la velocidad evolutiva y perspectivas ilimitadas que muestran los medios.

6 *En enero de 1996, la reunión de la SIP en los Angeles informó que en ese año fueron muertos 115 periodistas, la mayor parte en América Latina y más de 1000 heridos en el mundo. En 1998, según datos del Instituto Internacional de Prensa, murieron 50 periodistas en el mundo, 22 de los cuales cayeron en América Latina. Revista Adepa, Buenos Aires, Nº180, marzo de 1999. Este tipo de cifras siguen siendo considerables, y llegados al año 2013 las estadísticas de periodistas secuestrados y asesinados en México alcanza cifras en constante aumento.*

APÉNDICE

DISCURSO DEL PRESIDENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DR. LUIS PAULINO MORA MORA CON MOTIVO DE LA NO REELECCIÓN DEL MAGISTRADO DR. FERNANDO CRUZ CASTRO POR LA ASAMBLEA LEGISLATIVA

ACTA DE CORTE PLENA 40 DEL 19 DE NOVIEMBRE DE 2012, ARTÍCULO PRIMERO.

“Expresa el Presidente, Magistrado Mora: “Compañeras y Compañeros, hoy iniciamos esta sesión con un hecho inédito en nuestra historia patria: hay una silla vacía, antes ocupada por un magistrado independiente, honesto, de intachable carrera y reconocido como uno de los mejores juristas del país, todo por una clara censura a sus opiniones como juez, dadas dentro del marco de la ley, así como de censura a la línea jurisprudencial del tribunal que integra: la Sala Constitucional, según ha expresado el vocero del partido de Gobierno.

Se ha dicho que se trata de una advertencia a la Corte Suprema de Justicia o “una llamada de atención”, porque no hay justicia pronta y cumplida, y porque la Sala se ha extralimitado en sus funciones. Esos argumentos apuntan a que la justicia, y por lo tanto la aplicación de la ley, se ven como un estorbo a la gobernabilidad del país, al mejor estilo autoritario. No hubo debate transparente sobre cuáles son esas sentencias, si se habrán dado más bien en aplicación de la propia Constitución. Pareciera que cuando se aplica la Constitución y la ley, ello estorba a quienes se ven afectados en sus intereses. Se olvidan que la alternativa de vivir una Constitución de adorno, de papel, es lo que tiene condenados a tantos países a vivir sin dignidad.

El mensaje de esa llamada de atención, en la forma en que se ha hecho, es una clara amenaza a la independencia judicial y a los cimientos de la democracia misma. Se trata de una burda excusa para buscar una línea de pensamiento y actuación complaciente, de que esa mayoría todo lo puede, especialmente callar al disidente, es decir, silenciar la rica diversidad democrática, todo en nombre de una gobernabilidad mal entendida o manipulada.

Es cierto que el Poder Judicial costarricense tiene muchos retos y debilidades que superar, muchos de ellos consecuencia del colapso del estado de bienestar y la incapacidad del Estado para materializar la Constitución Política, es decir de cumplir con el pacto social por medio de políticas públicas. Todo ese malestar, se ha traducido en que ahora las demandas sociales se litigan. Esa judicialización que tanto molesta a un sector de los políticos, no es más que un grito de auxilio de una sociedad que clama por justicia social y por soluciones. En síntesis, es el propio fracaso de la política y la debilidad de las instituciones democráticas de representación, así como el deterioro de los espacios tradicionales de mediación social, los que tienen al país al borde del abismo, y que han contribuido, a trasladar a la esfera judicial conflictos que antes eran dirimidos por medio de los órganos de representación política. Hay que ser realmente miope para ver el árbol y no el bosque.

Si este fenómeno de judicialización o desplazamiento de poder hacia la judicatura, es un grado de mayor madurez de la democracia, como dice un sector de la doctrina, o no, es una discusión a la que el Parlamento y la clase política se debieran avocar a discutir con seriedad, con el fin de hacer viable la materialización de nuestro proyecto ideológico, uno en el que el país produzca con eficiencia, reparta con justicia y en donde la equidad y dignidad humana sean respetados en todos los ámbitos de nuestra sociedad” (...).”

Si el Parlamento quiere reivindicarse que empiece por allí, pues no se va a reivindicar, debilitando el sistema de frenos y contrapesos de nuestro sistema político, es decir, a costa de la democracia.

Tampoco se destruye la esencia del Poder Judicial, que es su independencia, para probar que tenemos retos que superar.

La vocación democrática de los padres de la patria debiera ser el norte que nos guiara a todos para poder enfrentar esos retos como hicieron nuestros constituyentes cuando vieron los problemas y debilidades de la justicia de entonces. Optaron por fortalecerla, con el auxilio de don Pepe, que en su sabia visión supo que no perduraría la paz sin un sistema de justicia sólido e independiente y esta frase la utilizó él con ocasión de la Reforma Legislativa que planteó para la independencia económica.

De tal forma que si los políticos han de meter la mano en la justicia que sea para venir a ver cómo se puede ayudar a mejorar, que leyes hay que cambiar, qué programas hay que financiar para que la sociedad no tenga que estar condenada a criminalizar la pobreza por falta de políticas de prevención y atención de las poblaciones más vulnerabilizadas de este país.

Denuncio que lo que aquí ha sucedido, es un ultraje a la justicia con el fin de buscar magistrados alineados y que la sociedad costarricense debe estar alerta frente a nuevas campañas de desprestigio de mayor debilitamiento contra los magistrados y contra la justicia y tengo información para mí creíble que eso se está tramando a este momento. Hay fuerzas oscuras que han cohonestado este triste episodio de nuestra historia; todo como una cortina de humo para esconder el verdadero fondo de sus intenciones: una Corte complaciente, que además de tener a su resguardo la justicia misma, custodia nada menos que dos tesoros de nuestra patria: la Fiscalía y el propio Tribunal Supremo de Elecciones.

Sí, compañeras y compañeros, ciudadanos que nos escuchan, aquella silla vacía, es una mancha en nuestra historia. Pero también quiero decirles que está muy lejos de intimidar a los jueces y juezas de este país. Por el contrario, me siento orgulloso de la valentía mostrada por los cientos de funcionarios y funcionarias judiciales que han alzado su voz para denunciar lo ocurrido y reafirmarle al pueblo costarricense que el Poder Judicial no tiene miedo y que defenderá su independencia.

Insto a las señoras Diputadas y señores Diputados y a la propia Presidenta de la República, a que sepan rectificar este gravísimo error, porque lejos de reivindicar el Parlamento, puede ser que se esté enterrando la patria (...).”

INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PARTICIPACIÓN DE COSTA RICA DENTRO DEL PAÍSES QUE APOYAN LA GUERRA DE IRAK.

Res:2004-09992

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las catorce horas con treinta y un minutos del ocho de setiembre del dos mil cuatro.

(...)

Redacta el Magistrado **Mora Mora**; y,

Considerando:

I.-

Sobre la admisibilidad. Varios son los aspectos que cabe analizar en relación con la admisibilidad de este caso: el primero tiene relación con la capacidad procesal para activar el mecanismo de la acción de inconstitucionalidad, la cual está enmarcada por lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley que regula esta jurisdicción. Uno tiene que ver con la naturaleza propia del acto, en tanto se trata de uno de los llamados actos de gobierno que tradicional e históricamente estuvieron excluidos del escrutinio de los tribunales de justicia. No obstante, y como se señala en los diferentes intervenciones de las partes, en el actual desarrollo jurídico costarricense no existe disenso alguno sobre la posibilidad de que el contralor de constitucionalidad revise este tipo de actos emanados por el Poder Ejecutivo, cualquiera que sea su denominación o caracterización, pues –por principio- tales actos están sometidos a la Constitución Política, o, para precisarlo mejor, al llamado Derecho de la Constitución de modo que deben desenvolverse dentro del marco fijado por sus previsiones, amplias en diferente grado y muchas veces recogidas en normas y principios constitucionales que sirven como guías generales de actuación. Y justamente para velar porque ello sea así, se ha creado en nuestro ordenamiento la Sala Constitucional, como instrumento apropiado para esa tarea, de modo que también bajo esas razones lo procedente es entrar a conocer el fondo del asunto. Cabe destacar asimismo, por haber sido cuestionado expresamente, que la Defensoría de los Habitantes ostenta una clara legitimación institucional para incoar la gestión jurisdiccional, según se desprende del artículo 1° de su Ley constitutiva –vigilancia del funcionamiento del Sector Público conforme a la Constitución Política, convenios y tratados suscritos por el país- como expresamente el párrafo tercero del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. Finalmente, el tema en discusión en esta acción, tiene relación directa con un valor fundante de nuestra nación, cual es el derecho a la paz, considerado actualmente dentro de los derechos de tercera generación, el cual legitima a cualquier costarricense para defenderlo, sin necesidad de juicio previo. A ello se considera importante agregar que según se estableció en la sentencia 8239-01 puede ser además considerado un “interés que atañe a la colectividad en su conjunto:

“I.-

...Finalmente, cuando el párrafo 2° del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional habla de intereses “*que atañen a la colectividad en su conjunto*”, se refiere a los bienes jurídicos explicados en las líneas anteriores...[el medio ambiente, el patrimonio cultural, la defensa de la integridad territorial del país y del buen manejo del gasto público, entre otros]... es decir, aquellos cuya titularidad reposa en los mismos detentadores de la soberanía, en cada uno de los habitantes de la República. No se trata por ende de que cualquier persona pueda acudir a la Sala Constitucional en tutela de cualesquiera intereses

(acción popular), sino que todo individuo puede actuar en defensa de aquellos bienes que afectan a toda la colectividad nacional, sin que tampoco en este campo sea válido ensayar cualquier intento de enumeración taxativa.”

Por lo dicho también desde esa perspectiva goza de protección privilegiada mediante la posibilidad de que cualquier persona, basada en la autorización que al respecto confiere el artículo 75 párrafo 2° de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, para interponer directamente la acción de inconstitucionalidad.

II.-

Objeto de la impugnación. El eje central de las impugnaciones es el comunicado emitido por el Gobierno de la República el diecinueve de marzo de dos mil tres, que a la letra dice:

“EL GOBIERNO DE LA REPUBLICA COSTA RICA

Considerando:

1. que Costa Rica tiene una tradición de paz reconocida en el mundo; que ha abogado por la solución negociada de los conflictos y el irrestricto respeto a los derechos humanos;
2. que nuestra vocación de paz y neutralidad no debe interpretarse como una conducta de indiferencia ante el terrorismo, la producción y utilización de armas químicas y bacteriológicas y la sistemática violación de los derechos humanos;
3. que desde el once de setiembre de 2001, a raíz de los atentados terroristas contra los Estados Unidos de América, el Poder Ejecutivo y la Asamblea Legislativa, con el más amplio respaldo de la ciudadanía, se pronunciaron en favor de la alianza antiterrorista encabezada por las más sólidas democracias del mundo;
4. que ante el conflicto, provocado por el régimen de Saddam Hussein, el Gobierno de Costa Rica ha demandado el cumplimiento oportuno, efectivo y real de las resoluciones de Naciones Unidas, dictadas desde hace más de doce años y reiteradas a lo largo del tiempo –y aún recientemente– por el Consejo de Seguridad, en el sentido de que ese régimen se deshaga de las armas prohibidas como requisito para evitar desarmarlo por la fuerza con la clara advertencia de que, de no hacerlo, enfrentaría graves consecuencias;
5. que en las últimas semanas, un importante grupo de Estados Miembros de la Liga Árabe demandaron a Saddam Hussein su salida del poder y su retiro del territorio iraquí como un medio –de última instancia– para evitar una acción armada conducente a obligar a su régimen a cumplir de manera pacífica las resoluciones de Naciones Unidas. Esa misma instancia fue formulada hace menos de cuarenta y ocho horas por el Gobierno de Estados Unidos de América.
6. Que no obstante tales instancias, una vez más el día de ayer, al igual que desde hace doce años, Saddam Hussein ha expresado su intención de no cooperar para lograr una solución pacífica ni cumplir las demandas que la comunidad internacional le ha formulado por medio de Naciones Unidas.

Por tanto:

El Gobierno de Costa Rica:

- Reitera su llamado a la paz; en particular a Saddam Hussein para que cumpla las resoluciones dictadas por Naciones Unidas para que se desarme o, en su defecto, atienda la demanda formulada por países miembros de la Liga Árabe y del Gobierno de Estados Unidos en el sentido que se retire del Gobierno de su país y abandone su territorio. En caso contrario, será el dictador Hussein el único responsable del conflicto militar en Iraq.

- Reitera, de manera inequívoca, su respaldo a la alianza internacional contra el terrorismo, definido desde los hechos del once de setiembre de 2001, por el Poder Ejecutivo, las representaciones parlamentarias de los partidos políticos y por la ciudadanía.
- Manifiesta que nuestra vocación de paz no debe ser interpretada como indiferencia o tolerancia ante el terrorismo. Además, en el conflicto entre la paz y el terrorismo no somos neutrales. Costa Rica es y será una aliada leal, firme y decidida a favor de quienes buscan la paz, la libertad, la democracia y el respeto al derecho internacional.
- Ante la inminencia de un conflicto armado entre Iraq y la alianza internacional encabezada por Estados Unidos, Gran Bretaña y España, abogamos por el respeto al derecho internacional humanitario –aún en tiempos de guerra- y la contribución determinante de Naciones Unidas para lograr restablecer los equilibrios y la paz en Iraq.
- Instruye al personal de nuestras Misiones Diplomáticas, en particular a nuestra representación ante la Organización de Naciones Unidas, para que den a conocer este pronunciamiento a la comunidad internacional y contribuyan, en lo que sea menester, para velar por el respeto del derecho humanitario internacional y procurar la restitución de la paz en esa región del planeta.

San José, 19 de Marzo de 2003.

Abel Pacheco de la Espriella

Presidente

Roberto Tovar Faja

Ministro de Relaciones Exteriores y Culto”

Para la comprensión del sentido pleno de este comunicado, deben tenerse en cuenta las diferentes aclaraciones y justificaciones que el propio Gobierno de la República dio en días subsiguientes, cuando fue cuestionado sobre su actuación. Interesa a esta Sala las expresiones de los funcionarios públicos autores del acto impugnado, expresada en actuaciones siguientes porque ello permite más claridad y un examen más justo frente el derecho de la Constitución. Por ello tienen interés por una parte el comunicado emitido por el Gobierno el veintidós de marzo del dos mil tres, publicado días después del primer pronunciamiento: “Comunicado Público

La Presidencia de la República, en virtud de informaciones divulgadas sobre nuestra aparición en la lista de naciones de la coalición internacional antiterrorista, se permite informar:

1. A raíz de los hechos terroristas que conmovieron al mundo el 11 de setiembre de 2001, surgió una coalición internacional antiterrorista. En Costa Rica, a la luz de aquellos trágicos acontecimientos, tanto el Poder Ejecutivo como las principales fuerzas políticas y sociales costarricenses se manifestaron declaradamente en contra de quienes apoyan, patrocinan o ejecutan actos de terrorismo en el mundo.
2. La aparición del nombre de Costa Rica en la lista que constituye dicha coalición es la expresión del hecho ya conocido de que frente al terrorismo Costa Rica está del lado de las víctimas y apoya a quienes luchan en contra el terrorismo. Por eso en el pasado reciente hemos estado del lado de España, Colombia, Rusia, Estados Unidos, Alemania, Irlanda e Israel y cualquiera otro país víctima de bandas terroristas.
3. En este momento la coalición está formada por 46 naciones y tiene representación de la mayor diversidad de etnias, confesionalidades y doctrinas políticas de todos los continentes. La inmensa mayoría de estas naciones no participa de los hechos bélicos, no aporta recursos humanos ni materiales de naturaleza militar. Su participación es una expresión concreta de solidaridad internacional con el terrorismo.
4. Por nuestra vocación pacifista como nación sin ejército, Costa Rica no está ni puede estar en guerra, puesto que –tal como corresponde dentro del marco del Estatuto de Neutralidad solo estaríamos

dispuestos a participar en acciones mediadoras y pacificadoras, así como en acciones de estricto carácter humanitario. Tales acciones en el caso de ser ejecutadas corresponderían a labores diplomáticas para las cuales nuestros representantes en el exterior ya tienen instrucciones.

