



UNIVERSIDAD DE
COSTA RICA

Revista Digital de la
Maestría en Ciencias Penales

**Revista Digital
Maestría en Ciencias Penales**

ISSN: 1659-4479

Número 4, 2012

Maestría en Ciencias Penales
Universidad de Costa Rica
www.revistacienciaspenales.ucr.ac.cr

Revista Digital

Maestría

en Ciencias Penales

www.cienciaspenales.ucr.ac.cr

Director de la Revista

- ❖ Dr. Javier Llobet Rodríguez (Director del Posgrado en Derecho de la Universidad de Costa Rica)

Miembros del Consejo editorial

- ❖ Dr. Javier Llobet Rodríguez. Director de la Revista (Profesor de la Universidad de Costa Rica)
- ❖ Dr. Carlos Tiffer Sotomayor (Profesor de la Universidad de Costa Rica)
- ❖ Dr. Alvaro Burgos (Profesor de la Universidad de Costa Rica)
- ❖ Dr. Alfredo Chirino Sánchez (Profesor de la Universidad de Costa Rica)
- ❖ Dr. Gustavo Chan Mora (Profesor de la Universidad de Costa Rica)

Consejo Consultivo Internacional

- ❖ Prof. Msc. Alberto Bovino (Profesor de la Universidad de Buenos Aires)
- ❖ Prof. Dr. Edgardo Rotman (Profesor de la Universidad de Miami)
- ❖ Prof. Dr. Emiliano Borja (Profesor de la Universidad de Valencia, España)
- ❖ Prof. Dr. Braulio Espinoza (Profesor de la Universidad Autónoma de Nicaragua-León)
- ❖ Prof. Msc. Carlos Sánchez Escobar (Profesor de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas y de la Universidad Salvadoreña Alberto Masferrer)
- ❖ Prof. Dr. Frieder Dünkel (Profesor de la Universidad de Greifswald, Alemania)
- ❖ Prof. Dr. Andrés Herrera Rodríguez (Profesor de la Universidad Autónoma de Nicaragua-León)
- ❖ Prof. Msc. Miguel Cillero Bruñol (Profesor de la Universidad Diego Portales, Chile)
- ❖ Prof. Dr. Carlos Elbert (Profesor de la Universidad de Buenos Aires)
- ❖ Prof. Dr. José Manuel Ríos Corbacho (Profesor de la Universidad de Cádiz, España)

- ❖ Prof. Dr. Jaime Couso Salas (Profesor de la Universidad Diego Portales, Chile)
- ❖ Prof. Dr. Fernando Velásquez Velásquez (Profesor de la Universidad Sergio Arboleda, Colombia)
- ❖ Prof. Dr. Kai Ambos, Universidad de Göttingen (Alemania)
- ❖ Prof. Dr. Juan Carlos Ferré Olivé (Universidad de Huelva)
- ❖ Prof. Dra. Teresa Aguado Correa (Profesora de la Universidad de Sevilla)

POLÍTICAS EDITORIALES

La Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales se enmarca en su política editorial dentro de la concepción humanista propia de la Universidad de Costa Rica. Es importante al respecto lo establecido en el artículo 3 del Estatuto Orgánico de dicha Universidad, que indica: “La Universidad de Costa Rica debe contribuir con las transformaciones que la sociedad necesita para el logro del bien común, mediante una política dirigida a la consecución de la justicia social, la equidad, del desarrollo integral, de la libertad plena y de la total independencia de nuestro pueblo”. La concepción del Derecho Penal y de las Ciencias Penales que ha caracterizado a la licenciatura en Derecho y a la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, ha estado impregnada de este pensamiento y por los principios del Estado de Derecho, con todas las garantías de la justicia penal establecidas en el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pero también con las garantías del Estado Social de Derecho, expresadas en el concepto de la justicia social, propias también del Derecho Constitucional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El enfoque de toda la problemática del delito y la delincuencia se ha tratado de realizar de una manera interdisciplinaria, lo que en la Maestría en Ciencias Penales implica la insuficiencia del análisis meramente jurídico y la necesidad del aporte de los conocimientos dados por la Criminología, la Sociología, la Psicología, la Medicina Legal, etc. Por ello en cuanto a las temáticas a desarrollar en las publicaciones que se realicen en la Revista Digital de Ciencias Penales se comprenden las diversas ramas que forman en general las Ciencias Penales.

La publicación de la Revista Digital será anual. El primer número fue difundido a partir de noviembre de 2009.

La Revista pretende contribuir al desarrollo de las Ciencias Penales en Costa Rica y en Latinoamérica. Se trata de crear, por un lado, un instrumento para la difusión de investigaciones realizadas en particular por profesores, graduados y estudiantes de la Universidad de Costa Rica en general y en particular de aquellos relacionados con la Maestría en Ciencias Penales. Se pretende también establecer un ligamen estrecho con otras Universidades Públicas centroamericanas, dándoles a las mismas un espacio para la difusión de las investigaciones realizadas por sus profesores y graduados. Al respecto se ha establecido un ligamen estrecho en particular con la Universidad Autónoma de Nicaragua en León y con su Maestría en Seguridad Ciudadana. Por otro lado, también se trata de realizar un aporte al conocimiento del pensamiento de investigadores de otros países de fuera de Centroamérica, todo para el uso tanto en la docencia, como en el ámbito investigativo.

La persona que desee publicar en la Revista debe enviar su artículo a la siguiente dirección:

posgrado@derecho.ucr.ac.cr

Debe incluir un resumen del artículo y además el curriculum del autor. Cada artículo debe tener la bibliografía utilizada. En principio los artículos no deben tener un tamaño superior a 50,000 caracteres y deben ser inéditos. En el caso de que el artículo hubiera sido publicado, el autor debe hacer la advertencia sobre ello. Las citas al pie que se hagan deben contener la información suficiente para que pueda ser localizado el texto, por ejemplo en cuanto a los libros el nombre del autor, el nombre del libro, el lugar de publicación, la editorial y el año de publicación. Además debe indicarse el número de página respectivo. En lo relativo a la cita de artículos en revistas debe contener el nombre del autor y el del artículo citado, el número de la Revista y el año de publicación y el país de publicación. Además el número de página respectivo. Puede utilizarse el sistema de citas recomendado por la APA.

Sitio web de la Maestría en Ciencias Penales

<http://www.cienciaspenales.ucr.ac.cr>

Sitio web de la Revista Digital Maestría en Ciencias Penales

<http://www.revistacienciaspenales.ucr.ac.cr>

NÚMERO EN HOMENAJE A WALTER ANTILLÓN MONTEALEGRE, PROFESOR EMÉRITO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

La Comisión de la Maestría en Ciencias Penales y el Consejo Editorial de la Revista de la misma, han decidido dedicarle este número al profesor Walter Antillón Montealegre, con ocasión del cumplimiento de sus 80 años. Lo anterior como un reconocimiento a su trayectoria académica y en agradecimiento de sus enseñanzas, como profesor y como investigador, lo mismo que a su compromiso social.

Nació en 1932 en San José y se graduó en la Universidad de Costa Rica en 1961. Hizo estudios de posgrado en la Universidad de Roma (Italia) y en el Instituto de Derecho Tributario de la OEA, con sede en Buenos Aires (Argentina).

Durante 16 años laboró para el Poder Judicial costarricense, en donde fungió en diversos puestos, tales como escribiente, alcalde, actuario judicial, juez, juez superior y Magistrado Suplente de la Corte Suprema de Justicia.

La contribución fundamental de don Walter ha sido en la docencia, habiendo estado ligado a diversas Universidades costarricenses (ULACIT, la Salle) y centroamericanas (Universidad Centroamericana de Nicaragua). Debe destacarse en particular la labor que desempeñó en la Universidad de Costa Rica, no solamente en la Facultad de Derecho de la misma, sino también en otras Facultades, por ejemplo la de Ciencias Políticas, de la que fue uno de sus fundadores. En el año 1976 fue designado como Catedrático de la Universidad de Costa Rica. Fue Vicedecano de la Facultad de Derecho e impulsó el plan de becas al exterior. Es Profesor Emérito de la Facultad de Derecho. Es miembro fundador de la Cátedra Alessandro Baratta, con la que la Maestría en Ciencias Penales ha contribuido en la organización del Seminario anual que lleva a cabo, habiendo sido una fuente crítica del sistema penal costarricense y latinoamericano. Como reconocimiento a su valía académica en el primer semestre de 2012 impartió la lección inaugural de la Universidad de Costa Rica. Ese día el Rector de dicha Universidad Prof. Dr. Henning Jensen resaltó su compromiso social con la esfera

pública, su militancia política, la lucidez de su pensamiento y su interés por la justicia y equidad de los sectores socialmente desfavorecidos.

Se trata de uno de los juristas costarricenses más reconocidos internacionalmente. Amigo personal de grandes juristas Muchos de ellos participaron publicando en el libro en Homenaje que se le hizo a Walter Antillón en 2004.

Entre los aspectos que hay que resaltar es la gran participación que tenido en defensa de sus ideales políticos, por ejemplo a través de su participación en el Grupo Soberanía, lo mismo que sus luchas sociales, debiendo destacarse su participación en el movimiento en contra del Tratado de Libre Comercio, en donde tuvo una intervención muy activa, impartiendo conferencias y publicando artículos y libros. Debe destacarse al respecto su libro “TLC: un ataque a los derechos del pueblo”. En su momento, luego del triunfo de la Revolución Sandinista emigró a Nicaragua, a luchar por los ideales de dicha revolución, permaneciendo varios años allá, dirigiendo el proyecto de Transformación de la Justicia.

Tiene numerosas publicaciones. En particular debe destacarse sus libros “Teoría del Proceso Jurisdiccional” y “Ensayos de Derecho Procesal”. Arriba se mencionó su libro “TLC: un ataque a los derechos del pueblo”. Recientemente publicó un libro sobre el “Proceso penal”. Tiene diversas traducciones, dentro de la que sobresale su traducción del libro de Angelo Falzea Eficacia jurídica, que ha servido de libro de texto durante generaciones en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica.

La Maestría en Ciencias Penales el 22 de noviembre de 2012 le rindió un homenaje a Walter Antillón. Es importante transcribir las palabras que dio el Magistrado Msc. José Manuel Arroyo Gutiérrez, profesor de la Maestría en Ciencias Penales y Presidente de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en dicho acto:

“Para el día 2 de diciembre de 1932, Costa Rica contaba con algo más de medio millón de habitantes, ejercía la Presidencia de la República el más grande de los liberales, don Ricardo Jiménez Oreamuno, en su tercer y último período constitucional. Los peores efectos de la gran

depresión económica del 29 se hacían sentir aquí precisamente en el período 1932-1933. La pobreza y la incertidumbre azolaban la Costa Rica de entonces, con un dólar a 4.50 colones y un intercambio comercial que seguía siendo mayoritario con Inglaterra y en segundo lugar con los Estados Unidos de América y Alemania.

Los principales encabezados de los diarios de ese día daban cuenta de aguaceros torrenciales y de un riguroso temporal que tenía incomunicados a las zonas costeras; se debatía acaloradamente la posible reforma a una Ley de Control de Cambio monetario y había propaganda partidaria para unas elecciones municipales en San José. En el ámbito centroamericano se destacaba que **“Los rebeldes hondureños fueron derrotados ayer en El Sauce por fuerzas del Gobierno”** y se comentaban las secuelas de la más grande matanza de campesinos en El Salvador a manos del tirano de turno; en forma destacada se anotaba que : **“Sandino está dispuesto a continuar la lucha en Nicaragua”**. En el plano internacional se apuntaban titulares como **“se Convoca a la Asamblea de la Liga de Naciones a sesiones extraordinarias”** y un tal **“Adolf Hitler pide nuevamente la Cancillería al Presidente Hindenburg”**; por otra parte, se pretendía una reunión de desarme a la que se esperaba acudiera Alemania, que, por cierto, ensayaba un nuevo gabinete de los muchos que se conformaron por aquél tiempo crítico; además **“Japoneses lanzan ofensiva contra 40 mil rebeldes en el Norte de Manchuria”**, y **“Congreso de Washington y la marcha de hambre que organizan los desocupados”**, se evidenciaba en la nueva capital imperial. Después de leer la Tribuna, La Prensa Libre o el Diario de Costa Rica de aquél inundado día, ¡dan ganas de compadecerse por el recién nacido! Sin embargo, no todo estaba nublado en la lejana comarca intermontana que debió ser San José de Costa Rica por entonces. El Partido Comunista había sido fundado un año antes y su partida de nacimiento se iba a confirmar con la gran huelga bananera tres años

después; el país empezó a hervir en movilización social y luchas reivindicadoras de los sectores populares hasta consolidar las grandes reformas de los cuarentas, el movimiento armado de Liberación Nacional y la fundación de la segunda República. Si es cierto, como dicen, que durante toda nuestra vida llevamos muy dentro el niño que fuimos, no es de extrañar que aquél infante introyectara que los pueblos son capaces, según las circunstancias, de liderar importantes transformaciones sociales. Pero la prensa de aquél 2 de diciembre de 1932 también daba cuenta de cosas más cotidianas y entretenidas, veamos algunos ejemplos: **“Tren de excursión a Puntarenas, Diciembre, aproveche el verano; Ida; sábado 3 a las 3 de la tarde; Regreso: Domingo 4 a las 6 de la tarde. El Domingo en la mañana llegará a Puntarenas la motonave Santa Rosa de 17 mil toneladas, vapor-palacio recientemente construido, vaya, conózcalo, bailes preciosos en los baños del puerto con una Magnífica orquesta; viaje redondo San José a Puntarenas y regreso 7.50 colones.”** O bien, algo que pudo alimentar y ayudar a explicar la robustez de aquel recién llegado: **“Otras seis onzas en esta semana. La leche de vaca modificada y hecha digerible con la cebada Robinson, es por excelencia lo mejor para alternar con el pecho. La cebada Robinson hace tan asimilable la leche que el más tierno niño podrá nutrirse bien. Cebada “patent” de Robinsson”. Uno más para que don Walter reconozca al pariente: “Laboratorio Pasteur. El único frente al Parque Central. Análisis de orina, heces, pus, estupos, sangre y recuentos globulares. Francisco Antillón C. Microbiólogo.”** Y en fin, no me voy a referir a los anunciantes de pastillas milagrosas para combatir enfermedades venéreas, alergias, plagas y otras calamidades de época. Con gran despliegue, eso sí, se anunciaban, por último, peleas de boxeo (lo que puede explicar también la vocación juvenil de nuestro homenajead), la promesa de un encuentro entre la Liga Deportiva Alajuelense y la Selección de

Argentina (“los maestros”, se titulaba desde entonces); se invitaba a la puesta en escena de la ópera “Rigoletto” de Verdi en el Teatro Raventós a cargo de un grupo artístico naturalmente italiano; y películas en los teatros (todavía no se les llamaba cines) anunciadas como “películas parlantes con subtítulos en español”, ya casi todas hollywoodenses en el Variedades, el América y el Adela.

(Pues bien, punto y aparte).

Si algo puede decirse de este notable ciudadano es que ha sido hijo de un largo y convulso momento histórico, donde los costarricenses debatieron, se enfrentaron y se pusieron de acuerdo, finalmente, en un régimen social, político y jurídico, cuyo resultado más sobresaliente fue el de brindar oportunidades de progreso y ascenso social a muchas más personas de las que nunca antes habían disfrutado de esas oportunidades. La juventud de nuestro amigo y maestro conoció una época que le permitió soñar y hacer realidad esos sueños a importantes mayorías. Fue, en sentido estricto, la concreción de un proyecto político en que se refundó la República, sobre los hombros de mujeres y hombres que supieron dar la pelea por derechos esenciales y dignidades imprescindibles. En todo este largo trayecto ha habido vencedores y vencidos, pero en lo esencial, también los ticos supieron pactar y reconciliarse en una convivencia que, a fuer de sincerarnos, ha sido más o menos pacífica, más o menos democrática, y más o menos justa, cuyo valor se agiganta, eso sí, cuando volvemos a ver el entorno más cercano, el de una Centroamérica a la que no le fue tan bien como a nosotros.

Una Centroamérica marcada por la violencia, la discriminación y la dictadura que nos hacen poner en perspectiva y valorar las condiciones en que los hijos e hijas de esta Patria pudieron conocer y hacer suyos para siempre principios de convivencia que nunca más nada ni nadie

nos podrá arrebatarse. Todavía hoy, eminentes figuras de la economía mundial como Amartia Sen, Premio Nobel, señala que para salir del subdesarrollo en los países pobres del orbe, debería hacerse lo que la pequeña y remota Costa Rica hizo en las décadas de los treinta y cuarentas del siglo pasado.

Justicia/Injusticia es el binomio, la impronta que marca la trayectoria de don Walter. Ya hace una década, cuando celebramos sus 70 años, me permití hacer una reflexión acerca del perfil quijotesco de nuestro amigo. No quisiera volver sobre lo mismo porque, en efecto, si algún costarricense cumple con la esencia del inmortal personaje de Cervantes, es precisamente Walter Antillón Montealegre. Permítaseme nada más agregar que, como bien lo apunta don Miguel de Unamuno, quizá el crítico cervantino más agudo, hay una verdadera religión española, heredada al mundo hispanoamericano, que es precisamente el quijotismo, cuyo primer mandamiento es la búsqueda de la Justicia, la indignación y furia frente a toda forma de injusticia, la misma que obliga a salir por los caminos del mundo a deshacer entuertos, auxiliar viudas y niños menesterosos, a liberar presos y a combatir a muerte a todos los malhechores y malandrines abusadores de su poder.

Porque, y aquí entro en algunos rasgos de personalidad de nuestro homenajeado, como bien nos lo recuerda Frank Hinkelammert, ese sabio silencioso que habita entre nosotros, no se trata de actuar en nuestra vida con la perspectiva de alcanzar el éxito; actuamos porque tenemos que hacerlo, porque nos sale de las entrañas. Cuando media el cálculo en las acciones emprendidas, lo que finalmente obtenemos es confusión y extravío. Se trata de actuar porque en conciencia debemos hacerlo, a pesar de los propios fantasmas y las fortalezas reales de quienes se nos oponen. Precisamente, como lo ha hecho, por 80 años, el amigo que hoy agasajamos. En esa línea de conducta el éxito, el auténtico y esencial de una vida, terminará llegando de las maneras más sorprendentes e imprevistas, “por añadidura” según la

advertencia bíblica. No se trata de ganar, sino de dar la pelea; no de coincidir siempre con la mayoría, sino de trabajar por alcanzarla; no se trata de perder la esperanza y volvernos cínicos; se trata de emprender el viaje, aunque nunca lleguemos a la Ítaca añorada. Creo que ese ha sido el ejemplo que por ocho décadas nos ha dado Walter Antillón Montealegre.

Porque, además, hay a propósito de nuestro personaje, hay que retomar otra vieja idea. Esta vez de otro sabio universal. Zigmunt Bauman, que podría ser el hermano mayor de don Walter, y que nos advierte que ante este mundo ahogado por el consumismo, el libre mercado y la competitividad (que da a luz las mejores mercancías y lo peor de los seres humanos), digo, nos recuerda Bauman que el acto ético se fundamenta más en la duda, la crítica y la incertidumbre, finalmente también en la esperanza, que en la acción regida por la verdad anquilosada, el dogma inmovible y la prepotencia de las certezas, precisamente porque el acto ético nacido de la primera actitud dubitativa nos permite reflexionar, pensar dos veces antes de actuar y a la postre equivocarnos menos, que es a lo sumo, a lo que podemos aspirar en medio de esta condición humana. Y creo que mucho de esto podemos vislumbrar en la biografía que hoy celebramos, porque el agnosticismo de don Walter lo ha librado de caer en la tentación de las verdades absolutas, defendiendo sí, desde el sereno sitio de quien conoce la diferencia entre las esencias y las apariencias, el valor y la dignidad de las personas y de los pueblos.

*Porque el legado del, esta vez, Profesor Antillón, está en su palabra y, al decir de Nietzsche **“las más grandes ideas son los más grandes acontecimientos”**, y ha sido en ese ideario, traducido en miles de horas frente a sus estudiantes y en sus múltiples escritos vertidos sobre temas relevantes y oportunos donde radica el más importante legado del maestro. Austero, como aconseja la sabiduría, se ha pronunciado “sobre lo que” y “en el momento en que”, ha sido necesario y fructífero.*

Sus aportes a la teoría jurídica, sobre todo lo que ha hecho en teoría del proceso y su vinculación al hecho cultural en el que está inserto, así como sus artículos dirigidos en los últimos años a advertir, desde la teoría política, el peligro en que se encuentra la República que languidece y agoniza, han sido, como en estos momentos lo hemos podido corroborar, bocanadas de aliento para quienes no queremos que eso ocurra.

*Un último tema quisiera ligar a la personalidad de quien hoy homenajeamos. Desde antiguo, la filosofía política supo distinguir entre el concepto de “potestas” y el de “auctoritas”. La primera, si bien puede estar revestida de juridicidad, es ciertamente formal y si se quiere vacía. Desde ella se ejercen cargos y hasta dignidades que, por sí mismas, no dicen ni representan absolutamente nada. La “auctoritas” es la autoridad que deriva del ejercicio de poderes, potestades y autoridades, que gozan del pleno reconocimiento de los otros, más allá de los nombramientos, los cargos y los poderes que se ejerzan en la práctica. Es la autoridad que se reconoce a quien, sea desde la función pública o la llanura ciudadana, es oído y atendido por sus conciudadanos por el valor sustancial y el peso intelectual y moral de lo que dice y hace. Es esta “auctoritas” la que acompaña al amigo y maestro, como un atesorado capital que no corre riesgos especulativos, que se acrecienta cada día y lo trascenderá, y que nada ni nadie podrá arrebatarse. Resulta inevitable en el clima de estos días (y no me refiero a los vientos alicios que ya corren) el recordatorio y última lección que nos ha dictado el Profesor Antillón, acerca de la “**summa injuria**” que hemos padecido en estos días. Tengamos claro que estas lecciones habrán de tener peso en la forma en que finalmente el conflicto que vivimos sea resuelto y recordemos, una vez más, que la injusticia y del abuso de poder no pueden nunca ser derecho.*

Ochenta años después, el mundo sufre las consecuencias de otra gran depresión en la economía mundial, el lobo bélico asoma insolente sus

*puntiagudas orejas y el fantasma del hambre amenaza a millos de millones en esta Tierra. El ideal de Justicia no ha sido alcanzado. Pero a pesar de todo eso, este mundo hubiera sido peor, algo menos inteligente y sabio, más triste y desesperanzado si no contáramos con un acta de nacimiento que reza: "Walter Antillón Montealegre, hijo de Iván Antillón Castro y Alicia Montealegre Carballo- nacido -agrego yo ahora **para la justicia y el derecho**- el 2 de diciembre de 1932".*



Foto 1: Daniel Gadea, Henning Jensen y Javier Llobet



Foto 2: Henning Jensen y Walter Antillón



Foto 3: José Manuel Arroyo, Walter Antillón y Gustavo Chan

ÍNDICE

Número en homenaje a Walter Antillón Montealegre, profesor emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica

DOCTRINA EXTRANJERA:

Fernando Velásquez Velásquez. (Profesor de la Universidad Sergio Arboleda, Colombia)

La aplicación de la teoría del delito en la teoría del caso.

(Pág. 3)

Juan Antonio Lascuráin (Profesor de la Universidad Autónoma de Madrid)

Bien jurídico y objeto protegible.

(Pág. 35)

Frieder Dünkel (Profesor de la Universidad de Greifwald, Alemania) y Álvaro Castro Morales (Doctorando de la Universidad de Greifwald y Académico de la Universidad Diego Portales de Chile)

Reglas europeas para infractores menores de edad sometidos a sanciones o medidas.

(Pág. 93)

Patricia Gallo (Secretaria Letrada de un Tribunal de Apelaciones en lo Penal, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; Docente ayudante de Derecho Penal en la Universidad de Buenos Aires)

La declaración del menor imputado no punible como medio de defensa.

(Pág. 123)

Carlos Sánchez Escobar (Profesor de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas de El Salvador) y de la Universidad Salvadoreña Alberto Masferrer)

La criminalidad organizada: Aspectos problemáticos de su significado en el ámbito del Derecho Penal.

(Pág. 161)

DOCTRINA NACIONAL:

Ricardo Salas (Profesor de la Facultad de Derecho y de la Maestría Centroamericana de Ciencias Políticas de la UCR)

Algunas consideraciones en torno a la alegada “impunidad penal” en la justicia costarricense.

(Pág. 227)

Javier Lobet Rodríguez (Catedrático de la UCR)

El debido proceso en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

(Pág. 241)

Frank Harbottle Quirós (Letrado de la Sala de Casación Penal)

El “testigo sin rostro” en el anticipo jurisdiccional de prueba en el proceso penal costarricense.

(Pág. 289)

Carlos Tiffer Sotomayor (Profesor de la Maestría en Ciencias Penales de la UCR)

Fines y determinación de las sanciones penales juveniles.

(Pág. 323)

Cintha Fernández Lépiz (Asistente de la Coordinación Académica Regional de la Secretaría General de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO))

La ejecución de las sanciones alternativas del modelo de justicia penal juvenil en Costa Rica.

(Pág. 369)

Roberto Madrigal Zamora (Defensor público)

El papel (¿de tontos?) de los mecanismos nacionales de protección frente al fenómeno del hacinamiento carcelario.

(Pág. 407)

Alberto Brenes Córdoba (Exmagistrado de la Sala de Casación)

Costa Rica.

(Pág. 467)

Entrevista a Walter Antillón Montealegre (Profesor Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica)

A cargo de Gustavo Chan Mora (Profesor de la Facultad de Derecho de la UCR)

(Pág. 487)

DOCTRINA EXTRANJERA

Fernando Velásquez Velásquez. (Profesor de la Universidad Sergio Arboleda, Colombia)

La aplicación de la teoría del delito en la teoría del caso.

Juan Antonio Lascuráin (Profesor de la Universidad Autónoma de Madrid)

Bien jurídico y objeto protegible.

Frieder Dünkel (Profesor de la Universidad de Greifwald, Alemania) y Álvaro Castro

Morales (Doctorando de la Universidad de Greifwald y Académico de la Universidad Diego Portales de Chile)

Reglas europeas para infractores menores de edad sometidos a sanciones o medidas.

Patricia Gallo (Secretaria Letrada de un Tribunal de Apelaciones en lo Penal, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; Docente ayudante de Derecho Penal en la Universidad de Buenos Aires)

La declaración del menor imputado no punible como medio de defensa.

Carlos Sánchez Escobar (Profesor de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas de El Salvador) y de la Universidad Salvadoreña Alberto Masferrer)

La criminalidad organizada: Aspectos problemáticos de su significado en el ámbito del Derecho Penal.

LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL DELITO EN LA TEORÍA DEL CASO

FERNANDO VELÁSQUEZ V.

*PROFESOR DE LA UNIVERSIDAD SERGIO Arboleda (COLOMBIA)**

RESUMEN: El art. 371 incisos 1º y 2º de la Ley 906 de 2004 alude a la “*teoría del caso*”, cuya presentación en el seno del juicio oral es obligatoria para la Fiscalía y facultativa para la defensa, cuando señala: “*Antes de proceder a la presentación y práctica de las pruebas, la Fiscalía deberá presentar la teoría del caso. La defensa, si lo desea, podrá hacer lo propio*”; el último aparte, sin embargo, ha sido objeto de debates de tipo doctrinario¹ y jurisprudencial². Por supuesto, más allá de las polémicas que el texto pueda generar, lo cierto es que la introducción de ese instituto propio del derecho anglosajón en una legislación regida por los postulados propios del derecho continental europeo, obliga a tratar de precisar sus alcances y, lo que es más importante, a determinar —como lo quieren los organizadores de este

* Profesor y Director del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda. Bogotá, Colombia; ex becario de las fundaciones alemanas Max Planck y Alexander von Humboldt. Este trabajo forma parte de las exploraciones académicas realizadas dentro del GRUPO DE INVESTIGACIÓN EN CIENCIAS PENALES Y CRIMINOLÓGICAS “EMIRO SANDOVAL HUERTAS”, regentado por el autor. Conferencia pronunciada el día cinco de julio de 2012 en la ciudad de Bogotá, en el Seminario Taller “Técnicas de oralidad y aplicación en el proceso penal colombiano” (5 al 19 de julio de 2012), organizado por Asonal Judicial y Ediciones Jurídicas Andrés Morales.

¹ Cfr. BENAVENTE CHORRES, *La aplicación de la Teoría del caso*, pág. 40.

² El inc. 2º fue declarado constitucional mediante la sent. C-209 de 21 de marzo 2007, al desestimar la pretensión del demandante quien entendía que como la víctima no había sido incluida en la redacción legal, la disposición era contraria a la Carta; el aparte “*si lo desea, podrá hacer*”, fue también declarado exequible por la sent. C-069 de doce de febrero 2009. Sobre el tema: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: sent. del 26 de Octubre de 2011, radicado: 36357.

certamen académico— sus relaciones con la Teoría del Delito, que es la parte neurálgica de la cual se ocupa la Dogmática Jurídico-penal.

Por ello, en primer lugar, la presente exposición trata de precisar el concepto de “teoría del caso”, a partir de algunas elaboraciones doctrinarias y jurisprudenciales. En segundo lugar, se muestran la estructura, el sentido y el método de la Teoría del delito y se hacen unos apuntes generales sobre esta construcción académica, para indicar cómo ella emana de la Constitución y del Derecho penal sustantivo, con muy importantes desarrollos en el ámbito del derecho procesal penal. Para culminar, en tercer lugar, se extraen algunas conclusiones de cara al debate; y, finalmente, se indica el material bibliográfico consultado.

PALABRAS CLAVE: Teoría del Caso, Teoría del Delito

ABSTRACT: The article 371 subsections 1 and 2 of the Law 906 of 2004 refers to the “theory of the case”, whose presentation within the trial is mandatory for the Prosecution and optional for the defense. It states that “Prior to the presentation and practice of the evidences, the Prosecution must submit the theory of the case. The defense, if that’s its will, may do likewise”; the last section, however, has been discussed by the doctrine and jurisprudence. Of course, beyond the issues that the text may generate, it is true that the introduction of this institute that belongs to the Anglo-Saxon system of law into a legislation governed by the postulates of the Civil Law requires attempt to define its scope, and which is more important, to determine – as the organizations of this academic contest wishes to- its relations with the Theory of Crime, that is the neuralgic part of which the Criminal Legal Dogmatic occupies itself.

For that purpose, in first place, the exposition tries to precise the concept of the “theory of the case”, from some doctrinal and jurisprudential elaborations. Also it will be showing the structure, meaning and method of the Theory of Crime. Some general notes about this academic construction will be done, to show how it arises from the Constitution and from substantive criminal law, with very important

developments in the Criminal Procedure. To finish, some conclusions are drawn from the discussion. Finally, shows the bibliographic material consulted.

KEYWORDS: Theory of the Case, Theory of Crime.

Fecha de recepción: 7 de octubre de 2012.

Fecha de aprobación: 19 de noviembre de 2012.

I. LA TEORÍA DEL CASO

Hablar de la “*teoría del caso*” es aludir a una construcción académica tejida sobre un suceso de la vida real que, para estos efectos, se confunde con una hipótesis delictiva; de esas dos expresiones la de *teoría* —dice el léxico— tiene varias acepciones: “1. f. Conocimiento especulativo considerado con independencia de toda aplicación. 2. f. Serie de las leyes que sirven para relacionar determinado orden de fenómenos. 3. f. *Hipótesis cuyas consecuencias se aplican a toda una ciencia o a parte muy importante de ella.* 4. f. Entre los antiguos griegos, procesión religiosa”³. Por eso, en el estado actual de la discusión —con la advertencia de que el vocablo es, en todo caso, polisémico⁴— se suele entender por *teoría* un verdadero sistema lógico que se establece a partir de observaciones, axiomas y postulados, que busca precisar en qué condiciones se llevan a cabo ciertos supuestos.

³ Cfr. *Diccionario*, t. II, pág. 2157.

⁴ Cfr. ABBAGNANO, *Diccionario de Filosofía*, págs. 1126 a 1129, menciona cuatro significados: especulación o vida contemplativa; una condición hipotética ideal en la cual tienen pleno cumplimiento normas y reglas que, en la realidad, son solo imperfecta o parcialmente seguidas; la ciencia pura; y, una hipótesis o concepto científico.

Esa es la razón por la cual la Corte Constitucional al emitir una noción del instituto en examen lo hace a partir de la teoría de la ciencia; dice así: “*La llamada teoría del caso no es más que la formulación de la hipótesis que cada parte pretende sea acogida y aceptada por el juez en la sentencia, de acuerdo con los elementos fácticos, jurídicos y probatorios que se han acopiado y habrán de presentarse y valorarse en la etapa del juicio*”⁵; en esta misma línea de análisis, dice la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia: “En la medida en que las proposiciones desarrolladas durante el juicio oral sean coherentes, estructuradas y tengan como fin resolver la situación problemática que dio origen a la actuación (que, por regla general, debe girar en torno de la probable comisión de una conducta punible –v. gr., la muerte violenta de un individuo, el desfalco de bienes públicos, la denuncia que una persona hace en contra de otra, etcétera), suelen denominarse *propuestas de solución, hipótesis* o, simplemente, *teoría del caso*, concepto al cual alude el artículo 371 del Código de Procedimiento Penal”⁶.

A su turno, BAYTELMAN/DUCE, señalan: “La teoría del caso es la idea básica y subyacente a toda nuestra presentación en juicio, que no sólo explica la teoría legal y los hechos de la causa, sino que vincula tanto de la evidencia como es posible dentro de un todo coherente y creíble. Sea que se trate de una idea simple y sin “adornos” o de una compleja y sofisticada, la teoría del caso es un producto del trabajo del abogado. Es el concepto básico alrededor del cual gira todo lo demás. Una buena teoría del caso es el verdadero corazón de la actividad litigante, pues está destinada a proveer un punto de vista cómodo y confortable desde el cual el tribunal pueda “leer” toda la actividad probatoria, de manera tal que si el tribunal mira el juicio desde allí, será guiado a fallar en nuestro favor”⁷.

En fin, un autor como BENAVENTE CHORRES, se atreve a formular una noción que —de manera exagerada— llama como “sistémica”, cuando expresa: “el carácter sistémico (sic) de la teoría del caso gira en torno la ordenación y

⁵ Cfr. Sent. C-069 de 2009.

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal: sent. del 26 de Octubre de 2011, radicado: 36357.

⁷ Véase BAYTELMAN/DUCE, *Manual de Litigación*, pág. 22.

uniformidad de los elementos fáctico, jurídico y probatorio, otorgándoles una misma función: el generar al abogado litigante un plan de trabajo que puede ser aplicado en las diferentes etapas del proceso penal, fuese cual fuese la autoridad a recurrir, así como, la audiencia a concurrir...En suma, a la correspondencia de la hipótesis fáctica, la hipótesis jurídica y la hipótesis probatoria se le denomina «teoría del caso», la cual es elaborada a partir de la evidencia y sus inferencias, y a partir del tipo penal que aparece como posible de aplicar”⁸.

Así las cosas, de lo dicho se puede colegir que en el derecho nacional la teoría del caso es una construcción académica obligatoria para la Fiscalía y potestativa para la Defensa, en cuya virtud a partir de unos elementos fácticos — esclarecidos con base en el método propio de las ciencias reconstructivas⁹, dentro de las cuales habría que tener en cuenta a la Criminalística, se busca responder a las siete reglas de oro de todo proceso formuladas a manera de preguntas por los antiguos criminalistas: “¿Qué? ¿Quién? ¿Cuándo? ¿Dónde? ¿Cómo? ¿Con qué? ¿Por qué?”¹⁰—, jurídicos —a la luz de las elaboraciones propias de las Teorías del delito, las consecuencias jurídicas del delito, la Parte Especial y el Derecho Procesal Penal, a las que se suman las construcciones académicas que le dan vida al Derecho Constitucional— y probatorios —esto es, desde la Teoría científica de la prueba— se formula toda una hipótesis explicativa del caso en examen para ser presentada ante el juez de la causa en el seno del juicio oral, pero que se comienza a diseñar desde que se traza el correspondiente plan metodológico de cara a emprender la investigación de los hechos, o se tiene el primer contacto con los mismos¹¹.

⁸ Cfr. BENAVENTE CHORRES, *La aplicación de la Teoría del caso*, pág. 48.

⁹ Estas disciplinas acuden al llamado *método reconstructivo* que, como dice DELLEPIANE (*Nueva teoría de la prueba*, pág. 24), “a semejanza del método estadístico utiliza y combina varios procedimientos lógicos... el punto de partida es la... observación de los rastros, vestigios, efectos por ellos dejados”.

¹⁰ REIK, *Psicoanálisis del crimen*, pág. 22.

¹¹ Que la Teoría del caso se debe diseñar desde los umbrales del plan metodológico, al inicio de la actuación, se infiere del art. 207 incs. 2º y 3º, cuando señala: “Durante la sesión de trabajo, el fiscal, con el apoyo de los integrantes de la policía judicial, se **trazará un programa metodológico de la investigación**, el cual *deberá contener la determinación*

Aquí, por supuesto, interesa mirar las relaciones entre la teoría del caso y la teoría del delito, por lo cual las exploraciones que siguen giran en torno al segundo de esos escalones.

II. LA TEORÍA DEL DELITO Y LA TEORÍA DEL CASO

Conceptuada ya la teoría del caso y precisados sus niveles, con la advertencia de que esta indagación académica toca con el segundo de ellos, deben ahora echarse las bases de la teoría del delito.

A. Estructura, sentido y método de la Teoría del delito. Se trata de precisar tres aspectos distintos, procediendo en el orden enunciado¹².

1. La estructura. En primer lugar, la estructura básica del delito o hecho punible debe responder a un doble juicio de desvalor (juicio negativo de valor) sobre el hecho o acto humano (injusto) y sobre su autor (culpabilidad), de donde se desprenden las categorías de la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, citadas en el art. 9º del C. P.. Tales elementos o características del hecho punible no se hallan desconectados entre sí, sino uno a continuación del otro en una relación interna (ordenación tópica) que responde a las leyes lógicas de la supra (anteposición) y la subordinación, regla y excepción (ordenación sistemática¹³). En fin, esas categorías están relacionadas lógicamente de tal modo que cada elemento posterior presupone el anterior; la división del delito en tres diversos grados de enjuiciamiento y valoración, estructurados uno sobre y a

de los objetivos en relación con la naturaleza de la hipótesis delictiva; los criterios para evaluar la información; la delimitación funcional de las tareas que se deban adelantar en procura de los objetivos trazados; los procedimientos de control en el desarrollo de las labores y los recursos de mejoramiento de los resultados obtenidos. /En desarrollo del programa metodológico de la investigación, el fiscal ordenará la realización de todas las actividades que no impliquen restricción a los derechos fundamentales y que sean conducentes al esclarecimiento de los hechos, al descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física, a la individualización de los autores y partícipes del delito, a la evaluación y cuantificación de los daños causados y a la asistencia y protección de las víctimas”.

¹² Sobre ello WELZEL, *Derecho penal*, 2ª ed., págs. 50 a 52; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado*, 5ª ed., págs. 209 y ss.

¹³ Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado*, 5ª ed., pág. 213; VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, 4a ed., págs. 478 y ss.

continuación del otro, proporciona un alto grado de racionalidad a la aplicación del derecho, la facilita y la asegura contra contradicciones y arbitrariedades¹⁴.

2. El sentido. En segundo lugar, el cometido fundamental de la teoría del delito o hecho punible es el estudio de las características comunes que debe reunir cualquier acción para que pueda ser considerada como susceptible de punición¹⁵; por ello, cuando se habla de los elementos generales de las diversas figuras penales debe prestarse atención a la Parte especial del Código penal (arts. 101 y ss.) y a las leyes penales complementarias, donde se encuentran reguladas las diversas conductas punibles. No obstante, la misión de esta teoría no es estudiar los elementos particulares de cada conducta punible —tarea deferida a la Teoría del derecho penal, Parte especial— sino los componentes constantes en todas ellas, esto es, los caracteres genéricos y específicos ya vistos.

Desde luego, esta teoría —que pretende aprehender el delito o hecho punible en su conjunto— busca hacer una construcción coherente y armónica del derecho penal que reúna las notas de *racionalidad, objetividad e igualdad*, que contribuya a afianzar la seguridad jurídica; por supuesto, no se trata de edificar una teoría del delito alejada de la realidad, anclada en fórmulas abstractas sino, como se insistiera a lo largo de las últimas décadas del siglo pasado, de dejar penetrar las decisiones valorativas político criminales en el sistema del derecho penal¹⁶.

3. El método. Finalmente, en tercer lugar, la teoría del delito o hecho punible debe acudir al *método dogmático* con sus diversas fases: interpretación, sistematización y crítica, por lo que debe surgir del derecho positivo

¹⁴ Véase WELZEL, *Derecho penal*, 2ª ed., pág. 73.

¹⁵ La teoría del delito, dice la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el auto de once julio 2007, radicado 26945: “...es una construcción que permite la explicación racional de los elementos que estructuran el concepto delito y desde la Constitución Política fundamenta la potestad estatal de imponer penas restrictivas de derechos a quienes vulneran los bienes jurídicos que han sido considerados como dignos, necesitados de una especial tutela por parte del Estado”.

¹⁶ ROXIN, *Derecho penal*, t. I, págs. 223 y ss.

o ser compatible con él, habida cuenta de que ya se han superado los tiempos de la dogmática abstracta¹⁷. Por ello, el penalista [que como cualquier científico, trabaja con un conjunto de proposiciones que reciben el calificativo de verdaderas o falsas, y acude a su verificación mediante la observación] toma los datos (normas penales), los analiza y establece sus similitudes y diferencias y reduce lo que impera igual en un concepto único, unidades o dogmas (fase de la interpretación). La interpretación, pues —para lo que se acude a la deducción, inducción y abstracción— le permite al dogmático la elaboración de categorías o conceptos generales (Vr. G. la teoría del delito; las categorías de acción, imputación objetiva, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad; las causas de exclusión de la conducta, de atipicidad, justificación e inculpabilidad; la tentativa; la participación; la imputabilidad; la teoría de la pena y de la medida de seguridad, etc.). Con esas unidades o dogmas elabora una construcción lógica (teoría), en la que cada una de ellas encuentra su cabal explicación; luego, plantea hipótesis para determinar si la teoría funciona acorde con el texto legal en su conjunto y no se contradice, o sea, la verificación (fase de la sistematización). Ello posibilita, entonces, desde lo general a lo particular, la aplicación de la ley penal al caso concreto.

Para terminar, como exigencia fundamental si es que esta disciplina aspira a ser llamada como científica¹⁸, incorpora las elaboraciones criminológicas y político criminales a su sistema, y emprende tanto la crítica del derecho penal vigente como la construcción de una ciencia total del derecho penal (fase crítica); sin embargo, esta fase puede dividirse en intrasistemática y extrasistemática. La primera, es la que procede del mismo sistema jurídico y trata de precisar si la técnica legislativa empleada por el codificador ha sido utilizada debidamente, de cara a los fines perseguidos que no pueden ser otros que los plasmados en la

¹⁷ Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado*, 5ª ed., pág. 211.

¹⁸ Bien afirma BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE et al., *Curso*, 2ª. ed., pág. 135, que “en nuestra situación histórico-cultural, admitir como postulado que la actitud del científico ante el objeto de análisis sea crítica aparece como exigencia de la propia naturaleza de la investigación científica. La actitud acrítica en el científico le hace perder su condición de tal”.

Constitución. La segunda, en cambio, es la que obliga al estudioso a situarse por fuera del ordenamiento jurídico y busca sustituir los criterios valorativos en los que este se asienta por los propios (aportaciones personales), a cuyo efecto cuestiona los valores del ordenamiento. En síntesis, esta es la fase del perfeccionamiento del sistema penal.

Los anteriores son los pasos lógicos del método dogmático, aunque desde una perspectiva temporal no se suceden en dicho orden, pues —generalmente— la interpretación y la construcción sistemática van acompañadas de observaciones críticas acerca de aquellos aspectos que aparecen como defectuosos en el derecho positivo, por lo que las tres fases terminan confundándose en la práctica¹⁹. Ahora bien, el estudioso del derecho penal precisa tanto de la lógica formal como de la material para poder llevar adelante su tarea metódica, pues no basta para formar el concepto y el sistema con las reglas conforme a las cuales debe producirse la argumentación jurídica sino que, además, requiere de herramientas que le permitan argumentar a partir de los valores protegidos por el ordenamiento²⁰. Así las cosas, el jurista debe utilizar diversos instrumentos de trabajo, que se integran en la técnica dogmática en general: los métodos en materia de interpretación de la ley; el inductivo, cuando toma el dato y avanza hasta la formulación de principios generales; el deductivo, en el momento en que confronta esos datos con el caso concreto; y, por supuesto, las reglas propias de la lógica (formal y material) como ya se dijo e, incluso, el llamado “método comprensivo” propio de las ciencias del espíritu.

B. Hacia una teoría del delito a partir de la Constitución. Con la advertencia de que de *lege ferenda* son posibles diversas construcciones del delito, que van desde las causalistas pasando por las finalistas hasta llegar a las funcionalistas, a continuación se hace una somera exposición sobre la propuesta que —en sentir del expositor— más se compeadece con el derecho positivo. Desde luego, a la hora de emprender una alzada teórica el intérprete debe, en todo caso, respetar las

¹⁹ Sobre ello, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, 6ª ed., pág. 188.

²⁰ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado*, 5ª ed., pág. 46.

exigencias del método dogmático y llevar a cabo una obra armónica y coherente, compatible con unas premisas filosóficas, científicas y políticas previamente dadas. Plantear una teoría del delito no es, pues, un juego de azar, ni el recurso para acomodar posturas doctrinarias insulares, adoptar caprichosas decisiones judiciales que van cambiando según las conveniencias, o buscar darle coherencia a posiciones incongruentes y contradictorias apuntaladas en supuestas posturas filosóficas, como a veces se estila.

1. *La teoría del delito y el derecho positivo.* De lege lata, tanto la Constitución como el Código penal son ricos en consagraciones en esta materia. En efecto: de la fórmula del art. 1º de la Carta Fundamental se infiere, necesariamente, que el derecho penal solo puede castigar comportamientos humanos, con lo que se pone la noción de conducta —expresamente utilizada en el art. 90, inc. 2º, que la califica de dolosa o culposa— como piedra angular de toda la construcción del delito, lo que además es producto de que se asume el principio del acto o del hecho, pues un estado “social” —cuyo cometido es la configuración de la vida en colectividad— solo puede concebir comportamientos con relevancia general para asegurar la convivencia; de esta manera, pues, la socialidad se erige en una de las categorías llamadas a integrar el concepto señalado. Al mismo tiempo, como esa forma de organización política es “de derecho”, “democrática, participativa y pluralista”, de ello se desprende que el derecho penal solo puede regular conductas externas del hombre como ser dotado de racionalidad, guiadas por la voluntad hacia una determinada finalidad, acorde con el manejo de su conocimiento causal; por esta vía, entonces, se integran al concepto de conducta las notas de la causalidad y la finalidad, que el finalismo welzeliano entendía como estructuras lógico-objetivas preexistentes a toda legislación penal, independientemente de si se derivan o no de la propia Carta Magna.

Así las cosas, de la Ley de Leyes se desprende un *concepto de conducta* para el que el contenido de la voluntad es su parte interna (la finalidad), mientras que la causalidad alude a la externa; un concepto que, por erigirse en torno a la

idea de socialidad, tiene un innegable contenido material que ha de inspirar todas las categorías restantes de la construcción que apenas sí son verdaderos predicados suyos. Ello se reafirma cuando se expresa que la forma de Estado imperante se asienta en el “respeto a la dignidad humana”, como lo corroboran plurales cánones constitucionales, entre los que deben mencionarse los arts. 5º, 12, 16, etc., idea a partir de la que se debe erigir el fundamento axiológico del Derecho penal y, por ende, de todas y cada una de las categorías del delito.

También, de otras disposiciones de la propia Constitución —que le dan su razón de ser al principio del acto o del hecho— se desprende la idea de conducta como carácter genérico del delito, tal como sucede con el art. 6º cuando —además de sentar las bases para construir el *concepto de culpabilidad o responsabilidad*— claramente indica: “Los particulares solo son responsables ante las autoridades *por infringir la Constitución y las leyes*. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por *omisión o extralimitación* en el ejercicio de sus funciones”. Así mismo, cuando el art. 29 inc. 2º, al referirse al principio de legalidad, expresa: “nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes *al acto que se le imputa...*”, sienta las bases para la construcción del delito cuando afirma que *acto e imputación* son los dos pilares de esta²¹. A las anteriores disposiciones súmense las correspondientes de las leyes 74 de 1968 y 16 de 1972.