5. No obstante, de conformidad con el Estatuto de Neutralidad y en palabras de su creador, el Expresidente de la República, Luis Alberto Monge Álvarez "...frente al terrorismo, Costa Rica no es ni puede ser neutral". En el presente caso –guerra contra el régimen de Saddam Hussein- Costa Rica está del lado de las víctimas de ese régimen y de quienes luchan por la libertad, la democracia y la paz”.
6. En el orden interno, Costa Rica tiene el compromiso de velar porque su territorio no sea utilizado por bandas terroristas para planear o ejecutar atentados; que su sistema financiero no sea utilizado para movilizar dineros destinados a ese fin y que los miembros de esas bandan no permanezcan en territorio nacional.
7. En el orden externo, frente al presente conflicto, abogamos hasta el último minuto por una solución pacífica y una vez desatada la guerra, estamos abogando por el respeto al derecho humanitario internacional; el respeto a la vida, cultura y valores del pueblo de Iraq; por la asistencia inmediata, generosa y solidaria a sus víctimas, desplazados y refugiados y la instalación de un gobierno democrático y de amplia representación interna en ese país, todo bajo la supervisión de las Naciones Unidas y con apego al Derecho Internacional.”

También es relevante para la decisión, transcribir en lo conducente la resolución número 1441-2002 tomada por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en sesión del ocho de noviembre de ese año, dado que una gran parte de las alegaciones de los accionantes tienen que ver con la supuesto irrespeto al sistema internacional de solución de conflictos de las Naciones Unidas.

“Resolución 1441 (2002)

Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 4644a sesión, celebrada el 8 de noviembre de 2002
El Consejo de Seguridad,

Recordando todas sus resoluciones anteriores en la materia, en particular sus resoluciones 661 (1990), de 6 de agosto de 1990, 678 (1990), de 29 de noviembre de 1990, 686 (1991), de 2 de marzo de 1991, 687 (1991), de 3 de abril de 1991, 688 (1991), de 5 de abril de 1991, 707 (1991), de 15 de agosto de 1991, 715 (1991), de 11 de octubre de 1991, 986 (1995), de 14 de abril de 1995, y 1284 (1999), de 17 de diciembre de 1999, así como todas las declaraciones de su Presidencia sobre la cuestión,

Recordando también su resolución 1382 (2001), de 29 de noviembre de 2001, y su intención de aplicarla plenamente,

Reconociendo la amenaza que el incumplimiento por Iraq de las resoluciones del Consejo y la proliferación de armas de destrucción en masa y misiles de gran alcance plantean para la paz y la seguridad internacionales,

Recordando que en su resolución 678 (1990) autorizó a los Estados Miembros a que utilizaran todos los medios necesarios para hacer valer y llevar a la práctica la resolución 660 (1990), de 2 de agosto de 1990, y todas las resoluciones pertinentes aprobadas ulteriormente y para restablecer la paz y la seguridad internacionales en la región,

Recordando además que en la resolución 687 (1991) se imponían obligaciones a Iraq como paso necesario para cumplir su objetivo declarado de restablecer la paz y la seguridad internacionales en la región,

Deplorando que el Iraq no haya hecho una declaración exacta, cabal, definitiva y completa, como se exigía en la resolución 687 (1991), de todos los aspectos de sus programas de desarrollo de armas de destrucción en masa y misiles balísticos con un alcance de más de ciento cincuenta kilómetros ni de las armas de esa índole que tuviera en su poder, sus componentes e instalaciones y lugares de producción, así como de todos los demás programas nucleares, incluidos aquellos que, según afirme, obedecen a fines no relacionados con material utilizable para armas nucleares,

Deplorando además que el Iraq haya obstruido reiteradamente el acceso inmediato, incondicional e irrestricto a sitios designados por la Comisión Especial de las Naciones Unidas (UNSCOM) y el Organismo Internacional de Energía Atómica (OIEA), no haya cooperado plena e incondicionalmente con los inspectores de la UNSCOM y el OIEA, como se exigía en la resolución 687 (1991), y finalmente haya puesto término en 1998 a todo tipo de cooperación con la UNSCOM y el OIEA,

Deplorando que, desde diciembre de 1998, no haya habido en el Iraq ninguna forma de vigilancia, inspección y verificación, como requerían las resoluciones pertinentes, de las armas de destrucción en masa y misiles balísticos, a pesar de las repetidas exigencias del Consejo al efecto de que el Iraq proporcionara acceso inmediato, incondicional e irrestricto a la Comisión de las Naciones Unidas de Vigilancia, Verificación e Inspección (UNMOVIC), establecida en la resolución 1284 (1999) como organización sucesora de la UNSCOM, ni al OIEA, y deplorando la consiguiente prolongación de la crisis en la región y los sufrimientos del pueblo iraquí,

Deplorando también que el Gobierno del Iraq no haya cumplido los compromisos que contrajo en virtud de la resolución 687 (1991) con respecto al terrorismo, en virtud de la resolución 688 (1991) de poner fin a la represión de su población civil y dar acceso a las organizaciones humanitarias internacionales a todos los que necesitaran asistencia en el Iraq, y, en virtud de las resoluciones 686 (1991), 687 (1991) y 1284 (1999) de devolver a los nacionales de Kuwait y de terceros países que tenía detenidos ilícitamente o devolver bienes de propiedad de Kuwait de los que se había incautado ilícitamente o de cooperar para determinar su paradero,

Recordando que en su resolución 687 (1991) había declarado que una cesación del fuego estaría subordinada a que el Iraq aceptara las disposiciones de esa resolución, incluidas las obligaciones de su cargo que en ella figuraban,

Decidido a lograr que el Iraq cumpla plena e inmediatamente y sin condiciones ni restricciones las obligaciones que le imponen la resolución 687 (1991) y otras resoluciones en la materia y recordando que las resoluciones del Consejo constituyen la norma para determinar el cumplimiento por parte del Iraq,

Recordando que el funcionamiento efectivo de la UNMOVIC, en su calidad de organización sucesora de la Comisión Especial, y del OIEA es esencial para la aplicación de la resolución 687 (1991) y otras resoluciones en la materia,

Tomando nota de que la carta que, con fecha 16 de septiembre de 2002, dirigió al Secretario General el Ministro de Relaciones Exteriores del Iraq constituye un primer paso necesario para rectificar el persistente incumplimiento por el Iraq de las resoluciones del Consejo en la materia,

Tomando nota además de la carta que, con fecha 8 de octubre de 2002, dirigió al Presidente Ejecutivo de la UNMOVIC y al Director General del OIEA el General Al-Saadi del Gobierno del Iraq, en que se enunciaban los arreglos prácticos formulados a raíz de su reunión en Viena, que constituyen requisitos

previos para que la UNMOVIC y el OIEA reanuden las inspecciones en el Iraq, y expresando su más profunda preocupación por el hecho de que el Gobierno del Iraq siga sin confirmar los arreglos indicados en esa carta,

Reafirmando el compromiso de todos los Estados Miembros con la soberanía y la integridad territorial del Iraq, Kuwait y los Estados vecinos, Encomiando al Secretario General y a los miembros de la Liga de los Estados Árabes y su Secretario General por sus gestiones a este respecto,

Decidido a lograr que se cumplan plenamente sus decisiones, Actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas,

1. **Decide** que el Iraq ha incurrido y sigue incurriendo en violación grave de sus obligaciones con arreglo a las resoluciones en la materia, entre ellas la resolución 687 (1991), en particular al no cooperar con los inspectores de las Naciones Unidas y con el OIEA y no llevar a cabo las medidas previstas en los párrafos 8 a 13 de la resolución 687 (1991);
 2. **Decide**, al tiempo que reconoce lo indicado en el párrafo 1 supra, conceder al Iraq, en virtud de la presente resolución, una última oportunidad de cumplir sus obligaciones en materia de desarme con arreglo a las resoluciones pertinentes del Consejo; y decide en consecuencia instaurar un régimen de inspección reforzado con el objetivo de llevar a una conclusión cabal y verificada el proceso de desarme establecido por la resolución 687 (1991) y las resoluciones ulteriores del Consejo;
 3. **Decide** que, a fin de comenzar a cumplir sus obligaciones en materia de desarme, además de presentar las declaraciones semestrales requeridas, el Gobierno del Iraq deberá proporcionar a la UNMOVIC, el OIEA y el Consejo, dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la presente resolución, una declaración que a esa fecha sea exacta, cabal y completa de todos los aspectos de sus programas para el desarrollo de armas químicas, biológicas y nucleares, misiles balísticos y otros sistemas vectores como vehículos aéreos no tripulados y sistemas de dispersión diseñados para ser utilizados en aeronaves, incluidas todas las existencias y ubicaciones precisas de este tipo de armas, componentes, subcomponentes, reservas de agentes, y del material y equipo conexo, de las ubicaciones y la labor de sus instalaciones de investigación, desarrollo y producción, así como de todos los demás programas químicos, biológicos y nucleares, incluidos aquellos que, según afirme, obedecen a fines no relacionados con material para armamentos o la producción de armamentos;
- (...)
12. **Decide** reunirse inmediatamente una vez recibido un informe presentado de conformidad con los párrafos 4 u 11 supra a fin de examinar la situación y la necesidad de que se cumplan plenamente todas sus resoluciones en la materia con objeto de asegurar la paz y la seguridad internacionales;
 13. **Recuerda**, en este contexto, que ha advertido reiteradamente al Iraq que, de seguir infringiendo sus obligaciones, se expondrá a graves consecuencias;
 14. **Decide** seguir ocupándose de la cuestión”

III.-

Sobre el fondo. Infracción de las regulaciones constitucionales relacionadas con conflictos bélicos. El primer reclamo que debe analizar la Sala es el planteado por todos los accionantes en el sentido de que el acto del diecinueve de marzo emitido por el Poder Ejecutivo, consiste en una declaratoria de guerra a Iraq, que se ha dado, no expresamente sino de forma implícita, según el tenor del artículo 138 de la Ley General de la Administración Pública. La Sala concuerda en este punto con la tesis de la Procuraduría respecto de que con el citado acto no estamos en presencia de declaratoria de guerra alguna y que por lo tanto no existe infracción de la normativa constitucional que regla las competencias de los órganos en ese punto. En primer lugar, cabe observar que nadie excepto los propios accionantes

ha pretendido darle al acto discutido los efectos propios de una declaración de guerra, lo cual excede la inteligencia del citado artículo 138 que justamente busca otorgar efectos jurídicos (generalmente favorables al administrado) a ciertos actos no expresos. Lo dicho anteriormente, conduce a la extraña situación de que sean los accionantes los únicos que pretenden que ese acto sea considerado en sus efectos como una declaración de guerra para luego, de seguido, solicitar que se declare que esa declaración en su forma y justamente en sus efectos, es inconstitucional. El criterio de esta Sala es que dicha declaración carece de las formalidades necesarias que, de manera imperativa, debe poseer un acto de semejante trascendencia jurídica. Como lo expresa la Procuraduría, esta última tesis ya ha sido recogida por la jurisprudencia constitucional cuando señaló en la sentencia 02950-1994 de las ocho horas cincuenta y siete minutos del dieciséis de junio de mil novecientos noventa y cuatro, que:

“La utilización de la fuerza y de las hostilidades en general contra otra nación sólo puede ser autorizada por el Gobierno de la República para la defensa del país, en los términos que lo indican el artículo 121 inciso 6 en relación con el 12 de la Carta Fundamental. La autorización para defender al país y para la realización de los actos que ella suponga es un acto material expreso -que no se puede presumir- y que tiene en el texto constitucional su regulación detallada. Fuera de este supuesto no existe ninguna posibilidad constitucionalmente posible para que el Poder Ejecutivo autorice a los particulares la realización de actos hostiles. Sostener lo contrario, sin duda alguna, conllevaría la vulneración a los compromisos internacionales adquiridos por Costa Rica en relación con la paz y la seguridad internacionales.”

Se rescatan de esta cita dos conceptos: el primero se relaciona con la delimitación de las posibilidades de acción del gobierno en relación a los actos bélicos en el sentido de que su competencia en esta materia alcanza solamente a aquellos necesarios “para la defensa del país” situación que evidentemente no es la de autos, y segundo, que dichos actos son necesariamente expresos y se agrega claramente que “no pueden presumirse”. En este caso, el Poder Ejecutivo ha manifestado su posición con relación al conflicto internacional en Iraq, pero no existe ninguna expresión de que de forma clara y contundente explicita la voluntad de contender con la nación iraquí. Agreguemos aquí, para concluir la argumentación conducente al rechazo de la tesis del acto administrativo implícito de declaratoria de guerra, que del propio cuerpo doctrinal citado por la Defensoría de los Habitantes, se deduce por una parte la noción de acto implícito se aplica no para derivar una existencia posterior en el tiempo de los actos implícitos, sino al contrario para derivar, de un acto expreso posterior, la existencia de un acto implícito anterior. En segundo lugar, también se extrae de los propias citas y argumentos aportados por los accionantes, que la existencia de ese acto implícito anterior surge del reconocimiento de la imposibilidad de una voluntad diversa, o –en otras palabras- que el acto expreso debe ser la consecuencia única, posible y exclusiva de un acto implícito que, por ello, mismo cabe válidamente presumir. Ello no ocurre en este caso en donde la declaración es lo suficientemente ambigua como para descartar la afirmación de que resulte ser la consecuencia única y exclusiva de una implícita declaración de guerra en contra de Iraq. Así, se deben rechazar los argumentos planteados por los accionantes con relación a este extremo por entender que lo actuado por el Poder Ejecutivo, sí responde, desde un punto de vista estrictamente formal a un ejercicio de sus competencias, quedando pendiente para los siguientes considerandos el análisis de su ajuste con el derecho de la Constitución en su aspecto material.

IV.-

La alegada infracción a la paz como valor constitucional. Existe una base común en las alegaciones y respuestas de todos los intervinientes en este proceso, en el sentido de reconocer la existencia de la paz como uno de los valores constitucionales que informan nuestro ordenamiento, claramente distinguible no solo mediante la comprensión sistemática de nuestro texto constitucional, sino también como “constitución viva”, según denomina la doctrina aquella particular manera en que el bloque normativo constitucional es

entendido y actuado en la realidad por la sociedad. Tal criterio es compartido también por la Sala pues coincide con la visión que éste órgano ha plasmado ya en diversos pronunciamientos sobre el tema. Al respecto es claro que el pueblo costarricense, cansado de una historia de muerte, enfrentamientos, de dictadores y zación de los beneficios del desarrollo, eligió libre y sabiamente a partir de mil novecientos cuarenta y nueve, recoger el sentimiento que desde hace mucho acompañaba a los costarricenses, de adoptar la paz como valor rector de la sociedad. En esa fecha se cristaliza ese cambio histórico, se proclama un nuevo espíritu, un espíritu de paz y tolerancia. A partir de entonces simbólicamente el cuartel pasó a ser un museo o centro de enseñanza y el país adopta la razón y el derecho como mecanismo para resolver sus problemas interna y externamente. Asimismo, se apuesta por el desarrollo humano y proclamamos nuestro derecho a vivir libres y en paz. Ese día esta nación dio un giro, decidimos que cualquier costo que debamos correr para luchar por la paz, siempre será menor que los costos irreparables de la guerra. Esa filosofía es la que culmina con la “Proclama de neutralidad perpetua, activa y no armada” de nuestro país, y los numerosos instrumentos internacionales firmados en el mismo sentido -citados en forma abundante por las partes-, como extensión de ese arraigado valor constitucional, que sirve como parámetro constitucional a la hora de analizar los actos impugnados. En este mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia de esta Sala que ha resaltado el valor paz como principio jurídico y político, en sus sentencias al señalar: “... de allí que las leyes, en general, las normas y los actos de autoridad requieran para su validez, no sólo haber sido promulgados por órganos competentes y procedimientos debidos, sino también pasar la revisión de fondo por su concordancia con las normas, principios y valores supremos de la Constitución..., como son los de orden, **paz**, seguridad, justicia, libertad, etc, que se configuran como patrones de razonabilidad (ver sentencia número 1739-92).

En otra sentencia refiriéndose a **los valores fundamentales de la identidad costarricense**:

“...pueden resumirse... en los de la democracia, el Estado Social de Derecho, la dignidad esencial del ser humano y el sistema de libertad”, **además de la paz** (artículo 12 de la Constitución Política), y la Justicia...” (ver sentencia número 1313-93).

Asimismo en el ámbito del derecho internacional relacionado con la promoción de la paz como valor- e incorporados a nuestra Constitución-, debemos tomar en consideración las obligaciones que se derivan de instrumentos internacionales relevantes, tal y como lo señala la propia Procuraduría, entre los que pueden señalarse los siguientes:

Carta de la Organización de las Naciones Unidas (preámbulo, artículo primero)

“NOSOTROS LOS PUEBLOS DE LAS NACIONES UNIDAS, RESUELTOS, a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra, que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la humanidad sufrimientos indecibles, a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas, a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional, a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad,

Y CON TALES FINALIDADES

A practicar la tolerancia y a convivir en paz como buenos vecinos, a unir nuestras fuerzas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, a asegurar, mediante la aceptación de principios y la adopción de métodos, que no se usará la fuerza armada sin en servicio del interés común, y a emplear un mecanismo internacional para promover el progreso económico y social de todos los pueblos,

HEMOS DECIDIDO AUNAR NUESTROS ESFUERZOS PARA REALIZAR ESTOS DESIGNIOS

Por tanto, nuestros respectivos Gobiernos, por medio de representantes reunidos en la ciudad de San Francisco que han exhibido sus plenos poderes, encontrados en buena y debida forma, han convenido en la presente Carta de la Naciones Unidas, y por este acto establecen una organización internacional que se denominará las Naciones unidas.

Capítulo I PROPÓSITOS Y PRINCIPIOS

Artículo 1.-

Los Propósitos de las Naciones Unidas son:

1. Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas de la paz; y lograr para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz;
2. Fomentar entre las naciones relaciones de amistades basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal;
3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión; y
4. Servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes". (Ley No. 142 del 6 de agosto de 1945)

Por su parte, **El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** señala:

"Artículo 1.-

1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.
2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.
3. Los Estados partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas". (Ley No. 4229 de 11 de diciembre de 1968)

También ha sido reconocido como principio rector de la Organización de Estados Americanos:

"Convencidos de que la misión histórica de América es ofrecer al hombre una tierra de libertad y un ámbito favorable para el desarrollo de su personalidad y la realización de sus justas aspiraciones;

Conscientes de que esa misión ha inspirado numerosos convenios y acuerdos cuya virtud esencial radica en el anhelo de convivir en paz y proveer, mediante su mutua comprensión y su respeto por la soberanía de cada uno al mejoramiento de todos en la independencia, en la igualdad y en el derecho;

Ciertos de que la democracia representativa es condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región;

Seguros de que el sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el de consolidar en este Continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre; Persuadidos de que el bienestar de todos ellos, así como su contribución al progreso y la civilización del mundo, habrá de requerir, cada día más, una intensa cooperación continental; Determinados a perseverar en la noble empresa que la Humanidad ha confiado a las Naciones Unidas, cuyos principios y propósitos reafirman solemnemente; Compenetrados de que la organización jurídica es una condición necesaria para la seguridad y la paz, fundadas en el orden moral y en la justicia y, De acuerdo con la Resolución IX de la Conferencia sobre Problemas de la Guerra y de la Paz, reunida en la Ciudad de México, Han convenido, en suscribir la siguiente:

CARTA DE LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS PRIMERA PARTE

CAPITULO I.- Naturaleza y Propósitos

Artículo 1º.-

Los Estados Americanos consagran en esta Carta la organización internacional que han desarrollado para lograr un orden de paz y de justicia, fomentar su solidaridad, robustecer su colaboración y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia. Dentro de las Naciones Unidas, la Organización de los Estados Americanos constituye un organismo regional.

La Organización de los Estados Americanos no tiene más facultades que aquellas que expresamente le confiere la presente Carta, ninguna de cuyas disposiciones la autoriza a intervenir en asuntos de la jurisdicción interna de los Estados Miembros.”

(Ley N° 159 del 7 de setiembre de 1948)

La preservación de la paz entre las naciones del mundo es sin duda, una prioridad de la comunidad internacional, siendo además de un valor nacional, uno de rango internacional, como lo atestiguan por ejemplo, la Declaración sobre el Derecho de los Pueblos a la Paz, adoptada por la Resolución número 39/11 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del doce de noviembre de mil novecientos ochenta y cuatro y, en esa misma línea, la Declaración sobre la inadmisibilidad de intervención en los asuntos internos de los Estados y Protección de su independencia y soberanía, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la resolución número 2131 (XX) del veintiuno de diciembre de mil novecientos sesenta y cinco y Declaración sobre los principios del Derecho Internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas adoptada en la resolución número 2625 (XXV) de la Asamblea General del veinticuatro de octubre de mil novecientos setenta. De ese modo, se han creado mecanismos e instancias para garantizar su vigencia, tales como el Consejo de Seguridad, que ostenta atribuciones específicamente relacionadas con las medidas de preservación, y en su caso, restablecimiento de la paz, aún cuando ello implique la utilización de la fuerza:

“Artículo 23

1. El Consejo de Seguridad se compondrá de quince Miembros de las Naciones Unidas. La República

de China, la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas, el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, los Estados Unidos de América y Francia, serán miembros permanentes del Consejo de Seguridad. La Asamblea General elegirá otros diez Miembros de las Naciones Unidas que serán miembros no permanentes del Consejo de Seguridad, prestando especial atención, en primer término, a la contribución de los Miembros de las Naciones Unidas al mantenimiento de la Paz y la seguridad internacionales, y a los demás propósitos de la Organización, como también a una distribución geográfica equitativa.

2. Los Miembros no permanentes del Consejo de Seguridad serán elegidos por un período de dos años. Sin embargo, en la primera elección de los miembros no permanentes, tres serán elegidos por un período de un año. Los miembros salientes no serán reelegibles para el período subsiguiente.
3. Cada miembro del Consejo de Seguridad tendrá un representante.

Funciones y Poderes

Artículo 24

1. A fin de asegurar acción rápida y eficaz por parte de las Naciones Unidas sus Miembros confieren al Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales y reconocen que el Consejo de Seguridad actúa a nombre de ellos al desempeñar las funciones que le impone aquella responsabilidad.
2. En el desempeño de estas funciones, el Consejo de Seguridad procederá de acuerdo con los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas. Los Poderes otorgados al Consejo de Seguridad para el desempeño de dichas funciones quedan definidos en los Capítulos VI, VII, VIII y XII. (...)

Específicamente, ante situaciones concretas donde se esté en presencia de una amenaza para la paz, las labores del Consejo de Seguridad se encaminan, en primer orden, a la búsqueda de soluciones concertadas entre los Estados involucrados, según se dispone en los artículos del 33 a 38, y en caso que no sea posible optar por una solución concertada, puede autorizar la utilización de fuerzas armadas para el restablecimiento de la paz, bajo determinadas reglas, veamos:

“ACCION EN CASO DE AMENAZAS A LA PAZ QUEBRANTAMIENTOS DE LA PAZ O ACTOS DE AGRESION

Artículo 39.-

El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas, de conformidad con los artículos 41 y 42, para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales.

Artículo 40.-

A fin de evitar que la situación se agrave, el Consejo de Seguridad, antes de hacer las recomendaciones o decidir las medidas de que trata el Artículo 39, podrá instar a las partes interesadas a que cumplan con las medidas provisionales que juzgue necesarias o aconsejables. Dichas medidas provisionales no perjudicarán los derechos, las reclamaciones o la posición de las partes interesadas. El Consejo de Seguridad tomará debida nota del incumplimiento de dichas medidas provisionales.

Artículo 41.-

El Consejo de Seguridad podrá decidir qué medidas que no impliquen el uso de la fuerza armada de emplearse para hacer efectivas sus decisiones, y podrá instar a los Miembros de las Naciones Unidas a que apliquen dichas medidas, que podrán comprender la interrupción total o parcial de las relaciones

económicas y de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas y otros medios de comunicación, así como la ruptura de relaciones diplomáticas.

Artículo 42.-

Si el Consejo de Seguridad estimare que las medidas de que trata el Artículo 41 pueden ser inadecuadas o han demostrado serlo, podrá ejercer, por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. Tal acción podrá comprender demostraciones, bloques y otras operaciones ejecutadas por fuerzas aéreas, navales o terrestres de Miembros de las Naciones Unidas.”

Asimismo, de conformidad con el artículo 25 de la Carta de las Naciones Unidas, los miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad. Unido a lo expuesto, se puede afirmar que las acciones militares que se tomen contra un Estado o grupo de ellos, bajo el marco de la Organización de las Naciones Unidas, encuentran su justificación de conformidad con el Ordenamiento Internacional, en la medida en que se respeten y cumplan las decisiones que sobre el caso particular adopte el Consejo de Seguridad. **Para los países suscriptores de la Carta, por ende,** surge una obligación de Derecho Internacional a respetar ese procedimiento (artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Ley número 7615 del 24 de julio de 1996).

V.-

A este elenco cabe incorporar también la llamada Proclama de neutralidad perpetua, activa y no armada, que en criterio de esta sala encuadra claramente dentro de las fuentes del Derecho Internacional Público, bajo la concreta modalidad de los denominados actos unilaterales, los cuales son aquellos actos jurídicos dictados por un solo Estado en sus relaciones internacionales y que le acarrearán consecuencias jurídicas. Para que un acto de esa índole tenga la condición de fuente del Derecho Internacional Público, debe reunir las siguientes condiciones: a) debe tratarse de una manifestación de voluntad inequívoca en la que se exprese la intención del Estado de obligarse mediante ese acto; b) no debe requerir aceptación de otro Estado, para evitar que se convierta en un acuerdo internacional y c) su validez no debe estar subordinada a otro acto jurídico. Dentro de la amplia tipología de los actos unilaterales del Derecho Internacional Público se encuentra la promesa unilateral, en virtud de la cual un Estado queda vinculado a los términos en que ha formulado una proclamación u ofrecimiento. La observancia de este tipo de promesas, depende, también, del cumplimiento de buena fe que haga el propio Estado de sus términos, siendo que puede ser invocada, a su favor, por otros sujetos del Derecho Internacional Público ante los órganos e instancias encargados de asegurar su cumplimiento. Bajo esas consideraciones este Tribunal Constitucional entiende que la “Proclama de Neutralidad Perpetua, Activa y no Armada” de mil novecientos ochenta y tres es una promesa unilateral de Costa Rica en el concierto internacional que vino a desarrollar el valor constitucional de la paz y que, por consiguiente, debe ser observada de buena fe de forma permanente por el Gobierno costarricense, evitando, en todo momento, transgredir la “regla estoppel” (venire contra factum proprium) del Derecho Internacional Público, excepcionándola o inobservándola para un caso concreto y determinado. Debe tomarse en cuenta, para el caso concreto, que la referida Proclama, en los “Deberes de la neutralidad” dispuso lo siguiente:

“Fiel a su secular vocación de paz, Costa Rica asume soberanamente ante la comunidad de naciones los deberes inherentes a su nueva condición de Estado perpetuamente neutral. Nos comprometemos a no iniciar ninguna guerra; a no hacer uso de la fuerza, incluyendo cualquier amenaza o represalia militar; a no participar en una guerra entre terceros Estados; a defender efectivamente nuestra neutralidad e independencia con todos los recursos materiales, jurídicos políticos y morales posibles; y a practicar una

política exterior de neutralidad a fin de no involucrarnos real o aparentemente en ningún conflicto bélico. Más aún, nos comprometemos a extender nuestros deberes de Estado perpetuamente neutral a los conflictos armados dentro de los Estados”

VI.-

Bajo este claro marco normativo, no existe pues disenso alguno ni entre las partes ni con este órgano contralor de constitucionalidad, respecto a la existencia y capacidad del concepto de la paz para erigirse como parámetro constitucional vigente y válido para confrontar y juzgar lo actuado por las autoridades públicas y, en concreto en este caso, por el Poder Ejecutivo. Igualmente, tampoco existe discusión alguna respecto de que una de las manifestaciones concretas y tangibles del citado valor constitucional (entre otras más que se han señalado, como las disposiciones del artículo 12 Constitucional y la Proclama de Neutralidad emitida en 1983), lo es la adhesión de nuestro país al Sistema Internacional de las Naciones Unidas, y sus reglas, y en particular, al mecanismo para la resolución de los conflictos entre las naciones. Este concepto queda bien expresado incluso por el propio Gobierno cuando transcribe parte del discurso pronunciado por el representante costarricense ante el Consejo de Seguridad el diecinueve de febrero de dos mil tres en el cual se lee:

“Costa Rica es un país amante de la paz. Hace medio siglo mi país renunció completamente al uso de la fuerza y le confió su seguridad al derecho internacional y los mecanismos multilaterales de solución pacífica de controversias. El órgano que Usted preside hoy, el Consejo de Seguridad, es el único garante de la estabilidad y la seguridad internacional de mi nación y de todos sus habitantes.”

No hay por tanto criterios encontrados respecto del neto valor jurídico de las normas y reglas específicas que dentro del sistema internacional de las Naciones Unidas, promueven y se dirigen a la consecución y mantenimiento de la paz.

VII.-

Es de este punto en adelante que surge la controversia porque accionantes y coadyuvantes señalan que es evidente la infracción cometida por el gobierno al citado valor constitucional de la paz -en su particular manifestación expuesta anteriormente- en el tanto la declaración del diecinueve de marzo y la del veintidós de ese mes, emitidas ambas por el Presidente y su Ministro de Relaciones Exteriores, a la que suman también la reclamada omisión de pedir a Estados Unidos de América la exclusión de Costa Rica de la lista de países que integran la alianza que ha actuado en Iraq, tienen un incuestionable sentido de apoyo a las acciones realizadas por algunos países en Iraq, las cuales, de forma clara e indiscutible, se llevaron a cabo al margen y en contravención de las reglas y normas del Sistema de las Naciones Unidas. Por su parte la defensa del Ejecutivo ante tales cargos, no radica en sostener la exorbitancia “in abstracto” de estas materias respecto del control constitucional, sino que los defensores del acto más bien señalan que los actos impugnados son de hecho una forma válida de concreción del señalado valor constitucional por constituir, valga la redundancia, cabalmente un llamado a la paz y al respeto al derecho humanitario, así como al respeto de los valores de la libertad y la democracia, todo lo cual, se afirma, está en plena consonancia con nuestro sistema de valores constitucionales. Para resumir, todos concuerdan en que existe un valor constitucional consistente en la promoción de la paz y que las acciones del Ejecutivo deben en todo caso apegarse a dicho valor y respetarlo en sus actuaciones; la discrepancia radica en si las actuaciones discutidas en particular son o no consonantes con ese valor de rango constitucional.

VIII.-

Del análisis de ambas posiciones, esta Sala concluye que en este caso la discrepancia surge debido a que las partes están haciendo énfasis en dos aspectos diferentes del conjunto de actuaciones

impugnadas; dos órdenes diferentes si se les quiere llamar así, calificados como el orden atinente a los fines buscados con la alianza y el orden referente a los medios empleados por dicha alianza para la consecución de tales fines, órdenes ambos que naturalmente se consideran como una unidad frente a la cual ha tomado posición el Poder Ejecutivo en relación con el conflicto en Iraq. Para efectos de análisis y valoración sin embargo dichos aspectos pueden separarse y se concretan en el apoyo que pueda darse a determinados fines por una parte y el apoyo que en relación con los medios escogidos y empleados para cumplirlos, por otra.

IX.-

Cuando entramos a valorar el segundo orden de cuestiones involucradas en el conjunto de actuaciones impugnadas, a saber, las referentes a los distintos medios que han sido empleados o puedan emplearse para impulsar, apoyar y lograr el cumplimiento de los valiosos fines declarados. Para ello empecemos por aceptar que pueden existir fines justos y constitucionalmente admisibles, pero que ellos no validan ni justifican cualesquiera medios que quieran o puedan emplearse para su consecución; en otras palabras, los medios empleados para un fin justo deben también ser valorados y sopesados por separado para determinar su intrínseca validez constitucional, porque podría darse el caso de que medios empleados resulten incorrectos o inaceptables a la luz del ordenamiento jurídico, aún cuando persigan un buen fin. En el caso, el Poder Ejecutivo ha brindado como se dijo, su apoyo a la “Alianza Internacional contra el Terrorismo” primero y luego a la “Coalición Internacional Antiterrorista” y tal apoyo explícito e incondicionado en los fines, reúne también esas mismas condiciones respecto de los medios que esa agrupación eligió para abordar el conflicto internacional planteado por Iraq, ello por cuanto no existe ni en los comunicados ni en resto de las actuaciones ninguna aclaración u observación que haga pensar en la existencia de una voluntad de reserva en uno u otro punto por parte del Poder Ejecutivo. Esto adquiere relevancia especial frente a uno de los medios empleados en particular por la Alianza, consistente en el ejercicio de acciones bélicas en contra de la nación iraquí. Cabe decir sobre el tema, que es público y notorio que miembros de la “Alianza” o “Coalición” realizaron en efecto, sin duda en nombre de ella y a partir del diecinueve de marzo, acciones bélicas en el pleno sentido del concepto, en contra de la nación iraquí, mismas que fueron conocidas y reconocidas como parte de las actividades que, por provenir de la coalición, recibieron el apoyo por parte del Poder Ejecutivo. En conclusión, considera esta Sala que las actuaciones impugnadas permiten deducir que el Poder Ejecutivo, demostró con ellas de forma clara su conformidad tanto con los fines de la Alianza como con los distintos medios empleados para realizar dichos fines, sin que de su actuación pueda entenderse –como se alegó en la vista oral- que la solidaridad operaba exclusivamente en relación con las importantes finalidades de la Alianza de combatir el terrorismo e impulsar la paz, la libertad y la verdadera democracia en Iraq.