Por supuesto, el concepto de conducta que dimana de la Carta Fundamental no solo se refiere a los comportamientos comisivos, sino también a los omisivos, ambos como subformas de aquella. Así lo prevé con claridad en los arts. 1º, 6º; 49, párr. 5º, y 95, párr. 3º, num. 2, donde se plasma el principio de solidaridad social, que es uno de los fundamentos de toda la construcción; huelga decirlo, el concepto de omisión puede perfectamente erigirse a partir de los desarrollos doctrinarios contemporáneos que, desde A. KAUFMANN, entienden la posición de garante inherente al sujeto activo a partir de la llamada teoría de las

²¹ Así, en planteamiento que el texto comparte, GÁLVEZ ARGOTE, “Acción e imputación”, pág. 95.

funciones²² sin perjuicio de ideas complementarias de la misma o que han intentado desarrollarlas, como sucede con la concepción del ámbito de dominio de B. SCHÜNEMANN²³, para la que el sujeto debe entrar en el ámbito concreto del bien jurídico. Así, pues, no es suficiente con la consagración de una determinada posición de garante en la Constitución o en la ley para erigir cualquier comportamiento omisivo en punible, pues es indispensable una estrecha relación entre el agente y el bien jurídico tutelado, sea porque la persona tenga el deber de proteger los bienes jurídicos frente a riesgos que puedan afectarlos, sea porque le competa el deber de proteger determinadas fuentes de riesgos. Por eso, no es a partir del mero deber de colaborar con la administración de justicia (art. 95, inc. 3º, num. 7) como puede concebirse un comportamiento omisivo como subforma de conducta punible, pues no toda omisión se puede erigir en infracción a la ley penal porque, si así fuera, de nada serviría el catálogo de postulados limitantes al ejercicio del *ius puniendi* del Estado que, necesariamente, obligan a la construcción de una teoría del delito de corte garantista. Es obvio que las conductas comisivas u omisivas pueden ser dolosas o culposas (imprudentes), pues la misma ley de leyes se encarga de diferenciar entre una y otra modalidad en los arts. 90 inc. 2º, 122 inc. 5º (en armonía con el art. 1º del acto leg. 1 de 2004), 179, num. 1, 232, num. 3 y 299 inc. final. En otras palabras: distingue entre conductas (comisivas y omisivas) dolosas o culposas, de donde se desprenden cuatro estructuras distintas del delito. En fin, lo dicho hasta ahora muestra que la Constitución solo tolera un derecho penal de acto, para el que la conducta humana es la piedra angular de la teoría del delito, sin que sea posible —a diferencia de ordenamientos constitucionales como el francés— preconizar que también realizan conductas con relevancia penal entidades distintas a los seres mortales, como las personas jurídicas o las sociedades de hecho.

Las categorías de la *tipicidad* y de la *antijuridicidad* —que con la conducta integran el *injusto penal*— también tienen asidero en la Carta Fundamental. La *tipicidad* emerge del principio de legalidad y, de forma más concreta, de la

²² Cfr. KAUFMANN, *Die Dogmatik*, págs. 283 y ss.

²³ Cfr. SCHÜNEMANN, “Sobre el estado actual de la dogmática”, págs. 21 y ss.

garantía sustantiva de la prohibición de la indeterminación, pues la ley penal tiene que ser cierta, dado que en un Estado social y democrático de derecho (art. 1º) la persona solo puede ser juzgada “conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa” (art. 29, inc. 2º). Esas leyes, además, tienen que ser claras, precisas, para no generar indeterminación alguna que ponga en peligro la seguridad jurídica, sea que se trate de describir las conductas punibles acriminadas o las consecuencias jurídicas imponibles, como también lo exigen los arts. 28 y 34 de la Carta.

De semejantes consagraciones surge, pues, la categoría de *la tipicidad* que —tal como ocurre con la idea de conducta— debe tener un contenido determinado: si los tipos penales (los supuestos de hecho de la norma penal) mandan o prohíben conductas o ambas, se refieren a comportamientos causales, finales y sociales, lo que obliga a distinguir en el tipo penal tanto el aspecto objetivo como el subjetivo (concepción del tipo complejo), trátense de estructuras típicas de comisión dolosa o culposa, o de omisión en cualquiera de esas dos modalidades; allí, por supuesto, tiene plena acogida la construcción de la imputación objetiva, pues la Constitución exige un “acto” que se “le impute” al agente (art. 29), de donde surge que la creación del riesgo es una categoría necesaria al emitir el juicio de tipicidad²⁴. Así las cosas, la categoría mencionada —en todo caso distinta de los conceptos de *tipo* y *juicio de tipicidad*— no solo es la resultante formal de la comprobación encaminada a saber, desde un punto de vista formal, si la conducta encaja en el tipo penal, sino que también posee un innegable contenido material. De ahí, entonces, que las acciones socialmente adecuadas no sean típicas, en un Estado que precisamente se denomina *social*.

En cuanto a la *antijuridicidad*, tampoco cabe duda en el sentido de que la Carta Magna, al pretender que las normas penales regulen conductas humanas, demanda que a ellas solo se les puedan oponer comportamientos distintos de los que se imponen, acorde con el principio de la protección de bienes jurídicos; de allí surge la idea de antijuridicidad en su *aspecto formal*, por oposición al *material*

²⁴ Así, con toda razón, GÁLVEZ ARGOTE, “Acción e imputación”, págs. 101-102.

que supone la amenaza o lesión para los bienes jurídicos. Ahora bien, el concepto de *bien jurídico*, por mandato de la propia Carta —en cuyo Preámbulo y en los títulos I y II, señala los valores fundamentales que inspiran la organización social—, se convierte en el objeto fundamental de la tutela penal, como se infiere del art. 2º, inc. 2º, según el que las “autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, *bienes...*”; es más, de forma expresa lo utiliza el art. 250 parágrafo 2º introducido por el Acto leg. 06 de 2011: “Atendiendo la naturaleza del *bien jurídico...*”, que también habla de “la *menor lesividad* de la conducta punible”.

Así mismo, el art. 16 que —en armonía con las consagraciones referentes al postulado de la dignidad de la persona humana— consagra el *principio del libre desarrollo de la personalidad* —“Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”—, se torna en la columna vertebral para la elaboración de la teoría del bien jurídico. Obvio es decirlo, a partir de esta consagración cobra fuerza el *principio de necesidad* de intervención en el ámbito penal, con el consiguiente carácter subsidiario de la herramienta penal. Así, pues, la teoría de la conducta punible que se elabore debe tener como necesario punto de partida el *concepto de bien jurídico*, con lo cual no tienen asidero constitucional las corrientes que ponen la *infracción al deber* como la base de la construcción.

Por supuesto, el concepto de bien jurídico que ha de ser crítico puede ser entendido tanto desde un *punto de vista político criminal* como *dogmático*, con lo que parece indudable que en un Estado de derecho social, democrático y pluralista, dicha noción se debe analizar desde una perspectiva social pero, a su vez, a partir de la escala de valores plasmada en la Carta Fundamental que es la encargada de trazar las pautas basilares, a partir de las cuales se moldea el sistema del derecho penal. Como es natural, del catálogo de bienes jurídicos previstos en la Constitución se infiere que ellos pueden ser de naturaleza individual o universal (colectivos), pues se empieza por enunciar la vida, la libertad, el trabajo, la paz, el orden económico-social, la organización política

(Preámbulo, arts. 1º, 2º, 11 y ss. y 42 y ss.), y todos los derechos fundamentales, sociales, económicos y culturales que sean dignos de protección penal, hasta llegar al ambiente, la salubridad pública, los recursos naturales (arts. 78 y ss.), etc. De esta forma, un derecho penal fundado en el *principio de protección de bienes jurídicos*, como límite supremo al ejercicio de la potestad punitiva del Estado, debe valorar de forma negativa toda conducta que amenace en concreto o dañe el bien jurídico y que rechace el castigo de los tipos de peligro abstracto; surge, así, la idea de *desvalor de resultado* que, en unión de la de *desvalor de acción* —en la medida que la Constitución impone la tutela de ciertos valores ético sociales—, conforma el concepto de *injusto* penal propio de una organización política como la ya mencionada.

Por último, la categoría de la *culpabilidad* o *responsabilidad subjetiva* —distinta en todo caso del *principio de culpabilidad*, del que emerge— empleada por el constituyente en los arts. 6º y 124 cuando se refiere a la *responsabilidad* de los particulares y a los servidores públicos —voz que no siempre coincide con las acepciones amplia y procesal contenidas en el art. 91—, referida a conductas típicas y antijurídicas, causales-finales-sociales, solo puede ser entendida como un juicio de exigibilidad en cuya virtud se le imputa al agente la realización de un injusto penal, pues —atendidas las condiciones de orden personal y social vigentes en el medio: no se olvide que la organización política es la propia de un Estado *social*— se encuentra en posibilidad de dirigir su comportamiento acorde con las exigencias del orden jurídico, y no lo hace pese a que puede hacerlo; todo ello, se insiste, en el marco de un Estado de derecho cuyo cometido esencial es el respeto de la dignidad de la persona humana (Const. Pol., art. 1), que es también el fundamento axiológico del postulado de culpabilidad del que emerge la categoría que lleva el mismo nombre. Desde el punto de vista formal, entonces, la culpabilidad es un juicio de exigibilidad normativa, mientras que, desde el punto de vista material, encuentra su limitante en los principios aseguradores de la convivencia civilizada en un Estado social y democrático de derecho. En otras palabras: el concepto de culpabilidad que la Constitución delinea —para un Estado social, democrático y pluralista de derecho— debe ser de corte social-normativo,

acorde con la noción de conducta ya bosquejada que, como se dijo, también encuentra en la dignidad de la persona humana su referente axiológico supremo.

Así mismo, obsérvese, el Código penal, al reproducir la norma constitucional arriba citada, vuelve a reiterar que *acto e imputación* son los dos pilares sobre los que se asienta la construcción en examen (art. 6º, inc. 1º) y, de la mano de esta, también dispone que “*para que la conducta sea punible debe ser típica, antijurídica y culpable*” (art. 9º, inc. 1º); también exige la “*imputación jurídica del resultado*”, al referirse a la causalidad (inc. 2º). De igual forma, al lado de cada uno de los principios inspiradores del derecho penal, indica las diversas categorías específicas del concepto dogmático (arts. 10 a 12), y advierte que la separación entre injusto y culpabilidad dimana del art. 7º; dispone que el delito y la contravención son las especies de conducta punible (art. 19); regula los dispositivos amplificadores del tipo (arts. 27 y 30) y los fenómenos de unidad y pluralidad de acciones típicas (art. 31). Así mismo, prevé modernas fórmulas en materia de error de tipo y error de prohibición (art. 32, nums. 10 a 12); trae importantes previsiones en materia de omisión (art. 25) y de imprudencia (art. 23); define las figuras del dolo (art. 22), la culpa (art. 23) y la preterintención (art. 24). Contempla, además, la centenaria figura del actuar por otro (art. 29, inc. 3º); y sienta importantes fundamentos dogmáticos en materia de concurso de personas en la conducta punible (arts. 28 a 30). En fin, de manera no taxativa, regula los diferentes casos excluyentes de la responsabilidad penal —voz que se emplea en un sentido amplio— en los distintos estratos de la conducta, la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad (art. 32), con lo que se le brinda al estudioso todo un arsenal de herramientas de gran riqueza conceptual.

El codificador, pues, ha sido pródigo a la hora de establecer pautas de elaboración de la teoría en examen que, desde luego, no son una “camisa de fuerza” para los cultores de esta disciplina deseosos de emprender su estudio animados de ideas frescas, y de una concepción dinámica del derecho y la sociedad. Así, es posible emprender una construcción teórica clara y sencilla que esté al alcance de jueces y abogados, agentes de la Fiscalía General de la Nación y

estudiosos, que redunde en una rápida administración de justicia; y posibilite, al mismo tiempo, que cada una de sus categorías sea susceptible de ser demostrada con base en los medios probatorios ordinarios previstos en la ley procesal penal (el testimonio, el documento, el indicio —que, así no esté relacionado expresamente dentro de los medios de prueba en la legislación procesal, no ha desaparecido—, la confesión, el peritazgo y la inspección). Por ello, mientras más compleja e ininteligible sea esta construcción, más alejada estará de la práctica y de las necesidades cotidianas, y se tornará en obstáculo para que la concepción del delito concuerde con los fines y cometidos del derecho penal mismo, tal como lo exige una buena utilización del método dogmático.

2. *Una concepción sincrética.* De esta manera, es posible hacer una construcción en la que quepan tanto el sistema —acorde con los desarrollos recientes— como el problema, de cara a unas elaboraciones político-criminales que se compadezcan con la realidad nacional; ello se evidencia cuando se estudian todas y cada una de las categorías del delito. En efecto, de lo dicho se desprende que el concepto de conducta se debe entender como la resultante de reunir las diversas notas que se le han asignado a la acción jurídico penal a lo largo de la historia de la dogmática: la causalidad, la finalidad y la socialidad (el carácter social), lo que permite acuñar un concepto final-social que intenta explicar todas las formas de aparición del delito o hecho punible. Así se pueden erigir cuatro estructuras diferentes: una para los hechos de comisión dolosa, que sirve de base a todas las demás; otra, a los omisivos dolosos; una más a los de comisión imprudente o culposa; y, la última, a los omisivos culposos, cada una de ellas con una configuración distinta en los diversos estratos de la construcción.

En cuanto a la tipicidad, como producto de lo anterior, se parte de una concepción compleja del tipo penal mirando en él tanto aspectos subjetivos como objetivos, con la advertencia de que en estos últimos se ubica la construcción de la imputación objetiva.

La antijuridicidad se divide en formal y material, pero, a diferencia del cuestionable finalismo ortodoxo, se desecha un concepto radical del injusto

personal, dando cabida con ello, tanto al bien jurídico (desvalor de resultado) como al valor ético social (desvalor de acción), acorde con una concepción mixta de la norma penal (norma de determinación-norma de valoración); de esta manera, pues, se pretende restablecer el equilibrio entre lo objetivo y lo subjetivo también en este plano del análisis.

A su turno, la culpabilidad o responsabilidad penal plena se entiende como un juicio de exigibilidad de carácter jurídico y social, pues se es culpable en concreto, en un determinado contexto histórico y social, y no en abstracto. Ello obliga a desechar la idea de reprochabilidad —blanco de cuestionamientos—, y a reordenar los elementos de esta categoría al dejar el examen de la imputabilidad para el último lugar, lo que permite que también los enfermos mentales autores de injustos —potenciales inimputables— se beneficien de las causales de inculpatibilidad o de exclusión de la responsabilidad (plena), sin incurrir en formas de responsabilidad objetiva como, por lo demás, lo dispone el art. 9 inc. 3º del Código penal.

Así mismo, con miras a lograr más armonía expositiva, en el estudio de cada uno de los estratos o niveles de análisis se distingue el aspecto positivo del negativo, de tal manera que, después de exponer la génesis histórica de cada una de las categorías y sus desarrollos básicos, se examinan los diversos eventos que las excluyen. De igual manera, debe precisarse, la exposición de las diversas formas de aparición del delito o hecho punible se hace de modo conjunto y no por separado como es usual.

Se busca, pues, plantear una sistemática del delito llamada a agitar la discusión y que —sin caer en mesianismos, tan propios de medios donde los adelantos teóricos son incipientes—, jalone los desarrollos actuales, de tal manera que se posibiliten la crítica abierta y el libre debate de las ideas, ingredientes sin los que no se puede hacer *academia* en el sentido riguroso de la expresión.

C. La teoría del delito en la ley procesal penal. Por supuesto, las bases positivas de la Teoría del delito no sólo dimanar de la Constitución y el Código

Penal sino que, al mostrar las necesarias relaciones entre el Derecho penal sustantivo y el procesal, el Código de Procedimiento Penal es también pródigo en desarrollos legales en esta materia, como lo muestra un examen de sus disposiciones a la luz de las más importantes categorías del delito, con la advertencia de que existen disposiciones como el num. 2 del art. 332 que, al prever las causales de preclusión, aluden a todas ellas en lo atinente a su aspecto negativo: “*Existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal*”. El vínculo, pues, entre la ley procesal penal de tendencia acusatoria y la dogmática penal —para el caso a través de la Teoría del delito— es inescindible²⁵.

1. *La teoría de la conducta*. Así mismo, la categoría jurídico penal de la conducta como piedra angular de la construcción del delito —que además es expresión del principio del acto o del hecho— emerge del tenor literal del art. 24 del Código cuando al aludir al “ámbito de la jurisdicción penal” señala: “Las indagaciones, investigaciones, imputaciones, acusaciones y juzgamientos por *las conductas previstas en la ley penal como delito*, serán adelantadas por los órganos y mediante los procedimientos establecidos en este código y demás disposiciones complementarias”; en otras palabras, la jurisdicción penal sólo se ocupa de comportamientos (comisivos u omisivos) previstos como tales en la Ley Penal, las mismas que el art. 102 del C. P. llama “*conducta criminal*” o el art. 107 denomina la “*conducta del condenado*”. Adicional a lo anterior, cuando el art. 50 num. 1º regula la figura de la conexidad obliga al estudioso a partir de toda la construcción teórica atinente a la unidad y pluralidad de conductas típicas cuando; obsérvese cómo se emplean, en sentido técnico, las voces “*acción u omisión*” o “*acciones u omisiones*” —lo que supone toda una construcción sobre la teoría de la conducta—, etc. Es más, el mismo Código se encarga de distinguir los delitos dolosos (cfr. art. 82 inc. 1º y 83 inc. 2º, cuando habla de “*los delitos dolosos*”) de

²⁵ Cfr. FÉLIX CÁRDENAS, “¿El sistema acusatorio-adversarial en México...?”, en *Dogmática jurídico-penal*, págs. 13 y ss.; también, LÓPEZ SAURE, “¿Tiene algún sentido la dogmática...?”, en la misma obra, pág. 80; ROMÁN QUIROZ, “Lo medular del manejo de la Dogmática”, ídem, págs. 103 y ss.

los culposos (cfr. art. 100: “*delitos culposos*” o el art. 324 num. 6 que, al referirse a una de las causales del principio de oportunidad, emplea las locuciones: “a consecuencia de *la conducta culposa*”, igual cabe decir de la causal once del mismo artículo: “Cuando *la imputación subjetiva sea culposa* y los factores, que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social”, etc.), con lo cual quedan claras cuáles son las formas de imputación subjetiva que prevé la Ley procesal. Incluso, en el inconstitucional art. 310 —que es contrario a un derecho penal de acto, que no tolera consideraciones propias de un derecho penal de autor como las que allí se hacen—, cuando se señalan los criterios para determinar si la libertad de la persona es “*peligrosa para la comunidad*”, se dice en el numeral 4: “La existencia de sentencias condenatorias vigentes por *delito doloso o preterintencional*”, con lo cual entra en escena el distinguo entre dolo y preterintención que hacen los arts. 21 y ss. del Código Penal.

También, alude al carácter genérico del hecho punible el art. 336 cuando, al hablar de la presentación de la acusación, señala que ella procede cuando “con probabilidad de verdad,... *la conducta delictiva existió*”; igual el art. 443.

2. La categoría de la tipicidad. Diversas disposiciones hacen referencia a la tipicidad o a diversos institutos que la desarrollan. En un plano general, por ejemplo, el art. 146 num. 4º en materia del registro de la actuación habla de la “*la tipificación dada a los hechos por la Fiscalía*”; también, algunas de las problemáticas que plantea el art. 324 están referidas a esta categoría dogmática (véase numerales 9, 10, 11, 13 y 14). Así mismo, el art. 332 en su numeral 3 habla de la “*atipicidad del hecho investigado*”, como causal de preclusión; este numeral, por supuesto, sobra porque el num. 2 de la misma disposición ya lo contempla cuando se refiere a todas las causales de exclusión de la responsabilidad “**de acuerdo con el Código Penal**”; además, el art. 442 emplea esa categoría dogmática en tratándose de la “*petición de absolución perentoria*”, cuando “*resulten ostensiblemente atípicos los hechos en que se fundamentó la acusación*”, cosa que también hace el art. 443: “El fiscal expondrá oralmente los argumentos relativos al análisis de la prueba, *tipificando de manera*

circunstanciada la conducta por la cual ha presentado la acusación”. De nuevo la voz tipicidad aparece en el art. 350 inc. 4º cuando, en el seno del instituto de la aceptación de cargos, se hace referencia a una de las prebendas que el Fiscal le puede otorgar al imputado: “*Tipifique la conducta*, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”.

El instituto de la **unidad y pluralidad de conductas típicas** —formulado en el art. 31 del Código Penal—, como problemática especial de la tipicidad, aparece referido en el art. 294 inc. 4º, cuando se ocupa de los términos para formular acusación o solicitar preclusión; allí, de forma expresa, se alude al “*concurso de delitos*”; también se menciona este instituto en tratándose de la causal primera de aplicación del principio de oportunidad en el art. 324 donde se advierte que “Esta causal es aplicable, igualmente, en los eventos de *concurso de conductas punibles* siempre y cuando, de forma individual, se cumpla con los límites y las calidades señaladas en el inciso anterior”; también es una clara manifestación de este instituto dogmático la figura del concurso real posterior que prevé el art. 460.

A su lado, de forma reiterada, la ley procesal se ocupa de la problemática atinente al **concurso de personas en el delito**, así: en efecto, el art. 11 inc. 2º lit. c, cuando se refiere a los derechos de las víctimas empieza por afirmar que ellas tienen derecho “A una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del *autor o partícipe del injusto* o de los terceros llamados a responder en los términos de este código” con lo cual, de forma muy técnica, se afirma que la participación criminal en sentido estricto supone la intervención en el injusto de otro que actúa como autor, esto es, en su conducta típica y antijurídica; el concurso de personas en el delito, como se recordará, es una de las problemáticas centrales de la Teoría de la tipicidad como construcción del delito o hecho punible; la voz “injusto” vuelve a ser reiterada en los literales e) y f) del mismo artículo. Así mismo, en el art. 50, en materia de la “unidad procesal”, de nuevo hace referencia en forma técnica al concurso de personas en el delito en sentido amplio cuando expresa: “Por cada delito se adelantará una sola actuación procesal, cualquiera que sea el número de *autores o partícipes*, salvo las excepciones constitucionales y legales”; sin duda, se refiere a la autoría y a la

participación criminal como formas de aquel instituto que, por cierto, desarrolla el Código sustantivo en sus arts. 28 a 30.

También, cuando el art. 50 num. 1º regula la figura de la conexidad habla de “*coparticipación criminal*” y de los “*autores o partícipes*”. Es más, el art. 53 num. 5, cuando habla de los casos de ruptura de la unidad procesal, alude a “la vinculación de una persona en *calidad de autor o partícipe*” lo que obliga, una vez más, a partir de las construcciones dogmáticas del concurso de personas en el delito para poder enfrentar estos eventos con solvencia académica; igual sucede cuando el art. 71 inc. 3º, a la hora de concretar las condiciones para saber quien es querellante legítimo, utiliza las expresiones “*autor o partícipe del delito*”. Incluso, igual sucede cuando el art. 76 inc. 4º, en materia del desistimiento de la querrela, alude a “...*todos los autores o partícipes del delito investigado*” y cuando en el art. 132 inc. 2º se habla del “...*autor del injusto*...”.

Es más, al aludir al “programa metodológico de la investigación” — verdadera piedra angular de la teoría del caso que debe elaborar la Fiscalía General de la Nación—, de nuevo se vuelve a hacer el distingo técnico entre autores y partícipes en el art. 207 inc. 4º; igual ocurre con el art. 213 inc. 1º cuando se refiere a la inspección del lugar del hecho, o en el art. 220 al hacer alusión a la orden de registro y allanamiento y, por supuesto, en esas mismas materias cuando el art. 223 párrafo se refiere a las “*personas vinculadas como auxiliares, partícipes o coautoras del delito investigado*”, que versa sobre los objetos no susceptibles de registro. Igual cabe decir del art. 239 inc. 4º en materia de vigilancia y seguimiento de personas, que también alude a los “*autores o partícipes*”.

Incluso, que es necesario un adecuado manejo de esas categorías dogmáticas se evidencia cuando el art. 244A inc. 2º, que como se sabe hace referencia a las operaciones encubiertas en tratándose de delitos de corrupción, dispone: “Cuando en investigaciones de corrupción, el agente encubierto, en desarrollo de la operación, cometa delitos contra la Administración Pública *en coparticipación con la persona investigada*, quedará **exonerado de**

responsabilidad —todo lo cual abre un muy interesante debate dogmático encaminado a precisar si esa conducta es atípica, justifica o inculpa; o si hay hecho punible (repárese: se habla de “cometa delitos”) pero falta la punibilidad— salvo que exista un verdadero *acuerdo criminal ajeno a la operación encubierta*, mientras que el indiciado o imputado responderá por el delito correspondiente”; aquí, además, se exige al estudioso un debido examen de las causales de exención de responsabilidad penal pues esta disposición introduce una más a las que ya señala la Ley sustantiva (cfr. art. 32). Incluso, cuando se hace referencia al interrogatorio de indiciado en el art. 282, de nuevo, la Ley Procesal vuelve a hablar de una “*persona (que) es autora o partícipe de la conducta que se investiga*”; a esta propósito, justo es recordarlo, en el art. 283 —que se refiere a la aceptación por parte del indiciado, aunque la ley de forma equívoca lo llama “imputado”— se introducen los dos dispositivos amplificadores del tipo, para el caso la participación criminal y la tentativa en los siguientes términos: “...*haber participado en alguna forma o grado en la ejecución de la conducta delictiva que se investiga*”.

La necesidad de distinguir las categorías dogmáticas de la autoría y de la participación vuelve a tornarse necesaria cuando, en el art. 287 que se intitula como “situaciones que determinan la formulación de la imputación”, de forma perentoria se afirma: “El fiscal hará la imputación fáctica cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, *se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga*”. Por supuesto, en términos estrictamente dogmáticos y apegados al tenor de las construcciones vertidas en los arts. 28 a 30 del C. P., para poder endilgarle la calidad de partícipe a una persona es necesario demostrar que ella ha intervenido como determinadora (instigadora) o cómplice en el injusto de otro, esto, es en la conducta típica y antijurídica realizada por un autor determinado, lo que es consecuencia ineluctable de que la participación en sentido estricto es accesoria de la autoría; así las cosas, la formulación de la imputación tiene tanto

un contenido fáctico como jurídico²⁶ tras del cual se vislumbra ya una determinada teoría del caso²⁷.

Estas consideraciones tienen igual validez de cara al cabal entendimiento del texto vertido en el art. 297 porque, para librar una orden de captura, es necesario demostrar que la persona “es autor o partícipe del delito que se investiga”, en otras palabras para afirmar que alguien es partícipe se debe demostrar la autoría en relación con un injusto en los términos de los arts. 29 y 30 del C. P.

También, el art. 301 al señalar las condiciones para que se configure el instituto de la flagrancia vuelve a aludir a las dos construcciones dogmáticas en examen: “La persona es sorprendida o individualizada durante la comisión del delito y aprehendida inmediatamente después por persecución o *cuando fuere señalado (sic) por la víctima u otra persona como autor o cómplice del delito inmediatamente después de su perpetración*” (num. 2), con la diferencia de que aquí al lado del autor se menciona sólo al cómplice y se olvida al determinador; o “La persona es sorprendida y capturada con objetos, instrumentos o huellas, de los cuales aparezca fundadamente que *acaba de cometer un delito o de haber participado en él*” (num. 3). Incluso, este distingo —y las precisiones son similares— se debe hacer a la hora de valorar los presupuestos que señala el art. 308 para dictar medida de aseguramiento, la cual procede cuando se “*pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga*”; igual sucede cuando, al enunciar el principio de la

²⁶ Cfr. Sala de Casación Penal, Corte Suprema de Justicia, sent. de ocho de octubre 2008, radicado: 29338.

²⁷ Por ello, no parece ser cierto que el tema se reduzca a lo siguiente: “Ahora bien, en la medida en que la formulación de la imputación es el acto a través del cual la fiscalía General de la Nación comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia que se lleva a cabo ante el juez de control de garantías (art. 286 CPP), *el Fiscal sólo podrá hacer la imputación cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, pueda inferir razonablemente quién es el autor o partícipe del delito que se investiga (art. 287 CPP), es decir, pueda individualizar de manera concreta al imputado, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones (art. 288 CPP)*”, como ha dicho la sent. C-126 de dos de marzo de 2011 emanada de la Corte Constitucional.

legalidad procesal, el art. 322 hace mención a “*los autores y partícipes en los hechos que revistan las características de una conducta punible*” o el art. 325 num 18, al aludir a una de las causales de aplicación del principio de oportunidad, se refiere al “*autor o partícipe*” de un cohecho.

Es más, que esas construcciones tan denostadas por un procedimentalismo ingenuo —que quiere ganarle la carrera a la Ciencia del Derecho Procesal Penal— son necesarias, lo vuelven a poner de presente otras disposiciones: el art. 327 inciso final, al ocuparse del control judicial de la aplicación del principio de oportunidad, dice: “La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados o acusados y la Fiscalía, no podrá comprometer la presunción de inocencia y solo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir *la autoría o participación en la conducta y su tipicidad*”; el art. 329, cuando se ocupa de los efectos del susodicho principio expresa: “La decisión que prescinda de la persecución extinguirá la acción penal respecto del *autor o partícipe* en cuyo favor se decide, salvo que la causal que la fundamente se base en la falta de interés del Estado en la persecución del hecho, evento en el cual las consecuencias de la aplicación del principio se extenderán a los *demás autores o partícipes en la conducta punible*, a menos que la ley exija la reparación integral a las víctimas”. También, el art. 336 al aludir a la presentación de la acusación, señala que ella procede cuando “con probabilidad de verdad,... la conducta delictiva existió y...*el imputado es su autor o partícipe*”; estas últimas dos expresiones también aparecen en el art. 372 en tratándose de los fines asignados a las pruebas.

3. La categoría de la antijuridicidad. Aunque está claro que ella se deduce de múltiples disposiciones de la Ley procesal penal, algunas de ellas la mencionan de manera expresa: Así cuando el art. 324, causal 9, dice que el principio de oportunidad es aplicable “En los casos de atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o de la recta administración de justicia, *cuando la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa* y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche

institucional y la sanción disciplinaria correspondientes” —esto sin olvidar las implícitas alusiones que allí se hacen a la idea de culpabilidad—, introduce todo el debate sobre el llamado principio de la insignificancia que también se puede asociar con la problemática de la imputación objetiva que es propia, aunque las opiniones no son coincidentes, de la categoría de la tipicidad. Iguales consideraciones cabe hacer de cara al numeral 10: “*En delitos contra el patrimonio económico, cuando el objeto material se encuentre en tal alto grado de deterioro respecto de su titular, que la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio*”; o con los numerales 11: “*Cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores, que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social*” y 13: “*Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse*”.

Otro instituto que involucra la categoría de la antijuridicidad y con ella la culpabilidad es del exceso en el ejercicio de las causales de justificación que menciona el art. 324 num. 15, como causal de aplicación del principio de oportunidad: “*Cuando la conducta se realice excediendo una causal de justificación, si la desproporción significa un menor valor jurídico y social explicable en el ámbito de la culpabilidad*”.

4. La idea de culpabilidad y/o de responsabilidad. En efecto, una mirada atenta al texto deja los siguientes resultados: en el Título Preliminar, acápite destinado a los “*principios rectores y garantías procesales*”, el legislador en el art. 7º acuña la expresión “*responsabilidad penal*” que —sin duda— hace referencia al concepto procesal de culpabilidad como resultante de la debida prueba en el proceso de todos los componentes del concepto dogmático del delito, con lo cual se parte de la existencia de la categoría de la “culpabilidad” —y con ella de las demás que integran el citado concepto dogmático— entendida en un sentido propiamente dogmático. Esas locuciones, las de “*responsabilidad penal*”, vuelven

a ser utilizadas en los arts. 22, 82 incs. 1º y 4º, 103 incs. 1º y 4º, 105, 106, 117, 372, 375 y 381, entre otros.

De la misma forma, la inapropiada redacción dogmática del numeral 12 del art. 324 que se refiere a la aplicación del principio de oportunidad “Cuando *el juicio de reproche de culpabilidad* (sic) sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social”, no deja de plantear todo el debate sobre la categoría de la culpabilidad y, por supuesto, sobre la teoría de la punibilidad; iguales reflexiones caben de cara al entendimiento dogmático de la causal 15 del art. 324: “Cuando la conducta se realice excediendo una causal de justificación, *si la desproporción significa un menor valor jurídico y social explicable en el ámbito de la culpabilidad*”.

La idea de *culpabilidad*, asociada con el concepto procesal, también aparece en el art. 350 inc. 3º cuando, en la aceptación de cargos, se dice que “el imputado *se declarará culpable* del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor”; expresión que también emplean los incs. 2º y 3º del art. 367 y los arts. 368, 369, 446, 448 y 451.

Por supuesto, también forman parte de esta categoría aquellas disposiciones que propician el distingo entre imputables e inimputables. En efecto, el art. 37 num. 3 —que hace referencia a la competencia de los jueces penales municipales— emplea, de manera no muy técnica, la voz “*inimputable*” que parece confundir con la causa de ese fenómeno al tenor de lo señalado en el art. 33 inc. 1º del C. P. cosa que no sucede con el art. 38 num. 6 inc. 1º que, de forma correcta, emplea las expresiones “*los inimputables*” para referirse a la competencia de los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, uso que también hace en forma debida el mismo artículo 38 num. 6 en su inc. 2º cuando se refiere a los “*condenados inimputables*”; incluso, al prever las causales de revisión, de nuevo se alude a la “*inimputabilidad*” del condenado (art. 193 num. 3) y, en tratándose, del descubrimiento probatorio, dice el art. 344 inc. 4º: “Así mismo cuando la defensa piense hacer uso *de la inimputabilidad* en cualquiera de sus variantes entregará a la Fiscalía los exámenes periciales que le hubieren sido

practicados al acusado”, lo que a todas luces no es la mejor redacción del asunto. Además, el art. 452, intitulado “Situación de los inimputables” al momento de dictar sentencia, señala: “*Si la razón de la decisión fuera la inimputabilidad, el juez dispondrá provisionalmente la medida de seguridad apropiada mientras se profiere el fallo respectivo*”; también, los arts. 465 y ss. mencionan, en diversas oportunidades, la idea de “inimputabilidad”.

III. CONCLUSIONES

Primera. Sin duda, en contra de quienes todavía pregonan que la Teoría del delito se ha acabado con la puesta en vigor del sistema procesal penal de tendencia acusatoria, la Ley 906 de 2004 prevé innumerables desarrollos que sólo se pueden explicar a la luz de las construcciones dogmáticas de la Parte General del Derecho penal; en otras palabras: es imposible aplicar la normativa procesal a espaldas de las construcciones académicas de la Parte General del Derecho penal.

Segunda. Una de esas alzaduras académicas es la teoría del caso que, en el derecho positivo, es obligatoria para la Fiscalía y potestativa para la defensa y que sólo es posible cuando en ella se conjugan los componentes fáctico, jurídico y probatorio. Por eso, cuando la defensa y la Fiscalía pretendan armar su teoría del caso, de forma ineludible se tienen que apoyar en las construcciones propias de la Teoría del delito.

Tercera. Mucho daño le hacen al Derecho Procesal penal y a la Administración de Justicia las elaboraciones procedimentalistas que, como si todavía esa disciplina se encontrase en los estadios de desarrollo propios de hace un siglo, no han podido entender que la Teoría del caso es uno de los pilares del sistema de tendencia acusatoria.

Cuarta. Bien valdría, pues, la pena que la doctrina y la jurisprudencia se sentaran a reflexionar sobre las necesarias relaciones entre el derecho sustantivo y el derecho procesal penal, presididas por el derecho constitucional, de cara a realizar

una mejor intelección de la normativa contenida en la ley 906 de 2004 que, por supuesto, debe interpretarse en armonía con el programa penal de la Constitución y no a la luz del capricho o de la arbitrariedad de turno.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ABBAGNANO, NICOLA: *Diccionario de Filosofía*, trad. de Alfredo N. Galletti, 13^a reimpresión de la primera edición, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

BAYTELMAN, ANDRÉS/DUCE, MAURICIO: *Manual de Litigación en Juicios Orales*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA-JSCA, Borrador, 2004.

BENAVENTE CHORRES, HESBERT: *La aplicación de la Teoría del caso y la Teoría del Delito en el Proceso Penal Acusatorio*, Barcelona, Bosch Editor, 2011.

CORTE CONSTITUCIONAL: sentencia C-209 de 21 de marzo 2007.

CORTE CONSTITUCIONAL: sentencia C-069 de diez de febrero 2009.

CORTE CONSTITUCIONAL: sentencia C-126 de dos de marzo de 2011.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: Sala de Casación Penal, sentencia de ocho de octubre 2008, radicado: 29338.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: Sala de Casación Penal, sentencia del 26 de Octubre de 2011, radicado: 36357.

DELLEPIANE, ANTONIO: *Nueva Teoría de la Prueba*, Bogotá, Temis, séptima edición, 1972.

Diccionario de la Lengua Española, 2 tomos, Madrid, Real Academia Española, vigésima segunda edición, 2001.

FÉLIX CÁRDENAS, RODOLFO: “¿El sistema acusatorio-adversarial en México conlleva la desaparición de la dogmática jurídico-penal?”, en Rodolfo Félix Cárdenas y AA. VV.: *Dogmática jurídico-penal y Ley procesal penal “vínculo inescindible”*, México, Ubijus Editorial, 2010, págs. 13 y ss.

GÁLVEZ ARGOTE, CARLOS AUGUSTO: “Acción e imputación en el nuevo Código Penal colombiano”, en *Estudios sobre los nuevos códigos penales*, Bogotá, Universidad de Salamanca, Corte Suprema de Justicia, 2001, págs. 87 y ss.

JESCHECK, HANS HEINRICH/THOMAS WEIGEND: *Tratado de Derecho penal*, Parte general, 5ª ed., trad. de Miguel Olmedo Cardenete, Granada, Comares, 2002.

KAUFMANN, ARMIN: *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, reimpresión de la 2ª ed., Göttingen, Otto Schwartz & Co, 1988.

LÓPEZ SAURE, ERNESTO: “¿Tiene algún sentido la dogmática jurídico penal ante el nuevo sistema penal?”, en Félix Cárdenas, Rodolfo y AA. VV.: *Dogmática jurídico-penal y ley procesal penal. Vínculo inescindible*, Ubijus Editorial, México, 2010, págs. 53 y ss.

LUZÓN PEÑA, DIEGO MANUEL: *Curso de derecho penal*, Parte general I, Madrid, Universitas S.A., 1996.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO/MERCEDES GARCÍA ARÁN: *Derecho penal*, Parte general, 6ª. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

REIK, THEODOR: *Psicoanálisis del crimen. El asesino desconocido*, trad. de Simón Wencelblat, Buenos Aires, Editorial Paidós, 1965.

ROMÁN QUIROZ, VERÓNICA: “Lo medular del manejo de la Dogmática jurídico-penal en el sistema acusatorio adversarial”, en Rodolfo Félix Cárdenas y AA. VV.: *Dogmática jurídico-penal y Ley procesal penal “vínculo inescindible”*, México, Ubijus Editorial, 2010, págs. 91 y ss.

ROXIN, CLAUDIUS: *Derecho penal*, Parte general, t. I, trad. española de la 2ª ed. alemana y notas a cargo de Diego Manuel Luzón Peña/Miguel Díaz y García Conlledo/Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997.

SÁNCHEZ LUGO, CARLOS FELIPE: *La teoría del caso*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2009, en: www.cispa.gov.co/index.php?option=com_docman&task... Fecha de la visita: 20 de junio de 2012.

SCHÜNEMANN, BERND: “sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania”, trad. de Silvina Bacigalupo, en Enrique Gimbernat/Bernd Schünemann/Jürgen Wolter: *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid, Facultad de Derecho Universidad Complutense, 1994, págs. 11 y ss.

VELÁSQUEZ V., FERNANDO, “Ley procesal penal y dogmática jurídica”, en Félix Cárdenas, Rodolfo y AA. VV.: *Dogmática jurídico-penal y ley procesal penal. Vínculo inescindible*, Ubijus Editorial, México, 2010, págs. 117 y ss.

___: *Derecho penal*, parte general, 4ª ed., Medellín, Librería Jurídica Comlibros, 2009.

___: *Derecho Penal*, parte general, 2 tomos, 1ª ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2009.

VIDAURRI ARÉCHIGA, MANUEL: “una recapitulación en torno a la dogmática penal, teoría del delito y teoría del caso”, en *letras jurídicas* No. 12, Guadalajara, Universidad de Guadalajara, 2011, págs. 1 y ss.

WELZEL, HANS: *Derecho penal alemán*, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, 2ª ed. castellana, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1976.

BIEN JURÍDICO Y OBJETO PROTEGIBLE

JUAN ANTONIO LASCURAÍN
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN: Los artículos se prologan con introducciones para que el lector se haga una temprana idea de lo que se va a encontrar en las líneas que le esperan. Ya el título suele aspirar a hacer tal función, a veces justificadamente frustrada por intenciones estéticas o por la – dichosa o maldita - ambigüedad semántica de las palabras. Esta ambigüedad se ceba desde luego en la expresión “bien jurídico”, que transmite un concepto no descriptivo, sino teórico¹, para el que existen dos consolidadas y divergentes teorías que pretenden explicar su significado. Es por ello por lo que un artículo que se presente como “Bien jurídico” o como “Teoría del bien jurídico” despertará muy razonables dudas acerca de su contenido: acerca de si es un trabajo de dogmática penal o de política criminal; de si trata de lo que la norma protege, sea o no legítima esta protección, o de lo que la norma puede proteger, esté o no *de facto* protegido.

Por razones semánticas, pero también legales, la expresión “bien jurídico” debería reservarse para el concepto dogmático, para el concepto que transmite lo protegido: para nominar el objeto inmediato de protección de la norma penal. A justificar esta idea y a otros aspectos de la teoría del bien jurídico dedicaré el

¹ Señala CARLOS S. NINO que “bien jurídico” es “un término teórico. Los términos teóricos son aquellos que no hacen referencia directa a ninguna entidad observable. (...) Los términos teóricos no pueden ser entendidos en forma aislada de una teoría que los define implícitamente” (“Consideraciones sobre la dogmática jurídica”, México - UNAM -, 1974, pp. 66 y s.). Advierte posteriormente de que los dogmáticos no perciben que la tarea que realizan es la de estipular un significado para un término, entendiéndola como una búsqueda de la verdadera `naturaleza' o `esencia' de un cierto instituto jurídico, cuyo hallazgo tendrá como resultado habilitar la deducción de principios jurídicos relevantes” (p. 81).

segundo epígrafe de este artículo. El tercero tendrá por contenido un esbozo de la teoría de lo protegible: de lo que puede legítimamente protegerse por vía sancionadora en un Estado democrático. Especial atención requerirán al respecto tres cuestiones que forman parte candente del actual debate político criminal: ¿pueden protegerse los solos sentimientos?; ¿pueden protegerse bienes que no sean directa o indirectamente personales?; ¿pueden protegerse bienes que no sean directa o indirectamente constitucionales?

PALABRAS CLAVE: Bien Jurídico, dogmática penal, política criminal

ABSTRACT: The articles are extended with introductions so the reader can get an early idea of what they would find in the lines ahead. The title already tends to make this function, sometimes justifiably frustrated by aesthetic interests or by – blessed or cursed- semantic ambiguity of words. This ambiguity is fed into the expression of “legal asset” that transmits not a descriptive concept but a theoretic one. For which there are two consolidated and divergent theories that pretend to explain their significance. Therefore, an article that presents itself as “Legal Asset” or as “Theory of the Legal Asset”, will arouse reasonable doubts about its content: whether it is a work of criminal dogmatic or of criminal policy; or if it is of what the law protects, being legitimate or not the protection, or about what the law can protect, whether it is “*de facto*” protected or not.

For semantic reasons and also legal reasons, the expression “legal asset” should be reserved for the dogmatic concept, for the concept that transmits what is protected: to nominate the immediate object of protection of the criminal law. The second chapter of this article is dedicated to justify this idea and other aspects of the theory of the legal asset. In the third chapter an outline of the theory of the protectable will be presented: of what may be protected by punitive ways in a Democratic State. Special attention is required for three aspects that are part of the current political debate: Can the feelings be protected? Can assets that are not directly or indirectly personal be protected? Can assets that are not directly or indirectly constitutional be protected?

KEYWORDS: Legal asset, criminal dogmatic, criminal policy

Fecha de recepción: 10 de octubre de 2012.

Fecha de aprobación: 17 de noviembre de 2012.

I. INTRODUCCIÓN: LO PROTEGIDO; LO PROTEGIBLE

1. Desde prácticamente la generación del concepto, hace más de 150 años, se han conformado en torno al bien jurídico dos teorías del bien jurídico: una de ellas formal, metodológica, dogmática o inmanente al sistema; y otra que se ha catalogado como material, crítica, liberal, político-criminal o trascendente al sistema². No se trata, sin embargo, en realidad, de dos teorías sobre un mismo concepto, sino de dos teorías que definen y desarrollan dos conceptos diferentes pero con un mismo significante ("bien jurídico"). Resulta por ello que no se trata entre ambas corrientes de elegir la mejor teoría del bien jurídico, aquella que sea más útil para entender o para conformar el ordenamiento. De lo que se trata, a la vista de que son teorías sobre objetos distintos, es de distinguir las nominalmente y de evaluarlas, no en función de su imposible comparación, dada su heterogeneidad, sino de su aptitud para alcanzar las funciones que pretenden.

2. La consideración aislada de ambas teorías revela que los dos conceptos que se presentan con el nombre de bien jurídico son conceptos necesarios. Necesitamos, en primer lugar, un concepto que exprese el objeto inmediato de

² Sobre la historia dogmática del concepto de bien jurídico v. los completos estudios de P. SINA, "Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs 'Rechtsgut'", Basilea (Helbing & Lichtenhahn), 1962; K. AMELUNG, "Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft", Francfort (Athenäum), 1972; y POLAINO NAVARRETE, "El bien jurídico en el Derecho penal", Sevilla (Universidad), 1974.

protección de la norma penal para facilitar el conocimiento de la norma y del sistema jurídico-penal, y para proceder a su propia autointegración o recomposición. Y necesitamos también un concepto, otro concepto, que exprese los fines de protección que puede legítimamente perseguir una norma penal y, además de la teoría que explique tal noción, otra teoría que a partir de ciertas pautas valorativas seleccione determinados bienes como valiosos - valga la redundancia, porque si es bien es valioso - y condicione la legitimidad de las normas jurídico-penales a la protección de los mismos. Buscamos ahora un concepto que sirva para la evaluación del sistema y para la orientación de su futura conformación. Si el primer concepto nos va ayudar a entender mejor el ordenamiento que es, el segundo fijará su aportación en el ordenamiento que debe ser. Si el primero es un instrumento para la comprensión del sistema, el segundo lo es para su construcción racional.

3. Es la dualidad de conceptos bajo una misma denominación la que hace que conspicuos teóricos del bien jurídico, que además no distan en exceso en sus concepciones de lo que es y de lo que debe ser el Derecho Penal, afirmen cosas tan antitéticas cómo, por ejemplo, que toda norma penal protege un bien jurídico y que la lesión del mismo constituye la esencia del delito, de un lado, y que toda norma penal debería proteger un bien jurídico y que existe por ello un principio político-criminal de "exclusiva protección de bienes jurídicos", de otro. Curiosa paradoja la que deba ser lo que es necesario. Y es la indiferenciación semántica reseñada, unido a la labilidad, por su carácter altamente abstracto, del concepto dogmático y del concepto político-criminal de bien jurídico, las que hicieron que Welzel afirmara que "(q)uien se ocupa con cierta profundidad del desarrollo del problema del bien jurídico (...) no se libra de una considerable desazón (...). El bien jurídico ha llegado a ser un auténtico proteo que se transforma repentinamente en otra cosa entre las manos que creen sostenerlo con firmeza"³.

Para intentar afrontar esa desazón en esta investigación sobre lo protegido

³ "Studien zum System des Strafrechts", en *ZStW*, 58, 1939, p. 509.

y lo protegible por el Derecho Penal, parto de una diferenciación terminológica. Como a continuación expondré, por razones semánticas, pero también legales – de uso legal del término -, la expresión “bien jurídico” debería reservarse para el concepto dogmático, para el concepto que transmite lo protegido: para nominar el objeto inmediato de protección de la norma penal. A justificar esta idea y a otros aspectos de la teoría del bien jurídico dedicaré el segundo epígrafe de este artículo. El tercero tendrá por contenido un esbozo de la teoría de lo protegible: de lo que puede legítimamente protegerse por vía sancionadora en un Estado democrático. Especial atención requerirán al respecto tres cuestiones que forman parte candente del actual debate político criminal⁴: ¿pueden protegerse los solos sentimientos?; ¿pueden protegerse bienes que no sean directa o indirectamente personales?; ¿pueden protegerse bienes que no sean directa o indirectamente constitucionales?

Como se trata de la función posible de la coacción en un sistema de libertades, la teoría de lo protegible forma parte de la teoría de la proporcionalidad en la intervención estatal sancionadora. Sólo así será también una teoría acerca de lo protegible por el Derecho Penal. Sólo esta inserción permitirá superar las que, según Frisch, son las dos críticas tradicionales a las teorías de lo penalmente protegible (a las teorías político-criminales del bien jurídico, según la terminología más habitual): su desconexión con el resto de ordenamiento y la sobrevaloración de su aportación a la legitimación del Derecho Penal⁵. La concepción del postulado de lesividad (de protección sólo de lo protegible) como el primero de los escalones del juicio de proporcionalidad visualiza tanto que no es éste un análisis

⁴ Para el debate al respecto, v. la obra colectiva (coord. R. Hefendehl, A. von Hirsch, W. Wohlers), “Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?”, Baden – Baden (Nomos), 2003. Existe traducción al castellano (coord. R. Alcácer, M. Martín e I. Ortiz de Urbina): “La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?”, Madrid – Barcelona (Marcial Pons), 2006.

⁵ “Rechtsgut, Recht, Deliktsstruktur und Zurechnung im Rahmen der Legitimation staatlichen Strafens”, en AA. VV., “Die Rechtsgutstheorie...”, cit. n. 4, pp. 216 y ss.

penal, sino, en rigor, constitucional, como que el mismo (el tradicionalmente denominado como principio exclusiva protección de bienes jurídicos) es sólo una parte, y no la más conflictiva en su aplicación práctica, de un principio más complejo de legitimación. Sólo esta inserción, y la correlativa inserción en la Constitución, afirmada por el Tribunal Constitucional español⁶, posibilitará la contradicción de la crítica más incisiva a la teoría del bien jurídico como teoría de lo protegible: su falta de vinculación positiva y, con ello, de eficacia práctica. Sólo esta inserción, en fin, y la diferenciación que supone, permitirán desbrozar la cuestión de la lesividad de la conducta de la cuestión de (el resto de) la justificación de su represión penal, cosa que podrá aportar luz a debates tan enconados y confusos como los relativos a la punición de ciertas caricaturas ofensivas o de ciertos supuestos de aborto consentido – por citar dos ejemplos bien distintos –.