X.-

Entendido entonces que ha existido una anuencia de Costa Rica como país, ya no solo en los fines, sino también en los medios empleados por parte de la “Alianza” o la “Coalición”, para abordar el conflicto internacional surgido en Iraq, y en especial con el medio consistente en las acciones bélicas realizadas por algunos miembros de la “Alianza o Coalición”, lo que resta por verificar es si ese medio recién citado en particular es admisible como tal a la luz de nuestro ordenamiento constitucional. Sobre ese punto en particular, la respuesta de la Sala es negativa por lo siguiente: la tradición pacifista que impregna nuestro ordenamiento constitucional, cuyo origen y características se explicaron de forma amplia más arriba, tiene como una de sus más importantes expresiones la incorporación de Costa Rica al Sistema Internacional de las Naciones Unidas; pero justamente por dicha tradición, tal incorporación para nuestro país trasciende de la mera asociación con un grupo de naciones para el cumplimiento de los fines establecidos. Más bien, en el caso costarricense resulta posible afirmar sin duda que dicha adhesión respondió y responde aún al convencimiento de que se trata de un mecanismo para sustituir el recurso a

la fuerza como instrumento de política y de relaciones internacionales por parte de nuestro país y por esa razón entiende la Sala que debe considerarse como un límite creado en nuestro ordenamiento, aplicable a la acción a las autoridades costarricenses y que se materializa en una verdadera restricción en su radio de acción en el tema de relaciones internacionales, consistente en la imposibilidad de nuestro gobierno de asociar su política exterior con acciones bélicas ajenas o incluso paralelas al sistema de las Naciones Unidas -incluidas por supuesto las consistentes en simples “apoyos morales”- como medios correctos para solución de conflictos.

XI.-

Es bajo ésta óptica que la Sala descarta la argumentación esgrimida por el Ministro de Relaciones Exteriores en la vista realizada, en el sentido de que no puede emitirse un juicio sobre corrección o no del apoyo a la acción armada, si no existe declaración alguna de la legitimidad o ilegitimidad de tales acciones bélicas llevadas a cabo en Iraq. En criterio de la Sala, para el ordenamiento costarricense la situación es mucho más sencilla pues estamos frente a la simple inexistencia de tal posibilidad, puesto que dadas las particularidades de nuestra tradición y normativa sobre el tema, la adhesión de Costa Rica al Sistema Internacional de las Naciones Unidas no podía dejar de implicar la exclusión de cualquier forma de manifestación de fuerza, fuera o al margen de los procesos establecidos por el sistema internacional de las Naciones Unidas. Por ello carece de importancia para lo que se discute aquí, que el tantas veces citado conflicto bélico, sea declarado legítimo o ilegítimo, si desde la perspectiva costarricense lo constitucionalmente incorrecto es avalar el uso de la fuerza, fuera del marco de acción de las Naciones Unidas. En resumen la Sala considera que ha existido una infracción constitucional por cuanto el apoyo -de cualquier tipo- al empleo de acciones armadas, como medio para la consecución de fines políticos, fuera del marco previsto y regulado por el sistema internacional de las Naciones Unidas, resulta incompatible con el derecho de la constitución costarricense.

XII.-

Conclusión. Los comunicados del diecinueve y veintidós de marzo del dos mil tres, del Poder Ejecutivo, para dar apoyo moral a la “Coalición” o “Alianza” de países que incurrió en acciones bélicas en Iraq, por ser contrarios a nuestro orden constitucional y al sistema internacional de Naciones Unidas al que pertenece nuestro país, son inconstitucionales, razón por la que procede declarar con lugar las acciones acumuladas. Naturalmente que los comunicados al acogerse la acción, pierden sus efectos jurídicos, y en ese sentido procede ordenar al Gobierno de la República que debe respetar en el futuro los mecanismos internacionales, para apoyar de cualquier forma, incursiones armadas independientemente de los fines que persigan. Se deben hacer las gestiones necesarias para exigir al Gobierno de los Estados Unidos la exclusión de nuestro país de la lista de países “aliados” de la “Coalición o Alianza”, que consta en la página web de la Casa Blanca, por ser efectos de los actos anulados.

XII.-

El Magistrado Jinesta Lobo, pone nota.

Por tanto:

Se declaran con lugar las acciones acumuladas y en consecuencia, por ser contrario a la Constitución Política; al sistema internacional de la Organización de Naciones Unidas y al derecho internacional aceptado por Costa Rica, se anula el acuerdo del Poder Ejecutivo del diecinueve de marzo del dos mil tres, relacionado con el conflicto bélico contra Iraq, y todo acto o actuación relacionado con este. Proceda el Gobierno de la República a hacer las gestiones necesarias para que el Gobierno de los Estados Unidos de América excluya a nuestro país de la lista de países “aliados” de la “Coalición” o “Alianza”, que consta en la página web de la Casa Blanca. Publíquese esta sentencia en el Boletín Judicial y reséñese en el Diario Oficial La Gaceta. Notifíquese.

Luis Fernando Solano C.

Presidente

Luis Paulino Mora M.

Adrián Vargas B.

Gilbert Armijo S. Ernesto Jinesta L.

Susana Castro A. Federico Sosto L.

(Hay nota de los magistrados Jinesta, Solano y Castro).

VOTO SALVADO DEL MAGISTRADO LUIS PAULINO MORA, DECLARANDO INCONSTITUCIONAL EL ARTÍCULO 51 DEL CÓDIGO PENAL EN CUANTO ESTABLECE LA POSIBILIDAD DE UNA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD DE HASTA CINCUENTA AÑOS DE PRISIÓN

Res: 2001-10543

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las catorce horas con cincuenta y seis minutos del diecisiete de octubre del dos mil uno.

VOTO SALVADO DEL MAG. MORA MORA

I.- Objeto de la acción. La accionante impugna el artículo 51 párrafo segundo del Código Penal, el cual señala:

Artículo 51.- “La pena de prisión y las medidas de seguridad se cumplirán en los lugares y en la forma en que una ley especial lo determine, de manera que ejerzan sobre el condenado una acción rehabilitadora.

Su límite máximo es de cincuenta años”

Considera que el texto resaltado en la transcripción anterior resulta contrario a lo dispuesto en los artículos 39, 40 y 41 de la Constitución Política, 7, 10 inciso 3) y 15 inciso 1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 5 inciso 6) de la Convención Americana de Derechos Humanos, 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 16 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles o degradantes. Lo anterior porque a su juicio, una sanción máxima de cincuenta años de prisión constituye una pena perpetua y además, contraría los fines de resocialización y reinserción social de la sanción. Para la mayoría de los integrantes de esta Sala, el problema planteado por la accionante es eminentemente de política criminal y por ende, competencia absoluta del legislador; además, consideran que la pena de cincuenta años de prisión no es “perpetua” porque conforma un período de tiempo determinado, criterio que no comparto por las razones que de seguido señalaré.

II.- Límites constitucionales en la duración de la sanción. En primera instancia debe tenerse presente que si bien es cierto, la creación de los tipos penales y sus respectivas sanciones, constituye una decisión de política criminal; lo cierto es que, en ese quehacer existen límites infranqueables derivados tanto de la Constitución Política como del derecho internacional vigente. Ello es así en virtud de que nuestros constituyentes optaron por un sistema político democrático que implica primordialmente, el respeto pleno a los derechos y garantías fundamentales de la persona humana. Los titulares de esos derechos y garantías lo son no sólo los ciudadanos que actúan conforme a la ley, sino también los que infringen el ordenamiento jurídico y vulneran algún bien jurídico tutelado por el derecho penal. Al respecto, esta Sala ha señalado:

“Costa Rica, en el artículo 1° de su Constitución Política, al constituirse en Estado según los principios básicos de una democracia, optó por una formulación política en la que el ser humano, por el simple hecho de serlo, por haber nacido tal, es depositario de una serie de derechos que le son dados en protección de su dignidad, derechos que no pueden serle desconocidos sino en razón de intereses sociales superiores, debidamente reconocidos en la propia Constitución o las

leyes. En una democracia, el delincuente no deja, por el solo hecho de haber sido condenado, de ser sujeto de derechos, algunos se le restringen como consecuencia de la condenatoria, pero debe permitírsele ejercer todos los demás. Al imputado -contra quien se sigue una causa penal y en consecuencia no ha sido condenado- y aun al delincuente no se les puede constituir en una mera categoría legal, calificado según los tipos penales, debe reconocérsele como sujeto de derechos, como ya se dijo, de todos los que el marco constitucional o legal no le restrinjan” (sentencia 1990-01261 de las quince horas treinta minutos del nueve de octubre de mil novecientos noventa).

A partir de lo anterior, debe colegirse que el legislador en la tarea de seleccionar las conductas que califica como delitos y sus correspondientes sanciones, no puede infringir los límites que impone el Derecho de la Constitución.

III.- Perpetuidad de la sanción.- El artículo 40 de la Constitución Política señala que nadie será sometido a tratamientos crueles o degradantes, a penas perpetuas, ni a la pena de confiscación. Por su parte, el artículo 5 inciso 2) de la Convención Americana de Derechos Humanos refiere que nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes en su artículo 16 señala que todo Estado parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 10 inciso 3) y la Declaración Universal de Derechos Humanos en el artículo 5 se pronuncian en el mismo sentido. Según demostró la accionante mediante el informe del Instituto Nacional de Estadística y Censos aportado (folio 27 del expediente) en el año de mil novecientos noventa y nueve, la esperanza de vida al nacer, en el caso de los hombres, está constituida por la edad promedio de 74.18 años y en el de las mujeres por 79.89 años. Esa expectativa de vida, hace que cincuenta años de prisión se traduzca en una pena perpetua, dado que en la hipótesis de la persona de menor edad condenada (dieciocho años), saldría de la cárcel -en caso de que sobreviva las condiciones de la prisión-, a los sesenta y ocho años de edad; sin haber tenido oportunidad alguna de tener una vida laboral, familiar y social. Al respecto, la Comisión Redactora del Código Penal, argumentó en la exposición de motivos:

“...Se establece que el límite máximo de ambas (pena de prisión y medida de seguridad) es de veinticinco años, ya que la Constitución Política elimina todo tipo de pena indeterminada. A este respecto cabe observar que se ajusta a las exigencias actuales en materia rehabilitadora. La posibilidad de una pena que exceda de ese límite de tiempo es negativa para el interno y funesta, por lo mismo, para sus perspectivas futuras. Penas de cuarenta y cinco años son como una muerte en vida y son pocos, por no decir ninguno, el que las ha podido soportar...”

Ya esta Sala se pronunció en cuanto a la duración de las penas privativas de libertad, antes de la reforma que aumentó la pena máxima en cincuenta años. Señaló lo siguiente:

“El permitir que en un determinado momento una persona pueda estar condenada a cumplir más de veinticinco años de prisión, conlleva a dejar sin valor alguno la fijación del máximo que el legislador hizo en el artículo 51 del Código Penal. Por entender que las penas de larga duración no conllevan solución alguna al problema delictivo que sufre la comunidad y por el contrario, atentan gravemente contra la finalidad rehabilitadora que se le ha fijado a las sanciones restrictivas de la libertad, es que se fijó en veinticinco años el máximo de duración de la pena de prisión, independientemente de si se da o no un concurso de delitos al momento de hacer dicha fijación. Si corresponde adecuar las penas impuestas en relación con la última, ello corresponde hacerlo al juzgador que dicte la última sentencia, según se concluye de la interpretación relacionada de los artículos 23 y 504 del

Código de Procedimientos Penales. A criterio de esta Sala ninguna sentencia puede válidamente ser dictada, si en ella se fija pena que, sumada a las que ya le han sido impuestas al condenado y que estén en proceso de cumplimiento, sobrepase los veinticinco años señalados en el citado artículo 51, pues ello no sólo contraviene lo dispuesto en dicha norma sino también el principio que inspira la garantía constitucional del numeral 40 de la Carta Magna en el que se proscriben los tratamientos crueles y las penas perpetuas.” (1992-02865 de las quince horas tres minutos del nueve de setiembre de mil novecientos noventa y dos)

De manera que resulta innegable que privar de libertad a una persona por espacio de cincuenta años es condenarla a permanecer en prisión toda una vida, lo cual es contrario a la prohibición de establecer penas perpetuas y degradantes.

IV.- Finalidad de la sanción penal: la reinserción social. El artículo 10 inciso 3) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece: *“El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados...”* Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos en el artículo 5 inciso 6) indica que: *“Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.”* Según establece el Código Penal en su artículo 51 la pena de prisión debe cumplirse de forma que ejerza sobre el condenado una *“acción rehabilitadora”*. Lo anterior significa que se ha optado por la prevención especial positiva como fin de la sanción penal. En la exposición de motivos del proyecto de ley que dio origen a la Ley número 7389 de veintidós de abril de mil novecientos noventa y cuatro (por medio de la cual se aumentó el monto máximo de la pena de prisión de veinticinco a cincuenta años) se establece que dicho aumento tiene como finalidad combatir el aumento en el índice de la criminalidad y por otra parte, se prevé un fin de intimidación o prevención general, según el cual los sujetos que delinquen *“psicológicamente sean conscientes de que si infringen la ley en una, dos o tres ocasiones, el cómputo general de la pena que se les imponga, no va a ser condonado...”* Al respecto, debe señalarse que no existe ningún fundamento sociológico ni psicológico de que las penas altas disminuyan la criminalidad y desde ese punto de vista, la función de prevención general, intimidación o disuasión no resulta efectiva, además de que deviene en inconstitucional, pues trata al ser humano como medio, cuando en realidad debe tenerse como un fin. Ciertamente existe una gran discusión respecto de si la prisión pueda tener algún efecto resocializador en el privado de libertad. Efectivamente, en sí misma, la prisión no resocializa, no readapta, ni transforma a nadie: es un contrasentido que se pretenda “resocializar” a alguien, coartándole la libertad, resocializarlo sacándolo del medio social en que se desenvuelve. La cárcel estigmatiza, desocializa y reproduce la criminalidad. No obstante, los instrumentos de derecho internacional vigentes en Costa Rica, según se señaló, le confieren a la pena una finalidad de “reforma” y “readaptación social”. La doctrina dominante entiende –tesis que es compartida por el suscrito- que esa finalidad reformadora de la pena, debe interpretarse como la obligación que tiene el Estado de brindar al privado de libertad, las posibilidades y recursos necesarios para una eventual y voluntaria reincorporación o reinserción a la sociedad. El Estado democrático de derecho, si bien exige el respeto al principio de culpabilidad como un límite de la sanción, no admite una función retributiva, que conciba a la pena como un fin en sí misma o como un castigo, pues eso sería contrario a la dignidad humana. No se puede renunciar a la posibilidad de que una persona que ha delinquirido, modifique su conducta y adopte los valores socialmente deseables. La reinserción social del infractor va más allá de la mera resocialización y de la ideología del tratamiento –que visualiza al privado de libertad como un enfermo al que hay que curar-. De lo que se trata es de ofrecer al infractor, diversas posibilidades que le faciliten un proceso de socialización real, donde pueda recuperar y desarrollar sus potencialidades humanas. Ese proceso para que sea exitoso, debe ser voluntario y nunca puede ser impuesto. De ahí que el deber del Estado consista en hacer factible esa reinserción. Una pena de cincuenta años, “per se”, de ningún modo va a resultar reformadora o readaptadora, incluso, aunque idealmente se brindara

a los privados de libertad, todos los medios para hacerlo y las mejores condiciones posibles de vida. La desocialización y el daño físico y psicológico que se ocasiona a una persona después de muchos años de vivir en prisión es irreversible. De ahí que la reinserción social se imposibilite con una pena de cincuenta años de prisión porque se trata de una pena perpetua; el privado de libertad no podrá reinserirse a una familia, tener acceso a un trabajo digno, relacionarse socialmente con los demás ciudadanos libres. Por otra parte, conforme se dijo, tomando en cuenta la expectativa de vida real, que se ve desmejorada por las condiciones antinaturales e inhumanas que ofrece el encierro, difícilmente una persona puede salir con vida de la cárcel y si lo hace, en la generalidad de los casos, le resultaría imposible reinserirse en la sociedad.

V.- Conclusión. Por las razones expuestas, considera el suscrito Magistrado que el párrafo segundo del artículo 51 del Código Penal, resulta inconstitucional y así lo declara con las consecuencias que tal declaratoria implica.

Mag. Luis Paulino Mora Mora

DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONAL DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD A DELINCUENTES HABITUALES Y PROFESIONALES, REDACTADA POR EL MAGISTRADO DR. LUIS PAULINO MORA

Resolución No.88-92 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José a las once horas del diecisiete de enero de mil novecientos noventa y dos.

(...)

Redacta el Magistrado Mora Mora; y

Considerando:

lo.-

El recurso debe ser declarado mal admitido en cuanto se solicita la inconstitucionalidad del inciso 1) del artículo 98 del Código Penal, pues el artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, como circunstancia de legitimación para la interposición de una acción de inconstitucionalidad, establece que quien interpone el recurso debe tener un asunto pendiente ante los tribunales, en el que se invoque la inconstitucionalidad como medio razonable de amparar el derecho o interés que considere lesionado. Al representado por el recurrente no se le ha tenido en el fallo condenatorio dictado en su contra como inimputable o con imputabilidad disminuida, ni puede llegar a calificársele como tal, la imposición de la medida de seguridad a que está sometido, se debió a su reinteración en la comisión de hechos delictivos, circunstancia que permite calificarlo como delincuente habitual o profesional e imponerle una sanción como la que se acordó en su contra, razón por la que su legitimación para impugnar de inconstitucional del señalado inciso del artículo 98 no ha sido acordada por el legislador.

llo.-

Las medidas de seguridad pueden clasificarse en dos grandes grupos, según se refieran a imputables o a inimputables. El presente asunto hace relación a las medidas de seguridad posibles de aplicación a imputables, en razón de calificárseles como delincuentes profesionales o habituales, o ser sujetos en los que el cumplimiento de una pena no logró ejercer su función readaptadora; a estas medidas se les conoce doctrinariamente como “medidas de seguridad en sentido estricto”. En el considerando anterior se señaló el por qué el recurrente no tiene legitimación para impugnar la inconstitucionalidad de las medidas posibles de aplicación a los inimputables o con imputabilidad disminuida. Todo lo anterior motiva que el pronunciamiento, si no se indica expresamente lo contrario, sólo tenga relación con las medidas de seguridad en sentido estricto; no tendrá entonces efectos respecto a las medidas posibles de aplicación a inimputables, las que obedecen a principios diferentes, no relacionados con la culpabilidad, ni necesariamente con los que informan a las medidas posibles de aplicación a imputables. Al obedecer estas medidas a principios diferentes, las garantías constitucionales que serán analizadas al resolver esta acción, no pueden aplicársele a aquéllas, de manera tal que la posibilidad de ampliación de la declaratoria de inconstitucionalidad que permite el artículo 89 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, para con otras normas relacionadas con las declaradas inconstitucionales, por tratarse también de medidas de seguridad, pero de posible aplicación a inimputables o con imputabilidad disminuida, no podrá ser acordada, a menos que resulte evidente el enfrentamiento de la ley con la Constitución y se fundamenten en los mismos principios, lo que no se da en el caso presente.

IIIo.-

La tesis del accionante en relación con las medidas de seguridad imponibles a delincuentes profesionales y habituales, conforme a lo reglado en los artículos 40, 41 y 98 inciso 3o. del Código Penal, así como la agravación de la pena que faculta el numeral 78 de ese ordenamiento penal en relación con los reincidentes, puede resumirse indicando que resultan contrarios al artículo 33 de la Constitución Política, pues permiten un trato desigual para situaciones objetivamente iguales -a mismo hecho delictivo respuesta penal desigual (pena, o medida de seguridad o agravación de la pena a un máximo único para toda clase de delito)- y contrarios a lo reglado en el artículo 39 constitucional pues se fundamentan en la peligrosidad del sujeto cuando dicho canon lo hace en relación con la culpabilidad.

IVo.-

Según ya quedó expuesto en el resultando III, la Procuraduría General de la República estima que las medidas de seguridad resultan necesarias en relación a una serie de individuos para los que las penas han demostrado ser ineficaces, pues aquéllas dan una nueva posibilidad al fundamentarse en criterios diferentes y tomar en consideración especial la peligrosidad del sujeto para fijar su duración y el régimen en que serán cumplidas. Esta tesis sobre la sanción, en la que las medidas de seguridad coexisten junto a las penas, parte de la base de que se da una clara diferenciación entre unas y otras. La doctrina desarrollada al respecto se preocupa por señalar nítidamente los motivos diferenciadores que llevan a la aceptación de esa coexistencia, pero al menos en nuestro medio, en la práctica, se borra toda diferenciación, según lo reconoce expresamente el Instituto Nacional de Criminología, dado que las medidas se descuentan en los mismos lugares en que se aplican las penas; a los sujetos sometidos a ellas no se les da un tratamiento especial, ni se tiene a disposición elementos suficientes para establecer el grado de peligrosidad de la persona sometida a una medida de esa índole. En realidad, en nuestro medio, las medidas de seguridad sólo se diferencian de las penas, en que su duración es indeterminada. El propio Código Penal en su artículo 51 al señalar la finalidad de penas y medidas de seguridad, posibilita la señalada confusión al establecer para ambas un fin "rehabilitador", olvidando que las primeras tienen un claro contenido retributivo y garantista, mientras que las segundas se fundamentan en una discutible prevención especial, razón por la que la finalidad de ambas no puede unificarse; además el legislador no se preocupa por indicar los medios diferentes que deben emplearse -para mantener la separación entre unas y otras- en procura de lograr el fin propuesto, no obstante que en el artículo 102, para orientar un poco sobre dichos medios, se dispone que las medidas de seguridad de internamiento en colonias agrícolas o establecimientos de trabajo en los que se someterá a los internos a un régimen especial, se destinarán los delincuentes habituales o profesionales, pero, sobre esto último, nuevamente la realidad nos lleva a reconocer la inexistencia de las señaladas colonias y establecimientos de trabajo y el régimen especial, propios para las personas sometidas a medidas de seguridad. Pero es de aceptar que la inexistencia de lugares aptos para el cumplimiento de medidas de seguridad de internamiento, por sí sola, no conlleva quebranto alguno a la Constitución, con sólo crear esos lugares el problema estaría resuelto. Todo lo señalado en este aparte nos lleva a concluir que en Costa Rica las penas privativas de libertad y medidas de seguridad de internamiento no tienen efectivamente diferencia alguna, se descuentan en los mismos centros de reclusión y bajo los mismos programas, aunque a los sometidos a medidas se les desconoce una serie de beneficios que como la suspensión condicional de la pena, la amnistía y el indulto, si proceden en relación a los condenados a pena de prisión y el término en que deberán estar sometidos a restricción de su libertad es indeterminado, esto no demerita la anterior conclusión, sobre la no diferenciación en la práctica de las medidas y las penas, conclusión que deberá tomarse en consideración luego al hacer pronunciamiento específico sobre las pretensiones del recurrente. Es de señalar además, -pues de seguro será un criterio que incidirá en lo que deba resolverse en el caso presente- que existe marcada aceptación en la doctrina para tener como fundamento de la pena a la culpabilidad, mientras que las medidas lo hacen en la peligrosidad. La culpabilidad permite una función garantista a la pena, pues limita al Estado

en cuanto a la reacción por la comisión de un hecho delictivo, al tanto de culpabilidad, mientras que la peligrosidad no puede cumplir ese cometido, dado que para “superarla” se necesita someter al sujeto a un “tratamiento” o intervención por tiempo indeterminado; la gravedad del hecho, la importancia del bien jurídico afectado y el grado de culpabilidad demostrado en la comisión del hecho, pierden importancia como circunstancias a tomar en consideración para fijar el tanto de la reacción penal, así bien puede ser posible que por la participación en un mismo hecho delictivo, la duración de la intervención o reacción estatal en relación con los sujetos activos, sea marcadamente diferente, pues se “comprueba” en ellos, diversos grados de peligrosidad. Al contrario, la comisión de múltiples hurtos simples amerita una mayor intervención institucional en relación a la que corresponde a un homicidio pasional, no obstante que éste afecta un bien jurídico superior, pero el grado de peligrosidad, por la reiteración en infracciones, deja ver un mayor desprecio o inadecuación de la conducta a los cánones de convivencia que toma en consideración el legislador para establecer los tipos penales.

Vo.-

En las actas de la Asamblea Constituyente no existe referencia alguna sobre el por qué, al escoger la fórmula que luego sería el artículo 39 de la Constitución, se optó por hacer expresa referencia a la culpabilidad, circunstancia ésta que llama la atención, si se toma en consideración que el Código Penal vigente a esa época fundamentaba la responsabilidad (así titula el Capítulo II, del Título II, sobre el delito, artículos 21 a 24) principalmente en la peligrosidad. Esto último se concluye de la sola lectura del artículo 88 del Código Penal de 1941, que disponía: “Los jueces al dictar sentencia determinarán a su arbitrio, dentro de los límites pre-establecidos por este Código, la cantidad de pena aplicable tomando en cuenta la mayor o menor peligrosidad del delincuente...” Si la normativa vigente no daba trato especial a la culpabilidad (en el artículo 19 del Código Penal vigente a la fecha se disponía: “El dolo o intención de delinquir se presume en todas las acciones u omisiones punibles”) y sí hacía referencia a la peligrosidad, al menos para ser tomada en consideración al fijar la sanción a imponer, la inclusión del término “culpabilidad” en la Constitución conlleva un notable cambio de criterio, que debe ser analizado en cuanto a sus repercusiones, en relación a las circunstancias que deben ser tomadas como parámetro a considerar para establecer la responsabilidad penal de las personas y para la fijación de la pena. La cita de la culpabilidad en la norma constitucional proviene del proyecto presentado a la Asamblea Constituyente por la Junta Fundadora de la Segunda República, cuyo artículo 45 decía: “ARTICULO 45.-

A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa demostración de culpabilidad. El indiciado tendrá siempre oportunidad de ejercitar el derecho de defensa.” No se cuenta al momento con los antecedentes históricos relacionados con la redacción de la transcrita norma, ni del por qué se incluyó la cita a la culpabilidad en ella, aunque algunos Diputados Constituyentes se pronunciaron por -sin dar un contenido claro a la culpabilidad- exigir la demostración de culpabilidad a efecto de aceptar la responsabilidad del encausado con el hecho.

Vlo.-

La cita en relación con la culpabilidad en el artículo 39, como ya se dijo, conlleva un cambio de criterio en cuanto a la responsabilidad del sujeto, debe establecerse ahora, sin con ello el constituyente pretendió receptar un derecho penal fundamentado en la culpabilidad en el que sólo se es responsable si se es culpable y se es tal en el tanto de culpa con que se haya actuado, siendo ésta la medida correspondiente para la reacción penal, o por el contrario, la exigencia de la demostración de culpabilidad sólo incide en la posibilidad de acordar la responsabilidad del sujeto en el hecho atribuido. Para resolver este punto es conveniente señalar que el marco constitucional, en relación con las garantías ciudadanas -el artículo 39 se ubica en ellas- debe ser tenido como básico -en esas garantías se establecen mínimos-, pues sirve de límite y control al poder del Estado -en el caso concreto al poder penal-, que por esencia debe ser limitado.

VIIo.-

El derecho penal de culpabilidad, como ya se adelantó, pretende que la responsabilidad penal -como un todo- esté directamente relacionada con la conducta del sujeto activo; se es responsable por lo que se hizo (por la acción) y no por lo que se es. Sancionar al hombre por lo que es y no por lo que hizo, quiebra el principio fundamental de garantía que debe tener el derecho penal en una democracia. El desconocerle el derecho a cada ser humano de elegir como ser -ateniéndose a las consecuencias legales, por supuesto-, y a otros que no pueden elegir, el ser como son, es ignorar la realidad social y humana y principios básicos de libertad. Si la sanción penal, se relaciona con el grado de culpa con que el sujeto actuó, esos principios básicos se reconocen, pues la pena resulta consecuencia del hecho cometido y se relaciona directamente con él para la fijación del tanto de pena a cumplir, funciona en el caso la culpabilidad como un condicionante de la pena, pero al mismo tiempo sirve para hacerla proporcional al hecho cometido, a la afectación del bien jurídico que se dio con la acción atribuida al sujeto activo del ilícito. Nuestro Código Penal en relación a la fijación de la pena parece seguir los principios de un derecho penal de autor (responsabilidad por lo que se es), al respecto dice su artículo 71, en lo que interesa: “El Juez en sentencia motivada, fijará la duración de la pena que debe imponerse ... atendiendo a la gravedad del hecho y a la personalidad del partícipe.” Señala además que debe tomar en cuenta las condiciones personales del sujeto activo y la conducta posterior al delito y pedir al Instituto Nacional de Criminología las características psicológicas, psiquiátricas y sociales del reo, así como las referencias a educación y antecedentes), sin tomar en consideración plenamente la función limitadora que en relación a aquél extremo debe cumplir la culpabilidad. Si al disponer el señalado artículo 39 constitucional que “A nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad” el constituyente optó por un derecho penal de culpabilidad, la pena debe necesariamente estar limitada, entre otras circunstancias, por el grado de culpa con que actuó el sujeto activo y en tal razón cualquier principio que pretenda desconocer ese límite deviene en inconstitucional, pero lo anterior no conlleva a estimar que el señalado artículo 71 sea inconstitucional, pues como luego se verá, el derecho penal de culpabilidad no excluye que se tome en consideración circunstancias personales del sujeto activo, al momento de fijar la pena a descontar.

VIIIo.-

Puede también negarse que el constituyente optara por un derecho penal puro, total, de culpabilidad. La fórmula empleada en el artículo 39 en comentario, permite también concluir que constitucionalmente hablando la culpabilidad sólo debe exigirse al realizar el juicio de reproche para fijar si se es responsable penalmente por un hecho cometido, “A nadie se le hará sufrir pena sino” ...”mediante la necesaria demostración de culpabilidad”, dice la norma. El error conceptual que en este caso habría cometido el constituyente, al confundir culpabilidad con responsabilidad y con ello reducir el marco de exigencia de la culpabilidad -esto no lleva a concluir que la exigencia de tomar en consideración el mayor o menor grado de culpabilidad en la acción, para fijar la pena a descontar es inconstitucional- resulta excusable si se toma en consideración que autores de mucha categoría en el campo penal también han caído en esa confusión, pero de aceptarse esa tesis ello conllevaría a un resultado diferente al señalado en el considerando anterior en relación al problema planteado, pues el marco constitucional entonces sólo exigiría la demostración de culpabilidad para imponer una sanción penal, pero el monto de ésta puede no estar relacionado con el grado de culpa con que se actuó. El principio sería, se es responsable porque se es culpable, pero la reacción penal no se encuentra limitada por el grado de culpabilidad con que se actuó en el hecho atribuido. Si esta conclusión es válida, penas y medidas podrían coexistir sin lesionar lo dispuesto en el artículo 39 de la Constitución, dado que en éste no se exigiría proporcionalidad entre el monto de la pena y el grado de culpabilidad, pero ésta -la culpabilidad- perdería un amplio marco de influencia y su función garantista, dado que sólo sería tomada en consideración al fijarse la responsabilidad del sujeto en los

hechos que le fueren imputados, no así en relación con la respuesta penal correspondiente a la acción que se le atribuye. Este criterio, muy en boga en América Latina, no ha podido ser plenamente llevado a la práctica, en primer lugar porque el procedimiento penal de nuestro medio, en cuenta el costarricense, no está diseñado para hacer un juicio sobre la personalidad del sujeto activo, los criterios que aplican los jueces, este respecto, resultan empíricos, subjetivos y en tal razón en sí mismos peligrosos. No es extraño encontrar en los pronunciamientos de nuestros tribunales, al momento de fundamentar el fallo en cuanto a la pena se refiere, que lo hacen señalando que toman en consideración el criterio que sobre la personalidad del condenado se han formado en la audiencia, criterio, que como ya se dijo, es pobre, empírico y posiblemente no ajustado a la realidad, dado que el comportamiento propio del sujeto, jamás podrá ser el que representa en una audiencia judicial, la que por su misma forma conlleva a una imposición de conductas que imposibilitan que la conducta del sujeto pueda manifestarse libre, espontánea y plenamente. Tampoco resulta extraño que al fundamentar el tanto de pena a imponer, los juzgadores señalen que lo hacen tomando en consideración las circunstancias de modo, tiempo y lugar con que se cometió el hecho, sin que se aclare cuál es el contenido que a cada uno de esos conceptos se le da para el caso concreto. Estos dos ejemplos aclaran el por qué se estima que nuestro procedimiento no se encuentra diseñado para hacer un estudio confiable sobre la personalidad del sujeto activo y el tanto en que ella ha influido en la comisión del hecho. Si el procedimiento no ayuda a llenar esos vacíos, pero la peligrosidad del sujeto se toma en consideración para fijar la pena, se puede con ello producir graves injusticias al comprometer la seguridad jurídica de los ciudadanos -fin propio del derecho-, alterando el principio de proporcionalidad que debe informar la reacción estatal en relación con los hechos delictivos (la reacción penal -pena- no resulta proporcional al delito cometido, pues no se toma en consideración la importancia del bien jurídico afectado y el grado de culpa del autor del hecho). La pretendida fijación de la respuesta penal con base a la peligrosidad del sujeto también encuentra otro obstáculo constituido esta vez por la ineficacia de los medios empleados para superar ese estado peligroso del sujeto manifestado con su acción delictiva, pues está suficientemente demostrado el carácter criminógeno del medio carcelario, en el que mal puede el Estado pretender hacer desaparecer el grado de peligrosidad del sujeto. Los lugares que se tienen destinados para el cumplimiento de penas y medidas de seguridad, en la mayoría de los casos, tienen un ambiente criminógeno aún mayor que el medio social en que se encontraba el sujeto cuando cometió el delito, razón que lo deslegitima para constituirse en medio de resocialización.