Termino mi introducción sintetizándola: las reflexiones que paso a exponer tratan de lo protegido y de lo protegible: de la teoría del bien jurídico como instrumento de expresión y de conocimiento de lo protegido, en primer lugar, y de la teoría de lo protegible como parte de la teoría de la proporcionalidad, en segundo.

II. LO PROTEGIDO: TEORÍA DEL BIEN JURÍDICO

⁶ “Debemos precisar en primer lugar cuál es el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, cuáles son los fines inmediatos y mediatos de protección de la misma. Esta precisión constituye el *præ* lógico para la determinación de si el legislador ha incurrido en un exceso manifiesto en el rigor de las penas, vulnerador del art. 17.1 CE, al introducir un sacrificio patentemente inidóneo, innecesario o desproporcionado del derecho a la libertad; a la par que permite descartar toda posibilidad de sujeción mínima al principio de proporcionalidad si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la preservación de bienes o intereses, no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes (STC 111/1993, f. j. 9)” (STC 55/1996, f. j. 7; también: SSTC 161/1997, f. j. 10; 136/1999, f. j. 23; AATC 233/2004, f. j. 3; 332/2005, f. j. 4)

4. Creo que el primer paso para construir una teoría mínimamente sólida del bien jurídico es el de diferenciar terminológicamente lo protegido y lo protegible. Sin tal diferenciación léxica nos arriesgamos a un diálogo dogmático o político yermo. En esta tarea distintiva, en esta nominación, considero que debería reservarse la expresión “bien jurídico” para el primero de los conceptos, para “lo protegido”. Ello por razones principalmente semánticas, pues de semántica es de lo que se trata, pero también por argumentos genéticos y legales que corroboran las razones semánticas. Al segundo objeto, a “lo protegible”, cabe referirse precisamente con la locución "objeto protegible" o, si se desea acentuar que el objeto es valioso para quien utiliza la expresión, “bien protegible”.

A) El argumento semántico no exige excesiva explicación. El vocablo "bien" hace referencia al objeto de una valoración positiva⁷ y el adjetivo “jurídico” que le acompaña alude al sujeto y a la forma de dicho juicio⁸. De ahí que cuando hablamos de un objeto que podría ser protegido penalmente no sea adecuado denominarlo “bien jurídico”, porque en realidad es a lo sumo, valga la expresión, un “bien juridicable”. Existe una íntima conexión del significado de la expresión “bien jurídico” con el Derecho positivo, que se constata tanto en su utilización espontánea en un sentido formal como en las dificultades semánticas que ha de superar un contenido material de corte políticocriminal para revestirse de la citada locución.

⁷ Así, G. JAKOBS afirma que "un bien es un estado de cosas positivamente valorado. Se entiende aquí estado de cosas en sentido amplio, de modo que no sólo comprende objetos (corpóreos y otros) sino también situaciones y desarrollos" ("Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen un die Zurechnungslehre", Berlín - Nueva York, Walter de Gruyter, 1991, 2^a ed., p. 35, n. m. 3; p. 39, n. m. 12). En sentido similar ("bien es una realidad valorada por alguien"), E. SCHMIDHÄUSER ("Strafrecht. Allgemeiner Teil.", Tubinga - J. C. B. Mohr-Paul Siebeck -, 1984 - 2^a ed. -, p. 84, n. m. 25).

⁸ "Un bien se convierte en bien jurídico a través del disfrute de una protección jurídica" (JAKOBS, "Strafrecht...", cit. n. 7, p. 39, n. m. 12). En sentido similar, POLAINO NAVARRETE ("El bien jurídico...", cit. n. 2, p. 31).

En efecto: la definición de bien jurídico en clave crítico-material conduce a forzar el significado habitual de las palabras y, salvo especificación previa, hace extraño el uso del concepto en el discurso. Así, en contra del entendimiento común de las palabras, resultará que un objeto de efectiva protección jurídica podrá no ser un bien jurídico – se protege algo que no debería ser protegido - y que existirán bienes jurídicos que no ostentan entre sus características la de ser objeto de efectiva consideración positiva por parte del Derecho – algo que debería ser protegido no se protege -. Sucederá también que existirán delitos sin bien jurídico, incluso en el caso de que la norma de valoración se refiera inequívocamente a un objeto como referencia descriptiva de las conductas no deseadas. Quedará así desmentida la generalizada opinión de que todo delito supone la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico⁹. Como puede observarse la definición material de bien jurídico genera un embrollo lingüístico nada desdeñable e incita a la confusión acerca de la condición jurídica de un objeto del que la misma se desea.

B) Crucial para la determinación acerca de cómo deba utilizarse la expresión “bien jurídico” es el sentido legal de la expresión: que el legislador emplee el concepto de bien jurídico y que lo haga en un sentido formal, como expresión de lo protegido por la norma. No otra consecuencia cabe inferir de la regulación del estado de necesidad en el Código Penal español. Si el artículo 20.5º del exonera de responsabilidad al que “en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber”, siempre que concurren ciertos requisitos, resultarán absurdas las consecuencias a las que conduciría una concepción crítico-material de bien jurídico que parta de un criterio democrático de legitimidad. Si un determinado tipo delictivo sanciona una conducta que desde esta perspectiva se estima inocua o incluso valiosa – por ejemplo: un sujeto resulta sancionado por mantener relaciones homosexuales, o

⁹ "Para la dogmática penal todo delito lesiona un bien jurídico" (C. S. NINO, “Consideraciones...”, cit. n. 1, p. 56).

por expresar sus ideas políticas, o por reunirse, o por declararse en huelga - y, por lo tanto, resulta que, desde tal punto de vista, este ciudadano no *lesiona* bien jurídico alguno, que es el presupuesto legal del estado de necesidad, resultará que el mismo no sólo será injustamente sancionado, sino que además se verá privado del posible amparo del estado de necesidad. Cabe alegar desde luego que "infringe un deber", pero no dejaría de ser una curiosa contradicción la de considerar que el objeto de su lesión no alcanza la dignidad jurídica mientras que al mismo tiempo sí lo hace el deber que infringe por lesionarlo o por no preservarlo¹⁰.

¹⁰ El art. 74 del Código Penal español regula el delito continuado del siguiente modo: "1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior [Al responsable de dos o más delitos o faltas se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones para su cumplimiento simultáneo, si fuera posible, por la naturaleza y efectos de las mismas], el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado. 2. Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas. 3. Quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo. En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva".

Si entendemos que la mención del "bien" del apartado 3 lo es, de modo abreviado, a la de "bien jurídico", parece también que el legislador está presuponiendo un concepto formal del mismo. No parece que, cuando introduce la relativa a las "ofensas a bienes eminentemente personales", el legislador haya querido instituir un filtro en manos del juez para la exclusión de las reglas del delito continuado. Sería bastante extraño que el legislador le dijera al juez que revisara en cada caso si la ofensa lo es a un bien merecedor de protección con independencia de lo que dice el Código: de lo que él como legislador considera digno de protección.

C) En relación con el argumento genético en torno a qué significado debe atribuirse al significante “bien jurídico”, no debe ocultarse que la finalidad que se perseguía con la ideación y el desarrollo del concepto de bien jurídico constituye el centro de un enconado debate. A mi juicio, empero, es digna de adhesión la conclusión del documentado estudio de Amelung de que "históricamente el dogma de la protección de bienes jurídicos es un producto del positivismo"¹¹. La preocupación inicial de Birnbaum, reconocido como el introductor del concepto en el análisis jurídico-penal¹², fue la de definir la esencia del delito a través del bien jurídico y de su lesión, en contraposición a las tesis iluministas del delito como infracción de un derecho subjetivo¹³. Por otra parte, la reflexión posterior en torno

¹¹ "Rechtsgüterschutz...", cit. n. 2, p. 5.

¹² Cfr. SINA, "Die Dogmengeschichte...", cit. n. 2, pp. 23, 24; AMELUNG, "Rechtsgüterschutz...", cit. n. 2, p. 50; H.-J. RUDOLPHI, "Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico", en *NPP*, 1975, p. 329; C. ROXIN, "Strafrecht. Allgemeiner Teil", I, Múnich (Beck), 2006 (4ª), p. 16, n. m. 8. Para POLAINO NAVARRETE la teoría de BIRNBAUM "establece con solidez las bases precisas para la configuración técnica del bien jurídico" ("El bien jurídico...", cit. n 2, p. 103), aunque, dado que no hace "empleo lingüístico expreso de la locución bien jurídico" (p. 103; cfr. también SINA, op. ul. cit., p. 23, que indica, sin embargo, que utiliza expresiones equivalentes), no es "rigurosamente exacto" (p. 103, n. 34) atribuir a BIRNBAUM el calificativo de fundador de la teoría del bien jurídico. AMELUNG indica que, aunque Moos señala que la escuela de Christian Wolff conocía ya una teoría penal de protección de bienes, no se ha probado una conexión de la misma con el moderno dogma de la protección de bienes jurídicos ("Rechtsgutverletzung und Sozialschädlichkeit", en AA. VV. - ed. de Heike Jung, Heinz Müller-Dietz y Ulfrid Neumann -, "Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung", Baden-Baden, Nomos, 1991, p. 269, n. 4).

¹³ Frente a la insuficiente teoría de la lesión de derechos que fuerza el significado del término lesión ("Ueber das Erforderniss einer rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung", en *Archiv des Criminalrechts*, 1834, II, pp. 155 y ss.) y deja fuera del Derecho Penal los delitos contra la religión y la moral (pp. 160 y ss.), que tampoco podrían quedar lógicamente encuadrados dentro de las infracciones de policía (pp. 166 y ss.), BIRNBAUM parece recurrir en la primera parte de su estudio a la lesión de bienes como criterio de definición de la esencia del delito. Posteriormente, sin embargo, se traslada al plano prepositivo (en este sentido, AMELUNG, "Rechtsgüterschutz...", cit. n. 2, pp. 44, 46; SINA estima que "parece seguro que no concibe el concepto 'bien' de un modo puramente formal" - "Die Dogmengeschichte...", cit. n. 2, p. 22 -) del

al bien jurídico se dirigió fundamentalmente a la configuración de un concepto de tipo formal, con funciones exclusivamente intrasistemáticas¹⁴, como lo demostró paradigmáticamente su pervivencia en el período nacionalsocialista¹⁵. Sólo tras la Segunda Guerra Mundial se producen sólidos intentos de dotar de contenido material al bien jurídico y de instrumentar a través del mismo determinadas estrategias político-criminales¹⁶.

5. La denominación "bien jurídico" debe reservarse así para referirse a lo protegido por una norma. Con más precisión y en atención al cumplimiento de las funciones que están en su propia génesis, considero que ha de definirse el bien jurídico como el objeto inmediato de protección de la norma penal.

fundamento del Derecho y del fin del Estado para señalar que la esencia del poder de éste reside en la garantía del igual disfrute de todos los hombres de ciertos bienes que les son dados por naturaleza o que son el resultado de su desarrollo social y de la unión de los ciudadanos (p. 177). Este concepto de bien, material pero muy amplio, echa leña tanto al fuego de los que defienden un origen predominantemente formal del concepto en la pluma de Birnbaum como al de quienes ven en su surgimiento el de un instrumento de una política criminal liberal (v. AMELUNG, "Rechtsgüterschutz...", cit. n. 2, p. 45), pues si bien se delimita su contenido con rasgos que no son puramente formales, también es cierto que la amplitud con que son descritos éstos hace pensar en una pura descripción material genérica consecutiva a la estipulación de una definición formal.

¹⁴ En la obra de BINDING ("Die Normen und ihre Übertretung", I, Utrecht, Scientia Verlag Aalen, 1965 - nueva ed. de la 4ª de Leipzig de 1922 -, pp. 312 y s.) y de SCHWINGE ("Die Einwilligung des Verletzten", I, "Die Geschichte des Einwilligungsproblems und die Methodenfrage", Mannheim - Berlín - Leipzig, J. Bensheimer, 1919; "Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht. Ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre", Bonn, Ludwig Röhrscheid, 1930). Este autor llega a señalar en esta última obra que "el moderno concepto de bien jurídico se ha despojado de todo su contenido de Derecho natural; improcedente es toda apreciación *de lege ferenda* en torno a él" (p. 59).

¹⁵ Cfr. AMELUNG, "Rechtsgüterschutz...", cit. n. 2, pp. 257 y s.

¹⁶ Por ejemplo, en las obras de AMELUNG ("Rechtsgüterschutz...", cit. n. 2), M. MARX ("Zur Definition des Begriffs `Rechtsgut'", Colonia - Berlín - Bonn - Múnich, Carl Heymanns, 1972), y W. HASSEMER ("Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre", Francfort, Athenäum, 1973).

No sólo resulta relevante la opción por una concepción formal del bien jurídico frente a una concepción material. Tampoco es baladí la elección de una u otra definición formal, que no trata de ser fiel en la descripción de una realidad observable, sino de generar un instrumento útil para la comprensión del sistema jurídico. Se trata de ser funcional, y a ello responde el concepto propuesto desde la perspectiva de las funciones que están en la raíz de la generación del concepto, y que son la inmediata de transmisión sintética del fin primordial de la norma y la mediata de comprensión y autocomposición del sistema a partir de dicha transmisión.

Correctamente conceptualizado, el bien jurídico es capaz de transmitir sintética y fidedignamente lo principalmente protegido por la norma. La norma penal es una directriz coactiva de conducta que, por una parte, aísla conceptualmente un determinado tipo de comportamientos y, por otra, pretende su evitación o su realización a través de la amenaza de la pena y de los diversos efectos – positivos y negativos, en dudosa pero consolidada terminología - que esta despliega en sus destinatarios. El bien jurídico-penal indica sintéticamente la razón principal de la coacción, al expresar el objeto afectado por los comportamientos amenazados y cuya protección es el fin que ha motivado la puesta en marcha del mecanismo instrumental penal. Simultánea e implícitamente expresa el porqué de la consideración de un comportamiento como disvalioso: por su incidencia negativa en la vida social, expresada como pérdida de un determinado valor - desvalor de resultado -, en primer lugar, pero también por las características intrínsecas del comportamiento estimadas asimismo negativas por su relación más o menos directa con dicha pérdida de valor - desvalor de acción -.

El bien jurídico constituye así, en palabras de Amelung, “una mediación comprensible de las representaciones del legislador”¹⁷. En ello radica la esencia de su instrumentalidad: la constatación del sentido primordial de la norma, el bien jurídico de cada norma, servirá mediatamente para entender y delimitar la misma y

¹⁷ "Rechtsgüterschutz...", cit. n. 2, p. 394.

para evaluarla con parámetros de legitimidad. Dicho de otro modo: el bien jurídico es un instrumento que sirve para condensar el aspecto esencial de la lesividad del delito, la razón genética de su tipificación, la finalidad básica de la contundente reacción estatal que surge contra él. Y esta comprensión sintética del desvalor esencial del delito sirve para precisar sus límites, para ponderar la reacción punitiva adecuada al mismo, para evaluar la legitimidad de su tipificación y de su pena¹⁸.

6. La determinación del bien jurídico de la norma nos sirve, en primer lugar, para determinar el elenco de conductas prohibidas tanto en relación con el enunciado legal principal, con el tipo inicial de injusto, como con otras normas, de incriminación o permisivas, con las que aquel enunciado se relaciona. Respecto a esta labor de integración normativa constituye una afirmación ya clásica la de que el bien jurídico es un instrumento de interpretación al que se llega sobre todo, precisamente, tras la interpretación de los enunciados legales que incorporan la norma. La norma penal se gesta a partir de una determinada valoración de la realidad y de su vulnerabilidad. Lo que el Código transmite, obvio es decirlo, no es directamente esa valoración – en ocasiones sí en las exposiciones de motivos o en los títulos a las distintas partes del Código -, sino una norma de comportamiento y la pena asignada a su incumplimiento. El valor inspira la norma, pero al valor llegamos a través de la norma, que todavía será releída a la luz del valor. Así: el bien inspira la norma, en primer lugar; la norma permite conocer el bien que la impulsa, en segundo; y todavía, en tercer lugar, en un viaje de vuelta, es el bien el que precisa los contornos de la norma. La determinación del bien jurídico es así tanto un punto de llegada como un punto de partida en la interpretación de la norma.

El recurso al bien jurídico como criterio de interpretación sirve para seleccionar el significado de las palabras de la norma y para excluir aquellas conductas a las que no les sea imputable la lesión del bien jurídico. En la medida

¹⁸ Al respecto v. también n. 49.

en que el bien jurídico incorpora el fin y la génesis de la norma instrumenta, por una parte, un criterio teleológico de interpretación, y por otra, una vía para alcanzar la pretensión prioritaria de la interpretación, que en un sistema democrático regido por el principio de legalidad es, antes que la de una solución justa, la pretensión de una solución jurídica, de hallazgo de la respuesta legal al conflicto suscitado: antes una pretensión de juridicidad que de justicia¹⁹. *Rectius*: lo que el intérprete, significativamente el juez, ha de pretender en un ordenamiento democrático es encontrar la respuesta jurídica más justa según el criterio de justicia que inspira dicho ordenamiento²⁰. Y qué duda cabe que para averiguar tal respuesta constituye una vía privilegiada la de saber qué quería hacer con la norma su legítimo agente²¹.

Así, el bien jurídico de una norma sirve para dibujar los contornos de la misma allí donde sus palabras lo han dejado borroso. En cada norma, además, el bien jurídico coadyuva a perfilar tanto el momento de la consumación, que habrá de coincidir con su lesión, como el del comienzo de la tentativa, que estará

¹⁹ Como señala R. ALEXI, "la argumentación jurídica se caracteriza por la vinculatoriedad, como quiera que deba determinarse, al Derecho vigente" ("Teoría de la argumentación jurídica", Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 206). N. MACCORMICK defiende la tesis de que el fin de la argumentación jurídica es "la justicia de acuerdo con el Derecho" ("Legal Reasoning and Legal Theory", Oxford, Clarendon Press, 1978, pp. 17, 74, 250).

²⁰ Lo que se pretende del juez es que busque la respuesta más correcta, más razonable, dentro de las posibles respuestas que ofrece el ordenamiento al conflicto y, en ello, dentro de los principios y valores que el ordenamiento profesa. Ello no comporta que dicha respuesta exista como tal, sino que dentro del margen de apertura que ofrece la norma específica, el juez ha de buscar la solución que sea más valiosa a la luz de los valores del ordenamiento jurídico. Como subrayan ALEXI ("Teoría...", cit. n. 19, p. 302) y ALONSO MAS ("La solución justa en las resoluciones administrativas", Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 55 y ss., 67) la idea de la respuesta correcta no es un punto de llegada, sino un punto de partida.

²¹ ALEXI sostiene en una de sus reglas de argumentación que "los argumentos que expresan una vinculación al tenor literal de la ley o a la voluntad del legislador histórico prevalecen sobre otros argumentos, a no ser que puedan aducirse motivos racionales que concedan prioridad a otros argumentos" ("Teoría...", cit. n. 19, p. 239).

relacionado con la “inmediata puesta en peligro del bien jurídico”²². Debe destacarse también la aportación del bien jurídico a la comprensión del daño producido por la conducta típica y, en relación con él, y con la delimitación del sujeto pasivo del delito – también mediada por el bien jurídico en cuanto que el sujeto pasivo es el titular de éste -, su contribución a la determinación de si son uno o varios los delitos cometidos por la misma o varias conductas típicas²³, y, en su caso, por disposición expresa del legislador, si quedan excluidas *a limine* las reglas del delito continuado por no ser eminentemente personales los bienes jurídicos afectados (art. 74.3 del Código Penal español).

Más allá, el bien jurídico va a contribuir a la determinación de las fronteras de una norma penal instrumentando la reflexión acerca de su relación con otras normas con las que en principio parece competir para calificar un determinado supuesto de hecho. Para el análisis de la intervención o el desplazamiento de una norma penal por la retirada o la aplicación preferente de otra y, en ello, para la utilización de las reglas que rigen el concurso aparente de normas y para la comprensión de las diferentes relaciones que las mismas presuponen – inclusión, exclusión, coincidencia parcial no incluyente -, podrá jugar un importante papel la determinación de los bienes jurídicos protegidos y de las relaciones entre ellos. A falta de una diferencia relevante en las modalidades de ataque, la resolución de la concurrencia de normas podrá producirse a partir del hecho de que el bien jurídico

²² MIR PUIG, "Derecho penal. Parte general", Barcelona (Ed. Reppertor), 2004 (7^a), p. 347, n. m. 58).

²³ Así, a modo de ejemplo, a los efectos del delito contra la seguridad de los trabajadores (art. 316 del Código Penal español: “Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses”), será irrelevante para la unidad delictiva el que sean varios los trabajadores puestos irregularmente en peligro por una misma conducta del sujeto activo (v. LASCURAIN SÁNCHEZ, “La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo”, Madrid, Civitas, 1994, pp. 112 y ss.).

de una de ellas no sea más que una especificación del bien jurídico de la otra, de que la lesión de uno de los objetos de protección presuponga la lesión del otro, o a partir del valor desproporcionadamente superior de uno de los bienes jurídicos, que convierte en comparativamente irrelevante la lesión del otro.

El bien jurídico muestra también su utilidad en la delimitación del área de lo penalmente prohibido como instrumento de análisis en la aplicación de las normas de permisión. Si, como expone convincentemente Molina Fernández, tales normas están inspiradas en el criterio del interés preponderante, de modo que la razón por la que se permite una conducta inicialmente típica y definitivamente lesiva de un bien jurídico es la de que la misma procura la preservación de unos intereses que el ordenamiento considera prevalentes, va de suyo la utilidad para tal ponderación de un concepto que trata de condensar los efectos positivos y negativos de un comportamiento en la realidad social²⁴. De un modo paralelo al análisis de proporcionalidad de las normas penales – de si las mismas protegen un interés legítimo de un modo cualitativamente idóneo, comparativamente mínimo y globalmente ventajoso – en todas las causas de justificación se trata de comprobar que la lesión del bien jurídico imputable al agente no resulta objetivamente indeseable porque era la manera eficaz menos lesiva de salvaguardar unos intereses prevalentes. Y de modo paralelo al análisis de proporcionalidad de las normas no se trata de ponderar sólo sus ventajas e inconvenientes más notorios, constituidos en aquel análisis por el bien jurídico y por la pena, sino de realizar una completa ponderación que atienda a “la valoración atenta del peligro, la presencia de efectos colaterales, la existencia de

²⁴ De hecho se utiliza el concepto en la expresión de la idea: “las situaciones en las que operan las causas de justificación son situaciones de conflicto, más o menos complejo, de intereses que pueden gráficamente representarse como los dos platos de una balanza en la que se situarían en un lado las ventajas – salvación de bienes jurídicos – y en otra las desventajas – lesión de bienes – de la acción” (MOLINA FERNÁNDEZ, “El estado de necesidad como ley general. Aproximación a un sistema de causas de justificación”, en *RDPC*, pp. 210 y s.).

derechos y obligaciones especiales, etc.”²⁵.

Esta ponderación es especialmente visible en el estado de necesidad²⁶, pero también en la justificación por el cumplimiento de un deber o por el ejercicio legítimo de un derecho, en los que o bien el deber y el derecho presuponen una ponderación previa que legitima en todo caso su ejercicio, o bien deben someterse a un nuevo balance de utilidad en relación con los intereses que el ordenamiento considera valiosos. No otro esquema de razonamiento es el que subyace a la legítima defensa y al consentimiento. Si la legítima defensa es valiosa es porque es una acción necesaria de preservación de ciertos bienes de la manera globalmente ventajosa que procura la reacción frente al agresor injusto, con la preservación del ordenamiento y el efecto preventivo que ello supone²⁷. Lo que supone el consentimiento como exención de responsabilidad penal, en fin, es, bien que no se lesionó interés alguno, bien que se estima prevalerte la autonomía de la persona que consiente sobre el valor del bien consentidamente lesionado. Lo primero sucederá cuando el bien jurídico no estaba constituido por una realidad objetiva, sino por el ejercicio de unas facultades sobre la misma que no se lesionan, sino que se desarrollan al consentir la conducta ajena²⁸.

²⁵ MOLINA FERNÁNDEZ, “El estado de necesidad...”, cit. n.24, p. 222.

²⁶ Respecto a la funcionalidad del bien jurídico en relación con la explicación del estado de necesidad, cfr., por ejemplo, NINO, “Consideraciones...”, cit. n. 1, pp. 70 y s.

²⁷ Como señala MOLINA FERNÁNDEZ, “también la reafirmación del derecho frente a agresiones ilícitas es un interés a ponderar en el conflicto, interés que, sumado al de la protección de los bienes del amenazado, forman un conjunto cuyo valor supera, según el derecho, al valor de los bienes del agresor que se lesionan mediante la defensa racionalmente necesaria” (“El estado de necesidad...”, cit. n.24, p. 217; también, pp. 229 y ss).

²⁸ La naturaleza dual del consentimiento es hoy mayoritariamente reconocida, lo que “permite a la vez afirmar que el consentimiento representa en ocasiones una ausencia de interés y en otras un interés en conflicto a ponderar con otros. En el primer caso el consentimiento (...) no opera como regla de justificación, sino de atipicidad – en otros términos, no es un presupuesto negativo de la prohibición, sino que directamente excluye la existencia de una acción lesiva (...) -. En el segundo no tiene que ver con el principio de ausencia de interés,

Con independencia, en fin, de la mayor o menor precisión del fundamento de cada causa de justificación, lo que sí deseo destacar, ahora de cara a la defensa de la utilidad del concepto de bien jurídico para la comprensión y para la aplicación de las mismas, es que subyace siempre a dicho fundamento una determinación y ponderación de intereses cuya realización queda facilitada con el recurso al bien jurídico. Como señala Molina Fernández, “la necesidad de crear reglas de justificación sólo surge cuando existen acciones que tienen un efecto dual y de sentido opuesto: por un lado lesionan bienes jurídicos, pero por otro los salvaguardan, sin que sea posible prescindir en el caso concreto de uno de estos dos efectos (...). Las normas de conducta debe formularse prohibiendo, no acciones que provoquen las lesiones de bienes jurídicos *simpliciter*, sino acciones que provoquen un saldo negativo en el conjunto de los intereses afectados”²⁹.

7. La función de exposición y síntesis que desempeña el bien jurídico no sirve sólo a fines interpretativos. La segunda gran utilidad del concepto es la de facilitar el juicio de coherencia de la realidad protegida con los valores del sistema: conocer si lo protegido es legítimamente protegible. Junto a la función interpretativa es quizás la principal del bien jurídico la de mostrar el fin de protección de la norma para que se pueda cuestionar su justificación a través del principio de proporcionalidad.

Su utilidad en esta función crítica es parcial, porque parcial es su función expositiva. El bien jurídico transmite cierta información fundamental sobre la norma pero no constituye toda la norma (A) ni su protección agota toda la finalidad de la norma (B). El bien jurídico, sí, expresa el origen y el fin primordial de las

sino con la ponderación de intereses en conflicto: por un lado el bien al que se renuncia que tiene valor en sí, y por otro la voluntad del titular que prepondera en el caso concreto” (MOLINA FERNÁNDEZ, “El estado de necesidad...”, cit. n. 24, p. 209).

²⁹ “El estado de necesidad...”, cit. n. 24, p. 208.

normas penales³⁰. No menos, pero tampoco más.

A) Que un bien sea un bien jurídico-penal no significa que todo proceso de deterioro o menoscabo del mismo sea un delito³¹. Fijado el objeto de protección, el agente normativo seleccionará aquellos procesos que pueden y deben ser prevenidos con la norma, lo que le llevará a rechazar, en virtud de los propios valores sociales que informan la formación de la norma, dicho ahora sin mayores matices, los acontecimientos que no constituyan conductas humanas voluntarias; las conductas humanas voluntarias que, aún dañinas para un bien jurídico, sean globalmente valiosas por los beneficios sociales que generan; y las conductas humanas voluntarias y dañinas que no obstante no se estime eficaz o justo penar porque no respondan a un normal ejercicio de la autonomía personal: porque por las características del sujeto, por sus conocimientos o por otras circunstancias se considere como relevante la dificultad del emprendimiento de una conducta inocua alternativa.

B) Tampoco la protección del bien jurídico agota la finalidad de la norma. La norma penal no se crea sólo para proteger un bien a través de la evitación futura de ciertos comportamientos humanos que atentan contra dicho bien. La norma penal, con su poder, con su ropaje institucional, con la maquinaria pública que la hace valer, genera también, en primer lugar, un espacio de confianza que facilita el desarrollo de la personalidad de los ciudadanos. En el caso de los bienes individuales ese espacio está íntimamente vinculado al propio bien jurídico y a las posibilidades de desarrollo vital que están en su base.³². Asimismo debe

³⁰ Su “eje material” (*Angelpunkt*), según R. HEFENDEHL (“Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm”, en AA. VV., “Die Rechtsgutstheorie...”, cit., p. 132).

³¹ V. en sentido similar, VON HIRSCH, “Der Rechtsgutsbegriff un das `Harm Priciple’”, en AA. VV., “Die Rechtsgutstheorie...”, cit., p. 20; ALCÁCER GUIRAO, “¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?”, Barcelona (Atelier), 2003, p. 113.

³² CARRARA hablaba del “daño intelectual” del delito, que consiste en que “por una ofensa causada a la seguridad de uno solo, todos los demás sufran por la

apuntarse, en segundo lugar, la finalidad de la norma de protección de otros bienes jurídicos, y entre ellos los del propio agresor, a través de la disuasión de las reacciones violentas que puede provocar el propio delito. La institucionalización de un sistema racional y fiable de represión del delito frena otras reacciones menos racionales en su dirección y en su intensidad, y procura así la protección de bienes del autor del delito y de terceros: más y antes que las propias normas penales que tipifican el correspondiente comportamiento de reacción. Con el linchamiento se termina antes a través de una alternativa pública eficaz que a través de la amenaza de pena para los linchadores.

Ilustrado lo anterior con un ejemplo hipotético. Si en un determinado entorno social no estuvieran penadas las agresiones sexuales, no sólo sucedería que se producirían más, sino también que los ciudadanos se sentirían inseguros, desconfiados, en el establecimiento de relaciones interpersonales y limitarían así su libertad, el desarrollo de su personalidad: muchas personas tenderían a no salir a la calle, o a no salir solas, a tomar medidas de seguridad extraordinarias y costosas, a restringir sus contactos afectivos. Y sucedería además, la sociedad asistiría a violentas reacciones informales contra los agresores o contra los sospechosos de agresión, reacciones probablemente desmesuradas o injustas.

Los fines anteriores de la norma pueden organizarse como un trípode: la

disminución de la confianza en la propia seguridad” (“Programma del Corso di Diritto Criminale. Parte generale”, I, 1924, 11ª ed., §§ 118 y s., 619 y 621). Señala ALCÁCER GUIRAO, “la lesividad del delito, incluso la de los que atentan contra bienes personales, no se agota en el menoscabo de la esfera de libertad del ciudadano, sino que conlleva también una ulterior – y dependiente de la primera – afección intersubjetiva, consistente en un menoscabo de la seguridad, de la confianza en el respeto de las normas, que debe ser tenida en cuenta a la hora de configurar el merecimiento y necesidad de la pena del hecho punible”. (“¿Lesión de bien jurídico...” cit. n. 31, p. 94. Añade posteriormente que, “junto a los bienes jurídicos, condición de la libertad del ciudadano en sociedad es también la misma expectativa de seguridad de que esos mismos intereses no habrán de verse lesionados por terceras personas (...). Sólo esa seguridad permite un trato pacífico con sus propios intereses, sin el permanente temor a ver vulnerada su esfera de libertad” (p. 122).

protección de bienes jurídicos, la generación de libertad en el disfrute de los bienes jurídicos, y la evitación de la venganza que podría subseguir al delito (la protección de bienes jurídicos frente a la reacción de quien ve lesionados los suyos o los de otros). Más fidedigna resulta la descripción de estos fines como uno principal y dos derivados. Lo que la norma penal pretende es evitar el daño a los bienes jurídicos y evitar los daños subsiguientes a la lesión de bienes jurídicos: la restricción de las facultades en las que los mismos pueden consistir y la represión de nuevos atentados a bienes jurídicos consecuentes al que la norma tipifica como prohibido³³.

8. La correcta comprensión del concepto de bien jurídico que se propone requiere que nos detengamos en dos de los rasgos que sustentan su funcionalidad: en su formalidad y en el elemento de inmediatez que incorpora a su definición. El concepto de bien jurídico es un concepto útil porque es un concepto formal y porque expresa, no la finalidad de protección última de la norma, sino el objeto inmediato de protección.

Comienzo por el rasgo de la inmediatez y comienzo con algún ejemplo. El tipo que describe la denegación al sometimiento a las pruebas de alcoholemia (art. 383 del Código Penal español: “El conductor que, requerido por un agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de las drogas tóxicas,

³³ Para ALCÁCER GUIRAO entre el fin de protección de bienes jurídicos y el fin de protección de la seguridad respecto a tales intereses “existirá, en principio, una relación de reciprocidad funcional, en la medida en que la protección de los bienes jurídicos conllevará en sí mismo un refuerzo de la confianza del ciudadano en el respeto generalizado de las normas. La satisfacción del primero, entonces, conllevará *eo ipso* la del segundo. Ello es una primera razón para (...) situar en un rango axiológico superior la protección de bienes jurídicos. Pero hay otra: si bien esa seguridad cognitiva será un factor relevante de cara al aumento de la libertad del ciudadano, lo fundamental para sus intereses será, en todo caso, la efectiva protección de bienes jurídicos: una seguridad material, y no sólo cognitiva, siendo ésta un mero espejismo simbólico – y condenado a la defraudación – sin el efectivo aseguramiento de la indemnidad de los primeros” (“¿Lesión de bien jurídico...” cit. n. 31, cit., p. 122).

estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los artículos anteriores, será castigado con la penas de prisión de seis meses a un año y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años”) es un tipo que protege la autoridad, la conducción sobria, la seguridad de la vida y la integridad física de las personas, la vida y la integridad física de las personas, y la dignidad de las personas en cuanto comprensiva de su derecho a la vida y a la integridad física. El tipo de defraudación a la Hacienda Pública (art. 305.1 del Código Penal español) protege la Hacienda, protege las funciones estatales que posibilita la recaudación tributaria, protege a los ciudadanos beneficiarios de esas funciones estatales, protege el Estado y, singularmente quizás, protege al Estado como Estado social.

Lo que el rasgo de inmediatez del bien jurídico procura es que se considere que los bienes jurídicos de estos dos tipos penales son sólo, respectivamente, la autoridad - la autoridad en el ámbito del tráfico rodado frente a la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas - y la Hacienda Pública. Y no más. El bien jurídico selecciona así entre los distintos objetos que pueden quedar simultáneamente amparados por la norma en una misma línea de protección, aquél cuya incolumidad centra el sentido de la norma y merece la atención incondicional del legislador penal. Esto es importante no sólo para la indagación del bien jurídico-penal de los delitos de peligro, que es la seguridad de otro bien, pero no este bien mismo, sino para el estudio de tantos delitos que protegen objetos que en mayor o menor medida sirven instrumentalmente a las necesidades esenciales de la persona.

Si lo que pretende el concepto de bien jurídico es instrumentar la captación de cierta especificidad de la norma relativa a su finalidad, para recomponer la norma o para evaluarla, su utilidad se empieza a desvanecer si lo que transmite es una finalidad ulterior – más inespecífica cuanto más ulterior – en la que convergen distintas normas con distintas estrategias o relativas a distintos ámbitos de la actividad humana. No es sólo que el concepto final de bien jurídico sea más

impreciso - ¿cuán final es el objeto de protección? – sino que nos ofrece una información más imprecisa para las funciones que persigue el concepto. En el camino de lo inmediato a lo final en el objeto de protección perdemos rasgos relevantes para aquellas funciones de comprensión, reajuste y legitimación que impulsaron la generación del concepto de bien jurídico.

Muestra de ello son las consecuencias que tiene la utilización de un concepto final de bien jurídico para el análisis de legitimidad de la norma. La pérdida de especificidad en la transmisión de lo que se protege resta gran parte de su instrumentalidad al concepto en este ámbito. La pérdida del elemento de inmediatez hace que el bien jurídico deje de designar lo que la norma protege y pase a comprender, sólo o también, lo que la norma penal pretende proteger a través de lo que en realidad protege. Obsérvese que hasta los delitos de peligro menos grave y los delitos de peligro presunto podrían aferrarse a un bien jurídico de especial trascendencia para adquirir legitimación. No se entiende, por otra parte, por qué sólo los delitos de peligro despiertan el afán de acercar el bien jurídico penalmente protegido a los intereses individuales y, por lo tanto, la necesidad de indagar más allá del objeto inmediato de protección para el hallazgo de aquél, y no alientan dicha inquietud otros delitos, en los que se reconoce sin más que el bien jurídico es la libertad de competencia, la libertad de precios, el poder ordenador de la Administración en materia de precios, el modelo económico, la seguridad del tráfico mercantil, la solidaridad, la economía nacional o el erario público.

La segunda razón que avala un concepto de bien jurídico referido en exclusiva a la protección inmediata es de corte legal, atinente a la utilización del concepto en el Código Penal español: se refiere a las consecuencias aplicativas de la alternativa en la apreciación del estado de necesidad y del delito continuado, para cuyas regulaciones se vale el legislador de los términos "bien jurídico" y "bien", respectivamente. Si se concibe que el bien jurídico en los delitos de peligro es el bien cuya seguridad se lesiona - por ejemplo, la vida o la integridad física de

las personas - o en otros delitos el bien final cuyo bien instrumental se lesiona, resultará entonces que el estado de necesidad devendrá inaplicable al comportamiento típico peligroso, pues éste no "lesionaría el bien jurídico". Piénsese en el ejemplo de quien conduce temerariamente para llevar a un herido grave al hospital. La exención que procura el art. 20.5ª del Código Penal español sería aquí inaplicable porque no se habría lesionado el bien jurídico del artículo 380.1 ("El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiere en concreto peligro la vida o la integridad de las personas"), que sería la vida, la integridad física o la salud del de las personas.

Asimismo, de seguirse el concepto propuesto, se ampliaría la exclusión de las reglas del delito continuado para los delitos contra bienes eminentemente personales mucho más allá de lo que parecía pretender el legislador, incluyendo en la excepción, por ejemplo, los delitos de peligro u otros que atacan bienes o instituciones instrumentales: ¿por qué no considerar el patrimonio – o la Hacienda Pública - un bien eminentemente personal?; ¿por que no entender que el patrimonio personal – o el público - no es un sino, al menos en parte, medio para la alimentación, para la sanidad, para la cultura?

9. Cuando afirmo que el concepto de bien jurídico que se propone es un concepto formal pretendo reseñar que el mismo tiene por contenido una característica puramente externa del objeto referido: la de ser objeto de protección a través de la pena. Debe de nuevo recordarse que en tal formalidad reside la base de la utilidad perseguida de facilitar el conocimiento de la norma, de cada norma, a través de un rasgo principal a la vez genético y final, con independencia de la calificación que pueda merecer la misma desde una perspectiva de calidad. El bien jurídico señala lo que protege la norma que es y nada dice acerca de si es buena tal protección, de si debe pervivir la norma³⁴.

Si se quiere avanzar en la identificación de los bienes jurídicos a través de

³⁴ V. infra punto 10.C.

la adición de nuevos rasgos³⁵, ello sólo es posible – sólo es consistente con la definición y con la funcionalidad del concepto – como derivación de características implícitas en la definición y en la teoría que la sustenta. Debe advertirse que esta operación de desarrollo definicional es escasamente útil y relevantemente peligrosa. Es poco útil, porque lo único importante del bien jurídico es que es un objeto – así, con tal genericidad – de protección. Es arriesgada, porque cualquier avance hacia algún rasgo material común de dichos objetos puede ser útil para la comprensión del sentido del sistema penal, pero puede convertirse en un misil en la línea de flotación del concepto, que sustenta su utilidad en su formalidad. Los pasos materiales pueden revertir en contra del concepto, pues podrá suceder que

³⁵ El bien jurídico se ha definido como "situación o estado de cosas positivamente valorado" (JAKOBS, "Strafrecht...", cit. n. 7, p. 39, n. m. 12), "valor" (H. JÄGER, "Strafgesetzgebung und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten", Stuttgart, Ferdinand Enke, 1957, p. 15; E. J. LAMPE, "Rechtsgut, kultureller Wert und individuelles Bedürfnis", en AA. VV., "Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag", Berlín - Nueva York, Walter de Gruyter, 1974, pp. 151 y ss.; H.-H. JESCHECK y T. WEIGEND, "Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil", Berlín, Duncker & Humblot, 1996, 5^a ed., p. 232; T. LENCKNER, en Schönke-Schröder, "Strafgesetzbuch. Kommentar", Múnich, Beck, 2006, 27^a ed., n. m. 9 previo al § 13), "objeto en su relación con la persona" (M. MARX, "Zur Definition...", cit. n. 16, p. 67), "posibilidad de participación" (R. P. CALLIESS, "Theorie der Strafe in demokratischen und sozialen Rechtsstaat", Francfort, Fischer, 1974, pp. 143 y ss.; MIR PUIG, "Objeto del delito", Nueva Enciclopedia Jurídica, Seix, t. XVII, 1982, p. 770), "interés" (F. VON LISZT, "Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyklopädie der Rechtswissenschaft", en *ZStW*, 1888, pp. 133 y ss.; K. TIEDEMANN, "Tatbestandfunktionen im Nebenstrafrecht", Tubinga, J. C. B. Mohr-Paul Siebeck, 1969, p. 115; W. HASSEMER, "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico", en *DP*, 46/47, 1989, p. 282; G. STRATENWERTH, "Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat", Colonia - Berlín - Bonn – Múnich, Carl Heymanns, 2004, 5^a ed., p. 26, nn. mm. 7 y 8), "unidad de función valiosa" (H. OTTO, "Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand", en AA. VV. - ed. H. Müller-Dietz -, "Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik", Colonia - Berlín - Bonn – Múnich, Carl Heymanns, 1971, p. 8; H. J. RUDOLPHI, "Los diferentes aspectos...", cit. n. 12, pp. 342 y ss.), "relación social concreta" (H. HORMAZÁBAL, "Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho. El objeto protegido por la norma penal", Barcelona, PPU, 1991, p. 152), "recurso" (VON HIRSCH, "Der Rechtsgutsbegriff...", cit. n. 31, p. 16), "condición mínima de convivencia social" (LUZÓN PEÑA, "Alcance y función del Derecho penal", en *ADPCP*, 1989, p. 32; dichas condiciones "pueden consistir en estados, circunstancias, intereses, valores, relaciones, etc.").

haya objetos de protección penal que escapen a dicho rasgo. Es por ello por lo que los desarrollos de la definición deben adquirir una de las dos siguientes cautelas. O ceñirse a la derivación de rasgos implícitos en la definición formal del concepto, o especificar que se trata de rasgos no definicionales: que suelen concurrir en los bienes jurídicos pero que podrían dejar de hacerlo

En la primera de las dos líneas de cautela avanzadas cabe señalar que, a partir de la definición del bien jurídico-penal como el objeto inmediato de protección de la norma penal y de la consideración de ésta como una regla de conducta no puramente caprichosa, sino consecuente a una valoración, puede colegirse que la conducta contemplada por la norma como posiblemente delictiva es, desde su perspectiva, una conducta disvaliosa y que el rasgo común de los objetos cuya protección fundamenta la tipificación tiene que estar constituido por la posesión de alguna propiedad valiosa que el ordenamiento desea mantener o producir. De ahí que la lesividad de una conducta consista precisamente en el empeoramiento - o, en ciertos casos, en la no evitación del empeoramiento, o incluso en el no mejoramiento - de la realidad desde una determinada perspectiva axiológica³⁶. Y de ahí que podamos ampliar la caracterización del bien jurídico-penal como una realidad en cuanto portadora de una propiedad valiosa, según el criterio de valoración del ordenamiento jurídico-penal. Kindhäuser ha descrito, en este sentido, la lesión de un bien como la manipulación de una realidad portadora de valor, a la que se atribuye una propiedad valiosa relevante, de modo que a la vista de dicha propiedad aquella realidad quede disminuida en su valor³⁷.

³⁶ Y que sea cierto que el cometido del Derecho Penal sea “garantizar la permanencia de aquello que tiene valor para la moralidad que se toma como base” (W. KARGL, “Protección de bienes jurídicos mediante protección del Derecho. Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena”, en AA.VV., “La insostenible situación del Derecho Penal”, Granada, Comares, 2000, p. 56). Así, “las modalidades de conducta que interesan son ante todo dañosas porque con ellas se lesiona la moralidad jurídico-penal, esto es, la pretensión de valor de los `bienes jurídicos´ simbolizada en las normas” (p. 59).

³⁷ “Gefährdung als Straftat”, Francfort (Klostermann), 1989, p. 144. Si el bien es una propiedad valiosa de un derecho o de una norma, continúa este autor, su

El uso habitual del lenguaje parece confirmar la adscripción al bien jurídico de la característica de constituir una realidad en cuanto portadora de una propiedad valiosa. Términos como "libertad", "honor" o "propiedad" son cotidianamente utilizados para hacer referencia a bienes jurídico-penales. Parece patente, sin embargo, que estos sustantivos no designan realidades concretas portadoras de alguna característica valiosa, sino lo que tienen en común múltiples realidades concretas en cuanto portadoras de una propiedad relevantemente valiosa: designan, pues, la propiedad misma³⁸. Debe recordarse, sin embargo, de nuevo con Kindhäuser, que la necesaria utilización de nombres abstractos para la denominación de los bienes jurídico-penales, pues de comprender los múltiples objetos amenazados por un cierto tipo de conducta se trata³⁹, no debe inducir a la comprensión de que el objeto de protección está constituido por entidades ideales⁴⁰ o por la valoración misma⁴¹. Objeto de protección de las normas penales no son meras abstracciones, sino concretas propiedades de concretas realidades

lesión se produce cuando disminuye su valor en relación con dicha propiedad. Si el bien es una propiedad del hombre, la lesión podrá consistir en una influencia sobre su organismo o sobre su psique cuando la propiedad se refiera a su esencia vital, y en el menoscabo de sus derechos cuando la propiedad se refiera a su condición de persona (p. 145). La protección de los bienes que consistan en propiedades naturales supone así la protección de su existencia; la de los que consisten en propiedades normativas o convencionales, la de su vigencia fáctica (pp. 143 y ss.).

³⁸ Cfr. KINDHÄUSER, "Gefährdung...", cit. n. 37, pp. 138 y s. E. MARQUARDT indica gráficamente que los bienes son portadores de valor ("Valor y bien jurídico", en "Temas básicos de Derecho penal", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976, pp. 56 y s.).

³⁹ En este sentido, DÍEZ RIPOLLÉS ("El Derecho Penal ante el sexo", Barcelona, Bosch, 1981, p. 106).

⁴⁰ Parece difícil de asumir, en este sentido, que "el daño del homicidio radica (...) en el menosprecio del respeto debido a la vida del individuo" (KARGL, "Protección de bienes jurídicos...", cit. n. 36, p. 53).

⁴¹ Pues "desde la perspectiva del bien jurídico no se atiende directamente a la norma jurídica; esto es, a la valoración de la realidad social, sino a la realidad social valorada" (ALCÁCER GUIRAO, "¿Lesión de bien jurídico..." cit. n. 31, p. 88).

portadoras de valor⁴². Son, mejor expresado, concretas realidades en cuanto portadoras de una propiedad⁴³. De hecho lo que se tipifican son conductas efectiva y directamente transformadoras de la realidad y no, por ejemplo, en cada caso, también las apologéticas de un cambio de valores⁴⁴. La tarea penal consiste en la protección de determinada configuración de la realidad, de la vida social, conforme a ciertos valores. La protección de la conservación del valor de la configuración de la vida social – *rectius*: la preservación de determinadas realidades valiosas - motiva la discriminación de ciertas conductas y su coactivo desaliento a través de la amenaza y la imposición de la pena, que sirve además de aliento y reafirmación del ejercicio vital conforme al ordenamiento. Es este mecanismo de la amenaza condicional, y por lo tanto pro futuro, pero confirmada en quien en el pasado cumplió la condición de la que pendía la imposición del mal, el que hace que las normas pretendan “controlar el futuro desde el pasado”⁴⁵.

10. De la definición que propongo de bien jurídico se derivan, entre otras, las tres siguientes consecuencias: toda norma penal protege un bien jurídico (A); la tipicidad de la conducta exige la imputación objetiva de la lesión del bien jurídico (B); el bien jurídico no sirve *per se* para evaluar la norma, aunque sí instrumenta

⁴² ALCÁ CER GUIRAO, (“¿Lesión de bien jurídico...” cit. n. 31, p. 144, n. 24. SUHR estima posible la utilización de la expresión tanto para denominar el concepto ideal como sus consecuencias ("Zur Begriffsbestimmung von Rechtsgut und Tatobjekt im Strafrecht", en *JA*, 1990, p. 306 y s.). ESCRIVÁ GREGORI indica que "la razón de protección de la ley no es una mera abstracción, sino la protección de cada uno de los bienes que pueden resultar afectados concretamente" ("La puesta en peligro de bienes jurídicos en el Derecho Penal", Barcelona - Bosch -, 1976, p. 43).

⁴³ Creo que es en tal sentido en el que puede afirmarse que “el Derecho penal impide la realización de actos que vengán a negar los valores tenidos como tales por el Derecho” (CARBONELL MATEU, “Derecho penal: Concepto y principios constitucionales”, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, 3ª ed., p. 33).

⁴⁴ Por ello lo que nos preocupa de un homicidio no es “el menosprecio del respeto debido a la vida del individuo” (KARGL, “Protección de bienes jurídicos...”, cit. n. 36, p. 53) sino que ese menosprecio se “consolide” en una consecuente alteración de la realidad.

⁴⁵ KARGL, “Protección de bienes jurídicos...”, cit. n. 36, p. 61.

tal evaluación a través de la expresión que procura de la misma (C).