IXo.-

A efecto de establecer el marco constitucional en relación con la fijación de la pena, es dable tomar en consideración que al ubicarse el artículo 39 dentro del capítulo correspondiente a los derechos y garantías individuales, con ello -según ya se apuntó- el constituyente ya señala un norte, sea el que los principios contenidos en ese capítulo se constituyen en contención a la intervención del Estado en la esfera particular. Por ello en relación con las dos opciones desarrolladas en los considerandos inmediatos anteriores, debe tomarse la que logre constituirse en una mayor garantía para el ciudadano, por lo que debe concluirse que al establecerse la culpabilidad como una circunstancia a tomar en consideración para fijar la responsabilidad penal, también ella incide en el tanto de pena a imponer, dentro de los extremos fijados previamente por el legislador para cada acción delictiva en concreto. Esta conclusión tiene a su favor un argumento más, si la legislación vigente a la época en Costa Rica, tomaba como parámetro para la fijación de la pena la peligrosidad del sujeto (relación pena-peligrosidad) y el constituyente optó por señalar que la culpabilidad debía ser demostrada para que se diera responsabilidad penal, sin hacer referencia alguna a la peligrosidad, lo que pretendió fue que la culpabilidad cubriera toda la relación creada entre el sujeto, su acción y la responsabilidad que esta genera, pues lo contrario, sea tenerla sólo como motivo para fundamentar luego un juicio sobre la personalidad del autor, le resta -como ya quedó apuntado- su capacidad garantista en un campo de amplia influencia del Estado, cual es la fijación, el descuento o cumplimiento de las penas restrictivas de la libertad y en menor escala de otros derechos. De aceptarse a tesis reduccionista, se lleva

la exigencia de culpabilidad a ser únicamente una exclusión de la responsabilidad objetiva. El artículo 71 del Código Penal contiene aspectos relacionados con la personalidad del autor, los que no son contrarios al concepto de culpabilidad y su marco de influencia aceptado en el presente pronunciamiento por la Sala, razón por la que deben mantenerse vigentes y en consecuencia ser tomados en consideración por los jueces al momento de fijar las penas, pues además esas circunstancias sirven también para fijar el grado de culpa con que se actuó.

Xo.-

En la primera argumentación el recurrente señala que las normas argüidas de inconstitucionales también lesionan el artículo 33 de la Constitución Política en el que se garantiza el principio de igualdad. En forma reiterada tanto la Corte Suprema de Justicia cuando ejercía su competencia en materia de constitucionalidad, como esta Sala ahora, señalaron que la igualdad establecida en la norma constitucional, conlleva igualdad de trato en idénticas condiciones, ello permite concluir, de aplicarse la garantía en esos términos, que cuando se presentan situaciones diferentes (por ejemplo de un reincidente en relación con un primario en la comisión de hechos delictivos), el trato desigual no produce lesión constitucional alguna. Al contrario también debe concluirse que situaciones diferentes conllevan, efectos diferentes, dado que no podría aceptarse que un mismo resultado se logre ante situaciones que son del todo diferentes, pues ello contraviene la garantía de comentario. Desde luego que a efecto de establecer si se está objetivamente en una situación de igualdad, sólo es dable tomar en consideración las circunstancias relevantes del caso, las que conlleven un motivo racional, que incidan en lo medular del asunto a resolver.

Xlo.-

Al plantear su acción el recurrente señala como inconstitucionales, según el primer motivo, a los artículos 40 párrafo segundo y 41 párrafo segundo, 78 y 98 inciso 3o., todos del Código Penal, por estimarlos contrarios a lo constitucionalmente dispuesto en los artículos 33 y 39 de la Carta Magna. Los señalados artículos del Código Penal, disponen: “ARTICULO 40.-

Será declarado delincuente habitual quien después de haber sido condenado en el país o en el extranjero por dos o más delitos dolosos, cometiere otro y se demostrare su inclinación a delinquir. No se tomarán en cuenta para la declaración de habitualidad los delitos políticos o fiscales.

Al delincuente habitual se le aplicará la respectiva medida de seguridad.” “ARTICULO 41.-

Será declarado delincuente profesional quien haya hecho de su conducta delictuosa un modo de vivir.

Al delincuente profesional se le aplicará la respectiva medida de seguridad o se agravará la pena, a juicio del Juez” “ARTICULO 78.-

Al reincidente se le aplicará la sanción correspondiente al último hecho cometido, aumentándola, a juicio del juez, sin que pueda pasar de máximo fijado por este Código a la pena de que se trate” “ARTICULO 98.- Obligatoriamente el Juez impondrá la correspondiente medida de seguridad:

- 1) Cuando el autor de un delito haya sido declarado inimputable o tuviere disminuida su imputabilidad;
- 2) Cuando por causa de enfermedad mental se interrumpe la ejecución de la pena que le fue impuesta;
- 3) Cuando se trate de un delincuente habitual o profesional;
- 4) Cuando cumplida la pena, el Juez estime que ha sido ineficaz para la readaptación del reo;
- 5) Cuando quien cometa un delito imposible fuere declarado autor del hecho;
- 6) Cuando la prostitución, el homosexualismo, la toxicomanía o el alcoholismo son habituales y han determinado la conducta delictiva del reo; y
- 7) En los demás casos expresamente señalados en este Código.” De lo analizado con anterioridad en relación con la culpabilidad y el trato igual para situaciones jurídicas iguales, debe concluirse que las apreciaciones del recurrente son correctas y en tal razón aceptar que las transcritas normas resultan inconstitucionales, en los párrafos señalados en el recurso, por permitir que se fije una

respuesta penal en relación con una persona capaz de ser sujeto de responsabilidad penal, sin tomar en consideración el grado de culpabilidad con que actuó, y por permitir se pueda acordar una pena igual a situaciones absolutamente diferentes. En el párrafo segundo del artículo 41 y en el artículo 78, ambos del Código Penal, se permite un aumento de la pena, por ser calificado el condenado como delincuente profesional o por la reincidencia en la comisión de hechos delictivos, luego se darán las razones del por qué se acepta que esa posibilidad resulta inconstitucional.

XIIo.-

Al aceptar la inconstitucionalidad de las señaladas normas se acepta que al disponer el constituyente en el artículo 39 de la Constitución Política que “A nadie se le hará sufrir pena sino...” “...” mediante la necesaria demostración de culpabilidad”, dio a ésta, -a la culpabilidad- un marco de influencia relacionado no sólo con la responsabilidad del sujeto activo, sino en cuanto al tanto de pena que debe descontar por el hecho atribuido, la culpabilidad se constituye así en el límite de la pena, dentro de los extremos señalados por el legislador para cada delito en particular. Si el artículo 78 del Código Penal permite la imposición de penas iguales para casos absolutamente diferentes, pues permite llevar el extremo mayor de la pena al correspondiente de la pena de que se trate, su inconstitucionalidad resulta obvia. En el artículo 111 del código represivo se fija la pena de prisión correspondiente al homicidio simple en prisión de ocho a quince años y en el 120 ejúdem, la del aborto en prisión de tres meses a dos años, pero en virtud de lo reglado en el numeral 78 ibídem, ambos extremos superiores se pueden tener -y así lo han estimado numerosos tribunales de la República- como unificados en veinticinco años de prisión, de donde teóricamente hablando se faculta para que en el caso de que dos reincidentes cometan, cada uno de ellos uno de los delitos señalados, se les pueda imponer igual número de años de prisión a descontar, pasando entonces a segundo lugar el grado de culpabilidad con que se actuó y la importancia del bien jurídico lesionado por el hecho. Lo propio ocurre en relación con el artículo 41 en su párrafo segundo, al permitirse la agravación de la pena, a juicio del Juez. Al resultar inconstitucional el párrafo segundo del artículo 41, en cuanto permite la imposición de una medida de seguridad a un imputable o el aumento de la pena, “a juicio del Juez” y el artículo 78, ello no conlleva a que calificándose al encausado como reincidente o delincuente profesional, esa circunstancia no tenga relevancia alguna al fijar la pena, pues el artículo 71 del Código en comentario permite tomar en consideración al hacer tal fijación, “Las demás condiciones personales del sujeto activo ... en la medida en que hayan influido en la comisión del delito”, pero esa calificación no faculta para que al hacerse la fijación pueda traspasarse el máximo de la pena a imponer, según fijación hecha por el legislador para el tipo penal de que se trate, pues la pena debe ser fijada “de acuerdo con los límites señalados para cada delito”, según se dispone en el reiteradamente citado artículo 71.

XIIIo.-

El segundo argumento queda reducido, en razón de lo apuntado en el considerando lo. del presente pronunciamiento, a establecer si el artículo 100 del Código Penal es contrario a lo dispuesto en los artículos 33 y 40 de la Constitución Política. En cuanto se señala en el citado artículo 100 la duración de las medidas de seguridad posibles de imposición a imputables, es incuestionable que resulta inconstitucional, pues según ha quedado ya señalado en los considerandos anteriores, esas medidas son contrarias a lo dispuesto en el artículo 39 de la Constitución en relación a la culpabilidad y su marco de influencia, así la norma que se refiere a la duración de esas medidas es también inconstitucional y así debe declararse.

XIVo.-

Si la pena debe, necesariamente, estar relacionada en su “cuantun”, con el grado de culpabilidad con que actuó el sujeto, la posibilidad de extender su duración mediante la imposición de una medida de seguridad en los términos del artículo 98 inciso 4o.- del Código Penal, también deviene en inconstitucional, independientemente de si para acordar esa medida resulta necesario realizar “un nuevo juzgamiento” del

sujeto al que se le impuso la pena que resultó ineficaz para lograr su “readaptación”. La autorización para imponer una medida de seguridad en los casos a que se refiere el señalado artículo 98 en su inciso 4o, resulta incompatible con la idea del Estado de Derecho, pues una vez que a la persona se le ha realizado el juicio de reproche, respecto de los hechos a él atribuidos, lo que permite tenerlo como autor de un hecho y aplicarle en consecuencia una pena, se le vuelve a someter a “juicio”, en el que no se juzgarán los hechos, sino que se valorará el posible efecto que en él surtió la pena que le correspondió de conformidad a los principios de legalidad y culpabilidad que las informan y se opta por someterlo a una medida indeterminada en cuanto a su duración, negándosele también como consecuencia y en relación a la medida, la posibilidad de que le sean concedidos una serie de beneficios que proceden respecto de las penas pero no de las medidas, con lo que se contraviene lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 42 constitucional. La norma que se analiza hace derivar una consecuencia jurídica más grave a la pena impuesta a una persona condenada con anterioridad, de tal forma que añade un plus de gravedad a la pena inicialmente impuesta, lo que amerita una nueva valoración sobre la respuesta penal para un mismo hecho, y por ello se contraviene el principio “non bis in idem” contenido en el artículo constitucional citado y en el 8.4. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además, dicha norma también irrespeta lo dispuesto en el artículo 28 constitucional al pretender obligar al ciudadano a modificar su pensamiento o modo de vida, hasta adoptar los principios que el legislador toma en cuenta para fijar los tipos penales. Con la imposición de una pena se le llama la atención al destinatario principal de la norma para que modifique su conducta, pero si ello no se logra, el Estado no se encuentra legitimado para extender el tanto de la sanción hasta que la pretensión se logre, ello conllevaría un nuevo juicio de reproche, esta vez por no haberse reformado como se pretendía, exigiéndosele modificar su pensamiento y mientras ello no ocurra, la reacción penal del Estado se mantiene. Este pensamiento no resulta propio de un sistema democrático pero si de un régimen autoritario que no se aviene a los principios de libertad en que se fundó el sistema constitucional costarricense.

XVo.-

El artículo 89 de la Ley que rige esta jurisdicción señala como obligación de la Sala declarar la inconstitucionalidad de los demás preceptos de la ley o de cualquier otra, cuya anulación resulte evidentemente necesaria por conexión o consecuencia. Al fijar las clases de medidas, el artículo 101 del Código Penal, señala que: “Son medidas de internación: El ingreso en una colonia agrícola y el ingreso en establecimientos de trabajo.” y en el 102, se dispone cómo se aplicarán las medidas, señalándose en relación con los delincuentes habituales o profesionales que serán destinados a colonias agrícolas o establecimientos de trabajo (inciso b), que la libertad vigilada se dispondrá en los casos en que se termine otra medida o una pena y el Juez ordene aplicarla por un tiempo prudencial (inciso c), y que cuando el juez lo considere oportuno, podrá imponer al sujeto que cumplió una pena o una medida de seguridad, la prohibición de residir en determinado lugar, por el tiempo que estime conveniente (inciso d). Todas estas normas, resultan inconstitucionales, y así debe declararse, pues ellas aplican los mismos principios de las que se han señalado como contrarias al marco constitucional según las apreciaciones formuladas con anterioridad.

XVlo.-

A los efectos de lo dispuesto en el artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, todas aquellas personas que hubieren descontado una medida de seguridad, de las posibles de aplicación por haber sido declarados delincuentes habituales o profesionales, según lo reglado en las normas que ahora se acuerda su inconstitucionalidad, pueden plantear recurso de revisión, en los términos del artículo 490 inciso 5o. del Código de Procedimientos Penales. Quienes actualmente descuentan una medida, en esos términos y aquéllos a quienes se les haya impuesto una pena, superior al extremo mayor de la pena de que se trate según lo dispuesto en el Código Penal en el tipo correspondiente, haciendo uso de la facultad conferida al sentenciador en el 78 del señalado código, por ser calificados como reincidentes, podrán también pedir revisión de su caso.