A) Toda norma penal protege un bien jurídico y todo delito – antes: toda conducta típica – supone la lesión de un bien jurídico, aunque un mismo bien jurídico pueda ser protegido por distintas normas penales que diferencien modalidades de ataque a dicho bien⁴⁶. Desde esta óptica no puede denominarse un principio, que como tal contiene un deber ser, como “de exclusiva protección de bienes jurídicos”, que expresa un necesario ser de la norma⁴⁷. Creo que el contenido del principio se transmite adecuadamente con la expresión “principio de exclusiva protección de bienes legítimos” o, mejor, con la expresión “principio de

⁴⁶ Como afirma NINO, "todo delito lesiona un bien jurídico", de modo que "no es concebible un delito que no lesione un bien jurídico protegido" ("Consideraciones...", cit. n. 1, p. 56). En sentido similar: A. PAGLIARO ("Bene giuridico e interpretazione della legge penale", en AA. VV., "Studi in onore de F. Antolisei", 1965, p. 393, n. 8); E. W. HANACK ("Empfiehl es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen?", Múnich - C.H. Beck -, 1968, p. 32). En contra, sin embargo, POLAINO NAVARRETE ("El bien jurídico...", cit. n. 2, pp. 57, 303, 307 y 349 y ss.), RUDOLPHI ("Los diferentes aspectos...", cit. n. 12, p. 336), ROXIN ("Sentido y límites de la pena estatal", en "Problemas básicos del Derecho Penal", Madrid, Reus, 1976, p. 23; "Strafrecht...", cit. n. 12, pp. 15 y s.) y JAKOBS ("Strafrecht...", cit. n. 7, pp. 41 y ss., nn. mm. 16 y ss.).

⁴⁷ En relación con este principio, *vid.*: JÄGER, "Strafgesetzbuch...", cit. n. 35, pp. 6 y ss., 121 y ss.; POLAINO NAVARRETE, "El bien jurídico...", cit. n. 2, p. 357; ROXIN, "Sentido y límites...", cit. n. 46, pp. 23 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, "Derecho penal. Parte general", Madrid (Civitas), 1978, pp. 52 y s.; LUZÓN PEÑA, "Curso de Derecho Penal. Parte General I", Madrid (Universitas), 1996, p. 82; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, "Sobre el concepto de Derecho Penal", Madrid (Universidad Complutense), 1981, pp. 336 y ss.; MIR PUIG, "Derecho Penal...", cit. n. 22, pp. 128 y ss. Tras advertir que el principio puede parecer tautológico (p. 69) añade OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO que dicha impresión es falsa, "pues lo que se pretende al proclamar el sometimiento del Derecho penal al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, no es simplemente redundar en la elemental afirmación de la que he partido. Tal afirmación deriva de la observación directa de las normas penales incriminadoras, que revela cómo éstas nacen en consideración y con objeto de ofrecer tutela a ciertos intereses, denominados 'bienes jurídicos'. En cambio, al enunciar el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, se persigue algo más. Se intenta asignar una función o, mejor, unas funciones a la idea de 'bien jurídico' en relación con el ejercicio del poder punitivo estatal" ("Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos", en *ADPCP*, 1990, p. 7).

lesividad”.

La mayor o menor dificultad en la determinación del bien, con la que habrá de enfrentarse la hermenéutica, o su mayor o menor efabilidad, de la que dará cuenta la semántica, o su mayor o menor valor, del que se ocupará la política criminal, no deben confundirse con la propia existencia de un bien protegido, que podrá consistir en la existencia de una realidad natural, en la vigencia fáctica de una norma o de un derecho, en el funcionamiento de una institución, en la vigencia fáctica de una concepción moral, en el respeto a un símbolo, o incluso en la mera regularidad de una conducta. Si el bien jurídico es lo inmediatamente protegido por la norma penal, protegida puede ser cualquier cualidad de la realidad cuyo sostenimiento o disminución sea imputable a aquello de lo que se ocupa el Derecho, que es el comportamiento humano.

B) Una conducta sólo será típica si le es objetivamente imputable la lesión de un bien jurídico. Tal conducta podrá consistir en una activa transformación negativa de la realidad (por ejemplo, el secretario del Ministro se apodera del dinero público que se encontraba en la caja fuerte del Ministerio); o en no impedir una transformación negativa de la realidad (el Ministro permite la conducta de su secretario); o en no procurar una transformación positiva de la realidad (el contribuyente no paga a Hacienda). La idea de bien jurídico introduce en todo tipo penal una cierta clase de resultado que permite incorporar a todos los tipos penales la ponderación de libertades y las garantías de justicia que están detrás de los contenidos de la imputación objetiva del resultado a la conducta.

C) El bien jurídico no es más que un instrumento dogmático ideado para transmitir sintéticamente el objeto inmediato de protección de la norma penal. Sus utilidades residen en las que procura tal comprensión sintética y fidedigna de lo protegido⁴⁸. De una manera comunicativamente sencilla el bien jurídico expresa el

⁴⁸ Capacidad de síntesis de la que carecen otros conceptos formales que giran en torno a la idea de fin o de interés del legislador o de la norma, o a la de

interés que genera la norma penal y que resume lo esencial de su fin de protección. Presupuesto de la utilidad es pues su capacidad de síntesis y su identificación con lo protegido por la norma - que no se produce, según he señalado ya, cuando el bien jurídico se utiliza para nombrar lo que se debería proteger o lo que se desea proteger en última instancia tras lo que en realidad se protege -.

El concepto de bien jurídico se limita así a transmitir lo que es y nada dice acerca de lo que debe ser, por lo que no sirve *per se* para la crítica de la norma o para su anulación. La crítica a la norma no puede hacerse sin más con lo que la norma dice, que no es sino el objeto de la crítica. Para evaluar el sistema están los valores y los principios, cuya eficacia va a depender de que queden positivizados y de que existan mecanismos jurídicos para hacerlos valer. El bien jurídico es un concepto formal, valorativamente neutro, que transmite la decisión del legislador, pero que nada dice acerca de si la misma es una buena decisión: si existen buenas razones para la pena. El bien jurídico, sí, ayudará al análisis crítico de la norma en cuanto que ayuda a su descripción, pero carece en sí mismo de toda disposición crítica en relación con lo descrito. Tan bien jurídico puede ser la vida como la pureza de la raza, y no lo es más uno u otro, ni por ello puede el bien jurídico servir en sí como factor de anulación de la norma que prohíba los matrimonios interraciales, que no dependerá de que tenga o no bien jurídico, sino de que tenga un "buen" bien jurídico desde la perspectiva valorativa del sistema: de que pueda considerarse constitucionalmente como bien lo que el normador estima como tal.

11. No quiero terminar este esbozo de una teoría del bien jurídico sin destacar que la misma es una teoría acerca del fin de la norma penal y una teoría

objeto de protección, sin más matices. Obsérvese que, como afirma PAGLIARO, junto al interés central tutelado, encontramos también "valoraciones de tipo ético e incluso consideraciones generales en el tema de la función de la pena, de la certeza del Derecho, de oportunidad, y otras consideraciones del mismo estilo" que exigen una limitación del concepto de bien jurídico al "momento central" del fin de una proposición normativa ("Bene giuridico...", cit. n. 46, p. 393, n. 5).

acerca de la lesividad del delito que no es ni incompatible ni sustituible por las teorías que sitúan la esencia del delito en la infracción de normas o en la infracción de deberes, o que hacen recaer la finalidad de la norma penal en el mantenimiento de la vigencia de las normas de conducta a las que se refiere la norma penal o en la confianza en dicho mantenimiento. Qué duda cabe que un delito supone tanto la lesión de un bien jurídico como la quiebra de una norma y la infracción de un deber. Qué duda cabe que el fin de la norma penal es tanto la protección de bienes como el mantenimiento de ciertas pautas normativas, de ciertos modelos de conducta. Y qué duda cabe que el fin del Derecho Penal es también generar confianza, seguridad, a través de la protección de bienes jurídicos y de la vigencia de las pautas normativas básicas.

Pero que se sean tesis correctas en la definición del delito o en la comprensión de la norma penal no supone que sean tesis sustituibles. Como ha mostrado en la doctrina española Alcácer Guirao, la idea del bien jurídico, en cuanto atiende a los efectos nocivos inmediatos de un delito a partir de un juicio de valor, desempeña funciones que no puede desempeñar la teoría del delito como quiebra de normas de organización⁴⁹. Está además en juego una cuestión de

⁴⁹ La primera radica en la derivación del concepto de peligro, “que permite la determinación de la lesividad de la acción en la decisión en el caso concreto, y una contrastación de los diferentes grados posibles de afección al bien jurídico, lo que imprime, frente a la opción alternativa”, la de quebrantamiento de la vigencia de las normas, “un componente de racionalidad y seguridad jurídica”. Además, en segundo lugar, “permite establecer una clara diferenciación dogmática en las estructuras de desvaloración jurídico-penal, a partir de la diferenciación entre el desvalor de acción, que engloba el peligro para el bien jurídico desde la perspectiva del agente (...), y el desvalor del resultado, que plasma la efectiva lesión del bien jurídico, configurando con ello la situación última que el Derecho penal desea, en última instancia, evitar”. El concepto de delito como lesión de un bien jurídico permite, en tercer lugar, “desnormativizar” el referente de lo lesivo”, lo que permitirá “una `objetivación´ social de la genérica lesión al ordenamiento (...) un referente de imputación tanto objetiva como subjetiva (...) y una mayor seguridad jurídica en la labor probatoria de los tribunales”. La concreción de lo protegido en bienes jurídicos permite, en cuarto lugar, “una más fácil jerarquización valorativa de los intereses de protección, lo que resultará esencial para dirimir los conflictos de intereses en que se basa el

énfasis y de incisividad en el entendimiento de la misión del Derecho Penal. Si la idea de bien jurídico acentúa la lesividad del comportamiento delictivo en cuanto transformador negativo de la realidad social, la de la norma de comportamiento incide en el carácter transgresor de la conducta; si la idea de bien jurídico transmite la razón de la pauta normativa que se quiere mantener, la idea de la norma de comportamiento se detiene en la pauta normativa en sí⁵⁰. Señala Mir Puig que “situar los intereses de los ciudadanos en el centro de los objetivos del Derecho Penal, concediendo a éste la función de prevención de ataques a bienes jurídico-penales como forma de protegerlos ... enfatiza la subordinación del poder punitivo del Estado al servicio de las personas”; por el contrario, erigir las normas jurídicas “en el objeto último de protección por parte del Derecho penal ... supone

juicio concreto de antijuridicidad en relación con las causas de justificación” Asimismo, finalmente, “el criterio del peligro imprimirá también una mayor exigencia en cuanto al establecimiento del grado mínima de lesividad para considerarse a la conducta merecedora de pena” (“¿Lesión de bien jurídico...”, cit. n. 31, pp. 116 y ss.). Al respecto v. supra puntos 6 y 7.

⁵⁰ Valga como ejemplo la tesis de KARGL de que “el juicio de dañosidad no se basa primordialmente en el acaecimiento de un estado de cosas indeseado y perjudicial en sí, sino en la lesión de la pretensión de que tal estado de cosas eventualmente no llegue a producirse” (“Protección de bienes jurídicos...”, cit. n. 36, p. 54). Afirma GIMBERNAT ORDEIG que naturalmente que el Derecho Penal pretende “confirmar la validez de las normas, pero esa confirmación de la validez de la norma como tal no nos dice nada sobre cuál es (o, al menos, debería ser) el contenido de ésta cuando de lo que se trata es de las normas jurídicopenales: si se quiere atribuir al Derecho penal algo más que una tarea estrictamente formal y fantasmagórica, e decir: algo más que una tarea incolora, inodora e insípida, si se quiere saber cuál es (o debería ser) en un Estado de Derecho pluralista su contenido, entonces tiene que ser definida como la rama del ordenamiento jurídico que pretende confirmar la validez de las normas (aspecto formal) que castigan la puesta en peligro o la lesión de los bienes jurídicos más importantes mediante comportamientos típicos, antijurídicos y culpables (aspecto material)” (prólogo al libro de Alcácer Guirao, Rafael; “¿Lesión de bien jurídico...”, cit. n. 31, pp. 12 y s.). GARCÍA-PABLOS DE MOLINA señala, en fin, que “el principio del bien jurídico no sólo aporta un criterio material decisivo para la interpretación y construcción de la teoría del bien jurídico (...) sino todo un modelo o paradigma de Derecho Penal que se autoconcibe como ordenamiento protector y garante de intereses básicos para la convivencia, y no como mero orden imperativista, regulador de las voluntades individuales” (“Derecho penal: Introducción”, Madrid, Universidad Complutense, 2006, 4ª, p. 548).

considerar valiosa por sí misma la restricción de la libertad que implican. Ello no puede aceptarse desde una perspectiva democrática”⁵¹.

III. TEORÍA DE LO PROTEGIBLE

12. Hasta aquí he escrito acerca de un instrumento dogmático y he intentado desarrollar una teoría dogmática: la del bien jurídico. Bien diferente en su carácter y en sus ambiciones es la teoría de lo protegible, que es una teoría política: una teoría acerca de cómo deberíamos organizar la sociedad en alguno de sus aspectos, de cómo deberían ser las cosas a partir de un determinado punto valorativo de partida, que a su vez debe ser teorizado. Lo jurídicamente protegible, lo penalmente protegible, es lo jurídica o penalmente protegible según un determinado presupuesto axiológico de partida, por mucho que éste se dé frecuentemente por supuesto.

En lo que sigue pretendo esbozar una indagación acerca de lo protegible en un Estado que pretende una legitimación democrática⁵². Este criterio de legitimidad es un criterio liberal e igualitario: parte de la idea de la autonomía moral

⁵¹ “Límites del normativismo en Derecho Penal”, en AA. VV., “Homenaje al Prof. Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo”, Madrid (Thomson – Civitas), 2005, pp. 678 y 679.

⁵² El criterio democrático de legitimidad constituye hoy un parámetro casi unánime en los intentos de legitimación de cualquier modelo de organización política. Se debate en torno a su contenido pero prácticamente nadie cuestiona su virtud. Como afirma ALF ROSS en su prefacio a la obra “¿Por qué democracia?”, “de hecho, todos pretendemos ser demócratas (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 11). A los efectos de este trabajo baste con citar dos poderosas ideas justificativas de la democracia: la que la sustenta sobre el valor de la libertad (por todos, N. BOBBIO, “¿Qué socialismo?”, Barcelona, Plaza & Janés, 1986, p. 131; H. KELSEN, “¿Qué es la justicia?”, México, Fontamara, 1992, 3ª, pp. 34, 77 y s., 82 y s.) y la que destaca su valor epistemológico para la determinación de las decisiones más justas (por todos, C. S. NINO, “La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y el valor epistemológico de la democracia”, en Análisis Filosófico, VI, 1986, 2, *passim*; J. RAWLS, “Sobre las libertades”, Barcelona - Buenos Aires – México, Paidós, 1990, pp. 86 y ss.).

igual de la persona – de su individualidad y de su igual capacidad para valorar y para decidir según sus valoraciones –. A partir de dicha idea cabe acordar, sin mayores concreciones, matices ni desarrollos ahora⁵³, que el sistema se justifica por el criterio de decisión mayoritaria para las decisiones colectivas - por la simetría material de los ciudadanos en cuanto a la toma de decisiones -, en primer lugar; por las libertades de información, expresión y participación respecto a los asuntos de interés público - por la simetría material de los ciudadanos en cuanto a la información de lo público -, en segundo; y por el respeto a la autonomía personal, al modo que cada persona tenga a bien entender y organizar su vida, al modo en que quiera buscar su plenitud, su enriquecimiento personal o su sosiego⁵⁴.

Es esta prioridad de la libertad la que hace que el sistema vea con antipatía las normas sancionadoras, y significativamente las penales, como expresión máxima de la coerción estatal⁵⁵. La pena es así un cuerpo extraño en el sistema, un cuerpo a disminuir e incluso, en el horizonte, a expulsar, que se tolera sólo, precisamente, por su utilidad a la libertad. Toda norma penal debe ser así una norma *duplex*, de efectos duales de sentido opuesto. Mientras que una de las

⁵³ Concreciones, matices y desarrollos que conducen de un consenso muy amplio en torno a estos trazos básicos a una mayor conflictividad y discutibilidad. Surgen lo que RAWLS denomina *burdens of judgement*, constituidos por la complejidad de las evidencias empíricas y científicas frente a un mismo caso y por la dificultad de sopesarlas adecuadamente; por la vaguedad de los conceptos políticos y morales que utilizamos en el discurso; por la relatividad de la evaluación de las evidencias y valores, dependientes de nuestra propia experiencia vital; por la dificultad de sopesar consideraciones normativas contrapuestas en torno a una misma cuestión; por la dificultad propia de la toma de decisiones últimas en los dilemas valorativos (“Political Liberalism”, Nueva Cork, Columbia University Press, 1993, pp. 54 y ss.).

⁵⁴ Para lo anterior, por todos, ELÍAS DÍAZ, “De la maldad estatal y la soberanía popular”, Madrid (Debate), 1984, pp. 59 y s., 116, 142 y s.

⁵⁵ De ahí que “deba interpretarse toda la actividad punitiva del Estado con el principio *restringenda sunt odiosa*; es decir, interpretando como odiosa cualquier restricción de la libertad” (CARBONELL MATEU, “Derecho penal...”, cit. n. 43, p. 200).

caras de este peculiar Jano es naturalmente coactiva, la otra busca legitimarse por su servicio a la libertad⁵⁶. Pues bien: en estos casos de actividades públicas a la vez positivas y negativas en términos de valor, el análisis racional de legitimación es el que procura el principio de proporcionalidad. Partiendo de esta naturaleza de *norma duplex*, la norma penal será legítima si es positiva (si persigue un bien legítimo y de un modo posible), si reduce al máximo su componente negativo (si es mínima) y si además es mayor su cara positiva que su cara negativa (si es ventajosa).

13. La teoría de la proporcionalidad⁵⁷ constituye una teoría política acerca de lo que puede legítimamente protegerse a través de la pena y acerca también de la intensidad que puede desplegar dicha protección. La esencia del principio es, en su racionalidad, como se anunciaba en el punto anterior, relativamente sencilla. Partiendo del valor de la libertad y partiendo de que la norma penal es un instrumento coactivo, antiliberal, su legitimación pasa por la generación de más libertad que la libertad que se sacrifica, en primer lugar, y, en segundo, por la necesidad de este sacrificio: por el carácter mínimo de este sacrificio en comparación con otras estrategias posibles de protección del ámbito de libertad en cuestión⁵⁸. La norma penal ha de ser así no sólo ventajosa sino la más ventajosa

⁵⁶ Como afirma gráficamente FEIJOO SÁNCHEZ, “la imputación penal cobra, así, legitimidad porque desempeña una función en la sociedad de libertades y crea libertad” (“El injusto penal y su prevención ante el nuevo Código Penal de 1995”, Madrid – Colex -, 1997, p. 70).

⁵⁷ Al respecto, SÁNCHEZ GARCÍA, “El principio constitucional de proporcionalidad en el Derecho Penal”, *La Ley*, 1994, 4; LASCURAÍN SÁNCHEZ, “La proporcionalidad de la norma penal”, en *Cuadernos de Derecho Público*, 5, 1998, pp. 175 a 189; VON HIRSCH, “Censurar y castigar”, Madrid (Trotta), 1998; AGUADO CORREA, “El principio de proporcionalidad en Derecho Penal”, Madrid (Edersa), 1999; GONZÁLEZ BEILFUSS, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Pamplona (Aranzadi), 2003; BERNAL PULIDO, “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, Madrid (CEPC), 2005 (2ª); LOPERA MESA, “Principio de proporcionalidad y ley penal”, Madrid (CEPC), 2006.

⁵⁸ V. al respecto MIR PUIG, “Límites del normativismo...”, cit. n. 51, pp. 678 y 679. La conexión entre libertad como valor y proporcionalidad como principio es

de las alternativas posibles. Se trata, en palabras del profesor Carbonell, de “garantizar el máximo de libertad posible con las menos injerencias posibles”⁵⁹.

El principio de proporcionalidad es así la clave para la conformación de un Derecho Penal reducido a lo estrictamente necesario y ventajoso en la protección de la libertad, de la autonomía personal de los ciudadanos⁶⁰. Organiza y hace más comprensibles en el marco constitucional los tradicionales principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, *ultima ratio* e intervención mínima, y reivindica que lo propio de una sociedad democrática es una comprensión tendencialmente mínima del Derecho Penal. La ordenación analítica del principio, la razonable protección de la libertad, depara dos condiciones y dos presupuestos. Una norma penal resulta proporcionada si no puede ser eficazmente sustituida por una intervención menos contundente (B), y si, además, bien mirado lo que salva y lo que sacrifica, no resulta una norma más coactiva que liberadora (A). Presupuestos de este balance positivo son los de que la norma pretenda proteger un bien

destacada por COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN (“Derecho Penal. Parte general”, Valencia – Tirant lo Blach -, 1999 – 5ª ed. -, p. 82). Utilizando las palabras de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA para el principio de intervención mínima, el de proporcionalidad trataría de “verificar la racionalidad y coste social de los medios que utiliza el Estado para el control de la delincuencia, sometiendo a límites rigurosos el empleo del más devastador de todos: la pena” (“Sobre el principio de intervención mínima del Derecho penal como límite del `Ius Puniendi`”, en AA. VV., “Estudios penales y jurídicos. Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero”, Córdoba, 1996, p. 249).

⁵⁹ CARBONELL MATEU, “Derecho penal: concepto...”, cit. n. 43, pp. 199, 202.

⁶⁰ Para STERNBERG – LIEBEN, el principio de proporcionalidad se sitúa en el centro de la argumentación sobre la legitimidad de la expansión del Derecho Penal “Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit und die Freiheit des Strafgesetzgebers”, en AA. VV., “Die Rechtsgutstheorie...”, cit. n.4, p. 74). También, BUNZEL acentúa que el principio de proporcionalidad constituye el límite primario del Derecho Penal material (“Die Potenz des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips als Grenze des Rechtsgüterschutzes in der Informationsgesellschaft”, en AA. VV., “Die Rechtsgutstheorie...”, cit. n. 4, p. 96). Para BÖSE, como los límites constitucionales específicamente penales no se derivan de los concretos derechos fundamentales, es el principio de proporcionalidad la base para una limitación de la intervención del Derecho Penal (“Grundrechte und Strafrecht als `Zwangsrecht`”, en AA. VV., “Die Rechtsgutstheorie...”, cit. n. 4, p. 91).

legítimo (D) y pueda hacerlo (C)⁶¹.

A) La primera condición, y la más intuitiva como condición de proporcionalidad, es la que se suele analizar en último lugar: que se trate de una protección ventajosa, que depare más libertad que la libertad anegada por la prohibición y por la pena.

Es muy importante enfatizar el carácter global de este balance valorativo. El análisis comparativo interno de la norma debe computar todas las ventajas e inconvenientes de la norma⁶². Los costes que importan de la norma son todos. No sólo la cantidad y calidad de la pena, sino también el reproche que comporta la misma⁶³, la pérdida de autonomía que supone la prohibición en sí, y los costes

⁶¹ Presupuestos que remiten a las condiciones que señalaba M. E. MAYER para la justificación de la protección penal: que se trate de un bien digno de protección (*Schutzwürdigkeit*), necesitado de protección (*Schutzbedürftigkeit*) y con capacidad de ser protegido (*Schutzfähigkeit*) (“Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts”, Heidelberg, Carl Winters, 1923, 2ª ed., pp. 22 y ss.).

⁶² Señala A. ROSS “que la cuestión acerca de qué actos el Estado está moralmente autorizado para calificar de delitos sólo puede contestarse siguiendo líneas utilitaristas; es decir, atendiendo a los beneficios sociales que se atribuyen a la incriminación legal, balanceados con sus desventajas sociales y de cualquier otra índole. Más concretamente, hay que evaluar la finalidad de la particular ley penal, juzgar luego su actitud para promover esa finalidad y, por último, contrapesar todos los efectos indeseables que la aplicación de ella puede producir, recordando que el castigo mismo es sufrimiento y que, por lo tanto, tiene un valor negativo desde el punto de vista utilitario” (“La finalidad del castigo”, en AA. VV., “Derecho, Filosofía y Lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja”, Astrea - Buenos Aires -, 1976, n. 17, pp. 173 y s.).

⁶³ Señala ROSS que el reproche “no es simplemente un juicio moral que se formula acerca de alguien. Es a la vez, y en sí mismo, una sanción; el reproche produce sufrimiento, o por lo menos cierto desagrado a la persona contra quien va dirigido. Cuando se causa al transgresor un sufrimiento adicional en la forma de castigo en sentido jurídico, ese sufrimiento adicional puede ser entendido como que se lo pide, tanto por los miembros de la comunidad como por el transgresor mismo, como una ampliación de la hostilidad ya transmitida en la expresión de desaprobación” (“La finalidad...”, cit. n. 62, p. 157). V. también LAGODNY, “Das materielle Strafrecht als Prüfstein der Verfassungsdogmatik”, en AA. VV., “Die Rechtsgutstheorie...”, cit. n. 4, p. 84.

indirectos que generan la administración policial, judicial y penitenciaria. Sólo a partir del cómputo de la prohibición en sí se entienden las restricciones a la punición de las omisiones; sólo a partir del cómputo de otros costes se entiende que, por su proximidad al ejercicio de derechos fundamentales, sea tan baja la pena de la injuria; sólo si se computan como costes los de administración de la pena se entenderán algunos de los poderosos argumentos que se esgrimen a favor de la despenalización del tráfico de drogas, que tiene directa o indirectamente ocupado a buena parte del aparato policial, judicial y penitenciario. Y sólo a partir de esta globalidad, aplicada ahora al siguiente juicio de proporcionalidad – el de protección mínima - se entiende, por ejemplo, que no sustituyamos las penas de prisión por la vigilancia permanente domiciliaria: porque el balance que demarca ésta es peor, más negativo, si se toman en cuenta sus enormes costes económicos - ¿cuántos policías por preso? -, además de sus menores efectos preventivos – de la menor afflictividad de estar encerrado en casa respecto a estarlo en la cárcel⁶⁴ -.

Si estos son los costes básicos de una norma penal, su beneficio esencial radica en la protección que provee a un bien jurídico. El beneficio que genera la norma será mayor cuanto más valioso sea el bien y cuanto mayor protección se le dispense⁶⁵. Respecto a la cuantificación del valor de un bien resultan muy sugestivas las reflexiones de Von Hirsch en torno a la idea de los niveles de

⁶⁴ Con un curioso y riguroso estudio, tres economistas, LAWRENCE KATZ, ELLEN SHUSTOROVICH y STEVEN D. LEVITT muestran la relación estadística entre las malas condiciones carcelarias y el efecto disuasorio de la pena de prisión ("Prison Conditions, Capital Punishment, and Deterrence" *American Law and Economics Review*, 2003, 5, 2, pp. 318-43).

⁶⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA reseña que no debe ponderarse sólo "la gravedad intrínseca del hecho por el grado de desvalor del resultado y de la acción (número y entidad de bienes jurídicos afectados, relevancia del daño ocasionado, peligrosidad de la acción y desvalor de la intención del autor, etc.); sino, también, la gravedad extrínseca de aquél, esto es, el peligro de frecuencia de su comisión y consiguiente alarma social, extremo que puede incluirse en el desvalor objetivo de la acción, si bien debe evaluarse con prudencia" ("Derecho penal...", cit. n. 50, p. 582).

calidad de vida de una persona – subsistencia, mínima, adecuada, intensa –⁶⁶ y la de Feinberg, muy ligada al principio de autonomía, acerca de que el daño a un bien dependerá de las opciones vitales que queden anegadas, tesis que ilustra con el símil del sistema ferroviario: el daño al sistema por el daño a una vía es mayor cuantos mayores destinos queden suprimidos, sea directamente, sea por conexión⁶⁷.

B) La segunda condición no compara lo que la norma gana con lo que la norma pierde, sino que coteja la norma con otras normas hipotéticas: sólo será proporcionada la norma si la protección que depara no puede ser sustituida eficazmente por una norma de menor intensidad coactiva⁶⁸. Esto es lo que habitualmente denominamos principio de necesidad, o de subsidiariedad, o de intervención mínima, o de *ultima ratio*. Su formulación clásica, relativa a que no deberá imponerse una concreta pena – significativamente una pena privativa de libertad - si la misma puede ser eficazmente sustituida por una pena menor – significativamente una pena no privativa de libertad -, que antes de acudir al Derecho Penal para solucionar un conflicto penal debe intentarse el recurso a sanciones no penales, y que ni siquiera es legítimo el recurso a las sanciones no penales si el problema puede solventarse con medidas no sancionadoras, sólo resulta admisible como directriz. Por usual que resulte lo contrario, puede suceder que medidas no sancionadoras sean más coactivas que las sancionadoras y que medidas sancionadoras no penales sean más incisivas en la libertad del individuo que las penales: puede ser que la expulsión del territorio sea más gravosa que una pena breve de prisión, y que la sanción penal por la negativa a someterse a la

⁶⁶ “Censurar...”, cit. n. 57, p. 65.

⁶⁷ “Harm to others. The moral limits of the criminal law”, Nueva York – Oxford, Oxford University Press, 1984, pp. 206 y ss.

⁶⁸ Esta es la formulación de BERNAL PULIDO: “De acuerdo con el subprincipio de necesidad, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto” (“El principio de proporcionalidad...”, cit. n. 57, p. 734).

prueba de alcoholemia sea menos gravosa que la compulsión directa por los agentes de policía para la realización de dicha prueba. Desde una perspectiva global, el recurso a la sanción, penal o no, para quien se desvíe de la norma, puede deparar una organización social mejor, más libre, que la realización de complejos controles o medidas que eviten la desviación. Con el intrusismo, por ejemplo, se podría terminar prescindiendo de la sanción penal, pero sometiendo complejos sistemas de acreditación cada acto profesional⁶⁹; la Hacienda Pública podría quedar mejor preservada con un sistema directo y general de inspección directa a cada contribuyente que con un sistema de autoliquidación sometido a la sanción del mentiroso.

Tanto de este análisis acerca del carácter mínimo de la protección como del anterior en torno a su carácter ventajoso se intuirá ya que su principal obstáculo es lo poco que sabemos acerca de los efectos de la norma penal, de cómo y cuánto previene la comisión de delitos y, en consecuencia, de qué efectos tienen las alteraciones cuantitativas o cualitativas de la pena en la prevención de delitos⁷⁰. Esta ignorancia pone sin duda pies de barro al análisis de proporcionalidad, llama a la prudencia en su ejercicio y lo convierte en un juicio menos empírico que de racionalidad en torno al comportamiento humano.

C) No hay ganancia en términos de libertad si, a pesar de que la norma penal tenga una aspiración valiosa, lo que no hay es funcionalidad: si la pena pretende proteger un espacio de libertad, sí, o un presupuesto del mismo, pero de un modo imposible, cualitativamente inidóneo. Puede pensarse, en primer lugar, que, por obvia, sobra toda consideración sobre la aptitud protectora de bienes de las normas penales. Puede pensarse que, en cuanto mal amenazante a través de un aparato estatal creíble en su disposición a cumplir la amenaza, la pena lleva en

⁶⁹ Así, en general en relación con los sistemas preventivos de control, BÖSE (“Grundrechte...”, cit. n. 60, p. 94).

⁷⁰ V. al respecto, por todos, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, “Derecho penal...”, cit. n. 50, pp. 324 y ss., que alerta “sobre “la imperiosa necesidad de verificar empíricamente la efectividad real del castigo”.

su seno capacidad preventiva: intimidará a potenciales delincuentes, castigará y hará así innecesario otro castigo informal, transmitirá fácticamente ciertas valoraciones, reforzará el presupuesto y la racionalidad del seguimiento de la prohibición. De hecho, si la resocialización del penado es la única de las funciones básicas de la pena que menciona la Constitución como de obligada persecución es precisamente porque es la única que no es consustancial a la pena.

En casos excepcionales, sin embargo, la pena podrá dejar de ser instrumental por su insuficiencia aflictiva relativa, comparado el mal que supone la pena con lo que el destinatario de la misma pretende ganar con la quiebra de la prohibición, argumento éste que se ha barajado, por ejemplo, respecto a la punición de determinados supuestos de aborto. Si tal cosa sucediera y si por razones de proporcionalidad estricta la pena no pudiera ser superior, estaríamos ante un paradójico supuesto de desproporción de la pena debida a su baja intensidad: a que la misma supone una coacción leve pero al fin y al cabo inútil y a que la sociedad estaría mejor si prescinde de tal norma penal.

D) Pero al punto al que quería llegar con esta aproximación al principio de proporcionalidad es al del primero de sus presupuestos lógicos. No hay balance positivo si no hay ganancia: si la norma penal no protege un bien protegible; si no cabe considerar la conducta delictiva como lesiva. La exigencia de la legitimidad del bien protegido, de la lesividad de la conducta, es así una exigencia derivada del principio de proporcionalidad⁷¹, derivado a su vez de la inserción de la norma penal en un sistema de libertades. Esta ubicación de la teoría de lo protegible explica la génesis del postulado de lesividad y le da fuerza positiva, raigambre constitucional. De hecho el Tribunal Constitucional descarta “toda posibilidad de sujeción mínima al principio de proporcionalidad si el sacrificio de la libertad que

⁷¹ HASSEMER señala que en su variante negativa el principio de protección de bienes jurídicos se adecúa sin fisuras a la tradición jurídico-constitucional de la prohibición de exceso (“Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?”, en AA. VV., “Die Rechtsgutstheorie...”, cit. n . 4, p. 61).

impone la norma persigue la preservación de bienes o intereses, no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes” (SSTC 55/1996, f. j. 7; y 161/1997; f. j. 10; 136/1999, f. j. 23⁷²).

14. Pero tras su ubicación en la teoría de la proporcionalidad centrémonos de nuevo en la segunda pregunta básica que alienta este trabajo: en la respuesta acerca de lo democráticamente protegible, acerca de qué conductas pueden estimarse legítimamente lesivas en un Estado democrático.

La respuesta parte de los valores que están en la base del criterio de legitimación. Protegible con la restricción de libertad es la libertad: la autonomía personal, sus presupuestos y sus manifestaciones. Bienes protegibles serán así las instituciones públicas democráticas, y los distintos presupuestos y manifestaciones de las libertades públicas y privadas. A los bienes institucionales, las libertades públicas y las libertades privadas deben añadirse las bases de la realidad biológica y del respeto social (la vida, la integridad física, la salud, el honor), que constituyen presupuestos de las mismas⁷³.

⁷² También en AATC 233/2004, f. j. 3; 395/2004, f. j. 2; 332/2005, f. j. 3.

⁷³ A este respecto resulta interesante la gráfica, aunque imprecisa relación de FEINBERG de los “requisitos básicos del bienestar del ser humano” (*welfare interests*), constituidos por el interés en continuar con vida, y por los intereses en la propia salud física y el vigor, la integridad y el normal funcionamiento del cuerpo, la ausencia de un dolor o sufrimiento absorbente o de una desfiguración grotesca, una agudeza intelectual mínima, la estabilidad emocional, la ausencia de resentimiento y ansiedad infundados, la capacidad de participar normalmente en la vida social y de disfrutar y mantener amistades, un mínimo de ingresos y de seguridad financiera, un medio físico y social tolerable, y un cierto ámbito de libertad libre de coerción y de interferencias (“Harm to others...”, cit. n. 67, p. 37). Más sistemática es la clásica propuesta de RAWLS en torno a los bienes primarios, que divide en cinco categorías: “las libertades básicas (libertad de pensamiento y libertad de conciencia, etc.): estas libertades constituyen las condiciones institucionales de fondo necesaria para el desarrollo y pleno ejercicio informado de las dos potestades morales” (la capacidad de ser racional y de ser razonable) y “para la protección de una amplia gama de concepciones determinadas de lo bueno”; “la libertad de movimiento y libre ocupación frente a un trasfondo de diversas oportunidades: estas oportunidades permiten la

El punto de partida para la determinación de lo protegible es, pues, la defensa de la libertad individual y de las instituciones que la amparan y la promueven. La autonomía personal cede a través de normas coactivas que utilizan incluso la privación de la libertad deambulatoria del individuo para proveer una mayor nivel de autonomía personal. Es la propia lógica de la coexistencia y de la ponderación de libertades como objeto de protección la que hace que no pueda en absoluto configurarse como parte de la autonomía de una persona la posibilidad de condicionar la libertad de otras personas autónomas cuando esta libertad no afecta a su ámbito de intereses, a su círculo de organización. A tal efecto supondría una perversión del sistema el considerar que afecta a la autonomía de una persona el solo hecho de que otras personas utilicen su libertad de un modo que a dicha persona le resulta inadecuado o incluso gravemente negativo desde su perspectiva moral, también si le genera malestar o hiere su particular sensibilidad. Piénsese en el ejemplo de quienes sufren con cómo visten, comen o se peinan los demás, o en el ejemplo menos trivial, y castigado penalmente en épocas no muy lejanas, de las personas que reprueban ciertas prácticas sexuales de terceros a pesar de que son libremente aceptadas por los practicantes.

No puede restringirse la autonomía personal por lo que no puede

prosecución de diversas metas finales y dan efecto a una decisión de revisarlas y cambiarlas”; “potestades y prerrogativas de cargos y puestos de responsabilidad: éstas dejan espacio a las diversas capacidades de autogobierno y capacidades sociales de la persona”; “ingresos y riqueza, concebidos en términos amplios como medios generales (con valor de cambio)”; “las bases sociales del respeto a uno mismo: estas bases son aquellos aspectos de las instituciones básicas normalmente esenciales para que los ciudadanos tengan un auténtico sentido de su valía personal y sean capaces de desarrollar y ejercer sus potestades morales y proseguir sus fines y metas con confianza en sí mismos” (“Sobre las libertades”, cit. n. 52, pp. 52 y ss.). Con una sistemática distinta, VON HIRSCH refiere del siguiente modo “los diversos intereses que acostumbran a resultar afectados por un delito (...): 1) la integridad física, 2) medios materiales y comodidades, 3) integridad personal y 4) privacidad” (“Censurar...”, cit. n. 57, p. 64).

considerarse seriamente como parte de la autonomía de terceros, so pena de incurrir en una grave reducción global de la libertad de los ciudadanos. Esta aseveración conduce a las clásicas pero también candentes cuestiones acerca de si se pueden proteger penalmente los sentimientos y de si los objetos protegibles pueden ir más allá de las personas sin caer en un tipo de moralismo incompatible con la raíz moral del sistema. Piénsese para lo primero en los ejemplos relativos a la punición de la negación de la comisión de genocidios, o de las blasfemias absolutas, o de los ultrajes a la nación y a sus símbolos, y para lo segundo, en la punición del maltrato cruel de ciertos animales⁷⁴.

15. La pregunta por la protección de los sentimientos no es en rigor la de si los mismos pueden protegerse, pues se protegerán casi siempre de la mano de la protección de los bienes cuya pérdida genera aflicción en su titular, sino la de si pueden protegerse los solos sentimientos: la de si puede castigarse una conducta porque lesione sólo los sentimientos de una persona⁷⁵; si se prefiere, en la terminología que utiliza la literatura anglosajona, si pueden penarse las ofensas. Y creo que la respuesta debe ser en este punto tajante: sí en la medida en que tal lesión afecte a la autonomía personal del sentiente. Ejemplos ilustrativos de esta respuesta son los de los delitos de injurias y de ciertas vejaciones, y quizás el de ciertas lesiones psíquicas, de legitimidad indiscutida. La ofensa grave a los sentimientos, legítima o no, constituye un atentado a la personalidad que, en los

⁷⁴ Desde su concepción personalista del bien jurídico, STERNBERG – LIEBEN considera que la protección de los animales puede interpretarse también como protección de la vida o la integridad física humanas o como protección de la misma en un ámbito previo (“Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit...”, cit. n. 60, p. 70, n. 13)

⁷⁵ En contra, por ejemplo, recientemente, STERNBERG – LIEBEN (“Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit...”, cit. n. 60, p. 75). HÖRNLE sostiene que el delito de recompensa y aprobación de ciertos delitos del § 140 del Código Penal alemán sólo se entiende desde la protección de la moral y de los sentimientos (“Der Schutz von Gefühlen im StGB”, en AA. VV., “Die Rechtsgutstheorie...”, cit. n. 4, pp. 277 y s.). Es discutible si en realidad no se están configurando como delitos de peligro, más o menos lejano: como protección de la seguridad de los bienes jurídicos atacados por los delitos aprobados o recompensados.

casos más graves, en los queda afectada la autoestima o la capacidad de decisión, o en los que supone un daño objetivamente relevante, puede perjudicar notoriamente su desarrollo⁷⁶. Es en tal sentido en el que se ha configurado como bien jurídico la denominada “integridad moral”.

Debe insistirse en que si no se duda de la legitimidad de principio de la sanción de las injurias o de ciertas vejaciones de hecho, que no son sino cierto tipo de ofensas graves a los sentimientos, habrá de admitirse como punto de partida que cierto tipo de sentimientos pueden ser legítimamente protegidos como parte de la protección de la autonomía personal y que por lo tanto la cuestión no es la de “sí”, sino la de “cuándo” y “cómo”. Y en su respuesta no sobran desde luego las cautelas que eviten una perversión del sistema de libertades consistente en la restricción de la autonomía de unos por el sólo hecho de que alguno de sus desarrollos hieran la sensibilidad de otros.

La primera de tales cautelas es la de que ha de tratarse de sentimientos profundamente arraigados, cuyo daño es un daño a la situación social del individuo y por lo tanto a su autonomía personal, y cuya trascendencia goza del consenso social básico, sin que puedan tenerlo las ofensas que provengan de la actitud intolerante de la persona que sufre con ideales de vida diferentes al suyo. La segunda cautela, que afecta sobre todo a la cuestión de la punición de las blasfemias o de los ultrajes a ciertos símbolos, es la de que la ofensa sólo será punible si no constituye el ejercicio de una libertad a cuya preservación ostenta mayor valor que a la protección del sentimiento. Viene aquí a colación sobre todo el ejercicio de la libertad de expresión en un doble sentido: no sólo porque no se puede sancionar su ejercicio legítimo, sino porque tampoco deben sancionarse conductas de expresión cercanas a dicho legítimo ejercicio. Por dos razones: porque al ser borrosa la frontera entre lo legítimo y lo ilegítimo su sanción disuade

⁷⁶ Así, para STERNBERG – LIEBEN en el delito de insulto a las creencias del § 166 I del Código Penal alemán se ataca, como en el ataque al honor, la pretensión de reconocimiento mutuo como presupuesto del libre desarrollo de la personalidad (“Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit...”, cit. n. 60, p. 70, n. 13).

del ejercicio de la expresión sobre lo público, básico para el entero sistema; y porque la mera cercanía a la licitud hace que disminuya el desvalor de la conducta y que su desvalor remanente sea insuficiente para recurrir a la pena. La tercera de las cautelas básicas anunciadas afecta al análisis de proporcionalidad relativo al carácter mínimo de la sanción y se refiere al esmero en la respuesta a la cuestión de si el sentimiento resulta razonablemente protegible mediante una multa administrativa o mediante la declaración y la indemnización que pueden obtenerse en la vía civil.

16. No creo que la película de lo protegible deba terminar con la protección posible de los sentimientos como forma de protección de la autonomía personal, y que en tal sentido el círculo de lo esencialmente valioso deba cerrarse en lo que atañe a la persona. No se entiende bien por qué la moral democrática ha de ser una moral exclusivamente antropocéntrica, insolidaria en tal sentido, que haga que los ciudadanos sólo puedan legítimamente proteger los bienes de los ciudadanos - su autonomía personal, sus presupuestos y sus derivados - y que no deban en el ejercicio conjunto de tal autonomía emprender la protección de otros bienes. Pueden existir otros objetos que se estimen valiosos sin contradicción con los postulados axiológicos de partida, merecedores incluso en su protección del sacrificio de la autonomía personal que comporta la intervención sancionadora. Que la autonomía personal no sea sacrificable por otros bienes personales que no formen parte de tal autonomía no comporta que no sea sacrificable en cierta medida por otros bienes: por los bienes de otros. Y esos “otros” no pueden ser otros, valga el juego de palabras, que los animales, las personas que fueron y las personas que van a ser. Los ciudadanos, en el ejercicio conjunto de su autonomía, en la constatación o en la configuración de una moral social básica, pueden optar por proteger otros bienes, como la integridad física de ciertos animales frente a cierto tipo de ataques, o como el honor o la dignidad de las personas fallecidas⁷⁷,

⁷⁷ La profanación de cadáveres ha sido considerada como una lesión de la autonomía de los vivos en relación con las disposiciones sobre su cadáver (así, STERNBERG – LIEBEN, “Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit...”, cit. n. 60, p. 70, n. 13;

o como ciertas condiciones de vida de las generaciones futuras.

El sistema democrático de legitimación no sólo presupone ciertos valores - básicamente, repito, la igual autonomía de las personas - sino que constituye también un sistema de construcción o reconocimiento de una moral social básica consistente con sus propios puntos valorativos de partida⁷⁸. Un ordenamiento democráticamente consecuente podrá proteger no sólo el sistema y sus presupuestos, sino también sus frutos, entendidos como los objetos considerados democráticamente valiosos. La conclusión provisional sería así que los bienes protegidos pueden serlo legítimamente porque constituyan o salvaguarden la autonomía, pero también porque sean el legítimo fruto del ejercicio coordinado de la misma sin atentar a los presupuestos que la garantizan. Cierto es que es esta segunda fuente de legitimación es más débil que la de la protección de la autonomía, y también que la de la protección de ciertos sentimientos, que bebe de la anterior. Por ello el grupo de bienes protegibles que de ella pueda manar debe ser pulido y mirado con una cierta desconfianza que no permita abrir la puerta a la protección de lo que sólo sea una visión particular del mundo, o de la mera animadversión a un determinado ejercicio ajeno de la libertad, o que no instituya auténticas contraprotecciones que al socaire de la protección de ciertos bienes no directamente vinculados a la persona se conviertan en lesiones del desarrollo de

HÖRNLE, "Der Schütz...", cit. n. 75, p. 276), como una lesión de los sentimientos de los vivos, como una lesión de la dignidad de los vivos en relación con la posibilidad de profanación de su propio cadáver (v. ROXIN, "Strafrecht...", cit. n. 12, p. 23, n. m. 31), o, como creo preferible, como una lesión de la dignidad de los muertos justificada por razones morales no directamente vinculadas con la protección de la autonomía. Esta perspectiva no debe extrañar a la vista de la naturalidad con la que el ordenamiento español protege "el honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida" (art. 4.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen). Sobre este debate, v. también VON HIRSCH, "Der Rechtsgutsbegriff...", cit. n. 31, pp. 24 y s.

⁷⁸ En feliz expresión de NINO, la democracia tiene valor epistemológico en el ámbito moral ("La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y el valor epistemológico de la democracia", cit. n. 52, *passim*; también, en "La autonomía constitucional", en AA. VV., "La autonomía personal", Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pp. 74 y ss.).

la libertad de ésta. Así, si desde la perspectiva del bien jurídico, y con independencia ahora de consideraciones de necesidad o de proporcionalidad, cabe la punición de la profanación de tumbas o del maltrato de ciertos animales es porque existe una percepción cuasiunánime de la inmoralidad central de tales conductas y de su carácter lesivo para bienes que merecen protección, y porque la represión de las mismas no atenta contra las bases morales del propio sistema: no supone una manifestación de la autonomía personal que deba ser protegida por su significado objetivo para el desarrollo personal o para la organización de la convivencia⁷⁹. Deben traerse de nuevo a colación tres poderosos filtros para la legitimación de estos bienes no derivados de la autonomía personal: el consenso social acerca de su valor y de su trascendencia; que su lesión sea gratuita, en el sentido de no responder a una manifestación significativa de la autonomía personal; y que no sea posible su protección a través de medios de menor intensidad coactiva.

17. Protegibles en un Estado democrático son, pues, en palabras de Kahlo, “los elementos básicos de la libertad personal”⁸⁰, y además ciertos bienes ajenos a ella, pero consistentes con ella, a los que la sociedad consensuadamente otorga trascendencia. Es este un planteamiento que ha partido de un criterio democrático de legitimidad, lo que en nuestro Estado democrático comporta de un modo evidente que es también un planteamiento constitucional. Bienes protegibles por vía sancionadora son, en principio, los bienes constitucionales, pero también ciertos bienes congruentes con el sistema constitucional de valores.

Este laxo punto de partida debe afinarse en dos supuestos, que no se

⁷⁹ FEINBERG considera que existe un pequeño reducto de conductas ofensivas punibles: las perturbaciones graves con las que su autor no persigue utilidad alguna (“Offense to others. The moral limits of the criminal law, II”, Nueva York – Oxford, Oxford University Press, 1985, pp. 35 y 44).

⁸⁰ “Über den Zusammenhang von Rechtsgutsbegriff und objektiver Zurechnung im Strafrecht”, en AA. VV. (coord. R. Hefendehl, A. v. Hirsch, W. Wohlers), “Die Rechtsgutstheorie...”, cit. n. 4, p. 32.

identifican sin más con “lo penal”, sino de una manera más precisa con el desarrollo y la limitación de los derechos fundamentales – cuestión que, como ha afirmado el Tribunal Constitucional español a efectos de rango normativo, no depende de que la norma sea o no sea penal⁸¹ -. El primer supuesto se refiere a que la conducta penalmente prohibida incida en el área inicial de cobertura de un derecho fundamental; el segundo, y en la práctica más importante, se refiere a que la pena restrinja algún derecho fundamental, lo que sucederá paradigmáticamente con la pena de prisión.

Se trata en ambos casos de supuestos en los que el legislador regula y limita derechos fundamentales. Su validación constitucional pasa, como señala la doctrina constitucionalista, por la preservación ventajosa de otros derechos y bienes constitucionales, por el respeto al contenido esencial del derecho limitado, y por una determinación suficientemente precisa de estos límites⁸². Si bien esta

⁸¹ El Tribunal Constitucional español ha establecido que las normas penales no requieren en cuanto tales el rango de ley orgánica, sino sólo en la medida en que la pena suponga una restricción de derechos fundamentales, pues sólo tal restricción supone el desarrollo, siquiera negativo, de los mismos exigido por el art. 81.1 de la Constitución española (“Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución”): “el desarrollo legislativo de un derecho proclamado en abstracto en la Constitución consiste precisamente en la determinación de su alcance y límites en relación con otros derechos y con su ejercicio por las demás personas (...). Pues bien, no existe en un ordenamiento jurídico un límite más severo a la libertad que la privación de la libertad en sí (...). En este sentido el Código penal, y en general las normas penales, son garantía y desarrollo del derecho de libertad en el sentido del artículo 81.1 de la C.E., en cuanto fijan y precisan los supuestos en que legítimamente se puede privar a una persona de libertad” (SSTC 140/1986, f. j. 5, y 160/1986, f. j. 4. También en las SSTC 17/1987, f. j. 1; 32/1987, ff. jj. 3 y 4; 122/1987, ff. jj. 1 y 2; 18/1988, f. j. 4; 118/1992, f. j. 2; 119/1992, f. j. 1; 234/1997, f. j. 10; 129/1999, f. j. 2).

⁸² Esta conexión entre la tradición jurídico-penal y la tradición jurídico-constitucional constituye una tendencia “satisfactoria y muy prometedora”, pendiente desde hace tiempo (HASSEMER, “Darf es Straftaten...”, cit. n. 71, p. 58; también, en esencia, BUNZEL, “Die Potenz...”, cit. n. 60, pp. 110 y ss.). V. MEDINA GUERRERO, “La vinculación negativa del legislador a los derechos

vinculación más estrecha de ciertas normas penales – de ciertos bienes jurídicos - con los derechos y bienes constitucionales manifiesta claramente que no se puede malbaratar la pena de prisión, despierta justificados recelos en torno a la imposición de un corsé demasiado rígido a la protección elemental de nuestro sistema de convivencia, que puede no quedar reflejado en alguna de sus manifestaciones en el texto constitucional. Al fin y al cabo éste no se redacta con el empeño de detallar tales manifestaciones con la vista puesta en su protección, sino sólo con el objetivo de proclamar los valores de partida del sistema de organización social, las condiciones esenciales que pueden configurarse como derechos fundamentales, y los mecanismos de organización del poder. Por volver a dos ejemplos ya citados en otro contexto: ¿deben acaso reputarse como ilegítimas las normas que sancionan con prisión el maltrato de ciertos animales o la profanación de cadáveres?

El *caveat* de la finalidad constitucional de las normas cuya pena suponga la limitación de derechos fundamentales debe tomar en cuenta el sentido de la Constitución, su referencia implícita a un cierto consenso social en torno a los valores de partida y a sus manifestaciones, y su propio deseo de incorporar nuevos consensos que se sustenten en dichos valores⁸³. Los derechos que proclaman las constituciones democráticas son concreciones de valores más genéricos que a su vez también se proclaman como valores fundantes de sistema, de modo que cabe extraer de éstos nuevas concreciones no expresadas en el texto constitucional⁸⁴; en relación con lo anterior es característica de la constitución democrática la de que la libertad preside el sistema y configura su

fundamentales”, Madrid (McGraw Hill), 1996, *passim*; ACOSTA GALLO, “El deber de legislar y los principios de proporcionalidad y diversidad como sus límites”, en Revista Aragonesa de Administración Pública, 21, 2002, *passim*.

⁸³ Así, advirtiendo de la necesidad de que la interpretación de la Constitución sea dinámica, “adecuada a los cambios sociales y de otra índole que se vayan produciendo”, CARBONELL MATEU (“Derecho penal: concepto...”, cit. n. 43, p. 37).

⁸⁴ V. SAX, Grundsätze der Strafrechtspflege”, en AA. VV. (dir. K. A. Betterman, H. C. Nipperdey y U. Scheuner), “Die Grundrechte”, t. 3, vol.2, Berlín (Duncker & Humblot), 1959, pp. 912 y ss.

cláusula de cierre del sistema, de modo que queda amparada cualquiera de sus manifestaciones que no colida con una manifestación más intensa o preferente⁸⁵.

Desde estas perspectivas resultaría sorprendente pensar que el respeto por los cadáveres humanos como proyección del valor de la dignidad de la persona no pudiera ser objeto de la severa protección penal que dispensa la amenaza de privación de libertad, o que no pueda ser objeto de tal represión el maltrato cruel de animales como parte de una cierta sensibilidad colectiva hacia otros seres vivos y, sólo en tal sentido, como potencialmente integrante del libre desarrollo de la personalidad de los ciudadanos. Cuenta de tal sensibilidad la da la ratificación por España del Convenio Europeo sobre protección de animales vertebrados utilizados con fines experimentales y otros fines científicos⁸⁶.

18. La gran mayoría de las normas penales no suscita duda alguna en cuanto a la legitimidad de su bien jurídico: acerca de que protegen bienes protegibles⁸⁷. Existe sin embargo un reducido grupo de casos difíciles en este

⁸⁵ STERNBERG – LIEBEN destaca que la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania tiene como fundamento el pensamiento de la autonomía personal, expresada a través de la garantía del libre desarrollo de la personalidad y reforzada por el valor de la dignidad de la persona (“Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit...”, cit. n. 60, p. 65).

⁸⁶ El Convenio es de 18 de mayo de 1986; la ratificación de España se hizo por Instrumento de 2 de agosto de 1989. El Convenio se enmendó mediante el Protocolo de 22 de junio de 1998 (ratificado por España mediante Instrumento de 30 de octubre de 2003).

⁸⁷ El grueso de la respuesta a la pregunta acerca de lo protegible suscita un generoso consenso correlativo al que genera la calificación de un comportamiento como socialmente dañoso (v. al respecto FEINBERG, “Harm to others...”, cit., n. 67, p. 38). Más allá afirma VON HIRSCH que “algunas encuestas de opinión han sugerido que la población es capaz de llegar a un cierto grado de acuerdo acerca de la gravedad de determinados delitos. Y las comisiones legislativas que han intentado graduar la gravedad de los delitos no se han encontrado con dificultades insalvables” (“Censurar...”, cit. n. 57, p. 62). Añade LAGODNY que pocas prohibiciones resultan inconstitucionales en atención a su fin: la limitación del fin para la legitimación de la norma es muy marginal (“Das materielle Strafrecht...”, cit. n. 63, p. 84).

ámbito, al que me voy a referir muy fragmentariamente a continuación, siquiera sea para distinguir en él a título de ejemplo entre bienes cuya protección es ilegítima *per se*, bienes cuya protección es ilegítima por su coste⁸⁸, y falsos bienes: bienes que se invocan como protegidos pero que no son los lesionados por la conducta tipificada en la norma. Debe insistirse en este punto en que estamos ante una reflexión en torno al suelo de la intervención penal, referida sólo al primero de los escalones del análisis de la interdicción del exceso sancionador. Más allá de que se trate en su caso de bienes dignos de protección, nada se dice acerca de que además puedan de hecho ser protegidos a través de penas⁸⁹.

A) Entre las normas con bienes ilegítimos estarán sin duda las que sancionen la homosexualidad o las relaciones homosexuales. Y también las prohibiciones genéricas de contratación de relaciones sexuales a cambio de precio. La consideración de que la prostitución libre de adultos es siempre vejatoria para quien la practica – y, por poner otro ejemplo, la producción de pornografía – no deja de ser una visión de lo bueno que se que se interferiría así en el libre acuerdo de dos personas autónomas: no deja de ser un ejercicio de perfeccionismo incompatible con la raíz liberal del sistema⁹⁰. Cuestión distinta,

⁸⁸ En el esquema de análisis de la proporcionalidad el primer escalón se refiere al valor del bien afectado por la conducta, con independencia del valor de la conducta, que es un análisis propio del balance de costes y beneficios propio del último escalón, referido a que la protección sea ventajosa o estrictamente proporcionada. Sucede sin embargo que, como lo que se evalúa no es sin más un bien, sino que se tiene en cuenta el tipo de ataques frente al que quiere protegerse, puede resultar decisivo ya para el primer nivel que la conducta analizada sea siempre más valiosa que disvaliosa por ser superior el beneficio de la conducta que su perjuicio.

⁸⁹ De hecho, como indica SEHER, al concepto de bien jurídico se le ha exigido demasiado como base necesaria para el juicio de legitimación penal (“Prinzipiengestützte Strafnormlegitimation und der Rechtsgutsbegriff”, en AA. VV., “Die Rechtsgutstheorie...”, cit. n. 4, p. 54).

⁹⁰ En este sentido, en esencia, GIMBERNAT ORDEIG, “La mujer y el Código Penal español”, en “Estudios de Derecho Penal”, Madrid (Tecnos), 1990 (3^a), p. 84; GÓMEZ BENÍTEZ, “Derecho Penal. Parte general. Teoría jurídica del delito”, Madrid (Civitas), 1984, p. 166. Recuérdese también el debate que se suscitó

obvio es decirlo, que se obligue a alguien a prostituirse, lesionando precisamente su autonomía, o que se paguen contactos sexuales a menores, a quienes en este ámbito no reconocemos autonomía. Cuestión también distinta es la de que quienes se dediquen a la prostitución lo hagan por cuenta ajena y sean explotados, caso subsumible en las normas generales de protección penal de los derechos de los trabajadores.

En general, en el debate en torno a la prohibición de la promoción o de la utilización de servicios de prostitución late la compleja cuestión de los límites de la autonomía personal en un sistema liberal, en un sistema “autonomista”. Tan claro como que cabe encontrar tales límites en la mayor preservación de la autonomía ajena según un criterio racional de distribución de la misma, es que no cabe tal restricción, como ya se ha señalado, por razones perfeccionistas: por el ideal de bien personal de quien genera la limitación. “Como esos ideales sólo toman en cuenta los efectos de la acción sobre la propia vida o carácter del individuo, la interferencia perfeccionista con ella busca imponer un ideal de bien diferente y no es legítima y no es legítima sobre la base del valor de la autonomía, ya que socava ese valor (generalmente en forma auto-frustrante, porque un ideal del bien no se satisface por la imposición coactiva), sin que se preserve la autonomía de ningún otro”⁹¹. Mucho más discutibles son los límites del paternalismo no perfeccionista⁹²: si cabe – y si cabe en qué supuestos – coaccionar al individuo para hacer efectivas sus propias decisiones actuales o potenciales. Este es, en parte, el debate en torno a la punición del auxilio al suicidio, al homicidio consentido y a las lesiones graves consentidas. Y, con circunstancias propias muy relevantes en torno a la validez de su consentimiento, es también el debate en

hace ya algunos años en relación con una discoteca que organizaba lo que denominaba como “lanzamiento de enanos”. La punición de estas conductas podría apoyarse en lo ofensivas que resultan para un concepto firmemente compartido de dignidad de la persona, pero toparían con la utilidad que suponen para el ejercicio conjunto de la autonomía de lanzador y lanzado.

⁹¹ C. S. NINO, “La autonomía...”, cit. n. 78, p. 44.

⁹² Al respecto, SEHER, “Prinzipiengestützte Strafnormlegitimation...”, cit. n. 89, pp. 51 y s.

torno a la sanción del mantenimiento de condiciones laborales irregulares consentidas por los trabajadores: “la coacción que se ejerce sobre los individuos no es para imponerles intereses que no tienen, sino para satisfacer sus preferencias subjetivas que no pueden satisfacer por sí mismos debido a la dinámica de acción colectiva autofrustrante”⁹³.

B) Las normas que penan la negación del genocidio (art. 607.2 del Código Penal español; § 130, párr. 3º del Código Penal alemán) son normas con un fin legítimo – protección de la dignidad de las víctimas⁹⁴ - pero en las que se castiga una conducta que aporta más valor que daño en cuanto ejercicio de la expresión en asuntos de interés público, por hiriente o insensato que nos parezca a la inmensa mayoría el contenido de lo expresado⁹⁵. La protección institucional que en alguna medida añaden las normas que tipifican los delitos de utilización de simbología nacionalsocialista (§ 86 a del Código Penal alemán) o de ultraje a la bandera (art. 543 del Código Penal español)⁹⁶ no parece suficiente para trocar el juicio anterior de ilegitimidad⁹⁷.

C) Distinta sería la perspectiva de análisis de una norma que castigara la

⁹³ C. S. NINO, “La autonomía...”, cit. n. 78, p. 74.

⁹⁴ Como afirma GIL GIL, ni siquiera puede identificarse la negación de los crímenes del delincuente con la defensa o justificación de los mismos (“Derecho penal internacional”, Madrid, Tecnos, 1999, p. 332).

⁹⁵ El Tribunal Constitucional español declaró inconstitucional el delito de negación del genocidio (STC 235/2007).

V. LAURENZO COPELLO, “La discriminación en el Código Penal de 1995”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, XIX, 1996, p. 269; LASCURAÍN SÁNCHEZ, “Protección penal y límites penales de las libertades comunicativas”, en AA. VV. “La libertad de información y de expresión”, Madrid (CEPC), 2002, pp. 51 y ss.

⁹⁶ Así, STERNBERG – LIEBEN, “Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit...”, cit. n. 60, p. 71, n. 13

⁹⁷ Por la despenalización de los delitos de ultraje al Ejército, a la bandera y al Gobierno se ha manifestado GIMBERNAT ORDEIG (“Ensayos penales”, Madrid, Tecnos, 1999, p. 78).

mera embriaguez⁹⁸. La ilegitimidad de esta norma no provendría del bien que se invoca como protegido, que es la seguridad de los importantes bienes amenazados por los delitos que mediatamente se pretenden evitar, sino del bien realmente protegido, que es el poco autonomista control personal sobre los propios actos. Que la seguridad de la vida, del patrimonio o de la integridad física es un bien legítimamente protegible es algo tan poco discutible como mucho lo es el que tal seguridad quede afectada sin más por la embriaguez de las personas. No parece que esto sea así a partir de una percepción objetiva de los comportamientos sociales: no hay una relación estadística significativa entre embriaguez y delito – no es suficientemente probable que quien esté ebrio vaya a cometer un delito como para poder afirmar que con su embriaguez está dañando la seguridad – del tipo de la existente, por ejemplo, entre conducción de automóviles en tal estado y daño para terceros.

V. CONCLUSIONES

19. Considero necesario distinguir en contenido y denominación la teoría del bien jurídico de la teoría de los objetos jurídicamente protegibles.

A) La teoría del bien jurídico es una teoría dogmática que se refiere al objeto inmediato de protección de la norma penal. Sólo esta definición formal de bien jurídico es semánticamente adecuada y consistente con la génesis y con la utilización legislativa del concepto. Y sólo su formalidad, unida a la referencia a la inmediatez de la protección, le permitirá cumplir las importantes funciones que

⁹⁸ El § 323 a del Código Penal alemán sanciona tal conducta si el sujeto comete en tal estado un hecho antijurídico que no resulta penado precisamente porque el sujeto era inimputable en tal situación: “Wer sich vorsätzlich oder fahrlässig durch alkoholische Getränke oder andere berauschende Mittel in einen Rausch versetzt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn er in diesem Zustand eine rechtswidrige Tat begeht und ihretwegen nicht bestraft werden kann, weil er infolge des Rausches schuldunfähig war oder weil dies nicht auszuschließen ist”.

provocaron la creación del concepto y que se refieren a la comprensión y a la autocomposición del sistema normativo. Estas funciones sólo son desplegadas por un concepto que atienda a los efectos nocivos inmediatos de un delito a partir de un juicio de valor y no por la teoría que sitúa la lesividad del delito en la quiebra de las normas básicas de organización social.

B) Consecuencias de la definición propuesta de bien jurídico son las siguientes: toda norma penal protege un bien jurídico - por lo que: ni la protección de un bien jurídico dice nada acerca de la legitimidad de la norma, ni la catalogación de un objeto como bien jurídico dice nada acerca de la legitimidad de su protección -; la tipicidad de la conducta exige la imputación objetiva de la lesión del bien jurídico; el bien jurídico no sirve *per se* para evaluar la norma, aunque sí instrumenta tal evaluación a través de la expresión que procura de la misma.

20. La teoría de lo penalmente protegible en un Estado democrático es una teoría política que forma parte de la teoría de la proporcionalidad, que es una teoría acerca de la justificación de las normas sancionadoras en un sistema que parta del valor igual de la autonomía personal. Dicha teoría exige que la protección penal sea mínima y ventajosa, lo que presupone, amén de la posibilidad de la protección emprendida a través de la coacción penal, que el bien protegido sea valioso desde la perspectiva axiológica que informa el sistema.

A) Protegible con la restricción de libertad es la libertad: la autonomía personal, sus presupuestos y sus manifestaciones. Bienes protegibles serán así las instituciones públicas democráticas, y los distintos presupuestos y manifestaciones de las libertades públicas y privadas. A los bienes institucionales, las libertades públicas y las libertades privadas deben añadirse las bases de la realidad biológica y del respeto social (la vida, la integridad física, la salud, el honor), que constituyen presupuestos de las mismas.

B) Pueden formar parte de este catálogo de lo protegible los solos

sentimientos, en la medida en que, como demuestran las injurias, su lesión puede constituir una lesión objetiva y relevante de la autonomía personal. Y pueden ampliar ese catálogo bienes no personales, bienes de otros – de los animales, de las personas que fueron, de las personas que van a ser -. En el ejercicio coordinado de su autonomía los ciudadanos pueden considerar valiosos tales bienes sin contradicción con los postulados valorativos de partida del sistema: pueden considerarlos más valiosos que la autonomía personal que restringe la norma. Especial cautela requerirán en ambos casos los análisis acerca de si no concurre una libertad preferente – significativamente la libertad de expresión en la ofensa a los sentimientos – y acerca del carácter mínimamente suficiente de la sanción.

C) De las reflexiones anteriores se infiere que los objetos protegibles han de ser congruentes con la Constitución democrática. En consistencia con la teoría de las restricciones al legislador en la limitación de los derechos fundamentales, una correspondencia más incisiva exigirán los bienes cuya protección se realice a través de una pena restrictiva de un derecho fundamental o a través de la punición de una conducta amparada inicialmente en el área de cobertura de un derecho fundamental.

D) Entre los clásicos casos difíciles en torno a la protegibilidad del bien debe distinguirse entre bienes cuya protección es ilegítima *per se* (el de la norma que sancionara los actos homosexuales, por ejemplo), bienes cuya protección es ilegítima por su coste (el de la norma que sanciona la negación de la comisión de un genocidio), y falsos bienes: bienes que se invocan como protegidos pero que no son los lesionados por la conducta tipificada en la norma (el de la norma que sancionara la embriaguez bajo la pretensión de prevenir delitos en tal estado).

REGLAS EUROPEAS PARA INFRACTORES MENORES DE EDAD SOMETIDOS A SANCIONES O MEDIDAS

FRIEDER DÜNKEL

Profesor de la Universidad de Greifswald, Alemania

Y ÁLVARO CASTRO MORALES

*Doctorando de la Universidad de Greifswald y Académico de la Universidad Diego
Portales, Chile.*

RESUMEN: El presente artículo trata lo referente a las reglas europeas para infractores menores de edad sometidos a una privación de libertad o a medidas ambulatorias. Dichas recomendaciones fueron aprobadas en el 2008 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa. La pretensión de las regulaciones es tanto regular las sanciones estacionarias como las sanciones ambulatorias, y entregar una comprensión de los estándares en materia de Derechos Humanos. Se busca influir en las nuevas legislaciones de los países europeos en sus respectivas leyes de ejecución penal en el campo de las sanciones privativas de libertad y medidas ambulatorias.

El desarrollo del tema comenzará con una explicación sobre la estructura de las recomendaciones, su campo de aplicación y principios básicos. Posteriormente el tema de las recomendaciones para las medidas ambulatorias, el desarrollo de las Recomendaciones para menores privados de libertad, contemplando otras formas distintas de privación de libertad contra la juventud. Para finalizar se agregan datos sobre la comparación de los límites de edad para la responsabilidad penal y los grupos de edad en los sistemas penales juveniles europeos.

PALABRAS CLAVE: jóvenes privados de libertad, medidas ambulantes, sanción penal juvenil, ejecución penal, privación de libertad, derecho penal juvenil, sistemas penales juveniles europeos.

ABSTRACT: This articles goes around the subject of the European rules for juvenile criminals submitted to jail or ambulatory measures.

These recommendations were approved in 2008 by the Committee of Ministers of the Council of Europe. They pretend to regulate stationary measures as well ambulatory ones and deliver a better comprehension of the standards concerning Human Rights. It is sought to influence the new European legislations concerning penal execution, specifically in the field of liberty depraving sanctions and ambulatory measures.

The development of the subject will begin with an explanation of the recommendation's structure, its field of application and basic principles. Afterwards, the subject of the recommendations for provisional measures. The development of the Recommendations for juvenile inmates while contemplating other ways to deprive the liberty of youngsters. To finalize, data comparing the limits of the age for penal responsibility and the age groups of the European juvenile penal systems will be added.

KEYWORDS: young inmates, ambulatory measures, juvenile criminal sanction, criminal enforcement, imprisonment, juvenile criminal law, European juvenile justice.

Fecha de recepción: 5 de noviembre de 2012.

Fecha de aprobación: 19 de noviembre de 2012.

1. EL ENCARGO: RECOMENDACIONES PARA LOS JÓVENES PRIVADOS DE LIBERTAD Y SUJETOS A MEDIDAS AMBULANTES

En enero de 2006 el Comité de Ministros del Consejo de Europa aprobó la versión de las Reglas Europeas de Prisión (European Prison Rules, abreviado EPR). Al mismo tiempo el Comité para problemas criminales encomendó a un grupo de expertos¹ elaborar las reglas mínimas del Consejo de Europa para los adolescentes privados de libertad y sujetos a medidas ambulantes. Desde el punto de vista de la sanción privativa de libertad de los adolescentes las nuevas reglas debían ir más allá que las EPR: esto quiere decir que debían comprender cualquier forma de privación de libertad, lo que significa no sólo la “clásica ejecución de sanciones juveniles” sino que además el internamiento en hogares juveniles o en instituciones psiquiátricas, como también, y no en último término, cualquier forma de privación de libertad en hogares o en prisión preventiva.

El grupo de expertos designado por el consejo de Europa estuvo trabajando en las reglas Mínimas hasta abril de 2008. En junio de 2008 el CDPC en pleno, con los 47 Estados Partes representados, adoptó con pocos cambios la totalidad de las reglas y el 5.11.2008 el Comité de Ministros del Consejo de Europa aprobó formalmente las Recomendaciones (Rec [2008]II). El camino fue largo y complicado y parecido al proceso legislativo interno de los países.

¿Porqué fueron en 2006 emprendidas las Recomendaciones en ese campo?, ¿Porqué Recomendaciones para menores de edad? y ¿Porqué Recomendaciones tanto para la ejecución estacionaria como para las sanciones ambulantes?

La respuesta se deduce desde el punto de vista de las reglamentaciones

¹ El grupo de Expertos se integró por Andre Baechtold de Bern, Frieder Dünkel de Greifswald y Dirk van Zyl Smit de Nottingham.

internacionales anteriores. En el plano europeo, para la problemática de la ejecución de sanciones privativas de libertad y ambulantes se puede mencionar la nueva edición de 2006 de las reglas Europeas de Prisión y las Recomendaciones de la “European Rules on Community Sanctions and Measures” (ERCSM) de 1992. Sin embargo, las EPR como también las ERCSM aclaran expresamente que su campo de aplicación se circunscribe para los adultos y sólo indican la importancia de reglas especiales para la adolescencia.

Luego, en 1987 y en 2003 trabajó el Consejo de Europa las recomendaciones relativas a las sanciones ambulantes y privativas de libertad de los adolescentes. Las Recomendaciones de 1987 aprobadas para la “Social reactions tu juvenile delinquency” fueron separadas de las Recomendaciones sobre “New ways of dealing with juvenile delinquency and the role of juvenile justice” de septiembre de 2003. Al final, ambas regulaciones no trataron el tema de la ejecución de sanciones privativas de libertad y ambulatorias, sino que sólo aludieron a Recomendaciones para la aplicación de condiciones y prácticas del cuidado criminal juvenil.

Inmediatamente después aparecen sobre el plano de las Naciones Unidas las conocidas Reglas de Tokio, las cuales tienen como aspecto central el fomento y regulación de las sanciones ambulantes, pero no de las sanciones privativas de libertad. Sólo las Reglas de las Naciones Unidas para “Juveniles Deprived of their Liberty”, las conocidas Reglas de Habana de 1990, presentan una regulación en ese sentido que se corresponde de forma exacta con las exigencias en el plano de las sanciones privativas de libertad de los menores de edad. Sin dudas, estos dos hitos juegan un importante rol en el desarrollo de las reglas mínimas europeas.

La pretensión de las presentes regulaciones son tanto regular las sanciones estacionarias como las sanciones ambulantes, entregar una moderna comprensión de los estándares en materia de derechos humanos y enfocarse no sólo en las habituales lesiones de derechos de la tradicional forma de

encarcelamiento sino que también de las que se derivan las sanciones ambulantes. Por consiguiente, influir en las nuevas legislaciones de todos los países de Europa en el marco de las conocidas leyes de ejecución penal en el campo de las sanciones privativas de libertad y ambulatorias en su conjunto.

Cuestión que en Alemania ya era importante en el marco de la discusión de los años ochenta, de la ley federal de resocialización, donde se concluía la falta de una regulación legal para la ejecución, o mejor dicho, un ordenamiento de la ejecución de las sanciones ambulantes.

2. ESTRUCTURA DE LAS RECOMENDACIONES REC (2008) 11

Las Recomendaciones para la ejecución de sanciones o medidas están divididas en ocho capítulos. Igualmente como en las EPR hay una primera parte con Principios Básicos, los cuales son aplicables tanto para las sanciones y medidas. El segundo capítulo concierne a las medidas y el tercero a la privación de libertad. En los otros capítulos está el trascendente tema del asesoramiento y asistencia jurídica, en el quinto capítulo los procedimientos de reclamación, inspección y control. Los siguientes capítulos, (Cap. VI) concierne al personal y el Cap. VII a la Evaluación, investigación, trabajo con los medios de comunicación y el público. Un capítulo de cierre (Cap. VIII) donde se reclama la actualización periódica de las reglas.

En torno al contenido y extensión de los capítulos. Los capítulos II y III están extensamente subdivididos. El Capítulo II, sobre sanciones y medidas a la comunidad, contiene tres subdivisiones: marco jurídico (legal Framework), condiciones de aplicación y consecuencia de los incumplimientos. El capítulo está fuertemente apoyado en las mencionadas reglas del Consejo de Europa, por ejemplo sanciones ambulantes (ERCSM) del año 1992. El tercer capítulo sobre la privación de libertad está también marcadamente subdividido, bajo él están las secciones de aspectos generales (enfoque global), estructura institucional,

alojamiento, régimen de actividades, puesta en libertad, etc.

Con la redacción de las Recomendaciones fue buscado, en lo posible abarcar muchos contenidos en el campo general y dejar pocas singularidades en “Capítulos especiales” con subdivisiones.

- Detención policial, prisión preventiva y otras formas de privación de libertad anteriores a la condena.
- Instituciones de ayuda juvenil. Traducción oficial, Instituciones de cuidado y;
- Alojamiento en instituciones psiquiátricas juveniles (Hospitales psiquiátricos)

Como resultado se muestra, que pueden ser alojadas todas las importantes regulaciones para la privación de libertad de los adolescentes en un solo capítulo general, lo que demuestra en este sentido que no es necesario darles un lugar exclusivo o especiales reglas.

3. CAMPO DE APLICACIÓN Y PRINCIPIOS BÁSICOS

El campo de aplicación de las presentes Reglas avanza en dos direcciones, para los jóvenes sometidos a cualquier forma de medidas aplicadas a la comunidad y para los jóvenes detenidos, en la lógica de las Reglas de la Habana, que se encuentran bajo los 18 años y para los adultos jóvenes como se desprende del Principio N°17 y la Regla 21.2. Además la Regla 22 de las ERJOSSM expresa sobre este tema, que también podrán aplicarse en beneficio de otras personas internadas en las mismas instituciones que los infractores menores de edad. Con ello valen las Recomendaciones para todos los jóvenes que se encuentran privados de libertad independiente del lugar donde se encuentren internados, ya sea en una institución penitenciaria, de salud mental o de ayuda social.

Como objetivo general expresa el Preámbulo de las Recomendaciones:

“El objetivo de estas reglas es proteger los derechos y la seguridad de los infractores menores de edad sometidos a sanciones o medidas y promover su bienestar físico, psíquico y social cuando estén sometidos a sanciones o medidas aplicadas en la comunidad o a cualquier forma de privación de libertad. Estas reglas no deberían en absoluto interpretarse como opuestas a la aplicación de otros instrumentos y normas internacionales pertinentes sobre Derechos Humanos más apropiados para asegurar los derechos, la asistencia y la protección de los infractores menores de edad. Además, las disposiciones de la Recomendación R(2006)2 sobre las normas penitenciarias europeas y la quinta Recomendación n° R (92)16 relativa a Reglas europeas para sanciones y medidas aplicadas en la comunidad, se ejecutarán en beneficio de los infractores menores de edad en la medida que no entren en conflicto con estas reglas”.

Con esto es claro que las presentes Recomendaciones no quedan atrás de los ya existentes estándares en materia de derechos humanos. Se puede sobre esto deducir el principio general que prohíbe darles a los adolescentes un trato inferior al que se les da a los adultos, el cual es en Alemania opinión predominante, pero no indiscutida.

Los 20 “Principios básicos” formulados son los siguientes:

1. Todos los jóvenes autores de delitos contra los cuales se les impondrá una sanción o medida se les tratará con respeto a sus derechos humanos.

Principio Nr. 1 Se tratará a los menores infractores sometidos a sanciones o medidas con respeto a sus Derechos Humanos.

2. Las sanciones o medidas, que podrían ser aplicadas, como la manera de ejecución deberían estar reguladas legalmente y basarse en los principios de integración social, educación y prevención de la reincidencia.

Principio Nr. 2 Las sanciones o medidas que se podrán imponer a los infractores menores de edad, así como la manera de aplicarlas, se establecerán mediante disposiciones legales y se basarán en los principios de integración social, educación y prevención de la reincidencia.

3. Las sanciones y medidas deberán ser impuestas por un Juez o decididas por otra autoridad legal y ser sometidas a una rápida revisión judicial.

Principio Nr. 3 Las sanciones y medidas serán impuestas por un tribunal o, si son impuestas por alguna otra autoridad legalmente reconocida, estarán sometidas a rápida revisión judicial. Se determinarán e impondrán por el periodo mínimo necesario y sólo con finalidades legítimas.

4. Para la imposición de una sanción o medida como reacción a un delito debe la edad mínima no ser muy baja, determinada y medida legalmente.

Principio Nr. 4 La edad mínima para la imposición de sanciones o medidas como resultado de la comisión de un delito no podrá ser muy baja y se estipulará mediante disposiciones legales.

5. La imposición y ejecución de sanciones o medidas debe servir el interés superior de los infractores, limitadas a través de la gravedad del hecho (principio de proporcionalidad) y la edad, la salud mental y física, madurez, tener en cuenta las capacidades y situación personal (principio de individualización), que en todo caso, y cuando sea necesario, serán constatados con informes psicológicos, psiquiátricos o del campo social.

Principio Nr. 5 La imposición y la aplicación de sanciones o medidas se basarán en el interés superior de los infractores menores de edad, estarán delimitadas por la gravedad de los delitos cometidos (principio de proporcionalidad) y tendrán en

cuenta la edad, el bienestar físico y mental, el desarrollo, las capacidades y las circunstancias personales del menor (principio de individualización) constatados, cuando sea necesario, mediante informes psicológicos, psiquiátricos o sociales.

6. Se cuidará para la ejecución de las sanciones o medidas las especiales circunstancias de cada caso y deberían las autoridades actuar en la ejecución con grados de discrecionalidad, sin que ello traiga desigualdades de tratamiento.

Principio Nr .6 Con el fin de adaptar la aplicación de sanciones y medidas a las circunstancias particulares de cada caso, las autoridades responsables de la aplicación tendrán un grado suficiente de discrecionalidad, sin que de ello se deriven graves desigualdades de tratamiento.

7. Las sanciones o medidas deberían para los adolescentes afectados no ser humillantes ni degradantes.

Principio Nr. 7 Las sanciones o medidas no serán humillantes ni degradantes para los infractores menores de edad a los cuales se apliquen.

8. Las sanciones o medidas se ejecutarán, siempre que no agraven el efecto aflictivo o generen un riesgo físico inmedible.

Principio Nr .8 Las sanciones o medidas no se aplicarán de forma que agraven su carácter aflictivo o representen un riesgo indebido de daños físicos o psíquicos.

9. Las sanciones y medidas se aplicarán inmediatamente y en el marco de su estricta importancia y sólo por el tiempo estrictamente necesario.

Principio Nr. 9 Las sanciones o medidas se aplicarán sin retraso indebido alguno y sólo en la medida y durante el tiempo estrictamente necesario (principio de intervención mínima).

10. La privación de libertad para la juventud debe ser ejecutada sólo como último recurso y cubrir el menor tiempo posible. Especiales esfuerzos deberán ser emprendidos para evitar la prisión preventiva.

Principio Nr. 10 La privación de libertad de un menor será una medida de último recurso y se impondrá y aplicará durante el periodo más corto posible. Es preciso hacer esfuerzos específicos por evitar la detención preventiva.

11. Las sanciones o medidas se aplicarán y ejecutarán sin discriminación, en especial por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, orientación sexual, opiniones políticas o ideas de otro tipo, origen social o nacional, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o un particular estatus. (principio de la no discriminación).

Principio Nr .11 Las sanciones o medidas se impondrán y aplicarán sin discriminación alguna por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, orientación sexual, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación (principio de no discriminación).

12. Mediación y otras medidas de reparación son para estimular en cualquier etapa del proceso.

Principio Nr. 12 Se estimularán la mediación y otras medidas restaurativas en todas las etapas del tratamiento con menores.

13. Las reglamentaciones procesales deberían asegurar la participación de los jóvenes en el proceso, tanto en la imposición y ejecución de las sanciones y medidas. Los jóvenes no deberían tener menos derechos y garantías que los reconocidos a los adultos autores en el proceso penal.

Principio Nr. 13 Todo sistema de justicia que se ocupe de menores de edad deberá garantizar la participación efectiva de los jóvenes en los procedimientos de imposición y también de ejecución de las sanciones o medidas. Los menores de edad no tendrán menos derechos jurídicos ni salvaguardas que los reconocidos por las normas procesales penales a los infractores mayores de edad.

14. El sistema de justicia, que se ocupa de los asuntos de los jóvenes, debería considerar debidamente los derechos y responsabilidades de los padres o de los representantes legales e incluir a esas personas, tanto como sea posible, en el proceso y en la ejecución de sanciones y medidas, con excepción de los casos, en que no se sirva la interés superior del menor.

Principio Nr. 14 Todo sistema de justicia que se ocupe de menores de edad deberá tomar en debida consideración los derechos y las responsabilidades de los padres y representantes legales y, en la medida que sea posible, los implicará en el proceso y en la ejecución de sanciones o medidas, salvo cuando ello no sea conforme con el interés superior del menor. Cuando el infractor sea mayor de edad, la participación de los padres y representantes legales no será obligatoria. Los miembros de la familia extensa del menor y la comunidad en general también podrán participar en el proceso cuando sea adecuado.

15. Las reglamentaciones procesales en el proceso penal juvenil, para asegurar un completo y duradero tratamiento, deberían incorporar un enfoque multidisciplinario y multi-institucional e integrarse con otras iniciativas sociales.

Principio Nr. 15 Todo sistema de justicia que se ocupe de menores de edad deberá seguir un enfoque pluridisciplinario, que implique a diversas instancias y que esté integrado en iniciativas sociales más amplias para los menores de edad, con el fin de asegurar un enfoque integrado de la asistencia a estos menores y su continuidad (principios de participación de la comunidad y tratamiento continuado).

16. El derecho a la esfera privada del adolescente es para preservar en todos los estadios del proceso.

Principio Nr. 16 Se respetará plenamente el derecho a la intimidad de los menores en todas las etapas del procedimiento. La identidad de los infractores menores de edad y la información confidencial sobre ellos y sus familias no deberán ser comunicadas a nadie que no esté legalmente autorizado.

17. Los jóvenes adultos infractores, podrían en su caso, ser considerados como adolescentes y así ser tratados.

Principio Nr. 17 Los infractores jóvenes adultos podrán ser considerados, cuando proceda, como infractores menores de edad y se les tratará en consecuencia.

18. El personal, que con los jóvenes trabaja, lleva a cabo un importante servicio público. Deben mantenerse adecuados estándares en la selección, formación especializada y condiciones laborales, las cuales deben responder a las necesidades de los adolescentes y servir de ejemplo.

Principio Nr. 18 Todo el personal que trabaja con menores lleva a cabo un servicio público importante. Su selección, formación especializada y condiciones laborales deberán garantizar que pueda prestar una asistencia de calidad apropiada para responder a las necesidades específicas de los infractores menores de edad y proporcionarles modelos de conducta positivos.

19. Deberían ser ordenados suficientes recursos y personal para asegurar que la intervención que se presta en los adolescentes tenga sentido. La insuficiencia de recursos nunca justificará la vulneración de derechos de los adolescentes.

Principio Nr. 19 Deberán proporcionarse recursos y personal suficientes para

asegurar que las intervenciones en las vidas de los menores tengan sentido. La falta de recursos no justificará nunca la violación de los Derechos Humanos de los menores.

20. La ejecución de cada sanción o medida debe ser regularmente controlada tanto por instituciones gubernamentales como independientes.

Principio Nr. 20 La ejecución de toda sanción o medida deberá estar sujeta a inspecciones gubernamentales periódicas y a un seguimiento independiente.

4. RECOMENDACIONES PARA LAS MEDIDAS AMBULANTES

La Recomendaciones para las sanciones ambulantes comienzan con los siguientes dos principios, por un lado el de la variedad de sanciones adecuadas a la edad y por otro lado el de la prioridad educativa y sanciones reparadoras:

- En todas las etapas del proceso se proporcionará un amplio abanico de sanciones y medidas aplicadas en la comunidad, ajustadas a las diferentes etapas de desarrollo de los menores. Regla 23.1
- Se dará prioridad a las sanciones y medidas que puedan ejercer una acción educativa así como también constituir una respuesta reparadora a los delitos cometidos por los adolescentes. Regla 23.2 (Compárese con las Reglas de Tokyo de 1990, N°2.3)

En lo que sigue se destaca la clara importancia de la regulación legal de las medidas, relativo a su contenido y su completo marco de condiciones, modificaciones, acortamiento, revocación, etc.

Otras regulaciones conciernen a la reacción en el caso de la deficiente participación de los adolescentes. En conexión con las Regulaciones de la

ERCSM están dos reglas:

- Si los menores no se atienen a las condiciones y obligaciones de las sanciones o medidas aplicadas en la comunidad que se les haya impuesto, no se les privará automáticamente de libertad. Siempre que sea posible, se remplazarán las sanciones o medidas aplicadas en la comunidad por otras modificadas o nuevas. Regla 30.1

- El incumplimiento no constituirá automáticamente un delito. Regla 30.2

En este sentido en Alemania, en lo relativo al control de las medidas (Parágrafo 145^a StGB), podrían ocasionarse problemas, aquí la sencilla contravención a las obligaciones es criminalizada. En el proyecto original la criminalización fue categóricamente rechazada en el caso de contravención a las ordenes, pero en el CDPC fue atenuado (no constituirá automáticamente). En el Comentario de las Reglas se explica, que en algunos países existen regulaciones que consideran las contravenciones de las ordenes y la contravención a la obligación de permanecer en determinados lugares (arresto domiciliario) como delito.

Con respecto a la implementación de las sanciones ambulantes se formula como en la correspondiente Regla 55 de las ERCSM:

- Las sanciones y medidas aplicadas en la comunidad se ejecutarán de forma que sean comprensibles y tengan sentido para los menores y que contribuyan a su desarrollo educativo y a la mejora de sus aptitudes sociales. (Regla N° 31.1)

En lo siguiente proponen las Regulaciones criterios, en lo que concierne a los derechos de los jóvenes, sobre el contenido de las sanciones ambulantes, de la información en torno a la forma, aplicación de la misma y las declaraciones etc.

También en lo que concierne a los expedientes, los que deberán ser elaborados para cada caso individual, los cuales estarán disponibles, cuando los requieran los jóvenes.

Especial significado tienen las tres regulaciones respecto de la utilidad del trabajo:

- Las sanciones o medidas no serán humillantes ni degradantes para los infractores menores de edad a los cuales se apliquen. Principio general 7
- Las condiciones en las que los menores lleven a cabo trabajo comunitario u otras tareas comparables deberán satisfacer las normas establecidas por la legislación nacional general en materia de salud y seguridad. Regla 36.1
- Los jóvenes deberán ser asegurados o indemnizados por las consecuencias de cualquier accidente que se produzca como resultado de la ejecución de sanciones. Regla 36.2
- Asimismo bajo el título “condiciones de implementación” son algunas regulaciones agrupadas, las cuales deben garantizar una administración de calidad, la profesionalización y la fundamentación de las medidas en evaluaciones y métodos de intervención individualizados. Una de las recomendaciones de principal significado es la que establece que es la autoridad encargada de la ejecución de medidas la responsable del control permanente, incluso cuando organizaciones privadas estén implicadas. Además no está permitido que se organice el trabajo comunitario con el único propósito de obtener un beneficio.

En total son 10 reglas (Reglas 46-48.5) las que describen conjuntamente el proceso y las consecuencias posibles por el incumplimiento de las medidas principales, adjuntas o de las condiciones vinculadas con las reglas N° 76-85 de las ERCSM. En esta materia deben ser considerados los principios de derecho

tanto en la argumentación como en la valoración del incumplimiento y para el caso de la revocación o modificación de una sanción. En este sentido es significativo que, tanto la revocación o modificación de una sanción o medida estén previstas en la ley.

5. RECOMENDACIONES PARA LOS MENORES PRIVADOS DE LIBERTAD Y OTRAS FORMAS DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD CONTRA LA JUVENTUD

5.1 REGLAS GENERALES

La tercera parte de las Recomendaciones se dedica en su “Aspectos generales” a la privación de libertad. Los siguientes cinco principios presentan de forma clara los objetivos y regulación del encarcelamiento:

- La privación de libertad sólo se aplicará con el objetivo para el que ha sido impuesta y de una manera que no genere un sufrimiento adicional. Regla 49.1.
- Con la privación de libertad de los menores debe ser provista la posibilidad de libertad anticipada. Regla 49.2
- A los jóvenes, que se las ha privado de libertad, deberá garantizarse una serie de actividades e intervenciones provechosas de acuerdo con un plan global individual que se dirija a la preparación para la puesta en libertad y la reinserción en la sociedad. Estas ocupaciones y programas deberán fomentar la salud psíquica y física, el respeto por uno mismo y el sentido de la responsabilidad del menor, y desarrollar aptitudes y capacidades con el fin de evitar la reincidencia. Regla 50.1
- Los jóvenes serán animados para participar en las actividades e intervenciones de este tipo. Regla 50.2

- Los jóvenes, a los cuales se les ha privado de libertad, serán animados a discutir sobre los asuntos vinculados con las condiciones generales y las actividades de su régimen en las instituciones y a comunicarse individualmente o, cuando proceda, colectivamente con las autoridades sobre estas cuestiones. Regla 50.3

- Para asegurar una continua asistencia, serán atendidos los menores desde el principio de todo periodo de privación de libertad, y mientras dure, por los organismos que puedan ser responsables de ella después de su puesta en libertad. Regla 51

- Por que los jóvenes, a los cuales se les ha privado de libertad, son en gran medida vulnerables, tienen las autoridades el deber de proteger su integridad física y psíquica y promover su bienestar. Regla 52.1

- Especial atención hay que prestar a las necesidades de los menores que han sufrido abusos físicos, psicológicos o sexuales. Regla 52.2.

A través de la Regla 49.1 deben ser excluidos de forma expresa para el ámbito de la prisión preventiva los llamados motivos apócrifos del arresto. La ejecución se tiene que ajustar a los objetivos legales previstos para el encarcelamiento. En la segunda parte de las reglas se profundiza con motivo del principio número 8 y también con el ya mencionado principio de las EPR N°102.2, la idea de que la pena privativa de libertad se encuentra entrelazadas a limitaciones y no está permitido agravar su carácter aflictivo. Con ello se prohíben por ejemplo las eventuales diferenciaciones en torno al contacto con el mundo exterior, la calidad del alojamiento y la comida. Para la ejecución de la pena privativa de libertad, menciona las EPR N°102.2: “El encarcelamiento es, por la privación de la libertad que supone, un castigo en sí mismo.”

La Regla 49.2 prevé para cada manera de encarcelamiento un sistema anticipado de libertad. Esta recomendación gana un especial significado y se encuentra en conexión con otras regulaciones, en especial con las que reiteran el mencionado principio del cuidado continuo (Regla 15, 50.1 y 51) y del plan de ejecución. Entonces deben los establecimientos encargados de la rehabilitación, como los de la libertad condicional y ayuda social, ser competentes desde el comienzo de la ejecución privativa de libertad. (Ver Regla 51). Además el plan de ejecución debe ser orientado a la preparación de los menores para que sean puestos en libertad lo antes posible (Regla 79.3). El comentario de la Regla 49.2 citada se sustenta en los resultados empíricos, que señalan que la temprana puesta en libertad reduce la reincidencia si ella esta intercalada en un completo e integrado sistema de preparación de puesta en libertad y atención.

La tercera regla general (Regla 50.1) menciona a la reintegración del joven recluso como el único principio de la ejecución. Para ello debe ser garantizado una variada promoción de ofertas y medidas. Aquí esa regulación es registrada en la parte general para la ejecución de medidas privativas de libertad, y atañen también a la prisión preventiva y a otras formas temporales de privación de libertad.

Los otros párrafos de la Regla 50 atañen a la pregunta de la intervención y participación. Los jóvenes son alentados para participar en las medidas educativas (Regla 50.2) y con ello a discutir con las autoridades responsables sobre los asuntos individuales o comunes (Regla 50.3). El elemento de participación debe ser reforzado con buenos argumentos, por que este medio mejorará la aceptación de las medidas y con ello las perspectivas en vista de la reintegración.

En las leyes de ejecución juvenil alemanas fue introducida la obligación de participación. Todas las leyes de ejecución juveniles alemanas fuera de la de Sachsen (la obligatoriedad no es tan marcada) han constituido una obligación de colaborar, la cual en algunos Bundes Ländern (Baden, Würffemberg, Bayern, Niedersachsen, Sachsen-Anhalt, Nordrhein-Westfalen) teóricamente hasta pueden

hacerse cumplir con medidas disciplinarias. Con ello la contradicción con el espíritu de las ERJOSSM es evidente.

La Regla 51 atañe al pensamiento del cuidado continuo. Desde el comienzo de la privación de libertad y mientras dure deben ser los jóvenes cuidados. Esto significa, que en el campo de la prisión preventiva y después en la ejecución de la sanción los colaboradores de la libertad condicional deben ser incluidos desde el comienzo. En Alemania y otros países, cerca de la mitad de los jóvenes sujetos a prisión preventiva son condenados a una sanción ambulatoria o a una remisión condicional y con ello dejados fuera de la prisión, de ahí que es un imperativo incluir lo más tempranamente a los encargados de la libertad condicional.

Las disposiciones generales en las reglas 52.1 y 52.2 hacen un llamado a las autoridades encargadas de la ejecución para una eficaz protección de la integridad física y psíquica de los adolescentes presos. Especial atención debe prestarse a los jóvenes que han sufrido abusos físicos o sexuales. Esto último referido no sólo a los adolescentes mujeres presas. También es frecuente que los adolescentes hombres muestren experiencias de violencia y humillación en la niñez y en la juventud una marcada biografía.

La importancia de una extensa protección para los adolescentes presos se ilustra en los abusos recíprocos que se causan, que en ocasiones han causado casos de muerte en Alemania como lo ocurrido en noviembre de 2006 en el centro penitenciario juvenil de Siegburg.

El Tribunal Constitucional Federal Alemán había muy poco antes en su fallo de 31.05.2006 expresado tales peligros y en general de la especial vulnerabilidad de los jóvenes presos y de las consecuencias que de ellos se desprenden para la obligación de protección estatal.

5.2 ESTRUCTURA DE LAS INSTITUCIONES

Para la estructura institucional se han hecho algunas recomendaciones, las cuales son para la reforma de la ejecución juvenil de sanciones en Alemania importantes. Los sistemas institucionales deben ser orientados hacia el principio de la mínima limitación de derechos (Regla 53.2 debe ser interpretada como prioridad a las formas de ejecución abierta). Además deben ser las Instituciones diseñadas lo más pequeñas que sea posible para una atención individualizada.

Dentro del centro deben tener lugar pequeños grupos (small living units, Regla 53.4). En adelante deben ser las instituciones descentralizadas y en lo posible situadas en las cercanías de la ciudad para aliviar el contacto con las familias e igualmente hacer posible lo más temprano que se pueda la integración social, cultural y otras actividades en la comunidad (Regla 53.5).

5.3 INTERNAMIENTO E INGRESO EN EL CENTRO

El internamiento debe brindar debidamente, en el centro o en las secciones, unas diferenciadas ofertas educativas, que deben satisfacer de la mejor manera las necesidades educadoras, pero también las necesidades de protección respecto de los abusos. Además debe efectuarse el ingreso, en la medida de lo posible, en instituciones fácilmente accesibles desde su domicilio o desde los centros de reinserción social (Regla 56).