Por tanto:

Se declara mal admitido el recurso en relación a la alegada inconstitucionalidad del artículo 98 inciso 1) del Código Penal, que se refiere a la imposición de medidas de seguridad a sujetos imputables o de imputabilidad disminuida. Se declaran inconstitucionales y en consecuencia se anulan, los artículos 40, 41, 78, 98 incisos 3o. y 4o., así como las frases: “las de internación no podrán exceder de 25 años y las de vigilancia no serán superiores a 10 años; estas dos últimas medidas prescribirán en 25 años” contenida en el artículo 100, “Son medidas de internación: El ingreso en una colonia agrícola y el ingreso en establecimientos de trabajo”, contenida en el artículo 101, “se destinarán los delincuentes habituales o profesionales” ...”y los que, cumplan la pena, cuando el Juez estime que su eficacia readaptadora ha sido nula”, contenidas en el inciso b) del artículo 102, así como los términos “o termine” y “o una pena” contenidos en el inciso c) del citado artículo 102, al igual que el inciso d) del artículo 102, todos los artículos citados corresponden al Código Penal, ley número 4573 de cuatro de mayo de mil novecientos setenta, que entró a regir el quince de noviembre de mil novecientos setenta y uno . En consecuencia los incisos b) y c) del citado artículo 102 se deben leer, así: “b) A colonias agrícolas, o establecimientos de trabajo en donde estarán sometidos a un régimen especial, se destinarán los autores de delito imposible.” y “c) La libertad vigilada se ordenará en los casos de condena de ejecución condicional, así como en los casos en que se suspende otra medida de seguridad y el Juez ordene aplicarla por un tiempo prudencial.”. Se confiere a esta declaratoria efectos retroactivos a la fecha en que entraron a regir las normas ahora declaradas inconstitucionales, salvo en cuanto a las multas que ya hubieren sido canceladas, en que dicho efecto se limita a cuatro años contados a partir de la publicación de este pronunciamiento en el Boletín Judicial. Los efectos civiles de los pronunciamientos que se hubieren hecho, en los que se aplicaren las normas ahora declaradas inconstitucionales, se mantienen vigentes y en consecuencia pueden ejecutarse aún después del presente pronunciamiento. Todas aquellas personas que hubieren descontado una medida de seguridad, de las posibles de aplicación por haber sido declarados delincuentes habituales o profesionales, según lo reglado en las normas que ahora se acuerda su inconstitucionalidad, pueden plantear recurso de revisión, en los términos del artículo 490 inciso 5o. del Código de Procedimientos Penales y dentro de los quince días hábiles siguientes a la publicación del presente pronunciamiento en el diario oficial La Gaceta. Quienes hayan sido declarados delincuentes habituales o profesionales y en consecuencia se encuentren sometidos a una medida, tienen derecho al recurso de revisión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 490 inciso 6o.-del Código de Procedimientos Penales. Todas las medidas que se estuvieren cumpliendo y que hayan sido impuestas con fundamento a lo reglado en el artículo 98 inciso 4o. del Código Penal, el Juzgado de Ejecución de la Pena deberá darlas por concluidas. Los tribunales que hubieren impuesto una pena, fuera de los extremos señalados para cada tipo penal en el Código Penal, haciendo uso de la facultad conferida en el artículo 78 de ese ordenamiento, deben hacer nuevamente la fijación de la pena, a pedido del interesado, fijando la correspondiente dentro de extremos señalados en el citado código Penal, dicha solicitud deberá hacerse dentro del mes siguiente a la publicación de este pronunciamiento en el diario oficial La Gaceta. Comuníquese por nota este fallo al despacho judicial que conoce de la causa que sirvió de base para el planteamiento de la presente acción; reséñese esta sentencia en el Diario Oficial “La Gaceta” y publíquese íntegramente en el “Boletín Judicial”. Comuníquese esta declaratoria de inconstitucionalidad a los Poderes Ejecutivo y Legislativo. Notifíquese.

R. E. Piza E.

Presidente a.i.

Jorge Baudrit G. Jorge E. Castro B.

Luis Fernando Solano C. Luis Paulino Mora M.

Eduardo Sancho G. Bernal Aragón B.

Nº 796-92 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las catorce horas y treinta minutos del veinticuatro de marzo de mil novecientos noventa y dos.

Considerando: UNICO: Que en el fallo número 88-92, dictado por esta Sala a las once horas del diecisiete de enero del año en curso, se consignó, con evidente error material, que la declaratoria de inconstitucionalidad, al contrario de lo que se indica en la parte considerativa, lo es de los artículos 40, 41 y 78 del Código Penal, cuando en realidad lo debe ser de los párrafos segundos de los artículos 40 y 41, que dicen, por su orden: “Al delincuente habitual se le aplicará la respectiva medida de seguridad” y “Al delincuente profesional se le aplicará la respectiva medida de seguridad o se agravará la pena, a juicio del juez”, y el 78 en la frase en que se dispone: “aumentándola, a juicio del Juez, sin que pueda pasar del máximo fijado por este Código a la pena de que se trate.”, procede enmendarlo y corregirlo de tal manera que se lea correctamente, en lo que interesa, así: “Se declaran inconstitucionales y en consecuencia se anulan, los párrafos segundos de los artículos 40 y 41 y la frase del 78 que dice: “aumentándola, a juicio del Juez, sin que pueda pasar del máximo fijado por este Código a la pena de que se trate.” Por tanto: En lugar de la frase: “Se declaran inconstitucionales y en consecuencia se anulan, los artículos 40, 41, 78,” contenida en el Por Tanto de la sentencia dictada por esta Sala a las once horas del diecisiete de enero del año en curso, debe leerse:”Se declaran inconstitucionales y en consecuencia se anulan, el párrafo segundo del artículo 40 y el párrafo segundo del 41, así como la frase que dice: “aumentándola, a juicio del Juez, sin que pueda pasar del máximo fijado por este Código a la pena de que se trate”, contenida en el artículo 78,” fallo que queda valedero en todo lo demás.

R. E. Piza E.

Presidente a.i.

Jorge Baudrit G. Jorge E. Castro B.

Luis Paulino Mora M. Eduardo Sancho G.

José Luis Molina Q. Fernando Del Castillo R.

DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA MEDIDA DE SEGURIDAD EN LOS CASOS DE TENTATIVA INIDÓNEA O DELITO IMPOSIBLE

Nº 1588-M-98.

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las dieciséis horas con veintisiete minutos del diez de marzo de mil novecientos noventa y ocho-

(...)

Redacta el Magistrado Mora Mora; y,

Considerando:

I.- INCONSTITUCIONALIDAD DE LA IMPOSICION DE UNA MEDIDA DE SEGURIDAD AL AUTOR DE UNA TENTATIVA INIDONEA O DELITO IMPOSIBLE: En primer término, el Tribunal consultante refiere que tiene dudas en cuanto a la constitucionalidad del numeral 24 in fine en relación con los artículos 98 inciso 5) y 102 inciso b) del Código Penal, por cuanto el mismo prevé la imposición de una medida de seguridad para los casos en que fuere absolutamente imposible la consumación del delito, con lo cual se estaría violando el artículo 39 de la Constitución Política que establece el principio de culpabilidad.- Con relación a este aspecto ya esta Sala señaló en la resolución número 88 de las once horas del diecisiete de enero de mil novecientos noventa y dos, que resulta inconstitucional la imposición de medidas de seguridad a imputables, por vulnerar el principio de culpabilidad que constituye uno de los límites del Estado en la reacción punitiva. Así, se señaló:

“...existe marcada aceptación en la doctrina para tener como fundamento de la pena a la culpabilidad, mientras que las medidas lo hacen en la peligrosidad. La culpabilidad permite una función garantista a la pena, pues limita al Estado en cuanto a la reacción por la comisión de un hecho delictivo, al tanto de culpabilidad, mientras que la peligrosidad no puede cumplir ese cometido, dado que para “superarla” se necesita someter al sujeto a un “tratamiento” o intervención por tiempo indeterminado; la gravedad del hecho, la importancia del bien jurídico afectado y el grado de culpabilidad demostrado en la comisión del hecho, pierden importancia como circunstancias a tomar en consideración para fijar el tanto de la reacción penal, así bien puede ser posible que por la participación en un mismo hecho delictivo, la duración de la intervención o reacción estatal en relación con los sujetos activos, sea marcadamente diferente, pues se “comprueba” en ellos, diversos grados de peligrosidad.... en relación con las garantías ciudadanas -el artículo 39 se ubica en ellas- debe ser tenido como básico -en esas garantías se establecen mínimos-, pues sirve de límite y control al poder del Estado -en el caso concreto al poder penal-, que por esencia debe ser limitado. El derecho penal de culpabilidad, como ya se adelantó, pretende que la responsabilidad penal -como un todo- esté directamente relacionada con la conducta del sujeto activo; se es responsable por lo que se hizo (por la acción) y no por lo que se es. Sancionar al hombre por lo que es y no por lo que hizo, quiebra el principio fundamental de garantía que debe tener el derecho penal en una democracia. El desconocerle el derecho a cada ser humano de elegir como ser -ateniéndose a las consecuencias legales, por supuesto-, y a otros que no pueden elegir, el ser como son, es ignorar la realidad social y humana

y principios básicos de libertad. Si la sanción penal, se relaciona con el grado de culpa con que el sujeto actuó, esos principios básicos se reconocen, pues la pena resulta consecuencia del hecho cometido y se relaciona directamente con él para la fijación del tanto de pena a cumplir, funciona en el caso la culpabilidad como un condicionante de la pena, pero al mismo tiempo sirve para hacerla proporcional al hecho cometido, a la afectación del bien jurídico que se dio con la acción atribuida al sujeto activo del ilícito... Si al disponer el señalado artículo 39 constitucional que: "A nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad" el constituyente optó por un derecho penal de culpabilidad, la pena debe necesariamente estar limitada, entre otras circunstancias, por el grado de culpa con que actuó el sujeto activo y en tal razón cualquier principio que pretenda desconocer ese límite deviene en inconstitucional... al establecerse la culpabilidad como una circunstancia a tomar en consideración para fijar la responsabilidad penal, también ella incide en el tanto de pena a imponer, dentro de los extremos fijados previamente por el legislador para cada acción delictiva en concreto... Al plantear su acción el recurrente señala como inconstitucionales, según el primer motivo, a los artículos 40 párrafo segundo y 41 párrafo segundo, 78 y 98 inciso 3o., todos del Código Penal, por estimarlos contrarios a lo constitucionalmente dispuesto en los artículos 33 y 39 de la Carta Magna. Los señalados artículos del Código Penal, disponen:

"ARTICULO 40.- Será declarado delincuente habitual quien después de haber sido condenado en el país o en el extranjero por dos o más delitos dolosos, cometiere otro y se demostrare su inclinación a delinquir. No se tomarán en cuenta para la declaración de habitualidad los delitos políticos o fiscales.

Al delincuente habitual se le aplicará la respectiva medida de seguridad."

"ARTICULO 41.- Será declarado delincuente profesional quien haya hecho de su conducta delictuosa un modo de vivir.

Al delincuente profesional se le aplicará la respectiva medida de seguridad o se agravará la pena, a juicio del Juez"

"ARTICULO 78.- Al reincidente se le aplicará la sanción correspondiente al último hecho cometido, aumentándola, a juicio del juez, sin que pueda pasar de máximo fijado por este Código a la pena de que se trate"

"ARTICULO 98.- Obligatoriamente el Juez impondrá la correspondiente medida de seguridad:

- 1) Cuando el autor de un delito haya sido declarado inimputable o tuviere disminuida su imputabilidad;*
- 2) Cuando por causa de enfermedad mental se interrumpe la ejecución de la pena que le fue impuesta;*
- 3) Cuando se trate de un delincuente habitual o profesional;*
- 4) Cuando cumplida la pena, el Juez estime que ha sido ineficaz para la readaptación del reo;*

- 5) *Cuando quien cometa un delito imposible fuere declarado autor del hecho;*
- 6) *Cuando la prostitución, el homosexualismo, la toxicomanía o el alcoholismo son habituales y han determinado la conducta delictiva del reo; y*
- 7) *En los demás casos expresamente señalados en este Código.”*

*De lo analizado con anterioridad en relación con la culpabilidad y el trato igual para situaciones jurídicas iguales, debe concluirse que las apreciaciones del recurrente son correctas y en tal razón aceptar que las transcritas normas resultan inconstitucionales, en los párrafos señalados en el recurso, por **permitir que se fije una respuesta penal en relación con una persona capaz de ser sujeto de responsabilidad penal, sin tomar en consideración el grado de culpabilidad con que actuó** (el resaltado no es del original) y por permitir se pueda acordar una pena igual a situaciones absolutamente diferentes... Al aceptar la inconstitucionalidad de las señaladas normas se acepta que al disponer el constituyente en el artículo 39 de la Constitución Política que: “A nadie se le hará sufrir pena sino...”...”mediante la necesaria demostración de culpabilidad”, dio a ésta, -a la culpabilidad- un marco de influencia relacionado no sólo con la responsabilidad del sujeto activo, sino en cuanto al tanto de pena que debe descontar por el hecho atribuido, la culpabilidad se constituye así en el límite de la pena, dentro de los extremos señalados por el legislador para cada delito en particular...”*

En ese orden de ideas, los artículos 24 última frase, 98 inciso 5) y 102 inciso b) del Código Penal resultan inconstitucionales al prever la imposición de una medida de seguridad a un sujeto imputable, a quien lo que correspondería sería reprocharle la conducta de acuerdo a su culpabilidad en el hecho. Las medidas de seguridad están destinadas, no al tratamiento del delincuente como retribución de acuerdo con la gravedad y culpabilidad de su acción, sino a la peligrosidad social que represente. El surgimiento y razón de ser de las medidas de seguridad previstas para los imputables radica en el concepto de peligrosidad, atendiendo a un derecho penal de autor y tiene como fin la prevención de la comisión de delitos. No atienden a un criterio de culpabilidad por el hecho, sino a la calificación de una persona como “peligrosa”, con probabilidad de cometer cualquier delito en el futuro. Históricamente el mayor impulso que se dio a las medidas de seguridad lo fue por la Escuela Positiva o Antropológica del Derecho Penal, que sustituyó la responsabilidad por la peligrosidad y consideró al delito como síntoma de patología psico-somática, que en cuanto tal debe ser tratado y prevenido, más que reprimido, con medidas pedagógicas y terapéuticas dirigidas a neutralizar su etiología. Esa es la doctrina que se encuentra en la base de la punibilidad de la tentativa inidónea, por cuanto, se considera que si bien la persona no llevó a cabo una conducta adecuada para producir el resultado, sí existió una intención de cometer el delito, con lo cual, el sujeto se torna “peligroso” para el ordenamiento jurídico; lo cual, a todas luces es impropio de un sistema penal que pretende ser respetuoso de las garantías y derechos básicos de las personas.

II.- REACCION ESTATAL ANTE LA TENTATIVA INIDONEA O DELITO IMPOSIBLE. PRINCIPIO DE LESIVIDAD. Como segundo planteamiento de la consulta, el Tribunal refiere que tiene dudas en cuanto a la constitucionalidad de la punición de la tentativa inidónea, al considerar que podría lesionar el principio de lesividad, por cuanto con la comisión de dicha conducta no se vulnera el bien jurídico tutelado ni se pone en peligro. Refiere el Tribunal consultante que es reconocido por la doctrina mayoritaria que el Derecho Penal está destinado a la protección de bienes jurídicos y no a la imposición de una determinada moral, por lo que al no lesionar el bien jurídico, la tentativa inidónea no debe penalizarse.- En el considerando anterior se señaló que la imposición de una medida de seguridad al autor de una tentativa inidónea resulta inconstitucional, por cuanto se trata de un imputable a quien el reproche debe formularse de acuerdo a

su culpabilidad en el hecho y no de acuerdo a criterios de peligrosidad. El Tribunal consultante también plantea como argumento de la posible inconstitucionalidad de las normas, la vulneración del artículo 28 de la Constitución Política, por violación al principio de lesividad. Con relación a este aspecto, en primer término ha de decirse que es hoy comúnmente admitido que una teoría del delito sólo puede partir del interés de la protección del bien jurídico. Para poder declarar una conducta como delito, no basta que infrinja una norma ética, moral o divina, sino que es necesario, ante todo, la prueba de su carácter lesivo de valores o intereses fundamentales para la sociedad. Ello encuentra fundamento en nuestro sistema jurídico en el artículo 28 de la Constitución Política, que establece que: “Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley”. Ciertamente, la decisión de cuáles bienes jurídicos han de ser tutelados por el Derecho Penal, es una decisión de carácter político criminal; no obstante, dentro de un sistema democrático como el que consagra nuestra Constitución, en donde se pretende realizar el ideal de una sociedad libre e igualitaria, las intromisiones del Derecho Penal, han de ser las estrictamente necesarias y sobre todo, han de atender al principio de proporcionalidad. Lo anterior por cuanto, la existencia del derecho penal, actualmente, implica la existencia de la estructura carcelaria, que apareja la más grave restricción a la libertad humana; libertad, que el Estado debe paradójicamente, debe garantizar y proteger. Esto es, tal restricción, debería ser la mínima imprescindible para hacer efectivas las libertades de los demás ciudadanos. La intervención del Derecho Penal afecta siempre derechos fundamentales de la persona, priva de libertad de hacer o incluso física, y supone una muy grave ingerencia del Estado en la vida y el desarrollo de la personalidad de los ciudadanos. Desde ese punto de vista, el bien jurídico tiene una función limitadora trascendental; no se justifica la existencia de una norma penal sin que sea inherente el objetivo de la protección de un bien. En este sentido, esta Sala en la resolución número 6410 de las quince horas doce minutos del veintiséis de noviembre de mil novecientos noventa y seis señaló:

“Los bienes jurídicos protegidos por las normas penales son relaciones sociales concretas y fundamentales para la vida en sociedad. En consecuencia, el bien jurídico, el interés, ente, relación social concreta o como se le quiera llamar tiene incidencia tanto en el individuo y en la sociedad como en el Estado y sus órganos. Para el individuo el bien jurídico implica por un lado, el derecho a disponer libremente de los objetos penalmente tutelados y, por otro, una garantía cognoscitiva, esto es, que tanto el sujeto en particular como la sociedad en su conjunto han de saber qué es lo que se protege y el porqué de la protección. Para el Estado implica un límite claro al ejercicio del poder, ya que el bien jurídico en su función garantizadora le impide, con fundamento en los artículos 39 y 28 constitucionales, la producción de tipos penales sin bien jurídico protegido y, en su función teleológica, le da sentido a la prohibición contenida en el tipo y la limita. Estas dos funciones son fundamentales para que el derecho penal se mantenga dentro de los límites de la racionalidad de los actos de gobierno, impuestos por el principio republicano-democrático. Sólo así se puede impedir una legislación penal arbitraria por parte del Estado. El bien jurídico al ser el “para qué” del tipo se convierte en una herramienta que posibilita la interpretación teleológica (de acuerdo a los fines de la ley) de la norma jurídica, es decir, un método de interpretación que trasciende del mero estudio formal de la norma al incluir en él el objeto de protección de la misma, cuya lesión constituye el contenido sustancial del delito. La importancia del análisis del bien jurídico como herramienta metodológica radica en que el valor de certeza del derecho (tutelado por el principio de legalidad criminal), a la hora de la interpretación de la norma, viene precisamente de entender como protegido sólo aquello que el valor jurídico quiso proteger, ni más ni menos. Así las cosas, la herramienta de interpretación intenta equilibrar el análisis de la norma, al tomar en consideración el bien jurídico a fin de establecer los límites de la prohibición.”