Relativo al internamiento dentro del centro repiten las recomendaciones el principio de los niveles de seguridad menos restrictivos y dan en las EPR (comparar con N°18.5 EPR) un claro voto para el internamiento individual durante el tiempo de ocio. En complemento con lo anterior es prescrito en el campo de los principios europeos (N°18.4 de las EPR) sobre el tamaño y condiciones del alojamiento, cuyos requisitos mínimos deberán ser estipulados por la legislación nacional (Regla 63.). En el derecho penitenciario de Estonia y Georgia se han fijado 2,5 metros cuadrados o en otros países de Europa del este 3,5 metros cuadrados (Rusia y Ungría). Después de los comentarios del Comité anti-tortura del Consejo de Europa se ha fijado, para respetar de forma efectiva la dignidad

humana, un mínimo de 7 u 8 metros cuadrados, los cuales suenan utópicos en vista de la realidad rusa. Para el oeste de Europa los estándares mínimos son entre 9 a 12 metros cuadrados.

5.4 ROPA Y ALIMENTACIÓN

Las recomendaciones de ERJOSSM se dirigen en lo que a ropa atañe, hacia la vestimenta propia. Esto es para instituciones de ayuda juvenil o de psiquiatría juvenil más bien claro, pero quizás sea necesaria en la ejecución juvenil una limitación bajo determinadas condiciones. Por lo tanto la regla 66.1 alberga una restricción, la ropa propia puede ser usada si es apropiada. Mientras que la institución proporcionará ropa apropiada, que no sea humillante ni degradante y que sea adecuada para el clima (regla 66.3)

Con respecto a la comida es indicado la posibilidad de cocinar su propia comida (regla 68.4)

5.5 ACTIVIDADES EN EL MARCO DE LA EJECUCIÓN

Bajo el título de “Regímenes de actividades” se encuentran las siguientes regulaciones:

- Todas las intervenciones estarán diseñadas para promover el desarrollo de los menores, a los que se animará activamente a participar en ellas. Regla 76.1
- Estas intervenciones tratarán de responder a las necesidades individuales de los menores de acuerdo con su edad, sexo, nivel social y cultural, etapa de desarrollo y tipo de delito cometido. Deberán ser coherentes con las normas profesionales probadas basadas en las conclusiones de la investigación y las mejores prácticas en este ámbito. Regla 76.2

- El régimen de actividades tendrá como objetivo la educación, el desarrollo personal y social, la formación profesional, la rehabilitación y la preparación para la puesta en libertad. Regla 77

En consecuencia (Regla 77) se enumeran las medidas como si se tratara de un catálogo de régimen de actividades (en materia de ejecución de adultos párrafo 7 StVollzG y las idénticas leyes federales para la ejecución juvenil). Por ejemplo: escolarización, formación laboral, terapia laboral y ocupacional, entrenamiento social y desarrollo de competencias sociales, tratamiento de adicciones, preparación para la puesta en libertad y la reinserción.

- La escolarización y la formación profesional y, cuando sea apropiado, las intervenciones de tratamiento, tendrán prioridad sobre el trabajo. Regla 78.1.
- En la medida de lo posible, se intentará que los menores puedan asistir a escuelas y centros de formación locales y a otras actividades en la comunidad. Regla 78.2
- Mientras los menores estén internados, se les permitirá continuar la escolarización o formación profesional, y a los que no hayan completado la escolarización obligatoria se les podrá obligar a acabarla. Regla 78.4

Se elaborará un plan individual basado en las actividades, que la regla 77 registra. El plan está orientado a la preparación de los menores para que sean puestos en libertad lo antes posible y de forma que de una indicación de las medidas apropiadas para después de su puesta en libertad.

Importantes regulaciones para la rutina del centro se encuentran en la regla 80 y posterior 80.1. Deben los adolescentes pasar al aire libre fuera de sus habitaciones tanto como sea posible. En las reglas, mínimo 8 horas diarias (lo que para la administración de los centros debería ser un desafío). En todo caso un desafío para la administración debería ser organizar actividades útiles también los fines de semana y festivos (Regla 80.2).

En general se promueven las orientaciones con las clásicas características de una ejecución educativa, las cuales se corresponden con las regulaciones alemanas en materia de ejecución juvenil de sanciones. Donde de nuevo es puesto el principio del incentivo en el primer plano (Regla 76.1)

Los principios aquí registrados y ofertas educativas deben ser respetados no sólo en la ejecución juvenil de la sanción sino que en cualquier forma de privación de libertad y en la prisión preventiva en razón de la imprevisible duración. También es destacado, con especiales reglas para la privación de libertad y otras formas temporales de privación de libertad, el principio del cuidado continuo. Por lo tanto, deben los trabajadores que son competentes en la libertad condicional o en la ejecución prestar asistencia inmediata (regla 110). En adelante se garantiza que los programas y medidas estén a disposición de los jóvenes condenados como de los sujetos a prisión preventiva (regla 113.1). Los cuales si lo solicitan y es posible pueden participar en las actividades de los menores condenados (regla 113.2).

5.6 CONTACTO CON EL MUNDO EXTERIOR

La sección sobre el contacto con el mundo exterior se basa en el principio de un contacto lo más variado posible y poco limitado. En coincidencia con la legislación de ejecución de sanciones penales juveniles alemana, fue propuesto por el Consejo Penológico el estándar mínimo de una visita a la semana, 4 por mes. Sobre esa intervención Suecia no fijó un número concreto de visitas y sólo formuló el principio que los presos tienen derecho a una visita regular (regla 83). Debemos comentar que en la regla 85.2 se tratan los casos en que la comunicación y visitas puede ser restringido, debiendo estas restricciones garantizar un grado mínimo aceptable de contacto. En todo caso, explícita ha sido la decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán en aceptar que las posibilidades de visita en los adolescentes deben ser mucho mayores que en comparación de los adultos.

Además es propuesto un sistema regular de salidas, permisos como un componente integrado de la normal vida de un centro. En el caso de que las salidas no sean posibles (como por ejemplo en prisión preventiva o motivos de seguridad) se dispondrán visitas adicionales o más largas de la familia u otras personas que contribuyan de forma positiva al desarrollo del menor (regla 86.1 y 86.2).

5.7 BUEN ORDEN

El campo de la seguridad y orden como de las medidas de seguridad y disciplina contienen igualmente un planteamiento general con principios. Colocan las recomendaciones un especial acento desde el punto de vista del concepto de seguridad y orden, el cual debe ser comprendido como un componente de un concepto general educativo.

Como ya se ha mencionado en la regla 52.1, se debe proteger a los jóvenes de los abusos recíprocos y se prestará especial atención a la protección de menores vulnerables y a la prevención de la victimización (regla 88.2). Deberá materializarse el principio de la “seguridad dinámica” que fue desarrollado en los principios europeos (Nº51.2 EPR) donde la seguridad a través del diseño arquitectónico y las precauciones técnicas deberán amoldarse para no afectar el desarrollo de las relaciones de los menores (regla 88.3). Ese concepto es aún más marcado en instituciones para jóvenes que en las EPR.

Hay dos aspectos que se deben indicar, que en las legislaciones sobre ejecución penal juvenil en Alemania no han sido lo suficientemente consideradas: La imposición de medidas disciplinarias que están formuladas en forma general (en las leyes de Baden-Württemberg, Bayern, Hamburg, Niedersachsen) que se encuentran en una categórica contravención a la regla 94.3, la cual exige una concreta determinación de los actos y omisiones que constituyen faltas.

Una importante diferencia entre jóvenes y adultos en la ejecución se refiere a la obligación de portar armas de fuego y a los casos extremos en que se hace uso de ella contra los intentos de fuga. En este caso el consenso internacional consiste en que no está permitido disparar en los casos de fuga de los adolescentes. Las nuevas recomendaciones van más lejos y deben comprender a los menores adultos como a los adolescentes internados. La regla 92 contempla una prohibición general que prohíbe al personal de las instituciones portar y utilizar armas contra los adolescentes salvo que un operativo lo exija (“Staff in institutions in which juveniles are deprived of their liberty shall not be allowed to carry or use weapons unless an operational emergency so requires”). La prohibición de armas se refiere a todas las armas en sentido técnico (para golpear, picar o disparar). Sin embargo, no se refiere a los medios de autodefensa como en la ley de ejecución penal juvenil alemana que autoriza eventualmente el gas pimienta.

Una clara y casi “revolucionaria” propuesta es la exigencia a suprimir el aislamiento en una celda de castigo (regla 95.3). Esta propuesta fue establecida en vista de las propuestas que en la práctica motivaron al Comité contra la tortura y a Unicef. Sin embargo como acuerdo desde el punto de vista de la práctica se tolera el mantenimiento de una forma de aislamiento a efectos disciplinarios sólo en casos excepcionales y por el tiempo más corto posible (regla 95.4). En este sentido se debe citar el comentario del Comité contra la tortura el cual considera al aislamiento hasta un máximo de tres días. Se indica que de las medidas de aislamiento se podrían obtener fenómenos traumáticos. En conexión con las medidas podrían ser ordenadas determinadas restricciones como por ejemplo sacar los aparatos de televisión, pero también deberían los jóvenes durante ese tiempo mantener un “razonable” contacto con los otros jóvenes y en particular garantizarse las horas de tiempo libre y recreación. Al mismo tiempo se destaca que sólo se recurrirá al aislamiento como ultima ratio y en ningún caso podrá ser superior a 24 horas (regla 91.4).

5.8 PREPARACIÓN PARA LA PUESTA EN LIBERTAD

La preparación para la puesta en libertad y los diferenciados niveles de administración tienen un destacado significado y con ello el cuidado continuo y las posibilidades de aplicar las medidas educativas desde el comienzo de la ejecución.

- Se adoptarán medidas que garanticen la vuelta progresiva del menor a la vida en la sociedad libre. Regla 101.1.
- Estas medidas deberían incluir permisos adicionales, y la libertad parcial o condicional combinada con un apoyo social efectivo. Regla 101.2.
- Estos servicios y organismos estarán obligados a proporcionar asistencia efectiva y ágil previamente a las fechas previstas de puesta en libertad. Regla 102.3.

También estas reglas apoyan lo que algunas leyes de ejecución juvenil alemanas han concebido, el contacto lo más temprano posible de instituciones como la libertad condicional o la ayuda social juvenil en el proceso de preparación para la puesta en libertad y por otra parte hacer posible el cuidado posterior. La consecuente reflexión de la transmisión de la ejecución con un complementario contacto progresivo con la comunidad y la orientación a una puesta en libertad anticipada en conexión con un intensivo cuidado posterior (Regla 101.1) debería en algunos centros juveniles de Alemania presentar considerables problemas prácticos, dado que la praxis en torno a la preparación de la puesta en libertad fue en no pocos Estados Federales desde comienzo de los 90 claramente restringido.

6. PROCEDIMIENTO DE RECLAMACIÓN, INSPECCIÓN Y CONTROL

Digno de mención es la sección general (para todos los adolescentes decisivo) sobre protección judicial de derechos, inspecciones y el monitoreo de establecimientos privativos de libertad y ambulantes. Aparece interesante la prioridad que le otorga a la mediación y a la solución alternativa de conflictos como medios para resolver las reclamaciones o satisfacer las solicitudes (regla 122.2).

Medida que se corresponde a la nueva regulación alemana del párrafo 92 JGG, donde también es prescrita la solución alternativa en caso de una apelación o petición escrita a una audiencia oral con el adolescente (regla 122.5). Adicionalmente es exigido en la parte IV de las recomendaciones (Asesoramiento y asistencia jurídica) una extensa contribución a la asistencia jurídica y que está en armonía con el principio constitucional alemán de la “efectiva protección de los derechos” (Art.19 Abs 4 GG). Se concederá siempre asistencia gratuita a los menores, cuando el interés de la justicia así lo exija (regla 120.3).

En total es claro que las recomendaciones siguen en la ejecución de sanciones privativas de libertad la tradición anterior de las regulaciones internacionales del Consejo de Europa y de las Naciones Unidas, a través de una categórica orientación resocializadora y asimismo de la garantía estatal que desarrolle un sistema diferenciado de promoción y educación que intenta ser lo menos restrictivo con los derechos de los adolescentes condenados.

7. PERSPECTIVAS

En Alemania no debe subestimarse el significado de las Recomendaciones del Consejo de Europa para la ejecución de sanciones privativas de libertad y ambulantes. Después del fallo del Tribunal Constitucional Federal de 31.05.2006 las Recomendaciones adquieren nueva fuerza. Si bien, este tipo de recomendaciones y estándares han sido significativos para la interpretación y como indicio de constitucionalidad del derecho interno, su acatamiento por parte de los países e incluso difusión por parte de la literatura especializada no ha sido siempre la mejor. Por eso la importancia del fallo del BVerfG, el cual le entrega a las Recomendaciones un rol aún más fuerte, dirigido a revalorizarlas y considerarlas como criterios de referencia para las nuevas legislaciones para la ejecución de sanciones penales juveniles. Una función de “cuasi-ley”, que aunque no tengan el carácter de Convención, debe ser considerada por los distintos

Estados Federales alemanes y demás países en sus respectivas leyes de ejecución de sanciones penales juveniles.

TABLA. COMPARACIÓN DE LOS LÍMITES DE EDAD PARA LA RESPONSABILIDAD PENAL Y DE LOS GRUPOS DE EDAD EN LOS SISTEMAS PENALES JUVENILES EUROPEOS

País	Responsabilidad penal comienza	Edad, en que puede o debe ser considerado como adulto	Edad en que ingresan a una institución penitenciaria juvenil
Alemania	14	18/21	14/24
Austria	14	18/21	14/27
Bélgica	16/18	16/18	-18
Bulgaria	14	18	14-21
Rep. Checa	15	18/18+	15-19
Chipre	14	16/18/21	14/21
Croacia	14/16	18/21	14-21
Dinamarca	14	14/18/21	14/23
Escocia	12/16	16/21	16-21
Eslovaquia	14/15	18/21	14-18
Eslovenia	14/16	18/21	14-23
España	14	18	14-21
Estonia	14	18	14-21
Finlandia	15	15/18	15-21
Francia	13	18	13-18+6mon/23

Grecia	13/15	18/21	15-21/25
Holanda	12	16/18/21	12/21
Hungría	14	18	14-24
Inglaterra/Gales	10/12/15	18	10/15-21
Irlanda	12/16	18	10/12/16-18/21
Irlanda del norte	10	17/18/21	10-16/17-21
Italia	14	18/21	14-21
Lituania	14/16	18/21	14/21
Montenegro	14/16	18/21	14/23
Noruega	15	18	15-21
Polonia	13	15/17/18	13-18/15-21
Portugal	12/16	16/21	12/16-21
Rumania	14/16	18/(20)	16/21
Rusia	14/16	18/21	14-21
Suecia	15	15/18/21	15/25
Suiza	10	18	10/15-22
Serbia	14/16	18/21	14/23
Turquía	12	15/18	12-18/21
Ucrania	14/16	18/21	14-21

LA DECLARACIÓN DEL MENOR IMPUTADO NO PUNIBLE COMO MEDIO DE DEFENSA

PATRICIA GALLO

Secretaria Letrada de un Tribunal de Apelaciones en lo Penal, de la Ciudad Autónoma de

Buenos Aires,

Docente ayudante de Derecho Penal en la Universidad de Buenos Aires

RESUMEN: Este trabajo se ha basado principalmente en el estudio de la situación del menor de edad inimputable (el que al momento del hecho es menor de dieciséis y mayor de diez años) al que se le imputa la comisión de un hecho delictuoso.

La particularidad de este caso radica en que, a pesar de tratarse de un menor inimputable, según el régimen sobre responsabilidad penal del menor vigente en Argentina (ley 22.278), se inicia el proceso penal, que necesariamente culminará con el dictado del sobreseimiento del menor por inimputabilidad (art. 336, inc. 5, del Código Procesal Penal de la Nación) y se somete al menor a declaración indagatoria, previo a su desvinculación del proceso penal.

El régimen procesal penal del menor no establece reglas específicas aplicables a dicha declaración indagatoria, por lo cual supletoriamente, se aplican las reglas del proceso penal común -de adultos- a la declaración del menor inimputable.

Esa circunstancia trae como consecuencia, que la declaración del menor esté rodeada de formalidades que resultan incompatibles con la Convención sobre Derechos del Niño.

La situación descrita ha generado dos posturas jurisprudenciales contrapuestas: una de ellas sostiene que en ese caso corresponde sobreseer al niño sin someterlo al trauma de una declaración indagatoria y la otra, entiende que el niño

debe declarar antes de ser sobreseído, porque sólo así se garantiza su derecho a ser oído y su derecho de defensa.

Aquí se analizan ambas posturas, y se esboza una tercera posición como solución propuesta al problema planteado.

PALABRAS CLAVE: menor inimputable - declaración indagatoria – régimen procesal del menor- Convención sobre los Derechos del Niño - sobreseimiento.

ABSTRACT: This article is mainly based on the study of the situation of the child who is immune from prosecution (because at the time of the event he is below sixteen and above ten years of age) charged with the commission of a criminal offense.

The particularity of this case lies in the fact that despite being a child who is immune from prosecution, according to the criminal liability regime for children currently in force in Argentina (law 22,278), the criminal process is initiated and will necessarily end with the dismissal of the charges against the child due to such immunity (article 336, section 5 of the National Code of Criminal Procedure) and before being separated from the criminal process, the child shall be subjected to preliminary examination statement.

The criminal procedure regime for children does not contain specific rules applicable to such preliminary examination statement and that is why, supplementary, rules of the ordinary criminal process -the one of adults- are applied to the statement of the child who is immune from prosecution.

The consequence of such circumstance is that the child's statement is surrounded by formalities which are incompatible with the Convention on the Rights of the Child.

The situation described has developed two opposed jurisprudential positions: one of them holds that in such case charges against the child must be dismissed

without subjecting him to the trauma of a preliminary examination statement, whereas the other considers that the child must bring such statement before the dismissal of charges because only that way his right to be heard and his right to a defense will be guaranteed.

Herein both positions are analyzed and a third position is proposed as a solution to the problem explained.

KEYWORDS: child immune from prosecution – preliminary examination statement – procedural regime for children – Convention on the Rights of the Child – dismissal.

Fecha de recepción: 8 de mayo de 2012.

Fecha de aprobación: 19 de noviembre de 2012.

I. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL MENOR EN ARGENTINA

La ley 22.278 establece el “Régimen penal de la minoridad” a nivel nacional en Argentina y en líneas generales, dispone que:

* No es punible el menor que no haya cumplido 16 años de edad al momento del hecho. * Tampoco lo es el que no cumplió 18 años respecto de los delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de libertad que no exceda los dos años, o que prevea pena de multa o inhabilitación (art. 1).

*Sí se considera punible al menor de 16 y 17 años que incurriere en un delito de acción pública que esté reprimido con pena privativa de libertad que exceda de los dos años (art.2).¹

¹La ley 22.278 distingue entre menores inimputables y menores eventualmente punibles:

Tratándose de un sistema tutelar, tanto en el caso del menor no punible, como el punible de 16 y 17 años, el juez puede disponerlos en forma definitiva por auto fundado, si de los estudios realizados resultare que el menor se halla abandonado, falta de asistencia, en peligro material o moral o presenta problemas de conducta, previa audiencia de los padres, tutor o guardador (supuestos de “irregularidad”) (art.1).²

Son menores eventualmente punibles aquellos que al momento del hecho tengan 16 o 17 años y que cometan delitos reprimidos con penas superiores a los dos años de prisión. Habiendo punibilidad, deben ser sometidos a proceso. Pero como el régimen penal de menores incluye lineamientos tutelares, la actuación judicial no se agota en la averiguación de la verdad y aplicación de la ley penal, sino que a la vez persigue el conocimiento de las condiciones personales, familiares y ambientales para discernir si el acusado se halla en algún supuesto de irregularidad que urja la imposición de una medida tutelar.

El menor sometido a proceso se halla a “disposición provisoria” del tribunal, que se encuentra facultado para tomar las medidas que sean conducentes al cumplimiento de sus fines.

Terminada la etapa exploratoria, el juez debe dar su veredicto.

Si se ha acreditado la existencia del hecho típico y la autoría del menor, sin que medien causas de justificación o eximentes de culpa o pena, corresponde declarar su responsabilidad y mantenerlo a disposición provisoria hasta el pronunciamiento sobre la pena, a menos que el juez decida disponer de modo definitivo del menor, por encontrarse éste en algún supuesto de irregularidad, previa audiencia de sus mayores responsables.

El art. 4 de la ley citada, dispone que la pena a aplicar al menor -si eventualmente correspondiera- estará supeditada a estos tres requisitos

1 que haya sido declarada su responsabilidad penal,

2 que haya cumplido los 18 años de edad,

3 que haya sido sometido a un tratamiento tutelar no inferior a 1 año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad.

Una vez cumplidos estos requisitos, el órgano jurisdiccional podrá aplicarle la sanción correspondiente al delito, reducirla en la escala correspondiente a la tentativa o, incluso absolverlo -o más precisamente, declarar innecesaria la imposición de una pena-. La necesidad de la pena debe ser juzgada en mérito a las modalidades del hecho, los antecedentes del menor responsable, la impresión directa y personal que de él ha recogido el tribunal y el resultado de la observación tutelar cumplida.

²La “disposición tutelar” (que consiste en una especie de medida de seguridad) reconoce dos expresiones distintas:

La *provisoria*, que tiene por fin el posibilitar al tribunal la actividad exploratoria, es decir conocimiento del hecho atribuido, condiciones personales y familiares del menor, con vistas a la adopción de las medidas pertinentes, en un pronunciamiento definitivo.

La *definitiva*, que emerge cuando luego de la actividad exploratoria, el juez concluye que el menor se encuentra en estado de abandono, o falta de asistencia, o en peligro material o moral o con graves problemas de conducta. Tiene por objeto la protección pública integral del menor durante el tiempo necesario para superar la situación irregular y puede

En este trabajo nos concentraremos en la situación del menor inimputable (o sea el niño que al momento del hecho es menor de 16 y mayor de 10 años) que está imputado de haber cometido un delito y es convocado por el órgano jurisdiccional a declarar en el proceso.³

II. RÉGIMEN PROCESAL PENAL DE MENORES

El título II del Libro III del Código Procesal Penal de la Nación (en adelante, CPPN) contiene la regulación de los juicios especiales.

Dentro de los juicios especiales se inserta el “juicio de menores” (capítulo II), en el que rige el siguiente principio general “en las causas seguidas sobre menores de dieciocho años, se procederá conforme a las disposiciones comunes del código, salvo las que se establecen en este capítulo” (art. 410).⁴

extenderse hasta la mayoría de edad. La resolución debe ser fundada y se materializa en un conjunto de medidas idóneas para asegurar la formación del menor irregular. La ley no brinda en este sentido concretos elementos de juicio para establecer el régimen tutelar, así que la cuestión queda reservada a su prudente arbitrio.

³ Aun cuando se trate de un menor inimputable, al existir sospecha de que cometió un hecho delictuoso, se inicia el proceso penal-tutelar contra el menor, que como se verá más adelante concluirá necesariamente con su sobreseimiento en la fase instructoria. Paralelamente al proceso penal, tramita el “expediente tutelar”, en cuyo marco se puede disponer provisoria o definitivamente del menor, según se explicó en la nota anterior.

⁴ El juicio de menores es continente de un sistema más tutelar o tuitivo que represivo, aun cuando paralelamente tenga en cuenta la seguridad o defensa social.

La doctrina en general, sostiene que en el proceso penal de menores deben regir estos principios:

órgano jurisdiccional especializado, intermediación, procedencia de medidas cautelares y tutelares específicas, procedimiento preminentemente oral, reserva de las actuaciones, impulso procesal de oficio, recurribilidad restringida, no caducidad de la instancia, ausencia de *plus petitio*, amplitud probatoria, ausencia de nulidades absolutas y restricción de las nulidades procesales, información al menor de medidas y actos procesales, presencia del defensor técnico, intervención del ministerio de menores, e intervención de auxiliares técnicos del juez.

Es decir que no existe, estrictamente hablando, un especial régimen procesal penal de menores ⁵, sino la aplicación de las reglas del juicio de adultos, con la excepción de los 5 artículos que integran el mencionado capítulo II dedicado al “juicio de menores”. ⁶

Esencialmente, se aplican al juicio de menores las normas procesales penales generales (aplicables a los adultos imputados), sobre todo en la fase de instrucción, donde el capítulo II dedicado a los menores, no prevé regla especial alguna.

Por ello, se impone una breve síntesis de las características principales de dicho régimen, que se tratarán en el punto siguiente.

III. REGLAS PROCESALES PENALES GENERALES (PROCESO COMÚN)

El CPPN es un claro exponente del “sistema mixto continental”. La primera etapa del proceso es escrita, con instrucción a cargo del juez, con secreto del

⁵ Aunque cabe aclarar que el proceso se desarrolla mediante órganos jurisdiccionales específicos: Juzgados de Menores y Tribunales de Menores.

⁶ Esos escasos artículos se refieren concretamente a la detención y alojamiento del menor en un establecimiento especial, diferente al de los adultos (art. 411).

Luego, el art.412 hace alusión a las “medidas tutelares”, que se orientan a preservar la persona y los intereses del menor durante el desarrollo del juicio.

Por su parte, el art. 413 establece las normas a aplicar en el debate o juicio oral (segunda parte del proceso), que sí se diferencia del establecido para los adultos y que tiene estas características:

a) publicidad restringida: el debate se debe realizar a puertas cerradas y con la sola presencia del fiscal, las otras partes, sus defensores, los padres, tutor o guardador del menor y las personas con interés legítimo.

b) presencia limitada del menor imputado: que sólo asistirá al debate cuando fuere imprescindible, y debe ser alejado una vez cumplido el objetivo de su presencia.

c) asistencia obligatoria del asesor de menores, bajo pena de nulidad

d) facultades del tribunal: los jueces podrán oír a los padres, al tutor o al guardador del menor, a los maestros, empleadores, superiores y cuanta persona pueda aportar datos útiles para apreciar la situación fáctica y el desarrollo personal del menor.

Por último, el art. 414, autoriza al tribunal a revocar de oficio o a pedido de parte, las medidas de seguridad y educación adoptadas con relación al menor.

sumario e incomunicación del imputado, mientras que la segunda etapa se desarrolla en forma oral, con *apariencia* de sistema acusatorio.⁷

El objetivo de la instrucción es la investigación y preparación del juicio, o sea la recolección de los elementos de prueba que servirán para probar la imputación en el debate⁸, que es el momento sustancial de la valoración de la prueba y que culminará con la sentencia condenatoria o absolutoria.

Si durante la instrucción existen elementos como para sospechar que el imputado ha cometido el delito, el juez lo convocará a declarar (declaración indagatoria), luego de lo cual decidirá si corresponde sobreseerlo, procesarlo o declarar que no existe mérito para sobreseer o procesar, en cuyo caso seguirá investigando.⁹

Una vez firme el procesamiento, se eleva el caso a juicio oral o debate, que comienza con una nueva la declaración indagatoria del imputado y luego se desarrolla la prueba durante las audiencias -declaraciones de testigos, peritos, etc.- que el tribunal debe valorar para sentenciar. Culminada esa etapa probatoria, se producen los alegatos de las partes y finalmente, la sentencia.

Luego de esta breve reseña general del desarrollo del proceso, cabe aclarar que en este trabajo, nos concentraremos en la declaración indagatoria del menor inimputable durante la fase de instrucción. Ello así, por cuanto, cuando el menor

⁷ Ello, en tanto los jueces del tribunal oral pueden, por ejemplo, disponer la producción de prueba y formular preguntas a los testigos e imputado, supliendo la actividad de las partes (arts. 356, 388 y 389 del CPPN) (ver ANGULO, Durga, "La declaración del imputado-¿Ud. desea declarar?", Revista de Derecho Procesal Penal, Rubinzal-Culzoni, Bs As, 2009, tomo II, págs. 137/58).

⁸ Con la aclaración de que durante el debate también puede producirse prueba si el tribunal lo considera pertinente (ver nota previa).

⁹ Arts 306, 309 y 336.

imputado es inimputable (menor de 16 años), corresponde su sobreseimiento en la fase instructoria, sin que el caso se eleve a juicio oral.¹⁰

En este contexto, la declaración indagatoria del menor imputado, carente de preceptiva especial, se rige por las reglas comunes.¹¹

Esto quiere decir que en lo relativo a la declaración del menor imputado, se aplican las mismas normas procesales previstas para los adultos, tanto en su convocatoria, como desarrollo y formalidades del acto y sus consecuencias.¹²

El llamado a prestar la declaración indagatoria, durante la etapa instructoria, es uno de los actos procesales más importantes por tres motivos fundamentales

1. Parar su convocatoria es necesario que el juez haya considerado que existe “motivo bastante para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un delito”

2. Es en general la primera oportunidad que tiene el imputado para que se lo escuche en el proceso, ejerciendo su derecho de defensa material

3. A partir de esta declaración, se fija un plazo para que el juez resuelva la situación procesal del imputado en alguno de los sentidos indicados.¹³

¹⁰ Art 336. Este artículo establece las causales de procedencia del sobreseimiento, una de las cuales es la inimputabilidad del sujeto (causal nº5) Esto se verá en detalle más adelante, en el punto VIII.

¹¹A diferencia del régimen procesal de menores argentino, la LO 5/2000 española, brinda pautas específicas para la declaración del menor. En su art.17. 2 dispone que “*Toda declaración del detenido se llevará a cabo en presencia de su Abogado y de aquéllos que ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor -de hecho o de derecho-, salvo que, en este último caso, las circunstancias aconsejen lo contrario. En defecto de estos últimos la declaración se llevará a cabo en presencia del Ministerio Fiscal, representado por persona distinta del Fiscal que fuera el instructor del expediente. El menor detenido tendrá derecho a la entrevista reservada con su Abogado con anterioridad y al término de la práctica de la diligencia de toma de declaración.*”

Por su parte el art. 22 de la LO 5/2000 (en lo pertinente a este punto) establece que “*Desde el mismo momento de la incoación del expediente, el menor tendrá derecho a:d) Ser oído por el Juez o Tribunal antes de adoptar cualquier resolución que le concierna personalmente.*”

¹² Arts 294, 295, 296, 297, 306, 309, 336 y 337.

IV. SITUACIÓN DEL MENOR NO PUNIBLE

Llegados a este punto del análisis, se impone plantear la siguiente cuestión:

Según la ley 22.278 (art. 1) el menor de dieciséis años (y mayor de diez) al momento del hecho, es *inimputable*, pero también, según el CPPN, deben aplicarse al proceso que se le sigue, las normas generales, lo que incluye la convocatoria a declarar como imputado.¹⁴ Es decir, a pesar de que *necesariamente* por ser inimputable, el juez debe sobreseer al menor¹⁵, el código adjetivo le impone, previo a dicha resolución de mérito, la diligencia procesal del llamado a indagatoria, acto regido por las normas aplicables a los adultos y sometido a cierto rigorismo formal.

Esta situación ha llevado a una parte de la jurisprudencia al siguiente planteo:

Si ya se sabe que el juicio del menor inimputable debe concluir con su sobreseimiento, sin que quepa otra opción, ¿es realmente imprescindible someterlo al rigor procesal de la declaración indagatoria igual que a un adulto? *A priori*, se impone una respuesta negativa, pero lo cierto es que si se admite el sobreseimiento sin convocar al menor a declarar, ello podría implicar que el proceso se resuelva -más allá de que sea a favor del menor- sin que éste sea oído, lo cual puede traducirse en un cercenamiento del *derecho de defensa* del menor.

¹³ El CPPN establece que dentro de los diez días a contar desde la indagatoria, el juez debe dictar el procesamiento -si hay elementos de convicción suficientes para estimar que existe un hecho delictuoso y que el imputado ha participado en él (art. 306)-, o dictar la falta de mérito (si no hay mérito para procesar ni sobreseer al imputado (art. 309), o sobreseer al imputado, según lo establecido por el art. 336.

¹⁴ Art. 294.

¹⁵ Art.336, inc. 5º.

Esta disyuntiva ha generado dos posturas jurisprudenciales contrapuestas en el marco de la justicia de menores.¹⁶ Una de ellas entiende que corresponde sobreseer al menor sin convocarlo a declarar y la otra, interpreta que se lo debe escuchar en indagatoria con las formalidades propias del código adjetivo y luego sobreseerlo.

Creo que existe una opción alternativa, intermedia entre estas dos posiciones, que concilie el derecho de defensa y la debida protección del menor.

Para poder concluir en qué consiste la solución correcta, es necesario estudiar si la declaración indagatoria en los términos del CPPN, es *realmente* un medio de defensa, ya que sólo así, se justificaría someter al menor a esa diligencia procesal (que puede resultar traumática para un niño) antes de dictar un sobreseimiento legalmente impuesto.

Con ese objetivo, comenzaré por reseñar los orígenes y características principales de la declaración indagatoria según está regulada en el CPPN (forma y presupuestos sustanciales), analizándola críticamente, sobre todo a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Luego de ello, estaremos en condiciones de abordar la argumentación sobre la que se estructuran las dos corrientes jurisprudenciales y finalmente de esbozar los lineamientos de la solución propuesta en este trabajo.

V. DECLARACIÓN INDAGATORIA

V.1 ORÍGENES

¹⁶ Cuyas argumentaciones serán tratadas más adelante, en el punto VIII.

El nombre “declaración indagatoria” es un resabio del sistema inquisitivo. En la mayoría de los códigos modernos se la denomina “declaración del imputado”.

Surgió con el sistema inquisitivo como un medio de prueba, que era necesaria para lograr la confesión del imputado.¹⁷

Con el transcurso del tiempo se fue estructurando como un medio de defensa, brindándosele al sospechoso de haber cometido un delito, una serie de prerrogativas, como la posibilidad de no declarar, de nombrar defensor de confianza, etc.

En efecto, nace cuando desaparece el concepto del proceso como “relación entre acusador y acusado”, y el Estado asume un papel activo en la investigación de los delitos (proceso inquisitivo): estando presunta la culpabilidad del acusado, la confesión era la prueba por excelencia (*probatio probatissima*) y la indagatoria proporcionaba la oportunidad de obtenerla, inclusive mediante apremios físicos o morales.

Pero cuando la confesión del acusado, en materia penal, cedió su mérito a la convicción del juez, desaparecieron los apremios y la indagatoria comenzó a percibirse como un medio para facilitar al juez la averiguación de la verdad y al procesado la oportunidad de defenderse.¹⁸

V.2 FORMALIDADES

El sustento para que el juez ordene la declaración indagatoria del imputado, lo brinda la “sospecha bastante”, motivación interna que

¹⁷ Confesión definida como “reconocimiento expreso que hace el sujeto de ser autor, partícipe o encubridor de un delito”.

¹⁸ CATUCCI, Silvina, “Declaración Indagatoria e informativa”, Ediar, Bs As, 1988, págs.16/21.

indispensablemente debe estructurarse en elementos objetivos de convicción, demostrativos de la supuesta responsabilidad criminal de éste.¹⁹

La declaración indagatoria está configurada en el CPPN como un acto procesal de cumplimiento ineludible en los primeros momentos de la instrucción.²⁰ El decreto judicial que la ordena es inapelable. Ante la convocatoria a declarar, la inasistencia injustificada del imputado implicará inexcusablemente su detención.²¹

El imputado tiene derecho a entrevistarse con el letrado de su confianza propuesto con antelación al acto de la indagatoria y con fines de asesoramiento técnico.²²

¹⁹Art. 294 “Cuando hubiere motivo bastante para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un delito, el juez procederá a interrogarla; si estuviere detenida, inmediatamente o a más tardar en veinticuatro (24) horas desde su detención. Este término podrá prorrogarse por otro tanto cuando el magistrado no hubiere podido recibir la declaración, o cuando lo pidiera el imputado para designar defensor”.

²⁰ Y en su caso, también al inicio del debate.

²¹ Ver el desarrollo de esta cuestión en: NAVARRO, Guillermo y DARAY, Roberto, “Código Procesal Penal de la Nación”, Hammurabi, Bs As, 2004, tomo II, pág. 808.

²² Art.104

Sobre este punto, la LO 5/2000, con el fin de dotar al derecho de defensa de la significación que le otorga el art. 24.2 CE, anticipa de modo inequívoco la designación por el imputado de abogado a la fase instructora al disponer que, desde el mismo momento de la incoación del expediente (denominación que recibe la fase instructora en el proceso penal de menores), el menor tendrá derecho a “ser informado por el Juez, el MF o agente de policía de los derechos que le asisten” y a “designar Abogado que le defienda, o a que le sea designado de oficio y a entrevistarse reservadamente con él, incluso antes de prestar declaración” (art. 22). Del mismo modo, la asistencia letrada se hace necesaria, incluso antes de la incoación del expediente, desde el momento en que se produce la detención. En este sentido, el art. 17 (“detención de los menores”) precisa, en su apartado segundo, que “toda declaración del detenido se llevará a cabo en presencia de su letrado”. La reforma operada por LO 8/2006 ha corregido la disfunción existente entre los arts. 17 y 22, y ahora se prevé el derecho del menor detenido o imputado a la entrevista reservada con su abogado “antes” y al término de la práctica de la diligencia de toma de declaración bien ante la Policía, bien ante el Fiscal de Menores. A ello debe agregarse la posibilidad procesal que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 26.2, se confiere al abogado del menor para proponer que se lleve a efecto la declaración del menor, en cuyo supuesto el MF deberá recibirla en el expediente, salvo que ya hubiese concluido la instrucción, lo cual evita el riesgo de sufrir acusaciones sorpresivas.

Si hasta el momento de la indagatoria, el imputado no hubiere propuesto un abogado defensor, el juez designara a un defensor público oficial.²³

A la declaración del imputado sólo podrán asistir su defensor, y el Ministerio Fiscal. El imputado será informado de este derecho antes de comenzar con su declaración.²⁴

Es en esta diligencia (declaración indagatoria) donde el imputado tiene la oportunidad de conocer el hecho y las pruebas que existen al respecto, (esto es, donde se verifica el “acto de intimación” al que se halla obligado el órgano jurisdiccional) y de hacer los descargos o aclaraciones que correspondan para negar, aminorar o hasta para admitir plena o limitadamente su responsabilidad.²⁵

Al inicio del acto y previa entrevista entre el imputado y su defensor, el juez realiza las preguntas relativas a su identificación.²⁶ Una vez finalizado el interrogatorio de identificación, el juez debe informar detalladamente al imputado las siguientes circunstancias:

1. El o los hechos que se le atribuyen. Sólo así se cumple con el principio de congruencia, comprendido dentro de la garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio.²⁷

2. Las pruebas existentes en su contra.

²³ Art 107

²⁴ Art.295

²⁵Art. 296 “El imputado podrá abstenerse de declarar. En ningún caso se le requerirá juramento o promesa de decir verdad ni se ejercerá contra él coacción o amenaza ni medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad ni se le harán cargos o reconvenciones tendientes a obtener su confesión.

La inobservancia de este precepto hará nulo el acto, sin perjuicio de la responsabilidad penal o disciplinaria que corresponda”.

²⁶ Art. 297

²⁷ ver Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallo: 13:513.

3. Comunicarle que puede abstenerse de declarar sin que su silencio implique una presunción de culpabilidad.²⁸

El imputado tiene libertad para declarar, lo cual implica que puede hacerlo o negarse a ello, en todo o en parte, prestando su versión de descargo sin responder preguntas del juez o el fiscal. Si el imputado decide declarar, el CPPN prohíbe que se le requiera juramento o promesa de decir verdad o que se ejerza contra él coacción o amenaza para obligarlo a declarar. También impide que se lo induzca o determine a declarar contra su voluntad o se le formulen cargos o reconvencciones tendientes a obtener su confesión, todo esto bajo pena de nulidad del acto.²⁹

Si el imputado hubiera declarado como testigo en la causa, y luego por la marcha de la investigación es llamado a prestar declaración indagatoria, debe ser relevado del juramento de decir verdad en esta última diligencia, bajo sanción de nulidad.

El momento de recepcionar la declaración indagatoria constituye el punto de arranque del plazo asignado al juez para dictar las resoluciones de procesamiento, sobreseimiento o de falta de mérito, dentro de los 10 días de recibida (plazo ordenatorio).

V.3 PRESUPUESTOS SUSTANCIALES

La doctrina ha asignado a la declaración indagatoria tres posibles fines: medio de prueba, acto de defensa, o fuente de prueba.

²⁸ Art.298 “Terminado el interrogatorio de identificación, el juez informara detalladamente al imputado cual es el hecho que se le atribuye, cuáles son las pruebas existentes en su contra y que puede abstenerse de declarar, sin que su silencio implique una presunción de culpabilidad.

Si el imputado se negare a declarar, ello se hará constar en el acta. Si rehusare suscribirla, se consignará el motivo”.

²⁹ Art. 296

Bajo tal esquema, las legislaciones se adhieren a una o a otra concepción, aunque la escasa técnica legislativa con que algunas son elaboradas incorpore diversas variantes, mezclándolas muchas veces en forma incompatible.³⁰

En la doctrina nacional argentina algunos consideran a la declaración indagatoria fuente de prueba, mientras que para otros es un acto complejo, que constituye fuente de prueba y acto de defensa. Esto último, porque cumple una doble función: tiene por objeto tanto la averiguación de la verdad, como satisfacer el derecho del imputado a ser oído.³¹

Esta duplicidad de efectos asignada constituye un lastre inquisitivo, producto del modelo mixto instaurado en los Estados modernos por el Código de 1808.

Este modelo es el que impera en Europa continental, que hereda la colonia hispanoamericana y el que, con parciales reformas se encuentra vigente en el orden nacional argentino desde 1992.³²

FERRAJOLI explica que del modelo garantista de proceso acusatorio informado por la presunción de inocencia, se siguen como corolarios la prohibición del juramento y el derecho al silencio, principios que resultan compatibles con el derecho a no declarar contra uno mismo, previsto el art. 18 de la Constitución Nacional Argentina.³³

³⁰ ANGULO, obra citada.

³¹ NAVARRO y DARAY, obra citada, pág. 804.

³² ANGULO, obra citada.

³³ FERRAJOLI, citado por ANGULO, obra citada.

Art. 18 de la CN: "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designado por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a

V.3.1 DECLARAR BAJO JURAMENTO

La declaración del imputado sometido a juramento de decir verdad ³⁴, fue descartada por los legisladores desde los albores de la formación del Estado Argentino. La Asamblea del año XIII resolvió en 1813, que no se exigiera la solemnidad del juramento en los casos criminales³⁵.

Por eso la jurisprudencia argentina ha tenido ocasión de considerar nula la declaración indagatoria cuando se ha omitido de relevar al imputado del juramento formalizado en oportunidad de declarar como testigo, “pues la indagatoria prestada bajo tales circunstancias infringe el principio constitucional que prohíbe la autoincriminación” ³⁶.

su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que ha pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice”.

³⁴ En Inglaterra -país pionero en introducir el modelo acusatorio-, hasta bien entrado el siglo XVII, los imputados debían prestar un juramento conocido como *ex officio* o *de veritate dicenda* que inicialmente se formulaba ante los tribunales eclesiásticos. A falta de acusadores, el juez, que abría la causa tomando como punto de partida informaciones secretas o sus propias sospechas, sometía a este juramento al imputado con el fin de forzarle a un interrogatorio calculado para incriminarlo, sometiéndolo incluso en ocasiones a torturas para obtener de él “la verdad de lo sucedido”. El juramento servía así como un instrumento más para confirmar la que se ha venido a llamar “presunción de culpabilidad”, que guiaba los procesos penales de entonces. Ahora bien, desde el momento en que evolucionan los modelos de enjuiciamiento criminal y se introduce como parte necesaria la figura del acusador, en el que recae la carga de probar la acusación formulada, se altera el juego de los principios esenciales que rigen el proceso y cae por su peso la facultad de someter al acusado a la obligación de decir verdad. (VILLAMARÍN LÓPEZ, María Luisa, “La protección constitucional del derecho a no confesarse culpable”, Revista de Derecho Procesal Penal, “La Defensa Penal I”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010, págs. 139/61).

³⁵ TEDESCO, Ignacio, “La libertad de la declaración del imputado: un análisis histórico comparado”, en “Las garantías penales y procesales”, Departamento de publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, BsAs, 2001, págs. 29/63.

³⁶ Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, causa 2471, reg. 765, rta 30/11/2000 y sus citas.

Un análisis histórico del juramento sitúa su origen en el marco de un proceso mágico de tipo religioso en el que el mismo constituía una invocación de los dioses en prueba de la verdad de lo que se afirmaba. Sostiene FERRAJOLI que el juramento es una prueba irracional de tipo mágico y arcaico, ya que viene considerado por una norma como signo suficiente de culpabilidad o inocencia. En igual sentido, FOUCAULT señala que el juramento se limita a cumplir funciones meramente mágicas. Sin embargo, lo cierto es que el juramento no permite comprobar la correspondencia entre los hechos acaecidos y los relatados. La atribución de esa identidad es irracional en tanto no se fundamenta en indicios objetivos fácticos de los que se pueda inferir una hipótesis con relevante probabilidad de que sea cierta, y en ese orden constituye una prueba formal y simbólica.³⁷

V.3.2 DERECHO A GUARDAR SILENCIO

El imputado no puede ser obligado a brindar información sobre el conocimiento que tenga respecto del hecho que se le atribuye, lo cual involucra su derecho a negarse a declarar sin que tal actitud pueda ser usada como una prueba en su contra -*nemo tenetur se ipsum accusare*-.³⁸ Al mismo tiempo, tiene el derecho de hacerlo, de brindar información, datos o de confesarse culpable, pero sólo *voluntariamente*, libre de cualquier clase de coacción moral o física.

Ahora bien, ¿cuál es el alcance objetivo del derecho a guardar silencio? ¿qué actuaciones quedan cubiertas por esta garantía? ¿alcanza esta garantía sólo a la confesión?

³⁷ ANGULO, obra citada, con cita de FERRAJOLI y FOUCAULT.

³⁸ Los historiadores sitúan las raíces del derecho a guardar silencio en el Derecho Canónico y coinciden en que fue el *Cammon Law* el motor de la expansión de esta garantía fundamental del proceso penal, máxime desde su reconocimiento en 1791 en la conocida Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América (ver VILLAMARÍN LÓPEZ, obra citada)

Esta cuestión está relacionada con la distinción entre considerar al imputado como *objeto de prueba* o como *sujeto de prueba*.³⁹ Respecto del acto de la declaración, el imputado es un sujeto de prueba, ya que es él quien ingresa la información al proceso. El imputado está protegido por el derecho a no declarar contra sí mismo respecto de todo ingreso de información que él, como sujeto, pueda realizar. Nadie puede obligarlo a ingresar información que lo perjudica y que él desee retener. Pero con relación a otros actos procesales, donde no es el imputado el sujeto que ingresa la información, éste puede ser considerado como objeto de prueba.⁴⁰

La valoración del silencio puede traducir su carácter restrictivo en dos sentidos: uno como indicio de culpabilidad y otro como agravante de la pena. En uno y otro caso resulta inconstitucional por vulnerar el primero, la garantía de presunción de inocencia⁴¹ y el segundo, el principio de legalidad y culpabilidad y en general la garantía de defensa.⁴²

³⁹ *Órgano de prueba* es la persona que dentro del proceso colabora con el juez suministrándole el conocimiento del objeto de la prueba. El imputado sólo adquiere la calidad de órgano de prueba única y exclusivamente cuando su libre decisión de voluntad lo lleve a ello. No acontece lo mismo cuando el imputado es *objeto de prueba*, esto es, cuando él física y materialmente, es la prueba misma, contiene o es portador físico de la prueba.

⁴⁰ La garantía constitucional de no autoincriminación ampara a la persona en cuanto a sus declaraciones. El concepto de “declarar” debe ser entendido como cualquier clase de manifestación por la cual se exprese, verbalmente, por escrito, gestual o cualquier otro modo susceptible de poder ser interpretada la expresión de un pensamiento o mensaje conciente y voluntario.

Pero esta garantía no protege al imputado cuando él es “la prueba misma”, por ejemplo: tener lesiones o tatuajes en su piel, contener en su aparato digestivo bolsas con estupefacientes, integrar ruedas de reconocimiento. En esos casos puede ser obligado a la realización de la diligencia probatoria y sus actitudes omisivas o resistencias pueden validamente ser evaluadas como un indicio en su contra (JAUCHEN, Eduardo, “Derechos del imputado”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, págs. 25/26, en igual sentido, BINDER, Alberto, “Introducción al Derecho procesal penal”, Ad-Hoc, BsAs, 1993, pág.181/82). Se ha señalado que de este modo se quiere evitar que una extensión del derecho a no autoincriminarse prive al Estado de los mecanismos precisos para ejercitar su *ius puniendi* (VILLAMARÍN LÓPEZ, obra citada).

⁴¹ Art. 75, inc 22 de la CN, art 26 de la DADH, art. 11 de la DUDH, art. 8.2 de la CADH y art. 14.2 del PIDC y P.

Sin embargo, se ha señalado que el aumento de los fenómenos de criminalidad organizada y el recrudecimiento del terrorismo sirvió de piedra de toque para cuestionar la

En Argentina es pacífica la prohibición de valoración del silencio. Según la opinión de MAIER tal prohibición se deriva del derecho al silencio, ya que por no existir en el ordenamiento facultades negativas, ésta expresa con ese nombre la veda de extraer alguna conclusión del silencio.⁴³

La presunción de culpabilidad que se deriva de los indicios que pueden desprenderse del silencio o de la falsedad colisionan frontalmente con las actuales tesis de la psicología judicial, según las cuales dichas actitudes no son comportamientos únicamente atribuibles al imputado realmente culpable, sino también al inocente, ya que el recurso a las mismas puede venir motivado no solamente por la necesidad de defenderse sino que puede deberse a otro tipo de razones. Asimismo, se sostiene que la valoración del silencio como indicio de culpabilidad es contraria la presunción de inocencia ya que la culpabilidad debe ser alcanzada a través de la actividad probatoria de la parte acusadora.⁴⁴

V.3.3 VALORACIÓN DE LA MENDACIDAD

Correlativamente a la postura que se adopte respecto del carácter de la declaración del imputado, hay quienes sostienen que éste tiene obligación de veracidad al declarar, mientras que otros sostienen que tiene derecho a mentir, una tercera postura no admite un derecho a mentir, pero tampoco impone la carga

bondad del derecho a guardar silencio, entendido en términos tradicionales. En España el Tribunal Constitucional ha confirmado una doctrina sentada por numerosas audiencias provinciales y defendida también por el Tribunal Supremo, por la que se permite extraer consecuencias negativas del silencio del imputado, siempre que se cumplan las siguientes exigencias: a) que el silencio no sea el único elemento en que se funde la condena, b) que no haya existido coacción en la toma de la declaración y c) que en el caso concreto las circunstancias exijan una explicación del imputado (VILLAMARÍN LÓPEZ, obra citada).