IV. La necesidad del bien jurídico como fundamento de todo tipo penal nace de la propia Constitución Política; el principio Democrático-Republicano de Gobierno, consagrado en el artículo 1° constitucional, que reza: “Costa Rica es una República democrática, libre e independiente”; le impone al Estado la obligación de fundamentar razonablemente su actuar, lo que implica límites razonables a los actos de gobierno, es decir, al uso del poder por parte del gobierno. Como complemento a esta máxima democrática tenemos, por un lado, al principio de reserva, (artículo 28, párrafo 2 de la Constitución Política), que pone de manifiesto la inadmisibilidad en nuestro derecho positivo de una conducta considerada delictiva por la ley penal y que no afecte un bien jurídico. Y por otro, la existencia de un principio de legalidad criminal que señala un derecho penal republicano y democrático, por lo que no sólo es necesaria la tipicidad (descripción clara, precisa y delimitada) de la conducta, sino además, el conocimiento de un orden sancionador basado en bienes jurídicos. Esto significa que todas y cada una de las prohibiciones de conducta penalmente conminadas, están montadas sobre una base razonable: la protección de zonas de fundamental importancia para la convivencia del grupo social. De lo expuesto se desprende el indudable valor constitucional del bien jurídico (la necesidad de que el tipo penal sea jurídicamente válido) y sus implicaciones en la consolidación de un Estado de Derecho.

V.- El valor constitucional del bien jurídico ha sido ya analizado por la Sala, que en aplicación y acatamiento de las potestades que la Constitución Política y la Ley de la Jurisdicción Constitucional le otorgan, le consideró como fundamento del *ius puniendi* estatal, y como base para la interpretación por parte de los demás órganos jurisdiccionales a la hora de aplicar la ley penal a un caso concreto. Mediante la sentencia número 0525-93 de las catorce horas veinticuatro minutos del tres de febrero de mil novecientos noventa y tres, al reconocer la existencia de un derecho penal democrático y acorde con sus postulados dogmáticos, que rigen esa forma de gobierno, se consideró que:

“Al disponerse constitucionalmente que “las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley” -Art. 28- se impone un límite al denominado *ius puniendi*, pues a cada figura típica ha de ser inherente una lesión o peligro de un valor ético social precisamente determinado; en otros términos, puesto que no basta que una conducta u omisión “encaje” abstractamente en un tipo, es también necesaria una lesión significativa de un bien jurídico. De lo contrario, tendríamos conductas delictivas pese a que no dañan la moral o el orden público o a que no perjudican a tercero”.

Las implicaciones que el citado fallo conlleva para la vida jurídico-penal son muy significativas: primero, que una teoría del delito basada en los principios del Estado de Derecho debe tender siempre a la seguridad jurídica, la cual sólo puede ser alcanzada a través de la protección de los bienes jurídicos básicos para la convivencia social; segundo, para que podamos comprobar la existencia de un delito la lesión al bien jurídico no sólo debe darse, sino que ha de ser de trascendencia tal que amerite la puesta en marcha del aparato punitivo estatal, de ahí que el análisis típico no se debe conformar con el estudio de la tipicidad sino que éste debe ser complementado con un análisis de la antinormatividad de la conducta; tercero, que la justicia constitucional costarricense tiene la potestad de controlar la constitucionalidad de las normas penales bajo la óptica de la Carta Magna, ajustándolas a la regularidad jurídica, con lo cual se puede asegurar el cumplimiento de los aspectos de la teoría del delito que gocen de protección constitucional.”

No obstante, si bien es cierto, toda conducta penalizada ha de tener como objetivo la protección de un bien jurídico determinado, el legislador tiene la facultad de diseñar las normas penales conforme considere se adaptan mejor a 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.- Tanto en la tentativa idónea como en la inidónea existe un disvalor de la acción y un ánimo de cometer un hecho punible; el agente utiliza los medios que cree idóneos para la consumación, cree que sus actos son adecuados para consumir el ilícito y que el objeto es idóneo para la realización del tipo del injusto. Esto es, si se realiza un análisis meramente subjetivo no existe diferencia alguna entre la tentativa idónea e inidónea; sin embargo, mientras en la tentativa idónea los medios utilizados para consumir el delito sí son adecuados, en la tentativa inidónea esos medios no lo son y eso es lo que genera la no producción del resultado querido; en la tentativa inidónea lo que se da es un error de tipo al revés, que recae sobre el elemento intelectual del dolo, en donde el agente cree que el medio empleado es eficiente para la consumación del hecho, pero en realidad no lo es.- Doctrinariamente, dentro del “iter criminis” se ha distinguido entre los actos preparatorios y los actos de ejecución. La tentativa, según lo contempla nuestra legislación en el párrafo primero del artículo 24 del Código Penal, se define a partir del comienzo de los actos de ejecución del delito, dejándose por fuera los actos preparatorios que son impunes. A partir del comienzo de los actos de ejecución del delito, que son aquellos comportamientos dirigidos a poner en práctica los actos preparatorios directamente sobre la persona o bien que se busca destruir o conculcar y que suponen un comienzo de ejecución de la conducta típica correspondiente; el ordenamiento interviene imponiendo una sanción, pese a la no existencia del disvalor del resultado. En criterio de esta Sala el límite de la punibilidad en el marco de un Estado democrático de Derecho se ha de fijar en el comienzo de ejecución del delito. Ello reside en la misma esencia del sistema, la libertad general de acción y la seguridad jurídica. De ahí, que no puedan castigarse ni la mera manifestación externa de la voluntad criminal, ni tampoco, en términos generales los actos preparatorios en los que se expresa la intención contraria a la norma. El límite general de la punibilidad ha de respetar a cada ciudadano la esfera de la libertad que le pertenece, y, por tanto, no puede colocarse hasta que no comienza a lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido. Con relación al fundamento de la punibilidad de la tentativa, no existe una posición unánime en la doctrina. A través del tiempo se han dado diferentes teorías o posiciones, que le asignan un matiz diferente, de acuerdo con la concepción que del delito se posea. Así, en doctrina se habla de las teorías subjetivas, que atienden a la voluntad delictiva o la peligrosidad del autor, se apoyan en un derecho penal de autor, identificando el hecho tentado al consumado, restándole importancia a la amenaza o lesión del bien jurídico como criterio que haya de tenerse en cuenta para distinguir entre uno y otro. En el plano político, esta concepción corresponde a una estructura autoritaria del Estado y a las tesis preventivas de la pena. Dentro de esta corriente se castiga la tentativa inidónea y no se distinguen escalas de punición. Un segundo grupo de teorías, lo constituyen las teorías objetivas para las que cuenta el peligro o la lesión del bien jurídico, inspiradas en el Iluminismo, en donde se atiende a un derecho penal de acto. En éstas, la tentativa se sanciona solo en cuanto trasciende al mundo exterior, plasmándose en actos que encierren un comienzo de ejecución, independientemente de la voluntad criminal manifestada. De ahí surge la necesidad de distinguir los actos de ejecución y los actos de preparación y castigar sólo los primeros. Para poder conciliar la punición de la tentativa inidónea, con la necesidad de que se produzca un peligro para el bien jurídico tutelado, las teorías objetivas elaboraron una distinción entre imposibilidad absoluta, que se da cuando recae en el objeto o el medio e imposibilidad relativa que se produce cuando son las condiciones en que se desarrolla la especie las que impiden el resultado. En el primero de los casos consideran que el hecho debe quedar impune y en el segundo que sí ha de sancionarse. Por su parte, las teorías mixtas pretenden una simbiosis entre las teorías subjetivas y las objetivas, critican a las primeras porque señalan que la voluntad criminal no brinda un criterio racional seguro, que permita defender y afianzar la seguridad jurídica, y ha conllevado a que históricamente se emplee la peligrosidad criminal como justificación para regímenes violadores de los derechos y libertades fundamentales, al pretender erigirse un derecho penal de la voluntad, que entendía el delito como la lesión insoportable de la moral de un pueblo. Asimismo, se oponen a las teorías objetivas porque consideran que el “peligro” para el bien jurídico es un concepto problemático. La teoría objetivo-subjetiva señala que el castigo de la

tentativa se justifica en cuanto el agente realiza conductas socialmente relevantes que buscan el menoscabo de los bienes jurídicos protegidos atendiendo al plan concreto del autor. Por último, para la denominada “teoría de la impresión” lo decisivo para la punibilidad de la tentativa y por ende, el criterio distintivo con los actos de preparación es la voluntad del autor contraria al derecho, no como un fenómeno en sí, sino entendida en su objeto sobre la comunidad. Atiende esta teoría al desarrollo de las teorías de la prevención general de la pena, que legitima la punición de la tentativa inidónea. Se dice que la acción del autor de delito imposible es reprochable por la relevancia social que tiene al iniciar actos intencionalmente dirigidos a la consumación de un delito; y por otro lado, la demostración de la capacidad delictiva del agente, que no consumó el delito por un error (al revés) sobre los medios, objeto o actividad; lo cual, lleva a una afectación, no del bien jurídico, sino de la paz jurídica de la comunidad, que de quedar impune causaría conmoción social. Para saber si los actos son idóneos, el analista debe colocarse en la misma posición que el agente y determinar si en la situación concreta la acción ejecutada fue suficiente para el logro de la consumación de la conducta típica, acorde con el bien jurídico objeto de tutela, si ello no acontece, el juicio emitido tiene que ser negativo y la acción debe ser considerada como inidónea. La inidoneidad puede recaer en los medios, el objeto, el sujeto, ya por razones fácticas, ya por razones jurídicas. Tanto en la tentativa idónea como inidónea importan que el autor haya iniciado la ejecución y en ambos casos existe la particularidad de que el resultado no se produce por circunstancias ajenas a su voluntad. La diferenciación que se da en algunas legislaciones, al castigar la tentativa idónea con una pena mayor a la tentativa inidónea radica en la consideración que se hace del menor disvalor del resultado que en él se comprueba. El máximo disvalor del resultado lo da la consumación o lesión del bien jurídico.- Nuestro Código Penal en el artículo 24 recepta la teoría objetiva al establecer que si fuere absolutamente imposible la consumación del delito, no se aplicará la pena correspondiente a la tentativa. Ello, por cuanto la teoría objetiva distingue entre imposibilidad absoluta y relativa. En el primer caso, que es el delito imposible, y al que se refiere el artículo 24 citado, no se da ninguna puesta en peligro del bien jurídico tutelado. Los casos de inidoneidad relativa, por su parte, no son más que casos de “tentativa” a los que se les aplica el párrafo primero de esa norma. Como en el delito imposible o tentativa absolutamente inidónea no existe ninguna puesta en peligro del bien jurídico tutelado, sancionarlo, ya con una pena, o con una medida de seguridad, sería violar el principio de ofensividad. De manera que, constituye éste un argumento más para declarar la inconstitucionalidad de las normas consultadas.-

III.- REACCION ESTATAL ANTE LA TENTATIVA INIDONEA O DELITO IMPOSIBLE. PRINCIPIO DE LEGALIDAD. Con relación al tercer argumento formulado por el Tribunal consultante, en el que señala que tiene dudas sobre si la reacción estatal frente a la tentativa inidónea o delito imposible quebranta el principio de legalidad, por cuanto “no puede ejecutarse algo que es imposible de ser llevado a cabo”; considera esta Sala que en el caso del delito imposible, no se está ante un caso de atipicidad, por cuanto, el delito imposible o error de tipo al revés constituye, al igual que la tentativa idónea, un dispositivo amplificador del tipo que a juicio de este Tribunal no resulta inconstitucional. De hecho, figuras como la participación, la tentativa, la acción por omisión, son comportamientos que no están comprendidos en los tipos penales de la parte especial del Código; sino, que el legislador las prevé en la parte general, refiriéndolas a todas las hipótesis delictivas, introduciendo así un mecanismo o dispositivo que permite ampliar el radio de acción o el alcance de los diversos supuestos de hecho. De esa forma, los dispositivos amplificadores del tipo permiten cubrir o extender la punición a tales manifestaciones del quehacer humano, sin violentar el principio de tipicidad ni de legalidad, pues las conductas sí se encuentran descritas en la ley. Si bien es cierto, para una parte de la doctrina, la inexistencia o inidoneidad del objeto, medio, etc. determina la ausencia de tipicidad del comportamiento; tanto la tentativa idónea como inidónea constituyen formas imperfectas de ejecución a las que se les extiende la amenaza de la pena prevista para los tipos delictivos consumados. En ambos casos sí se da un comienzo en los actos de ejecución, pues, si sólo se dieran actos preparatorios, obviamente, se estaría ante supuestos de impunidad absoluta. La misma naturaleza y

esencia del delito imposible implica que obviamente el tipo penal no se perfeccione por imposibilidad, de ahí que sería un contrasentido decir que no se puede ejecutar lo imposible. El problema de la reacción penal frente al delito imposible o tentativa absolutamente inidónea es de vulneración al principio de ofensividad -conforme se indicó- y no de violación al principio de legalidad.-

IV.- CONCLUSION: En definitiva, se declaran inconstitucionales la frase “en tal caso se impondrá una medida de seguridad” contenida en el artículo 24 párrafo segundo del Código Penal, y los artículos 98 inciso 5) y 102 inciso b) del Código Penal por violación a los artículos 28 y 39 de la Constitución Política. Tal declaratoria tiene efectos retroactivos a la fecha de vigencia de las normas anuladas, sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe. En consecuencia, las medidas de seguridad impuestas en aplicación de las normas declaradas inconstitucionales deben ser dadas por terminadas.

Por tanto:

Se evacua la consulta formulada en el sentido de que resulta inconstitucional la frase “...en tal caso se impondrá una medida de seguridad” contenida en el párrafo 2) del artículo 24, así como los artículos 98 inciso 5) y 102 inciso b), todos del Código Penal. En consecuencia las medidas de seguridad impuestas en aplicación de las normas declaradas inconstitucionales, deben ser dadas por terminadas. Esta sentencia tiene efectos declarativos y retroactivos a la fecha de vigencia de las normas anuladas, sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe. Reséñese este pronunciamiento en el Diario Oficial la Gaceta y publíquese íntegramente en el Boletín Judicial. Notifíquese.

Luis Paulino Mora M. Presidente/Luis Fernando Solano C./Eduardo Sancho G./Carlos Arguedas R./Ana Virginia Calzada M./Adrián Vargas B./Fernando Albertazzi H.