⁴² Art. 18 CN

⁴³ MAIER, Julio, "Derecho Procesal Penal-Parte General", ed. Del Puerto, Bs As 2003, tomo II, pág. 255.

⁴⁴ ANGULO, obra citada.

de veracidad. La primera y la última de las posturas enunciadas abren la ventana a la valoración de la mendacidad.

También en este caso, al igual que ocurre con la valoración del silencio, la valoración de la mendacidad como indicio de culpabilidad o como agravamiento de pena vulnera las garantías de presunción de inocencia, de legalidad, de culpabilidad y de defensa.

Si bien en la legislación argentina no se impone la carga de decir verdad, no faltaron voces jurisprudenciales que intentaron valorarla negativamente, sea como indicio de culpabilidad o como circunstancia agravante del ilícito objeto del proceso.⁴⁵

La atribución de indicio de culpabilidad a las manifestaciones del imputado coloca a la declaración como *medio de prueba*. Una contradicción en si misma no genera ninguna convicción, de ella no se sigue certeza alguna, y es por ello que no corresponde valorarla como indicio de culpabilidad. Antes bien, serán las pruebas de cargo las que generen la certeza para la condena y las que permitan descartar la versión brindada por el imputado.⁴⁶

La asignación de un grado mayor de reproche punitivo, traducido en más cantidad temporal de pena, resulta aun más vulnerante. No puede pasar inadvertido el defecto lógico y dogmático que aquella implica. En efecto, existe en dicho juicio de valoración una diversidad de objetos que lo torna inválido. El juicio de determinación de la pena mira el hecho del pasado que se le atribuye a la persona, el mismo hecho que fue objeto del juicio. La conducta mendaz del imputado no forma parte de aquel hecho y por eso no puede formar parte de aquel juicio de reproche. Esta confusión -y vulneración al principio de culpabilidad- se traduce así en una violación al principio de legalidad, ya que impone pena -más

⁴⁵ CCCorr de Morón, sala II, 29-9-92, fallo Tuzione.

⁴⁶ ANGULO, obra citada.

cantidad de pena- por una circunstancia que no integra el tipo imputado, que no configura circunstancia personal, ni conducta precedente del sujeto y que ni siquiera configura un tipo penal.⁴⁷

V.3.4 IMPUTACIÓN DE PERJURIO

La tipificación del perjurio del imputado implica la legalización de la carga de veracidad y la sanción de su inobservancia, pero fundamentalmente transforma a la declaración del imputado en un medio de prueba, desvirtuando su naturaleza de acto de defensa.

En cuanto a la extensión del derecho a no declarar contra si mismo, y a no confesarse culpable, dicha formulación admite implícitamente el derecho a mentir ya que el ejercicio de estos derechos por parte de quien sea autor del hecho imputado, una vez que haya decidido no ejercer el derecho a guardar silencio, es declarar mendazmente, por cuanto el imputado podrá no declarar contra sí mismo y no confesarse culpable y ello significará en muchas ocasiones declarar falsamente como proyección del derecho de defensa.⁴⁸

⁴⁷ Idem.

En la medida en que se pretenda garantizar ampliamente el derecho de defensa del imputado, la valoración de la conducta procesal para agravar la pena debe constituir un tabú. Así se rechaza casi unánimemente la posibilidad de agravar la pena por el silencio o por negar el hecho. Sin embargo, la cuestión no parece estar tan clara cuando se trata de premiar la colaboración durante el proceso con una rebaja de pena. De ese "premio" puede derivar, indirectamente, un agravamiento de pena para quien hace uso de su derecho a negarse a declarar -aunque esta es la tendencia en materia de política criminal con figuras como la del "arrepentido"-. Convertir a la confesión y a la atenuación de pena en objetos de trueque puede tener efectos nefastos, pues hacerle saber al imputado que su confesión posiblemente lo libere de una pena grave y reduce de ese modo, su libertad de decisión considerablemente. La restricción del derecho de defensa sólo puede ser evitada mediante la prohibición de valorar la conducta procesal en cualquiera de sus formas, pues sólo esto elimina el riesgo de que los jueces caigan en la tentación de valorar negativamente, de forma explícita o velada, que el imputado se haya negado a declarar (ZIFFER, Patricia, "Lineamientos de determinación de la pena", ed. Ad-Hoc, BsAs, 1996, págs. 173/5).

⁴⁸ ANGULO, obra citada.

Viene al caso aclarar que el derecho a no ser obligado a autoincriminarse tiene diferentes concepciones según sea su fuente, entre las dos principales tradiciones de

Además, el fin de la declaración del imputado no puede ser contribuir al descubrimiento de la verdad, sino que su fin es defender, mejorar, aliviar el interés del imputado.⁴⁹

VI. EL MENOR Y SU DERECHO A SER OÍDO

En el caso particular del menor, además de todas las consideraciones previas, entra en juego para delimitar los alcances de su derecho a ser oído, la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN).⁵⁰ Este instrumento internacional consagra disposiciones que garantizan los esenciales derechos del menor cuando es sometido al conocimiento de los órganos jurisdiccionales.⁵¹

enjuiciamiento: la anglosajona y la de Europa continental. Uno de los puntos donde existe mayor distinción entre los sistemas procesales es precisamente este llamado “derecho al silencio”, si bien tiene un origen común en ambos, es decir, la reacción contra ciertos métodos instructorios que daban lugar a crueles tormentos, ciertamente las sustentaciones ideológicas fueron diferentes y no condujeron a idénticas soluciones. En la inglesa la comparecencia del imputado a declarar es voluntaria, pero si opta por hacerlo se le atribuye la calidad de “testigo en causa propia”, debiendo prestar juramento de decir la verdad. En el sistema mixto francés y luego proyectado al resto del continente, tiene obligación de comparecer pero se prohíbe tomarle juramento y se admite su declaración mendaz (ver JAUCHEN, obra citada, págs.183 y 187).

⁴⁹ El acusado no está obligado a proporcionar prueba en su contra, no está obligado a confesar ni a facilitar al tribunal la prueba de su culpabilidad, aun en el caso que, como consecuencia de esta conducta, se prolongue o dificulte el proceso (*nemo tenetur se ipsum proedere*). Tampoco puede serle prohibido por el derecho el eliminar pruebas de cargo (ZIFFER, obra y págs. citadas).

⁵⁰ El derecho del menor a ser oído ha sido interpretado por la doctrina como un resguardo compartido por el sujeto menor de edad con el catálogo de acreencias procesales del imputado adulto. Se lo ha definido como el derecho a “*tener debidas y efectivas posibilidades de ser oído durante todo el curso del procedimiento, de efectuar instancias o indicaciones y dirigirse por sí o por sus abogados a las autoridades competentes y ofrecer pruebas, y de no ser en ninguna circunstancia y por ningún medio, obligado a declarar y/o realizar actos que impliquen reconocimiento de culpabilidad*”. (GONZÁLEZ del SOLAR, José H., “Delincuencia y Derecho de Menores”, Depalma, Bs As, 1995).

⁵¹ En los arts. 16 y 40 se establecen los principios de respeto a las garantías de la defensa en juicio, a la intimidad, a la jurisdicción, a no suministrar cargos, a la presunción de inocencia, a medidas sustitutivas, a medidas alternativas a la internación, a la recurribilidad y a la celeridad procesal.

En este sentido, el art. 40, in.2 de la convención establece las siguientes pautas: a. vigencia de la ley nacional o internacional al momento de comisión del hecho, b. presunción de inocencia, c. información sin demora y directa de los cargos, d. asistencia

En 1990 Argentina ratificó la CDN (ley 23.849) y en 1994 la incorporó a la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22), con la máxima jerarquía existente en el ordenamiento jurídico interno. De este modo, se asumió el compromiso de garantizar el respeto de los derechos de los niños y adolescentes y de modificar las legislaciones y prácticas que no se adecuen a ella, “compromiso que, en parte, aun tiene temas pendientes”.⁵²

Una de las características fundamentales de la CDN es la construcción de una nueva concepción del niño y sus relaciones con la familia, la sociedad y el Estado, la cual se basa en el reconocimiento expreso del menor como sujeto de derecho, en contraposición a la idea predominante del niño definido a partir de su incapacidad jurídica.⁵³

La interpretación de la CDN, en tanto instrumento de protección de los derechos de infancia, debe hacerse conforme el principio del “interés superior del niño” y en tanto instrumento de derechos humanos, por el principio *pro homine*. El primero implica la satisfacción de sus derechos en forma integral y reafirma el principio de la no discriminación para su definición, el segundo *“es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a*

para la defensa, e. tramitación sin demora por autoridad competente, independiente e imparcial, f. prohibición de declarar contra sí mismo, g. derecho a interrogar o hacer que se interrogue a testigos, h. derecho a que toda medida se someta a autoridad competente, independiente e imparcial, i. asistencia gratuita de intérprete de idioma y j. respeto a la intimidad.

Todas estas previsiones, sumadas a las contenidas en el mismo art. 40 de la convención relacionadas con el trato digno (inc. 1), establecimiento de edad mínima de incapacidad -inc. 3, a-, tratamiento sin procedimiento judicial en casos posibles -inc. 3, b- y adopción de medidas tutelares -inc.4-, conforman un plexo de disposiciones que concurren a afianzar los derechos del menor en los supuestos donde debe ser considerada su conducta cuando se alegue que ha infringido las leyes penales.

⁵² TERRAGNI, Martiniano, “Justicia Penal de Menores”, La Ley, Bs As, 2008 pág. 10.

⁵³ TERRAGNI, obra citada, pág. 3.

*la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones ...este principio es...estar siempre a favor del ser humano”.*⁵⁴

El derecho de defensa se encuentra contemplado en la CDN, en sus dos aspectos: defensa material, derecho a ser oído o autodefensa, y defensa técnica o derecho a una asistencia jurídica especializada. La defensa material se funda en el derecho del niño a ser oído, -que incluye su silencio como manifestación de su expresión-, y a que sean tenidas en cuenta sus opiniones en todo procedimiento, judicial o administrativo, donde estén en juego sus derechos o intereses.⁵⁵

Dicho esto, cabe preguntarse si es la declaración del imputado (en los términos del art. 294 del CPPN) el medio adecuado para satisfacer el derecho del menor a ser oído, o en otras palabras, si es la declaración indagatoria *realmente* un acto de defensa.

VII. LA DECLARACIÓN INDAGATORIA COMO MEDIO DE DEFENSA EN EL CPPN

Se ha dicho que la declaración prevista en el art. 294 CPPN es un medio de defensa material, por ser “la primera ocasión que el imputado de un hecho delictuoso tiene de defenderse, al ser escuchado ante el juez que tiene la instrucción del sumario y exponer todo lo que crea conveniente a sus derechos”,⁵⁶ pero, ¿es ello suficiente para ser considerado un verdadero medio de defensa?

Alguien podría agregar que además, el ordenamiento procesal argentino recepta la garantía constitucional (e internacional) de no ser obligado a declarar contra sí mismo, ya que, el imputado tiene derecho a negarse a declarar, no se le toma juramento, no se valora negativamente su silencio o mendacidad, ni se

⁵⁴ TERRAGNI, obra citada, con cita de Mónica Pinto (nota nº 12).

⁵⁵ Art. 12 CDN

⁵⁶ CATUCCI, obra y págs. citadas.

imputa perjurio,⁵⁷ pero aun así, ¿podemos decir que la declaración indagatoria regulada por el CPPN es la manifestación procesal de la garantía constitucional a “ser oído”? Es decir, ¿es realmente *en la práctica* un acto de defensa?

Más allá de las posibles “proclamaciones” que puedan hacerse de la naturaleza jurídica del acto de declarar, es la *forma* bajo la cual se lleva a cabo la indagatoria del imputado y sus *efectos* lo que denota su carácter y finalidad.

Ello por cuanto, ciertas previsiones que rodean a esta diligencia procesal le otorgan características que permiten dilucidar el fin verdadero -o por lo menos primordial- que persigue en el proceso. En este sentido, adquiere esencial relevancia en primer lugar, que la comparecencia al acto de declaración sea *compulsiva*.⁵⁸

En segundo término, y respecto del “silencio” como prerrogativa del imputado, cabe destacar que la manifestación sobre la imputación es *expresa*, debiendo dejarse constancia en el acta que el imputado hace uso del derecho a negarse a declarar. Esta circunstancia es relevante, puesto que la obligación de realizar una manifestación al respecto denota que el acto constituye un *requerimiento a declarar* -al que el imputado tiene derecho a negarse-.⁵⁹

La formulación negativa de este derecho del imputado y la facultad de requerimiento estatal, ponen de manifiesto que el sometido a proceso no puede elegir *voluntariamente* la forma y el tiempo para ejercer su defensa, restringiéndose de ese modo la garantía señalada. En efecto, para que la declaración del imputado revista *realmente* el carácter de acto de defensa debe limitarse a *garantizar el ejercicio del derecho a ser oído*, cumpliendo dicho cometido la mera notificación fehaciente de que tiene derecho a manifestar cuanto tenga por conveniente a su defensa.⁶⁰

⁵⁷ Como se afirmó en el punto VI de este trabajo.

⁵⁸ Además, la decisión judicial de convocar a indagatoria al imputado es inapelable.

⁵⁹ Ver art. 298 CPPN, nota nº 28

⁶⁰ ANGULO, obra citada

Arribados a este punto del análisis, cabe preguntarse si la prohibición de obligar a alguien a declarar en su contra, en tanto garantía constitucional, se encuentra amparada en grado suficiente con la negativa a declarar, o si por el contrario, requiere un espacio de libertad mayor, dejando librado a elección del imputado el momento de hacerlo. En este sentido, la ausencia de juramento no parece ser suficiente.⁶¹

La subsistencia de la estructura inquisitiva ha producido una ineficacia muy profunda que hoy pone en crisis al sistema judicial mismo como sistema de solución de conflictos sociales. Al punto que sucesivas reformas parciales intentaron paliar dicha ineficacia.

La forma en la que se estructura la declaración del imputado en el proceso, representa uno de los puntos neurálgicos que deben encararse en una reforma integral del sistema procesal tendiente a la plena vigencia de las garantías constitucionales. No conviven en armonía institutos como el juicio oral o el jurado, con la obligación del imputado de someterse al acto de la declaración, aunque pueda manifestar que se niega a declarar.⁶²

Desde esta óptica, para ser consecuentes con el sistema propuesto, se debe prescindir *de lege ferenda* del “llamado a indagatoria” y limitar el acto a la sola notificación fehaciente del imputado respecto de su derecho a declarar.⁶³ En esta línea de pensamiento se enmarca el Proyecto de Código Procesal de la Nación 2589-D-04.⁶⁴ Esta propuesta establece, a diferencia del sistema procesal

⁶¹ Por ejemplo, la ley procesal penal de Puerto Rico, establece que si el imputado no se presenta a alegar ante el juez, luego de transcurridos 20 días desde la notificación de la imputación y el derecho de hacerlo, se considerará el silencio como alegación de no culpable -regla 52- (ver ANGULO, obra citada).

⁶² ANGULO, obra citada.

⁶³ MARTÍNEZ VIVOT, Julio, “Consideraciones en torno al imputado”, www.eldial.com.ar.

⁶⁴ En cuyo artículo 81, (“libertad de declarar”), expresa que “*el imputado no será citado a declarar. Sin embargo tendrá derecho a hacerlo cuantas veces quiera, siempre que su declaración sea pertinente...*” y en el art. 77, 2, prevé que el imputado tiene derecho “*a guardar silencio, sin que ello implique presunción de culpabilidad*”.

actualmente vigente, la consagración expresa del carácter voluntario de la declaración del imputado, pretendiéndose de ese modo, “*eliminar la concepción vigente que hace de la declaración indagatoria un acto central de la investigación*”.⁶⁵

Recapitulando, puede decirse entonces, que teniendo en cuenta las formalidades que rodean a la declaración indagatoria en el CPPN, prevalecen sobre su función de medio de defensa, otras funciones.⁶⁶ Si bien no constituye un medio de prueba, ya que no está previamente dispuesta para *asegurar* elementos de prueba, sí puede considerársela “fuente de prueba”, ya que no se puede inhibir al juez que saque del interrogatorio argumentos o elementos a favor o en contra del imputado.⁶⁷

También resulta relevante en este punto, que la jurisprudencia, siempre admitió que la convocatoria del imputado a declarar constituye un acto *persecutorio* que interrumpe la prescripción, posición que tomó carácter legal con la sanción de la ley 25.990 que reformó el art. 67 CP, en ese sentido.⁶⁸ Esta postura -inicialmente jurisprudencial y luego legal- pone de manifiesto la siguiente contradicción: si la declaración indagatoria constituye un medio de defensa no puede considerarse que tienda a impulsar sino más bien, a inhibir la pretensión punitiva.⁶⁹

⁶⁵ Ver “Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación” (expte. 2589-D-04), presentado por Alberto BINDER e Ileana ARDUINO, ed. Ad-Hoc, BsAs, 2004, págs.33/34.

⁶⁶ En este sentido, cabe destacar que el juez tiene la obligación de evacuar las citas del declarante, que coloca a la declaración indagatoria como una importante fuente de prueba.

⁶⁷ CATUCCI, obra y págs. citadas.

⁶⁸ La reforma ha seguido la línea doctrinal del fallo plenario n. 162 de la C. Nac. Crim y Corr., “Czernicer”, del 11/8/92. También la Corte Suprema había señalado a la citación a indagatoria como el primer acto con virtualidad para interrumpir la prescripción por constituir “secuela de juicio” (ver MMARTÍNEZ, Marcela, “Sobre la reforma del art. 67. Individualización de los actos del procedimiento que interrumpen la prescripción de la persecución penal y el triunfo de la tesis del paralelismo”, Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Lexis –Nexis n° 8, abril de 2005, págs.373/81).

⁶⁹ HAIRABEDIÁN, Maximiliano y ZURUETA, Federico, “La prescripción de la acción penal”, ed. Mediterránea, Córdoba, 2006, págs.159/60. Esa contradicción también se

Se ha pretendido que la modificación legal resulta indemne a dicha crítica, argumentándose que lo que interrumpe es la propia *convocatoria a declarar* y no la *audiencia* de recepción. En otras palabras, la materialización de la decisión de llamar a declarar no significa un acto de defensa, sino que evidencia la voluntad de los órganos estatales de llevar adelante el procedimiento, en cambio la declaración en sí efectiviza la defensa material del imputado.⁷⁰

En este orden de ideas se ha dicho que *“El proceso penal no es un proceso que busque la confesión. No obstante, nuestros sistemas procesales, predominantemente inquisitivos sobre todo en la fase de instrucción, no se rigen por este principio y siguen buscando la confesión como uno de los objetivos del proceso”*.⁷¹

Con este telón de fondo y retornando a la declaración del menor no punible imputado, se impone ahora el análisis propuesto sobre las diferentes posturas jurisprudenciales.

VIII. POSTURAS JURISPRUDENCIALES

apreciaba durante el régimen anterior a la reforma en la jurisprudencia de la Corte Suprema, que por un lado interpretaba que los actos de defensa no podían constituir “secuela de juicio”, pero por otro sostuvo que el llamado a indagatoria interrumpía la prescripción (Fallos 197:282 y Fallos 312:1351).

⁷⁰ En los fundamentos del proyecto se apuntó que *“no se trata de un acto de defensa, como es la declaración del imputado...se trata de que la citación a prestar indagatoria que tiene como presupuesto un mérito -si bien provisional- de franco carácter incriminante para el citado”* (ver HAIRABEDIÁN y ZURUETA, obra y págs. citadas). Ver también, el comentario de Carlos LASCANO a los arts. 62 y 63 del CP, en “Código Penal”, David BAIGÚN y Eugenio ZAFFARONI, directores, ed. Hammurabi, BsAs, 2007, tomo 2B, págs. 236/7.

⁷¹ (BINDER, obra citada, pág. 180). *“Históricamente venimos de muchos siglos a lo largo de los cuales el proceso penal ha buscado la confesión como uno de sus objetivos más firmes, aunque casi nunca declarado”* (idem.).

Como se adelantó en el punto IV, hay dos posturas jurisprudenciales contrapuestas:⁷²

A) la que considera que antes del sobreseimiento corresponde que el menor imputado declare ante el juez del proceso.

B) la que sostiene que corresponde sobreseer al menor sin convocarlo a declarar.

El punto central de la discordancia radica en qué interpretación cabe darle al orden de prelación de las causales sobre la procedencia del sobreseimiento, establecido en el art. 336 CPPN.

Dicha norma procesal dispone que *“El sobreseimiento procederá cuando:*

- 1. la acción penal se ha extinguido*
- 2. el hecho investigado no se cometió*
- 3. el hecho investigado no cuadra en una figura legal*
- 4. el delito no fue cometido por el imputado*
- 5. media una causa de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad o una excusa absolutoria...”*

Para la postura A debe cumplirse necesariamente el orden, de manera que no corresponde invocar la causal nº 5 para sobreseer si no han sido previamente descartadas las causales anteriores. La posición contraria B, entiende que si *a priori* el imputado es inimputable, corresponde sobreseer por esa causal, sin que sea necesario ahondar en las demás.

Los argumentos en los que se sustentan estas corrientes jurisprudenciales son los siguientes:

⁷² Estas dos posturas constituyen la opinión de las diferentes Salas que componen la Cámara Nacional de Apelaciones Criminal y Correccional, tribunal de alzada que revisa las resoluciones de los juzgados nacionales de menores.

POSTURA A

“La mera circunstancia de que se trate de un menor inimputable, aun cuando en última instancia derivaría en dictar a su respecto el sobreseimiento por la causal prevista en el art. 336, inc.5 del CPPN, no autoriza a ignorar el orden de prelación bajo el cual, obligatoriamente, debe analizarse la situación del imputado -art 337-, puesto que su inimputabilidad no permite descartar *a priori* que pueda arribarse a igual temperamento, más no ya con fundamento en su minoría de edad, sino por cualquiera de las otras causales previstas por el CPPN. Debe evaluarse previamente si los elementos reunidos tienen entidad suficiente para considerar que el menor cometió el hecho endilgado y expedirse al respecto. Sólo al acatar el orden de prelación establecido con carácter obligatorio y descartadas las hipótesis previas, el dictado del sobreseimiento fundado en la causal del inc. 5 del art. 336, aparecería ajustado a derecho. Por ello, al no haberse manifestado la juez de primera instancia respecto de la posible autoría del menor, se ha vulnerado el principio de inocencia y, por lo tanto, corresponde revocar el sobreseimiento dictado”.⁷³

“No es lo mismo que un menor resulte sobreseído por ser ajeno al hecho que se le imputa o porque es inimputable en razón de su edad”.⁷⁴

“Frente a un acusado inimputable, si falta la certeza absoluta respecto de su ajenidad en el hecho investigado, no corresponde aplicar el art. 336, inc.5, ya que de lo contrario se estima vulnerado el orden sistemático determinado por el método analítico impuesto a partir de la teoría del delito, dejando invertida la carga de la prueba al exigirle por vía indirecta la acreditación irrestricta de su responsabilidad penal, dato que conculca el principio de inocencia”.⁷⁵

⁷³ CCC sala IV, causa 22.357, del 21/11/2003.

⁷⁴ CCC, sala IV, causa “M.B. y otro s/hurto”, del 13/4/2005. *idem* del mismo tribunal, causa 27.717, del 23/8/2005, causa 22.504, del 22/10/2003, causa 28.377 del 15/3/2006 y causa 20.623 del 20/3/2003.

⁷⁵ CCC, sala VI, causa 19.080, del 8/8/2002.

En igual sentido, se dijo que previo a desvincular a un menor del proceso, éste debe ser oído a tenor del art. 294 del CPPN, tal como lo disponen los arts 12 y 40 de la CDN” CCC Sala VI, causa 37.244 del 19/5/2009.

POSTURA B

“La inimputabilidad del menor reviste preeminencia sobre las restantes causales en las que debe asentarse un sobreseimiento, por ello se configura el sobreseimiento conforme al art. 336, inc. 5, CPPN”.⁷⁶

“No constituye agravio suficiente decir que no se ha respetado el orden de prelación establecido como causales de sobreseimiento -art 336- sin que se postule cual seria la hipótesis omitida, ya que pretender dilucidarla mediante el avance de la investigación -a través de la convocatoria a prestar declaración indagatoria a un menor no punible- podría constituir un perjuicio para el imputado”.

77

“La intervención penal debe usarse como ultima ratio para la resolución de conflictos ...no se advierte la necesidad y la utilidad de someter a un menor de doce años a la intervención del *ius puniendi*, para que ejerza su derecho de defensa en juicio al sólo efecto de analizar la materialidad del hecho y despejar su responsabilidad evitando de ese modo las posibles acciones civiles, cuando en otra sede mediante el correspondiente juicio ordinario se puede resolver la cuestión con menos costo para el menor que se pretende someter a juzgamiento”.⁷⁸

“Desde que para el juez es ineludible dictar sobreseimiento y que esta solución depende exclusivamente de la ley -art. 1 de la ley 22.278-, carece de sentido toda referencia a la eventual responsabilidad del menor y por tanto que se cumplan actos como la indagatoria...por el contrario, estimo que ello importaría una actuación procesal que evidentemente se opone a la voluntad de la ley de evitarla y ello no es contrario a la CDN”.⁷⁹

⁷⁶ CCC sala V, causa 19362, 9/4/2002, causa 17.372 del 11/12/2001, causa 27.926, del 15/11/2005.

⁷⁷ CCC sala VII, causa 27.540 del 29/9/2005.

⁷⁸ CCC sala VI, causa 33.624, del 27/11/2007. idem CCC, Sala I, causa 28.228 del 24/4/2006.

⁷⁹ CAP de Bahía Blanca, Sala I, causa 38.846, del 10/8/2007.

IX. SOLUCIÓN PROPUESTA

Frente al panorama jurisprudencial descrito, cabe concluir que detrás de las diferencias en torno a la interpretación del orden impuesto por el art. 336 CPPN, subyace la cuestión de qué jerarquía debe otorgársele a la protección del niño imputado en el marco de un proceso penal que no hace distinción con la situación del adulto, respecto de la imposición legal de formalidades en su declaración, y que en la práctica no representan el debido resguardo de su “derecho a ser oído” y por lo tanto, de su garantía de defensa.

Este análisis debe estar regido por el principio del *interés superior del niño* que impone la CDN⁸⁰, y debe consistir en poner en uno de los platillos de la balanza la necesidad de proteger al menor de situaciones traumáticas -y consecuencias gravosas- propias de la aplicación del art. 294 CPPN y en el otro, la necesidad de garantizar su derecho de ser oído (efectivizado en la práctica a través de la declaración indagatoria).

⁸⁰ Que en tanto principio interpretativo por excelencia del cuadro fáctico y legal aplicable, posee la característica de integralidad, puesto que debe armonizarse con el resto de los principios que rigen la CDN y también la normativa nacional en materia de menores sujetos al proceso penal, considerando el derecho vigente en la materia, como una totalidad que se basta a si misma (GONZÁLEZ del SOLAR, José H., “Delincuencia y Derecho de Menores”, Depalma, Bs As, 1995). En la práctica, este principio implica que se debe evitar al menor cualquier acto procesal que lo afecte moralmente tanto en la averiguación del hecho como en las medidas de seguridad que se le apliquen.

El interés superior del niño debe interpretarse en el sentido de que su desarrollo y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como principios rectores para la elaboración y aplicación de normas en todos los órdenes relativos a la vida del niño y que el Estado debe valerse de instituciones que dispongan de personal adecuado y medios idóneos en este género de tareas. Ello conlleva a tomar las medidas menos estigmatizantes para el niño, por eso no se entiende que en Argentina se convoque al menor no punible imputado en los términos del art. 294 y no conforme al art. 12 CDN. En el caso de efectivizarse la audiencia del menor, la autora sostiene que debería aplicarse el procedimiento del art. 250 bis del CPPN (con la presencia de un psicólogo especialista en niños, en recinto especial, etc.) -que si bien está previsto para la víctima, debe extenderse su aplicación al testigo y al imputado cuando es un menor no punible (ALONSO, Silvina Andrea, “Derecho del niño a ser oído: ¿Derecho irrenunciable o carga procesal?”, disponible en www.terragnijurista.com.ar)

Así planteados los términos de la cuestión, creo que ninguna de las dos posturas jurisprudenciales descritas soluciona adecuadamente el problema, ya que en ambos casos la balanza se desequilibra en uno u otro sentido.

La postura A, en aras de proteger el derecho de defensa del menor, le impone declarar -con lo traumático que puede resultarle ese evento⁸¹-, cuando en realidad, de ese modo (es decir aplicando la forma de la indagatoria según lo dispone el CPPN) no podríamos decir que se satisfaga su derecho a ser oído, en los términos de la CDN.⁸²

En este sentido, ordenar la declaración indagatoria del menor inimputable - en ciertos casos, niños de tan solo 10 años de edad al momento del hecho-, con la exposición directa y personal ante un juez penal, respecto de una conducta que jamás puede ser considerada delito por faltar el presupuesto de la imputabilidad, es una medida que se contrapone a los principios de la CDN en cuanto a que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencias especiales.⁸³

⁸¹ Se ha descrito el “sufrimiento” que en general padecen los imputados al momento de declarar en indagatoria, en estos términos: *“La situación generada en un interrogatorio es de conflicto, ocasionado por la elección entre dos alternativas negativas. En general el sujeto tiene en su mente las consecuencias, algunas inmediatas como la pérdida del honor, otras diferidas como la cárcel, además de sentimientos difícilmente controlables: remordimiento, culpabilidad, mala conciencia... También sufre la tensión de determinadas tendencias: necesidad de hacer partícipe de sus actos a otra persona, de descargarse de ellos mediante la participación de otros. La situación tanto previa al interrogatorio como en su desarrollo genera tensión y es objeto de presiones internas tendentes a no prolongar la situación desagradable. Consecuencias, sentimientos y tendencias no operan en la misma dirección, por lo que se establece un estado de conflicto dirigido al proceso de elección: confesar y aguantar las consecuencias, o no hacerlo y padecer la desagradable situación”* (SEGURA ORONICH, Andrés, “El imputado y el testigo ante el juez- Psicología del interrogatorio”, Cedecs, Barcelona, 1998, pág. 147).

⁸² Sin embargo, BIDART CAMPOS destacó que la indagatoria no ha de verse en desmedro del menor imputado, sino a la inversa, como una forma de darle intervención necesaria a que por su edad tiene derecho conforme a la regla del debido proceso y a la CDN. Lo hizo al comentar un fallo donde la juez sostuvo que aun en el caso de menores inimputables debe procederse a la comprobación del delito –según lo exige el art. 1 de la ley 22.278-. La magistrada agregó que si tal verificación excluyera la posibilidad de permitir al imputado el ser escuchado ante la autoridad judicial, con todas las garantías del caso, se afectarían indiscutibles garantías constitucionales como la defensa en juicio (ver JNM n°4, c.45.398, “P.,A. L.”, del 27/8/93, ED 154, págs. 687/9).

⁸³ Principios que reivindican una protección especial, ya enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, que estableció que *“el niño por su falta de*

Por otro lado, tampoco corresponde, según lo entiende la postura B (aun cuando sea para proteger al menor del trauma de la indagatoria) cercenarle la oportunidad de ser oído, que le confiere la CDN.⁸⁴

En la convocatoria del menor no punible a indagatoria se superponen dos finalidades: por un lado la necesidad de investigar⁸⁵ -y que eventualmente de allí surja que no se cometió el delito o que no ha sido cometido por el menor- y *en ese marco*, la necesidad de garantizar la defensa del menor y dentro de ésta, el derecho a ser oído. Es decir, detrás del objetivo alegado para justificar la citación a indagatoria, (derecho a ser oído), subyace en realidad otra finalidad, (investigación) y a la que se subordina el primero, como un fin secundario.

Luego de todo lo expuesto, cabe reflexionar que del modo como está configurada la declaración indagatoria “sirve” más al “objetivo principal” que al

madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal antes y después del nacimiento”.

⁸⁴ Art. 12 y art. 40, apartado 2, inc. iv.

Se ha dicho que concluir el proceso penal del menor no punible, una vez corroborada la menor edad y/o que el monto de la pena no exceda los dos años dictando un auto de sobreseimiento, ignoraría el derecho que tiene el niño no punible a ser desvinculado del proceso por otras causas que previamente se deben examinar, tales como que el hecho atribuido no constituya delito o que el niño no sea el autor de éste (ver DE ROSA, Pablo y OLIVERA, Claudia, “El derecho a ser oído de los niños y adolescentes no punibles como verdadera manifestación del estado constitucional de derecho”, disponible en fiscaliablanca.mpba.gov.ar).

También en este sentido fueron expresadas las conclusiones de las “XX Jornadas de Reflexión de la Asociación Argentina de Magistrados, Funcionarios y Profesionales de la Justicia de Niñez, Adolescencia y Familia”, que respecto del menor no punible se concluyó que *“debe ser oído bajo las garantías del debido proceso. Hace al derecho de defensa en juicio. Se debe determinar sumariamente el cuerpo del delito y la participación del joven (art. 1 ley 22.278) no es lo mismo ser dispensado jurídicamente que ser declarado inocente”.*

⁸⁵ Art. 1 ley 22.278, “si existiere imputación contra alguno de ellos [menores no punibles] la autoridad judicial lo dispondrá provisoriamente, procederá a la *comprobación del delito*, tomará conocimiento directo del menor, de sus padres, tutor o guardador y ordenará los informes y peritaciones conducentes al estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en que se encuentre”.

“subordinado”. Al optar entonces por el llamado a indagatoria del menor no punible, se prioriza la necesidad de investigar el hecho.

Pero, creo que el derecho del menor a ser oído (del modo consagrado en la CDN) está por encima de la necesidad de investigación, y si se concluye que el llamado a indagatoria en los términos del art. 294 no lo satisface adecuadamente y puede traerle consecuencias negativas, debe optarse por no *convocarlo* a declarar, pero sí crear una instancia de diálogo entre el magistrado y el menor que sea *optativa* para éste. En efecto, la contracara del derecho a ser oído del menor imputado, es la obligación del Estado de brindarle la posibilidad de ejercerlo, respetando las previsiones de la CDN, pero no la de obligarlo a comparecer como exige el art. 294, porque ello implica subordinar el derecho a ser oído al objetivo de investigar en el proceso.

La CDN en su art. 40, apartado 2, inciso iii), dispone que la causa será dirimida por una autoridad judicial en una audiencia equitativa conforme a la ley, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño teniendo en cuenta en particular su edad o situación. En igual dirección, el apartado 3, inciso b), del mismo artículo ordena a los Estados Partes, siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a los niños imputados, sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.⁸⁶

La invocación de estos preceptos permite adoptar la práctica de convocar al menor inimputable a declarar en los términos del art. 12 de la CDN, a fin de que ejerza su derecho a ser oído, siendo su asistencia *voluntaria* y no generando

⁸⁶ El párrafo 2 del art 12 CDN especifica que el niño tiene derecho a ser escuchado en todo proceso judicial o administrativo que le afecte, este artículo alude al derecho de expresar las propias opiniones y a que esas opiniones sean tenidas en cuenta a la hora de resolverse una situación que pueda afectar al niño, se trata del “derecho a ser oído”, luego retomado por el art. 40, que no sólo integra la garantía de defensa en juicio como defensa material, sino que hace a la esencia de la nueva condición de la infancia en nuestras sociedades, como sujeto activo de la democracia (ver DE ROSA, Pablo y OLIVERA, Claudia, obra citada).

consecuencia alguna en caso de incomparecencia (es decir el juez resolverá su situación procesal sin ese elemento de descargo).⁸⁷ Esta práctica propuesta sería la consagración de la solución indicada de *lege ferenda* para el caso del proceso penal en general (adultos), según se expuso en el punto VII.

Alguien podría alegar que esa práctica no está receptada por el Régimen Procesal Penal vigente y que por ende, tampoco puede aplicarse al caso de los menores inimputables (ni a los menores punibles). Sin embargo, sobre el punto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) ha considerado que las cuestiones jurídicas que involucran a la infancia deben ser analizadas partiendo de la CDN, lo cual se encuentra en sintonía con una corriente que considera que las normas internacionales de derechos humanos incorporadas al texto constitucional *deben ser aplicadas directamente y tienen jerarquía suprema*.⁸⁸

Sobre la base de diversas disposiciones de la CDN, la CSJN reafirmó que los niños tienen los mismos derechos reconocidos a todas las personas y además gozan de una protección especial por ser sujetos en desarrollo.⁸⁹

El alto tribunal advirtió la tensión entre los derechos especiales reconocidos a las personas menores de edad y las normas jurídicas del régimen penal de la minoridad cuando regula los casos de los imputados no punibles. Precisó también que los magistrados, frente a un imputado no punible que cometió un delito, *“deben aplicar medidas de protección -y no sanciones- evitando en forma prioritaria la privación de la libertad. De este modo se procura evitar la estigmatización y el efecto criminógeno que genera la institucionalización”*. El

⁸⁷ Va de suyo, que esta solución debe ser también la que se aplique al menor imputable o punible (el que al momento del hecho tenga entre dieciséis y dieciocho años).

⁸⁸ “Recurso de hecho deducido por el Fiscal General ante la Cámara Nacional de Casación Penal en causa n^a 7.537”, del 2/12/2008, citado por TERRAGNI, obra citada, pág. 53

⁸⁹ TERRAGNI, obra citada, pág. 53.

mismo razonamiento debe usarse para concluir que no corresponde convocar compulsivamente a indagatoria a un menor inimputable.⁹⁰

Por último, sólo resta agregar que esta solución propuesta ha sido aplicada por un Juzgado de Menores de Primera Instancia, que ha expresado lo siguiente: *“debo entender frente a su incomparecencia (del menor) que no tienen deseo alguno de presentarse en el sumario, de cuya existencia y trámite poseen cabal conocimiento, circunstancia que de cualquier modo no resulta obstáculo para resolver definitivamente su situación procesal, sobreseyendo por aplicación del art. 336, inc. 5 del CPPN, ya que la joven E.B.P. contaba con 15 años de edad a la fecha de la comisión del hecho, por lo que no resulta punible en orden a ilícito alguno habida cuenta de lo establecido en el art. 1 de la ley 22.278...la CDN sólo impone que se de al niño la oportunidad de ser oído sin que exista a mi criterio un imperativo en tal sentido, ya que se trata de un menor de edad no punible por imperio legal (art. 1 ley 22.278), no resultando lógico que para brindar esa oportunidad al niño o a sus representantes legales, se recurra a medios compulsivos (traslado por la fuerza pública), cuando como en este caso, notificados de que se requiere su presentación, no concurren a la citación”.*⁹¹

Es esperable que esta práctica se consolide en la jurisprudencia, para lo cual será necesario que esta “tercera opción” sea admitida por el Tribunal de Segunda Instancia (C.C.C.), en el marco de los recursos interpuestos, donde se mantienen hasta el momento las dos posturas estudiadas, que según se

⁹⁰ Ídem.

⁹¹ JNM n° 4, causa 7.765, “P., E.B.S.” del 18/4/2008. Una postura similar a esta ha sido expresada por la Cámara de Casación Penal en la causa n° 272, del 23/12/94, reg. n° 210/94, donde el tribunal expresó que además de la indagatoria existe otra alternativa, la llamada declaración al sólo efecto de la información sumaria, esa modalidad se desprende de la letra del art. 1 de la ley 22.278, que prevé la posibilidad de interrogar al menor a través del “conocimiento directo” y que ya era de utilidad en el antiguo régimen procesal. Esta circunstancia no se ha modificado con el paso de un sistema procesal a otro, aun cuando en la actual ley 23.984 (CPPN) la indagatoria no implica, como antaño, el procesamiento del individuo.

demonstró, no constituyen una verdadera solución de la problemática planteada. Ello por cuanto, sólo así se mantendrá la balanza equilibrada.

LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DE SU SIGNIFICACIÓN EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PENAL

CARLOS SÁNCHEZ ESCOBAR

*Profesor de la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas (El Salvador) y
de la Universidad Salvadoreña Alberto Masferrer*

SUMARIO. I. Cuestiones Político criminales y dogmáticas. 1. Tendencia político criminal sobre el crimen organizado. 2. Sobre el concepto de crimen organizado. 3. El carácter distintivo de la organización. 4. Estructuración del crimen organizado. 5. Características del crimen organizado. II. La significación del crimen organizado en la legislación penal salvadoreña. 6. El concepto normativo de crimen organizado en el Código Penal. 7. La organización criminal como causa modificativa de la responsabilidad penal. 8. La inclusión del concepto de crimen organizado en el delito de agrupaciones ilícitas. 9. El modelo de criminalidad organizada en la Ley contra el crimen organizado y delitos de realización compleja. 10. El enfoque de la criminalidad organizada en la Ley de Proscripción de Maras, Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones y Organizaciones de naturaleza criminal y la reforma al delito de agrupaciones ilícitas. Bibliografía.

RESUMEN: La presente elaboración trata de reflexionar sobre uno de los temas de mayor actualidad y complejidad en el discurso penal como lo es la criminalidad organizada, para ello se examinan las tendencias político criminales que campean en el actual estado de cosas, examinándose a su vez la significación dogmática de dicho modelo de criminalidad, así como cada uno de los elementos que lo constituyen. Un aspecto importante es el desarrollo que se propone del concepto de crimen organizado en la legislación nacional y sus

implicaciones, es decir las consecuencias en la aplicación de los diferentes instrumentos jurídicos que han normado el fenómeno del crimen organizado.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la realidad social del orden mundial, la criminalidad organizada es un fenómeno que se presenta de manera recurrente, pero bajo distintas manifestaciones, desde perspectivas sumamente violentas, hasta formas refinadísimas, ello hace que el enfoque sobre las organizaciones criminales tenga diferentes perspectivas. Lo anterior determina la importancia que tiene el concepto de crimen organizado, y en tal sentido el trabajo pretende abordar dicho marco, y tratarlo a partir de las características comunes que presentan las organizaciones criminales, también se examina la evolución legal en El Salvador de la conceptualización del crimen organizado, y los aspectos problemáticos de interpretación que presentan el marco conceptual que lo ha ido definiendo, ello desde la creación en el Código Penal del concepto de crimen organizado, hasta la últimas de las leyes que inciden sobre este fenómeno como lo es la Ley de Proscripción de Maras, Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones y Organizaciones de Naturaleza Criminal.

PALABRAS CLAVE: crimen organizado, organización criminal, asociaciones ilícitas, asociaciones o agrupaciones de naturaleza criminal, pandillas.

ABSTRACT: This research tries to approach one of the topics one of the most actual and complex topics of the criminal speech, which is the one of organized crime, for that purpose the criminal-policy tendencies that abound in the actual state of affairs as well as the dogmatic signification of this model of crime will be evaluated, taking into account every element of its constitution. One important aspect is the development about the concept of organized crime that is proposed in the national legislation and its implications, this is therefore, the consequences in the application of the different legal instruments that have regulated organized crime.

Now, it should be noted that in the current social reality of the world order, the organized crime is a phenomenon that presents itself recurrently, but under different manifestations. From very violent perspectives, to highly refined forms, this makes that the approach to criminal organizations have different prospects. This determines the importance that the concept of organized crime has, and in that sense the research pretends to address this framework, and treat it from the common characteristics that presents the criminal organizations. Also will be examined the legal evolution of the conceptualization of organized crime in El Salvador, and the problematic aspects of the interpretation that have the conceptual framework that has been defined it; since the creation of the concept of organized crime in the Penal Code, to the latest laws that impact this phenomenon, such as the Law of Proscription of the Maras, Gangs, groups, Associations and Organizations of criminal nature.

KEYWORDS: organized crime, criminal organization, unlawful associations, organizations and groups of criminal nature, gangs.

Fecha de recepción: 17 de septiembre de 2012.

Fecha de aprobación: 19 de noviembre de 2012.

I. CUESTIONES POLÍTICO CRIMINALES Y DOGMÁTICAS

1. TENDENCIAS POLÍTICO CRIMINAL SOBRE EL CRIMEN ORGANIZADO

El fenómeno del crimen organizado es una cuestión actual pero a su vez sumamente compleja, de las formas en la cuales se expresa la criminalidad, la más acabada de todas se corresponde con la llamada criminalidad organizada, ello supone un rebasamiento de conceptos más tradicionales como formas de connivencia delictiva, ergo la confabulación entre autores y cómplices, la

coautoría y las asociaciones delictivas y agrupaciones criminales que recuerdan las clásicas formulaciones del acuerdo *se sceleri*; las formas de crimen organizado, en el sentido de una corporación criminal para delinquir, es la nota esencial con la cual se presentan las organizaciones criminales complejas, que no se reducen a una sola área del delito y ante cuya necesidad de contención han surgido instrumentos específicos para darles respuesta desde una perspectiva normativa diferente¹, es más, aún en el ámbito estrictamente criminológico se reconocen las particularidades que se derivan del crimen organizado².

Teniendo presente lo anterior, tampoco debe perderse de vista que sobre el fenómeno de la criminalidad organizada, existe una especie de “tentación” en los subsistemas de definición del poder penal, en reducir todos los fenómenos de la criminalidad al crimen organizado, y usualmente cuando se pretende vincular fenómenos criminales con ésta forma de crimen, se hace énfasis en determinado tipo de criminalidad marginal y violenta³, con lo cual se puede perder la

¹ Es oportuno aquí citar por ejemplo la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, cuya finalidad es la cooperación entre los Estados miembros para prevenir y combatir con mayor eficacia el crimen organizado (artículo 1 de dicha Convención); el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Protocolo de Palermo-Trata). En nuestro caso, la citada Convención es ley de la República, puesto que fue ratificada por la Asamblea Legislativa el dieciséis de octubre de dos mil tres, y publicada en el Diario Oficial Número 211 Tomo 361 del doce de noviembre de dos mil tres.

² Así se ha señalado que el crimen organizado no debe ser reducido únicamente a la delincuencia violenta, sino que también se refiere a otro tipo de criminalidad, como la de cuello blanco, es decir a la relación entre crimen y poder político, y a los actos de corrupción que suceden en el ámbito del poder público. Ver: “VIRGOLINI Julio “Los delitos de cuello blanco: Inmunidades y exclusión del derecho en la construcción del problema criminal” en Nueva Doctrina Penal. 2003-B. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2003 p 699.

³ Lo anterior significa reconocer que, estructuras criminales marginales y violentas, como algunas clicas de las pandillas, perfectamente pueden adecuarse al concepto dogmático del crimen organizado, pero lo que estamos señalando, es que tal tipo de criminalidad organizacional no es exclusiva de las pandillas, otros sectores del crimen más sofisticados, menos violentos, también se corresponden con el contenido de la criminalidad organizada, por lo cual reducir tal configuración a sectores de delincuencia violenta, en las cuales quedan comprendidas las pandillas, es una reducción doctrinaria y

perspectiva verdadera de la significación del crimen organizado⁴, ello es un error metodológico –consciente o inconsciente– que genera disfunciones respecto dicho concepto, y encubre otros ámbitos de este tipo de criminalidad, con lo cual debe de prevenirse en la configuración normativa los excesos conceptuales⁵.

En atención a lo anterior debe de repararse, que aunque la criminalidad organizada sea un fenómeno actual en lo social y en lo jurídico⁶, ello no supone

normativa que no favorece a la contención de la criminalidad organizada en toda su amplia gama de diversificación criminal.

⁴ Sobre esa tentación de confundir o separar los tipos de criminalidad según la violencia o la sofisticación se ha expresado: “Se podría sin embargo cuestionar que las diferencias entre ambos fenómenos se deban al diverso *status* social de sus autores y/o al empleo diferencial de técnicas de neutralización para oscurecer la ilicitud. Hay ejemplos de organizaciones criminales que han logrado reciclar su actividad al punto de obtener una cierta inserción social y una imagen de respetabilidad; la evolución de muchas de estas organizaciones, que se han desarrollado desde la más violenta ilegalidad hasta articularse y mimetizarse con las corporaciones que actúan en el mercado legal, ha permitido identificar diversas fases de su trayectorias según un esquema que califica la primera como predatoria, parasitaria la segunda y simbiótica la final. Por último los criminales convencionales también acuden a racionalizaciones de sus actos, las cuales, entre otros objetivos, se dirigen a tribuir a otros criminales delitos más graves, o a sostener que todos cometen las mismas ilicitudes, o que los órganos de Estado no son del todo limpios. No obstante esas semejanzas, es evidente que hay una fuerte tendencia a sostener que no es lo mismo un delito cometido por funcionarios de una corporación en beneficio de ésta o en beneficio propio, utilizando técnicas vinculadas al ejercicio de la actividad económica que les es propia, que el delito cometido por un grupo que presenta imágenes estereotipadas de la criminalidad que recurren con cierta frecuencia y visibilidad al empleo de medios violentos y que extrae sus beneficios del desarrollo de actividades inequívocamente criminales como el juego, la prostitución, la droga etc. Parece ser éste un planteo que tiene claras disonancias con el discurso dicotómico tradicional del sistema penal y de la criminología proclive a reificar la delincuencia en una categoría ontológicamente distinta de la normalidad y que permite de esta manera, al aislar el campo del crimen organizado del ámbito del delito de cuello blanco, establecer algo así como etapas o niveles de criminalidad”. Ver VIRGOLINI Julio E.S. “Crimen organizado: Criminología, derecho y política” en Nada Personal... Ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia”. Virgolini-Slokar. Coordinadores. De Palma. Buenos Aires. Argentina. 2001 pp. 47 a 48.

⁵ En tal sentido ZAFFARONI Raúl Eugenio “En torno al concepto de Crimen Organizado” en Nada Personal... Ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia”. Virgolini-Slokar. Coordinadores. De Palma. Buenos Aires. Argentina. 2001 pp. 9 a 11.

⁶ Al menos una tendencia criminológica es la de presentar a la criminalidad organizada como una nueva forma de aparición del delito. Ver CASAS ZAMORA Ciro “Nuevo enfoque para combatir la delincuencia no tradicional” en Una Oportunidad para Reflexionar. XXV Aniversario del Ministerio Público. Poder Judicial. Ministerio Público. San José. Costa Rica. 2000 p 435.

la habilitación absoluta de la exacerbación de los fines simbólicos del derecho penal, es decir un uso excesivo de la configuración penal y de los fines de la prevención cognitiva, por cuanto ello significa casi siempre un desmedro de las garantías, con poca efectividad penal en cuanto a los resultados que se alcanzan⁷, de ahí que, debe mantenerse el balance racional entre eficiencias y garantías como un límite propio del Estado constitucional, por tal razón, el derecho penal no puede ser construido sobre la base de un derecho penal para enemigos sino para ciudadanos, en el cual para todos impere por común el Estado de Derecho⁸.

Lo anterior significa reconocer, que las normativas que estructuran la persecución de la criminalidad organizada, no pueden estar por sobre el

⁷ En tal sentido se ha dicho: “Es bastante claro que la lógica de la lucha frontal contra la criminalidad, tal y como está postulada en estos momentos, implicará, tarde o temprano, más peligros para la esfera de las libertades de los ciudadanos, por ello estos peligros se pretenden minimizar al utilizar estrategias de los fines simbólicos del derecho penal a fin de tranquilizar a la colectividad, en el sentido de que sus problemas de seguridad están siendo atendidos por los prácticos y por los legisladores. El balance al final de todo el proceso, es el deterioro de las garantías procesales y un vaciamiento de los contenidos de tutela de muchos derechos y libertades constitucionales LLOBET RODRÍGUEZ Javier CHIRINO SÁNCHEZ Alfredo “Principio de oportunidad y persecución de la criminalidad organizada”. Problemas prácticos e ideológicos de un proceso penal eficiente” Ediciones Jurídicas ARETE. San José. Costa Rica. 2002 p 154.

⁸ Es oportuno indicar que en estos casos, no se compaginan los criterios de utilidad y de justicia que deben de acompañar a toda la actividad creadora de las normas punitivas, adviértase que hemos señalado que son los usos excesivos de los instrumentos legales presentados como soluciones “alquímicas” los que restan contenido a dichos paradigmas de intervención penal, ello supone reconoce que la realidad del crimen organizado, requiere también una variabilidad en los instrumentos normativos que se habrán de utilizar para enfrentar tal fenómeno, pero lejos de toda presentación irreal y mediática, usualmente estos programas de intervención punitiva se presentan bajo modelos de extrema represión penal y se presentan a los ojos del ciudadano como los “remedios eficaces de la problemática del delito, una especie de “pomada canaria” casi con cualidades mágicas que puede neutralizar al crimen en toda su extensión. Al contrario estos esfuerzos deben presentarse como lo que son, instrumentos de los cuales se espera una mayor posibilidad de enfrentar un diferente tipo de criminalidad, reconociendo su complejidad, adaptados a la circunstancias de las mismas, sin que ello signifique crear un Estado paralelo, en el cual, no prive el Estado de Derecho, la eficacia de la intervención penal no radica en la limitación abusiva de los derechos y libertades ciudadanas, tampoco puede a nuestro entender fraccionarse el Estado en el cual algunos tengan “derecho” al Estado de derecho, mientras que a otros se les niegue la eficacia del mismo respecto de la protección de sus libertades.

esquema punitivo trazado por la misma Constitución, o dicho de manera más llana, el programa penal de la Constitución no admite excepciones, con lo cual la primacía de garantías, derechos, principios y libertades que se establecen privan sobre el contenido de cualquier ley punitiva, la aplicación de tales normativas en tal sentido tiene que guardar la debida conformidad con la Constitución y con la elemental noción del debido proceso, aun reconociendo la complejidad del crimen organizado, tal manifestación delictiva debe ser contenida desde el Estado de derecho y no desde el Estado de la arbitrariedad.

2. SOBRE EL CONCEPTO DE CRIMEN ORGANIZADO

Una conceptualización de la criminalidad organizada ha de entenderse como un aspecto sumamente complejo⁹, puesto que la dimensión del fenómeno “crimen organizado” presenta un marco bastante “difuso”¹⁰, sin que medie un consenso en la doctrina respecto de la significación que puede acordarse a la criminalidad organizada¹¹, es esta una cuestión dogmática bastante polémica en cuanto a los alcances extensivos o restrictivos que deben tomarse en cuenta para definir que habrá de entenderse por crimen organizado¹², por lo cual el fundamento racional respecto del marco legislativo es susceptible de diversas

⁹ Inclusive desde su perspectiva semántica se reconoce las dificultades para aprehender el concepto, lo cual se grafica con la estética cita sobre el lenguaje de Carrió. ORSI Omar Gabriel “Sistema penal y crimen organizado. Estrategias de aprehensión y criminalización del conflicto”. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2007 p 4.

¹⁰ Sobre este grado de complejidad Ver VIRGOLINI Julio E. S. “Crímenes Excelentes”. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción”. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2004 pp. 217 a 218.

¹¹ Por ejemplo en el pensamiento penal se distingue dentro de este prototipo de la criminalidad organizada: a) organizaciones mafiosas; b) organizaciones criminales sensiblemente mafiosas; c) organizaciones criminales funcionalmente mafiosas; d) organizaciones criminales ambiguamente constituidas que fundamentalmente persiguen fines económicos. Confrontar HERRERO HERRERO Carlos “Criminología. Parte General y Parte Especial”. Dykinson. Madrid. España. 1997 p 484.

¹² Ver GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO Marta “Criminalidad Organizada y Medios Extraordinarios de Investigación”. Colex. Madrid. España. 2004 p 47.

valoraciones¹³, empero las mismas deben de guardar cierta rigurosidad para no generar disfunciones, sobre todo porque con ello, se puede restar eficiencia a la manifestación de las organizaciones criminales, que se ubican en esta escala superior de sistematización en cuanto a la dimensión criminal, una buena opción es tomar como marco la significación que al crimen organizado se la ha dado en instrumentos de carácter internacional¹⁴, debe quedar claro el carácter de concepto marco del cual se parte, lo que importa, no reproducir en su integralidad dicho concepto, por cuanto la técnica de elaboración de una normativa internacional tiene cierta apertura que puede ser no compatible con las normas penales específicas, el carácter de marco, radica en la vinculación de los grandes aspectos del concepto para adaptarlo a las propias legislaciones de acuerdo a las particularidades de cada sistema normativo.

Tampoco podemos pasar por alto, el panorama bastante nebuloso, que presenta el ámbito de la criminalidad organizada y su ámbito definitorio¹⁵, para lo cual desde una perspectiva de racionalidad dogmática –entendemos que a ello aspira el derecho, incluido el penal– requiere de algunas precisiones, la primera

¹³ Reconociendo la difusidad del concepto se señala la definición acuñada en los Estados Federados de Alemania: “el crimen organizado consiste en una comisión planificada de delitos determinados por una ambición de ganancia o adquisición de poder, que en forma individual o conjunta resultan de gran importancia cuando más de dos partícipes actúan en conjunto por un tiempo prolongado: a) utilizando estructuras profesionales o de empresas; b) empleando violencia u otros medios destinados a la intimidación; c) influenciando en la política, los medios, la administración pública, la justicia o la economía”. DENCKER Friedrich “Criminalidad Organizada y Procedimiento Penal”. Traducción de Laura Elbert y Fabricio Guariglia en Nueva Doctrina Penal. 1998/B. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1998 p 481.

¹⁴ En tal sentido, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional bajo el rubro de “grupo delictivo organizado” ha tratado el fenómeno de las organizaciones criminales en el artículo 2 (a) que expresa: “grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener directa o indirectamente un beneficio económico u otros beneficios de orden material”.

¹⁵ Así ZAFFARONI Eugenio Raúl “El Crimen Organizado”. Una categoría frustrada. Editorial LEYER. Santafé de Bogotá. Colombia. Segunda edición. Colombia. 1996 p 17.

de ellas es compatible con diferenciar entre un concepto amplio y restringido de criminalidad organizada¹⁶.

Así crimen organizado, en sentido amplio se refiere a la criminalidad de empresa, la cual comprende todas aquellas actividades, que se desarrollan en relación a las acciones empresariales, constituyendo lo que se conoce como “derecho penal económico”¹⁷, se trata aquí de la criminalidad en la empresa, con lo cual se hace énfasis en una criminalidad de tipo económico¹⁸, que tiene como fundamento la organización y la finalidad estrictamente lucrativa en el sentido de ventajas económicas, es decir un modelo de *Enterprise crime* o *Corporate crime*¹⁹.

Por otra parte, un enfoque en sentido estricto de criminalidad organizada, indica que la misma está constituida por organizaciones criminales, que tienen unas características especiales, que la diferencian de la criminalidad convencional, siendo su finalidad la de cometer masificadamente conductas delictivas homogéneas o heterogéneas; de ahí, la connotación que se le da a la

¹⁶ Sobre tal aspecto la propuesta de VIRGOLINI Julio E. S. “Crimen organizado, Criminología, Derecho y Política” en Nada Personal... Op cit. pp.49 a 51.

¹⁷ Ver en esa línea TERRADILLOS BASOCO Juan María “Empresa y Derecho Penal”. Primera edición. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 2001 p 97.

¹⁸ Sobre los aspectos relacionales entre criminalidad organizada, económica e inclusive criminal de cuello blanco con pormenores valiosos VIRGOLINI Julio E. S. “Crímenes Excelentes”. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción” Op cit. pp. 207 a 216.

¹⁹ Reconociendo esta modalidad del crimen organizado FOFFANI Luigui “Criminalidad Organizada y Criminalidad Económica: la experiencia italiana. Traducción de María José Pifarré de Moner en “Ciencias Penales Contemporáneas”. Revista de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología. Año 1. Número 1. 2001. Ediciones Jurídicas Cuyo. Mendoza. Argentina. 2001 p 291. La figura de la criminalidad de empresa también es reconocida en una perspectiva criminológica en Alemania bajo la denominación de *Unternehmens kriminalität* ciertamente esta visión del hombre de status como un sujeto criminal no es nueva, desde antaño había sido puesta de manifiesta por Sutherland al definir los delitos de cuello blanco en el sentido de “un delito cometido por una persona de respetabilidad y estatus social alto en el curso de su ocupación” SUTHERLAND Edwin “El delito de Cuello Blanco”. Editorial Universidad Central de Venezuela. Caracas. 1969 p 13.

criminalidad organizada estricta como la de “criminalidad como empresa”²⁰; aunque para ello, perfectamente puede utilizarse la “empresa” como sucede con las nuevas modalidades de criminalidad²¹; en razón de ello, se distingue de la criminalidad contra la empresa, la criminalidad desde la empresa²²; sin embargo habrá de tenerse en cuenta que la criminalidad organizada no puede vincularse de manera absoluta a la criminalidad de empresarial²³, ésta última es una importante expresión de aquella, quizá la más “refinada” pero no puede haber una correspondencia absoluta entre delincuencia económica y crimen organizado²⁴

²⁰ En la criminalidad como empresa el presupuesto que la distingue es que la organización criminal, masifica el delito, actúa entonces con la forma de producción empresarial, realizando multiplicidad de delitos sobre áreas específicas y especializadas, o dicho muy resumidamente, la organización criminal, produce en serie las conductas delictivas. Sobre esa especial connotación del modelo de empresa criminal y sus fines ORSI Omar Gabriel “Sistema penal y crimen organizado. Estrategias de aprehensión y criminalización del conflicto” Op cit. p 6.

²¹ Ciertamente, también en las actuales organizaciones criminales, que actúan como empresa, puede darse la variante, de utilizar a las corporaciones empresariales, para disolver ejecutar o encubrir las actividades criminales, aunque estas empresas hayan nacido y operen en un giro lícito, y puede también utilizarse a la empresa como mera fachada de actos criminales. Diferenciando sobre estos aspectos CHOCLAN MONTALVO José Antonio “Criminalidad Organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación” en La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. España. 2001 pp. 235 a 236.

²² Este aspecto es ilustrado de manera magistral al señalar que en la sistemática penal, las prescripciones, definen diferentes conductas delictivas, unas atentan contra la actividad empresarial de ahí la calificación de delitos contra la empresa, pero otras utilizan la estructura empresarial para realizar conductas delictivas de manera organizada, y por ello la calificación de criminalidad desde la empresa, es decir utilizando el estatus jurídico y al estructura empresarial para ejecutar específicos delitos que corresponden a un tipo crimen organizado Ver: “MAZZACUVA Nicola “Criminalidad Organizada y Empresa en “Nada Personal... Ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia”. Virgolini-Slokar. Coordinadores. De Palma. Buenos Aires. Argentina. 2001 pp.189 a 198.

²³ Sobre los diferentes alcances de la criminalidad económica y de la relación de esta con la categoría criminológica de los delitos de cuello blanco, aunque matizando sus diversos aspectos y la necesidad de una judicatura verdaderamente especializada para enfrentar este tipo de criminalidad desde el Estado de Derecho: BORJA JIMÉNEZ Emiliano “Problemas Político-Criminales Actuales de las Sociedades Occidentales”. Parte Especial. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2003 pp. 185 a 186.

²⁴ Sobre ello conviene tener en cuenta que no resulta adecuado generar una identificación absoluta entre crimen organizado y crímenes económicos, así se ha señalado: “Desde luego el concepto de criminalidad organizada es, por un lado, más amplio que el de

3. EL CARÁCTER DISTINTIVO DE LA ORGANIZACIÓN

Si un aspecto fundamental debe destacarse respecto de la criminalidad organizada, es el criterio que la distingue, el cual radica en la “organización”; sin este presupuesto me parece que no puede sostenerse racionalmente la dimensión de crimen organizado; esta cuestión fundamental de organización²⁵, no debe ser entendido como un concepto rudimentario, que se homologue o reduzca a la reunión, planificación, o a la puesta en común en el delito, o en su caso a la participación plural de personas; estos niveles “primarios” de organización –a mi juicio– no son compatibles con la noción que constituye el sentido en forma amplia o restringida de la criminalidad organizada.

criminalidad económica, pues aquél no se agota en la delincuencia económica en sentido estricto sino que engloba otros campos numerosos y diferenciados; por otro lado, sin embargo es más restringido, pues los delitos económicos no están necesariamente vinculados a una estructura organizativa sino que también pueden ser cometidos por sujetos particulares. De hecho existe un reconocimiento de que las diferencias entre criminalidad organizada y criminalidad económica se perfilan de modo mucho más nítido en el paso menos reciente y en cambio ahora van haciéndose más fluidas conforme la delincuencia organizada se infiltra con fuerza en la vida económica legal”. IGLESIAS RÍOS Miguel Ángel “Criminalidad Organizada y Delincuencia Económica. Aproximación a su incidencia global” en Criminalidad Organizada y Delincuencia Económica”. Estudios en homenaje al Profesor Herney Hoyos Garcés. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá. Colombia. 2002 p 21. También señalando esas diferencias MEDINA ARIZA J.J. “Una introducción al estudio criminológico del crimen organizado” en Delincuencia Organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos. Juan Carlos Ferré Olivé. E Anarte Borraello (eds.) Editorial Universidad de Huelva. España. 1999 p 112. Y es que, ciertamente, no puede generarse una homologación absoluta entre la criminalidad económica y el crimen organizado, cierto es, que las organizaciones criminales, delinque adoptando la modalidad de la estructura empresarial, y también que en muchas formas delictivas de especialización, también se comenten hechos criminales utilizando la actividad de las empresas, pero la criminalidad económica, tiene su propia autonomía, y no puede ser absorbida por el crimen organizado como fenómeno delictivo, puesto que como se ha señalado el derecho penal económico, tiene su propia sistemática, sobre este último para ver la conceptualización y evolución del derecho penal económico, es ilustrativo: TIEDEMANN Klaus “Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Especial. Tirant lo Blanch. Valencia. España. 2010 pp. 55 a 65.

²⁵ Sobre lo sustantivo de la organización en la categoría dogmática que se estudia ORSI Omar Gabriel “Sistema penal y crimen organizado. Estrategias de aprehensión y criminalización del conflicto” Op cit. p 5.

Es por ello esencial entender que el concepto de organización en materia del crimen organizado, requiere de una cierta complejidad, que la diferencia claramente de las asociaciones criminales²⁶, de ahí que, la criminalidad organizada pueda presentar diferentes niveles, dependiendo de los requerimientos en los cuales se desarrolle; así, puede constituir una organización criminal con alcance transnacional o solamente nacional; puede tener como finalidad la especialización en un rubro de la criminalidad –criminalidad unidireccional– o puede tener por objeto diversos ámbitos de la criminalidad –criminalidad multidisciplinar– ; puede asumir un modelo único de asociatividad, o un modelo integrado de la misma; puede construir un modelo uni-vertical de organización, o un modelo pluri-horizontal de organización. Como se nota, la breve reseña apenas esbozada, determina la complejidad organizativa, en la cual se estructura una organización criminal en sentido estricto, y ello es peculiar del crimen organizado, ésta clase de corporaciones criminales tienen su sentido distintivo en la organización, misma que no se compagina con otras formas de criminalidad²⁷.

Desde la perspectiva organizacional, la estructura de criminalidad organizada en el sentido de empresa criminal –es decir de organización para cometer delitos– requiere que concurren los siguientes parámetros sin los cuales, es difícil entender una organización criminal en estricto sentido, es decir verdadero crimen organizado, al menos en su forma más acabada, lo cual implica máximos niveles de organización²⁸:

²⁶INSOLERA Gaetano “Nociones de criminalidad organizada: Concurso de personas y delitos asociativos” en Nada Personal... Ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia. Virgolini-Slokar. Coordinadores. De Palma. Buenos Aires. Argentina. 2001 pp. 96 a 97

²⁷ NIÑO Luis Fernando “Criminalidad Organizada” en Crónicas Iberoamericanas. Revista Penal. Número 2. Julio 1998. Editorial Praxis. Barcelona. España. 1998 p 81.

²⁸ De *lege ferenda* el concepto de organización tampoco es pacífico, por ejemplo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español se detallan tres modelos de organización respecto de estructuras criminales: en la sentencia del TS del 12 de enero de 1995 se aludió a un concepto restringido de organización para el cual se requería: a) existencia de una estructura jerárquica; b) fungibilidad de los miembros de la organización; y c) la existencia conocida de un centro de decisiones. Otra forma de organización –acrememente

(a) la actividad de un centro de poder en la organización, en el cual se toman las decisiones de orientación criminal, que hacer, como hacer, quien va hacer, pero a nivel de grandes directrices; (b) distintos de niveles de jerarquía en la actuación de la empresa criminal bien diferenciados, desde la jerarquía hasta los ejecutores y proveedores; sin embargo, los niveles de jerarquía no tienen una interacción directa, sino sectorial, con lo cual, se desconoce por los ámbitos de menor jerarquía, la totalidad de los planes, conociéndose sólo el área que les toca desarrollar; (c) Utilización de tecnología “de punta” y una amplia logística, índices elevados de profesionalidad en las áreas a desarrollar; (d) fungibilidad absoluta de los miembros que integran la estructura criminal en las áreas inferiores; anonimato internivelario para los miembros de las cúpulas. Mientras en la cúpula se tiende a la estabilidad, en los niveles inferiores se tiende a la renovación por inclusión; (e) nivel de obediencia altamente potenciado, y correspondencia disciplinaria al cumplimiento de órdenes; (f) transnacionalidad y corporatividad en el crimen internacional; (g) apariencia de legalidad e infiltración en los centros financieros; (h) y vinculación con centros de poder estatal de mediana y larga entidad²⁹.

Sin embargo es oportuno indicar , que cada sector especializado de la criminalidad organizada presentará sus propias características a nivel de organización criminal y de acuerdo a las áreas en las que con mayor énfasis

criticada por la doctrina española– es el modelo de organización impropio en la cual la organización se asimila a la institución de la coautoría. Sentencia del TS del 1 de diciembre de 1992 y si se nota superada ya por la figura restringida de organización en el precedente primeramente citado. Una forma diferente de organización con un sentido más político criminal fue sostenido en las sentencias del Tribunal Supremo Español del 14 de Febrero y del 3 de Marzo de 1995 en la cual se señalan como características de una organización criminal: a) la concurrencia de diversas personas reunidas con la finalidad de cometer delitos; b) necesidad de una organización y distribución de funciones; 3) jerarquización, aunque no es necesario el conocimiento de los ordenantes; 4) ser parte de la organización.

²⁹ Sobre la particular fenomenología que se expresa en las organizaciones criminales profundamente marcadas por motivaciones económicas y organizacionales es ilustrativo VIRGOLINI Julio E. S. “Crímenes Excelentes”. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción” Op cit. pp. 202 a 203.

realicen sus actividades criminales³⁰, sólo para detallar un ejemplo, es apropiada la cita que hace Joshi sobre las particularidades de las organizaciones criminales en materia de delitos relacionados al tráfico de drogas, a tales efectos se precisa: “a) existencia de una seria planificación y preparación del hecho criminal..; b) la ejecución del hecho será realizada por profesionales altamente cualificados..; c) las ganancias obtenidas se intentan introducir mediante el blanqueo de dinero en la economía legal; d) los grupos mantienen vínculos suprarregionales; e) estructuración fuertemente jerarquizada; f) Gran poder corruptor; g) ámbitos de actuación del más diverso tipo; h) actitud criminal de grupos”³¹.

El aspecto medular que determina a la criminalidad organizada, es precisamente ese carácter organizacional³² pero dotado de una mayor estructuración, no se trata de cualquier organización, sino de una que es por definición compleja en su constitución, distribución y función, es como se ha dicho una nueva forma de “macro-criminalidad” que en su nivel organizativo se distingue de la asociación criminal³³ como en adelante lo tratamos, empero tan importante como la organización resulta el carácter de estructura que la misma

³⁰ Sobre el particular, explicando la racionalidad de la organización delictiva cuando funciona como modelo de empresa VIRGOLINI Julio E. S. “Crímenes Excelentes”. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción” Op cit. pp. 208 a 209.

³¹ JOSHI JUBERT Ujala “Sobre el concepto de organización en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español” en Libro Homenaje a José Rafael Mendoza Troconis. Tomo I. Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Universidad Central de Venezuela. Caracas. Venezuela. 1998 pp. 199 a 200.

³² Sobre el concepto de organización en su sentido criminal se afirma: “La organización criminal es una entidad colectiva ordenada en su función de estrictos criterios de racionalidad. A modo de piezas que se integran en una sólida estructura, cada uno de sus miembros desempeña un determinado cometido para el que se encuentra especialmente capacitado en función de sus aptitudes o posibilidades personales. De este modo, la corporación alcanza los rasgos propios de una sociedad de profesionales del delito en la que se manifiesta un sistema de relaciones definida a partir de deberes y privilegios recíprocos” FABIÁN CAPARROS Eduardo “El delito de blanqueo de capitales”. Colet. Madrid. España. 1998 p 37.

³³ Ver ZÚÑIGA RODRÍGUEZ Laura “Redes Internacionales y Criminalidad: A propósito del modelo de participación en organización criminal” en El Derecho Penal ante la Globalización”. Colex. Madrid. España. 2002 p 51.

ha de presentar, ambos aspectos se han considerado fundamentales para este tipo de criminalidad.

4. ESTRUCTURACIÓN DEL CRIMEN ORGANIZADO

Si la organización es clave para la configuración del crimen organizado como forma extraordinaria de la participación criminal, el desarrollo de tal actividad determina otro aspecto central, el cual es la estructura que presentan los modelos de criminalidad organizacional, en cuyo aspecto volvemos a reiterar, que dicha forma de organización y la estructura criminal que se derive, es variable de acuerdo a las actividades criminales que se desarrollen como finalidad de la entidad mafiosa.

Aun así, es posible resumir las características que ostenta en general las formas de criminalidad organizada³⁴, teniéndose en cuenta, que no todas concurrirán, atendiendo a las necesidades de la propia empresa criminal –por ejemplo la transnacionalidad– empero una verdadera forma de crimen organizado debería de presentar la mayoría de presupuestos que son los que a continuación se detallan, sí es que se trata de una estructura de crimen organizado, por cuanto como ya se ha expresado, en la ejecución de conductas criminales pueden concurrir otras formas de delincuencia plural, a tales efectos en una organización criminal en el sentido que venimos exponiendo concurrirían: I) organización criminal con cúpula de mando; II) Jerarquización estratificada; III) especialización en una o diversas áreas de la criminalidad; IV) finalidad permanente de ejecución delictiva; V) objetivos de lucro en áreas financieras o de dominación política; VI) utilización de una sofisticada logística; VII) Transnacionalidad y organización criminal internacional; VIII) Altos niveles de disciplina y obediencia; IX) fungibilidad de miembros inferiores, distribución de

³⁴ Lo ha sintetizado de manera clara CHOCLAN MONTALVO José Antonio “La Organización Criminal. Tratamiento penal y procesal”. Dykinson. Madrid. España. 2000 p 9. Un buen resumen de las principales características de estas formas de criminalidad las indica ORSI Omar Gabriel “Sistema penal y crimen organizado. Estrategias de aprehensión y criminalización del conflicto” Op cit. p 75.

roles; X) gran capacidad de corrupción; XI) Vinculación con centros de poder estatal; XII) sentido de pertenencia de los miembros a la organización³⁵.

Dicho lo anterior, debe comprenderse que la criminalidad organizada, debe ser pulcramente distinguida de la criminalidad asociada, y de la coautoría sea esta material o funcional, puesto que estas formas de pluralidad criminal, se ven desbordadas por la complejidad de la criminalidad organizacional³⁶, de ahí que, en estos casos la configuración legislativa debe guardar la debida racionalidad al momento de determinar legalmente la consideración sobre lo que debe constituir materia de crimen organizado, o en su caso en el ámbito de la hermenéutica penal, ha de hacerse una interpretación restrictiva, puesto que ni las asociaciones delictivas, ni la coautoría o la participación plural en el delito, deberían importar una verdadera criminalidad organizada, por cuanto ello sería disfuncional para la persecución de la actividad criminal mediante modelos complejos de organización.

En principio es menester reconocer las diferencias conceptuales entre el crimen organizado y otras formas de participación plural en el delito, así la criminalidad asociada, comparte algunos elementos de la estructura de la criminalidad organizada, pero no con la intensidad, ni con la extensión de la

³⁵ Insistiremos nuevamente, las características que se han enunciado no son acumulativas, de tal manera que la existencia o no de una organización criminal no depende del cumplimiento de todas ellas, si es oportuno indicar que a mayores adecuaciones con las particularidades señaladas, mayor complejidad presentará la organización criminal, lo cual elevará su eficacia delictiva, y por ende, una mayor dificultad en cuanto a su neutralización por parte de las agencias del sistema penal. Es menester hacer énfasis en estos aspectos, por cuanto si la criminalidad organizada se entiende como una forma especial de la participación criminal en el delito, y así se estructura su forma de persecución en cuanto a los hechos criminales que se comenten, craso yerro sería confundir la actividad de organizaciones mafiosas que constituyen crimen organizado, con asociaciones criminales o –lo que es peor– con formas de participación en coautoría.

³⁶ Sobre tales aspectos diferenciales, con crítica a la jurisprudencia española en los casos Amedo y Filesa CHOCLAN MONTALVO José Antonio “La Organización Criminal. Tratamiento penal y procesal”. Op cit. pp. 32 a 33.

empresa criminal³⁷. En cuanto a los elementos comunes de la criminalidad asociada se cita: a) organización; b) sentido de pertenencia del sujeto a la asociación; c) Jerarquía; d) distribución de roles; e) objetivos delictivos generales; f) uso meridiano de logística. En cambio la coautoría material o funcional solo asumen mínimos niveles de organización, fundamentados en el reparto de roles para la ejecución del delito.

De ahí que no se puedan hacer analogía respecto de la criminalidad organizada, la criminalidad asociada y la coautoría; tampoco corresponde confundir criminalidad organizada y “criminalidad de masas”; por cuanto estas confusiones únicamente potencian el encubrimiento de la verdadera criminalidad organizada, lo cual ciertamente no permite una verdadera persecución de la misma³⁸; esta misma afirmación equivaldría para aquellas consideraciones que encajan a la criminalidad organizada con estructuras violentas del crimen, por cuanto dicha forma de criminalidad es sólo una de las facetas del crimen organizado, la más visible, precisamente por los métodos utilizados, empero con ello se descuidan formas más complejas y sutiles de las organizaciones criminales³⁹, olvidando una de las notas distintivas del crimen organizado, la cual no es precisamente la violencia, sino la corrupción a todo nivel.

³⁷ Sobre el mismo punto aunque con las diferencias que determina el derecho comparado ORSI Omar Gabriel “Sistema penal y crimen organizado. Estrategias de aprehensión y criminalización del conflicto” Op cit. p 119.

³⁸HASSEMER Winfried “Límites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada”. Traducción de Alfredo Chirino Sánchez. Revista Judicial Justicia de Paz. N° 11. Año V. Volumen I. Enero-abril-2002. CSJ-AECI. San Salvador. El Salvador. 2002 p 4.

³⁹ El aspecto relevante en esta cuestión, es que el crimen organizado no se puede reducir a modelos de criminalidad, violenta, este tipo de organizaciones pueden constituir también crimen organizado, pero no agota el fenómeno de esta clase de delincuencia, también cierto tipo de criminalidad económica puede ser constitutiva de crimen organizado, bajo éste modelo de criminalidad también pueden delinquir actores políticos, es decir la delincuencia política, y también la del ámbito de la corrupción, podría quedar abarcado, si se reúnen las condiciones necesarias por las formas de crimen organizado, por ello, no sería conveniente, mostrar al crimen organizado únicamente desde una perspectiva, violenta –al estilo mafioso, de bandas o pandillas, ello generaría un concepto de delincuente que no reproduciría completamente las distintas formas del crimen organizado. Sobre este último aspecto, e indicando estas cuestiones las cuales pueden

4. CARACTERÍSTICAS DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

La configuración de la criminalidad organizada en el derecho penal debe de guardar cierta racionalidad, tanto en su nivel de garantía como en su ámbito de eficacia, por cuanto por una parte, debe de evitarse con la categoría de crimen organizado, la creación de un mega concepto, es decir de una fórmula que no guarde la debida –o mínima– precisión, con lo cual se incurra en una cláusula indeterminada, y por la otra, un mayor grado de taxatividad en la definición de lo que habrá de entenderse por crimen organizado, permitirá una mayor eficacia en la persecución de este tipo de criminalidad, pues permitirá utilizar los instrumentos legales acordados, sólo a los casos en los cuales se esté en presencia de verdaderas actuaciones de dichas formas criminales.

A tales efectos hemos de considerar básicamente las particularidades que permiten adecuar una organización criminal a los supuestos de crimen organizado, al menos desde una perspectiva material, tales aspectos son los siguientes:

(a) una organización criminal con cúpula de mando. Como se expresó en cuanto a las actividades de una organización criminal, el crimen organizado como forma compleja no sólo requiere una organización, o por decirlo de otra manera, “cualquier organización”, sino de una que refleja una especial estructura decisional, cual es la cúpula, órgano que desarrolla las actividades de dirección dentro del cartel criminal, dicha cúpula tiene como característica, el anonimato entre los restantes miembros de la organización criminal, y sólo es conocida por un número reducido⁴⁰.

ser manejadas de manera estereotipada VIRGOLINI Julio E. S. “Crímenes Excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción” Op cit. pp.198 a 200.

⁴⁰ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ Laura “Redes Internacionales y Criminalidad: A propósito del modelo de participación en organización criminal” 2002 Op cit. p 54.

(b) Jerarquía con modelo de estratificación. La estructura criminal requiere la determinación de una clara jerarquía dentro de la organización, dicha jerarquía es diferente y responde a niveles complejos asimilados en su caso a las formas tradicionales de organización de las empresas de las cuales se toman aspectos esenciales de su constitución, como lo son la organización funcional vinculadas a estructuras jerárquicas⁴¹, y la división de labores a partir de dicha estratificación, con lo que las actividades criminales quedan separadas en diferentes niveles⁴².

(c) especialización criminal. Un aspecto importante dentro de la realidad del verdadero crimen organizado, es el nivel de especialización que los integrantes de la organización adquieren en materia de los hechos criminales que se tienen como parte del llamado “cartel criminal”, no se trata aquí de métodos improvisados, en estos niveles quienes forman parte de una estructura criminal de este rango, adquieren una verdadera profesionalización en el delito, inclusive a veces de manera sectorial, según el área en la cual se requieran de sus destrezas, habilidades y conocimientos, ello es clave para el éxito de los hechos delictivos a ejecutar, y para hacerlo con un mayor grado de eficacia, es decir dejar la menor cantidad de evidencia respecto de los crímenes cometidos⁴³.

(d) finalidad permanente de delinquir. La permanencia de la organización criminal es un aspecto importante para diferenciarla de los modelos de coautoría, pero además dicha permanencia tiene un aditivo, el cual se vincula al llamado programa criminal de la organización, la organización existe como tal para

⁴¹ El aspecto estructural de la organización para cierto sector de la doctrina es un elemento fundamental para la identidad del crimen organizado y para su diferenciación, la cual le aporta el carácter de una entidad independiente de sus miembros, lo cual determinaría un aspecto fundamental del crimen organizacional, por lo que organización y estructura aquí aparecen como conceptos distintos, bellamente metaforizados. Ver ORSI Omar Gabriel “Sistema penal y crimen organizado. Estrategias de aprehensión y criminalización del conflicto” Op cit. pp. 43 a 44.

⁴² Ver CHOCLAN MONTALVO José Antonio “Criminalidad Organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación” Op cit. p 245.

⁴³ Respecto de la profesionalización ver ZÚÑIGA RODRÍGUEZ Laura “Redes Internacionales y Criminalidad: Op cit. p 54.

ejecutar determinados delitos y alcanzar fines específicos⁴⁴, no se trata de hechos delictivos azarosos, al contrario el cometimiento de las infracciones penales, es un aspecto fundamental, lo cual, ya se ha vinculado a la especialización⁴⁵, por ello tal permanencia sólo se explica, cuando se trata materialmente de una estructura de crimen organizado, a partir del diseño de la programática delictiva, la permanencia de la estructura criminal está vinculada a la ejecución de determinados delitos, con lo cual en materia de organizaciones criminales, es un parámetro que la diferencia de las asociaciones delictivas⁴⁶.

(e) objetivos de lucro en áreas financieras o de dominación política. Aspecto esencial de la criminalidad organizado, al menos desde su perspectiva material, es la finalidad de lograr beneficios económicos, el verdadero crimen organizado responde a la dinámica de los fines lucrativos sean estos estrictamente económicos o de ventajas materiales⁴⁷. Precisamente el cartel de

⁴⁴ En efecto, sobre el alcance de la permanencia y su actuación en las organizaciones criminales se ha dicho: “Lejos de agotarse en sí misma, la infracción penal, por grave que sea, es despojada de esa autonomía para pasar a ser un elemento más de un programa preestablecido que se prolonga indefinidamente en el tiempo. En estas condiciones, el clan subordina todas y cada una de sus intervenciones a la unidad del fin general y global del sistema en su conjunto, objetivo último que podría quedar representado por el acaparamiento del poder real a través de la conquista del capital y del condicionamiento de los demás poderes” FABIÁN CAPARROS Eduardo “El delito de blanqueo de capitales” Op cit. p 38.

⁴⁵ Sobre esas cuestiones vistas desde un enfoque más objetivo VIRGOLINI Julio E. S. “Crímenes Excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción” Op cit. p 192.

⁴⁶ El aspecto de la permanencia es de tal relevancia que el mismo es un elemento considerado dentro del marco de la definición que brinda la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional al expresar que por grupo delictivo organizado se entenderá: “un grupo estructurado de tres o más personas que **exista durante cierto tiempo...**”. Énfasis suplido.

⁴⁷ Obviamente un aspecto tan trascendental como este no podía ser soslayado por la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, por cuanto la finalidad de dicho instrumento es precisamente enfrentar de manera eficaz el crimen organizado, y si ello es así, no se puede soslayar la esencial finalidad económica que este persigue, para hacer más evidente ello, basta señalar algunas de las justificaciones de la Convención. “...” y recordar que en el contenido del precepto que define al grupo organizado se precisa que: “con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener directa o indirectamente, **un beneficio económico u otro beneficio de orden material**”. Las bastardillas no son del original.

delitos que se vincula a la criminalidad organizada, refleja este afán de amplio provecho económico –en ello no podemos ser ingenuos– la finalidad del crimen organizado es obtener importantes ganancias de los actos criminales que ejecutan⁴⁸, a los cuales pueden asociarse otros tipos de crímenes, pero en su esencia el crimen organizado tiene una finalidad lucrativa, a tal grado que las ventajas económicas que se obtienen son reinvertidas en otras actividades criminales para obtener un mayor rendimiento⁴⁹. Otro aspecto no menos importante es vinculación de este tipo de criminalidad con las esferas de gobierno, es por ello que a esta especialidad se la ha denominado criminalidad de poder y se refleja en toda la gama de delitos que tienen que ver con la corrupción en los sectores de los gobiernos, los fines de enriquecimiento y abuso en el ejercicio del poder aparecen entrelazados.

(f) utilización de una sofisticada logística. Las organizaciones criminales que funcionan como estructuras complejas, también requieren del uso de instrumentos de vanguardia para garantizar el proceso delictivo, no es de extrañar que los adelantos tecnológicos, los mercados globales, las nuevas formas de comunicación sean aprovechadas por el crimen organizado para generar nuevas formas de delincuencia o para intervenir en los procesos del crimen con un mayor nivel de efectividad⁵⁰, la cuestión de apoyo logístico cuando acontece en una organización criminal, no representa por regla general una mera

⁴⁸FOFFANI Luigi “Criminalidad Organizada y Criminalidad Económica: la experiencia italiana”. Op cit. p 298.

⁴⁹ Haciendo notar este aspecto FABIÁN CAPARRÓS J en “Criminalidad Organizada” en “El Nuevo Código Penal”. Primeros problemas de aplicación. Universidad de Salamanca. Gutiérrez Francés/Sánchez López (Coordinadores). España. 1997 p 176. También en este punto respecto de la criminalidad organizada en el Congreso Internacional de Derecho Penal que la AIDP celebró en Budapest se señaló como característica determinante –entre otras– del crimen organizado “la capacidad especial de transferencias de ganancias”. Asociación Internacional de Derecho Penal. (AIDP) Carta Informativa. N° 2. 1999 p 95.

⁵⁰ Señala estos aspectos con cita de D. L. Carter que indica la gradualidad del perfeccionamiento logístico en el sentido de *emerges loosely-refines networks-refines structures-more sophisticated operations-maturation of the enterprise* IGLESIAS RÍOS Miguel Ángel “Criminalidad Organizada y Delincuencia Económica. Aproximación a su incidencia global” en Criminalidad Organizada y Delincuencia Económica”. Op cit. p 46.

cooperación, por cuanto estas actividades sectoriales son necesarias para el adecuado funcionamiento de la estructura criminal y responden a un nivel de planificación, en el cual las labores se encuentran perfectamente delimitadas, sin necesidad de que los integrantes las asuman todas.

(g) Transnacionalidad directa o vínculos internacionales. Otra característica fundamental del crimen organizado es su extensión transnacional⁵¹, la misma puede ser intrínseca en el sentido que la organización criminal en su programa criminal tiene trazado una forma de criminalidad que se ejecuta en distintos países y que necesita de estructuras criminales necesariamente establecidas en otras latitudes para que la empresa criminal puede funcionar adecuadamente. En otros casos, la transnacionalidad sólo se manifestará en relaciones ocasionales entre diversas estructuras del crimen organizado, en ambos casos se trata de un carácter que trasciende del crimen local, lo cual no debe ser interpretado de manera rígida en el sentido que sólo es crimen organizado, el que presenta la característica de transnacionalidad, esto último sólo demuestra mayor complejidad dentro de la estructura criminal, y un factor criminógeno mayor⁵².

h) niveles de disciplina, fungibilidad de miembros inferiores y distribución de roles. Este aspecto hace distintiva una organización criminal de lo que se denomina criminalidad asociada, es decir de las llamadas asociaciones criminales, aspecto medular del crimen organizado, es su carácter disciplinar, en estos ámbitos tiene relevancia el nivel de profesionalización y de especialidad alcanzado por la estructura criminal⁵³, el carácter acentuado y jerárquico de la

⁵¹ Particulariza sobre ese aspecto transnacional CHOCLAN MONTALVO José Antonio "Criminalidad Organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación" Op cit. p 246.

⁵² Precisamente reconociendo la extensión del crimen organizado tanto de manera transfronteriza como local ORSI Omar Gabriel "Sistema penal y crimen organizado. Estrategias de aprehensión y criminalización del conflicto" Op cit. p 47.

⁵³ Ciertamente esta cuestión se ha tratado particularmente y se presenta en algunos casos dado esa rigidez disciplinar más asimilada a un modelo de agrupación política más que económica Ibíd. p 44.

organización, determinan una cadena de mando que debe ser obedecida en cuanto a las directrices que emanan del centro de control de la organización, que como se expresó usualmente es cupular. Aspecto complementario de lo anterior es que los miembros de la organización son fungibles, la sustitución de ellos no representa problemas en el ámbito organizacional, estos aspectos –a mi juicio – son los que permiten diferenciar con mayor nitidez una estructura de crimen organizado, en ella el intercambio de miembros, la obediencia y la distribución de roles aparece con mayor nitidez.⁵⁴

j) capacidad de corrupción y penetración y vinculación con centros de poder estatal. Media una relación bastante estrecha entre la llamada criminalidad organizada y el denominado fenómeno del crimen del poder⁵⁵, es decir el crimen cometido desde la dimensión del ejercicio del poder político, a tal grado que se reconoce que la criminalidad mediante el ejercicio de potestades del Estado es una forma especial de constitución del crimen organizado⁵⁶, o al menos uno de sus efectos colaterales respecto del ejercicio del poder público⁵⁷, con lo cual el riesgo de afectación del Estado de derecho es de mayor entidad, las relaciones actuales entre actividades de crimen organizado y actos de corrupción son manifiestas en la mayoría de países⁵⁸.

⁵⁴ Algunos de estos aspectos se han puesto de relieve cuando sistemáticamente se ha reflexionado sobre el funcionamiento del crimen organizado. Ver Asociación Internacional de Derecho Penal. Carta Informativa N° 2. 1999 p 91.

⁵⁵ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ Laura “Redes Internacionales y Criminalidad: A propósito del modelo de participación en organización criminal” 2002 Op cit. p 56.

⁵⁶ Ver sobre ello CRUZ CASTRO Fernando “Criminalidad Organizada”. Crónicas Iberoamericanas. Revista Penal. Número 2. Julio 1998. Editorial Praxis. Barcelona. España. 1998 pp. 120 a 121.

⁵⁷ Sobre ese aspecto LAMAS PUCCIO Luis “Manifestaciones del Crimen Organizado” en Revista de Ciencias Penales y Criminológicas. Volumen XI. Número 39. Septiembre-Diciembre. 1989. Universidad Externado de Colombia. 1989 p 158.

⁵⁸ RODRÍGUEZ GARCÍA Nicolás “El control judicial efectivo de la corrupción. Un reto que no conoce fronteras” en Prevención y Reprensión de la Corrupción en el Estado de Derecho” Nicolás Rodríguez García. Eduardo Fabián Caparrós. Luís Contreras Alfaro (Coordinadores) LexisNexis. Santiago de Chile. 2005 pp. 370 a 371.

(k) Sentido de pertenencia de los miembros a la organización. Como no se trata de una participación en el sentido de codelincuencia, quien pertenece a una organización criminal en la configuración de crimen organizado, tiene que tener sentido de pertenencia a la estructura criminal⁵⁹, ello significa desde la perspectiva objetiva que su contribución en la organización criminal no es ocasional sino que obedece a la estructura de funcionamiento de la misma, ora en cuanto a la realización de hechos delictivos en cualquiera de sus fases, ora en cuanto a aportes para el mantenimiento y funcionamiento de la estructura criminal.

II. LA SIGNIFICACIÓN DEL CRIMEN ORGANIZADO EN LA LEGISLACIÓN PENAL SALVADOREÑA

6. EL CONCEPTO NORRMATIVO DE CRIMEN ORGANIZADO EN EL CODIGO PENAL

Un examen necesario de la categoría del crimen organizado, pasa por delimitar los alcances que a tal significación se la ha dado positividad en el derecho penal de nuestro ordenamiento jurídico y las variaciones que el mismo ha presentado mediante el proceso de reforma. La conceptualización del crimen organizado tuvo advenimiento en el Código Penal, a partir del Decreto Legislativo N° 280 del ocho de febrero de 2001, mediante el cual se incardinó el artículo 22-A en el cual se reconocía un concepto de criminalidad organizada, mediante el cual se pretendía generar implicaciones penales, respecto de esta actividad criminal⁶⁰.

⁵⁹ Haciendo énfasis en el aspecto organizacional y del rol social sobre la cuestión VIRGOLINI Julio E.S. "Crímenes Excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción" Op cit. p 194.

⁶⁰ El texto original del artículo rezaba "Se considera crimen organizado aquella forma de delincuencia que se caracteriza por provenir de un conjunto de personas dedicadas a mantener una estructura jerarquizada, con el propósito de planificar y ejercitar hechos antijurídicos con la finalidad de lucrarse con bienes y servicios ilegales o realizar actividades de terrorismo". También se considera crimen organizado aquellas conductas que por sí o unidas a otras, cometidas por dos o más personas, tienen como fin o

Del examen del precepto en su versión original que acuña la figura de crimen organizado, resultan algunas inconsistencias, por ejemplo se alude al termino “forma de delincuencia” que es sumamente indeterminado, cuando lo oportuno hubiese sido vincularlo a una organización, con determinadas características; también la noción de hecho ilícito, no es precisa, puesto que el ilícito es común a todo el ordenamiento jurídico; si es oportuno indicar que al menos formalmente, se dejan por fuera características propias del crimen organizado que son vitales para enfrentar efectivamente este tipo de criminalidad⁶¹, lo cual no implica que por el hecho de que no se exijan positivamente, la concurrencia de las mismas resten adecuación a la figura del crimen organizado.

Con todo, digamos que el concepto propuesto, permitía en alguna medida satisfacer las características esenciales de lo que se entiende en el ámbito del derecho penal por criminalidad organizada, nótese que en este caso, ya no hacemos alusión a cuestiones estrictamente criminológicas, sino a aspectos normativos, que se derivan de la configuración conceptual determinada mediante

resultado cometer los delitos de homicidio, homicidio agravado, privación de libertad, secuestro, robo, robo agravado, extorsión, asociaciones ilícitas, falsificación o alteración de moneda, actos de terrorismo, comercio de personas, contrabando, lavado de dinero y activos, tráfico, fabricación, y comercio ilegal de armas de fuego, y los comprendidos en el Capítulo IV de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas El artículo en mención fue reformado nuevamente mediante Decreto Legislativo Número 457 del siete de octubre de 2004 en el cual se adicionaron al inciso segundo nuevas modalidades delictivas quedando su redacción en ese apartado de la manera siguiente: “También se considera crimen organizado aquellas conductas que por sí o unidas a otras, cometidas por dos o más personas, tienen como fin o resultado cometer los delitos de homicidio, homicidio agravado, privación de libertad, secuestro, pornografía, utilización de menores de dieciocho años de edad e incapaces o deficientes mentales en pornografía, robo, robo agravado, extorsión, asociaciones ilícitas, falsificación o alteración de moneda, actos de terrorismo, comercio de personas, tráfico ilegal de personas, trata de personas contrabando, lavado de dinero y activos, tráfico, fabricación y comercio ilegal de armas de fuego, y los comprendidos en el Capítulo IV de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas”.

⁶¹ Es decir el modelo no desarrolla en su plenitud aspectos importantes del fenómeno de la criminalidad organizada, pero si aporta los aspectos esenciales, como la característica de un conjunto de personas, un grupo estructurado y jerarquizado, y la finalidad económica, en este sentido inclusive es mejor a otras construcciones posteriores.

la ley penal. En tal sentido haciendo un esfuerzo y mediante una reducción restrictiva del precepto era posible configurar los presupuestos que aplican de *lege lata* a una organización en el sentido de criminalidad organizada así:

(1) Del elemento “conjunto de personas”, pueden extraerse la organización criminal, y dotarla de contenido con las características que se han mencionado *supra* para no manejar un concepto extensivo de organización; (2) del elemento “a mantener una estructura jerarquizada” puede dotarse de un contenido restrictivo en el sentido de exigir, una cúpula, estructura permanente, fungible, disciplinada, distribución de roles, sentido de pertenencia ; (3) Del elemento “con el propósito de planificar y ejecutar hechos ilícitos”, puede colmarse el aspecto de finalidad de ejecución delictiva y de especialización delictiva; (4) Del elemento “finalidad de lucrarse con bienes y servicios ilegales” se puede obtener los presupuestos de gran capacidad de corrupción y utilización de extensa logística; (5) el último elemento es diferenciador, y de una finalidad lucrativa y de poder, se pasa a una finalidad organizativa para cometer actividades de terrorismo, que también es una forma de criminalidad organizada pero con otras características especiales. Ahora bien, la decisión de configurar el delito de crimen organizado bajo el modelo del programa criminal, es sencillamente en su configuración normativa un verdadero entuerto, lo cual resta consistencia a la figura estatuida inicialmente y degrada en cuanto a su pretendida eficacia la estructuración de una figura como el crimen organizado⁶².

⁶² El inciso segundo, de infausta creación –en su sentido de racionalidad a la cual debe al menos aspirar el derecho– puesto que homóloga el crimen organizado, inclusive con la coautoría, al ceñir la consideración de organización criminal a dos personas, lo cual es completamente disfuncional con la configuración de la criminalidad organizada; de igual manera, es completamente disfuncional vincular la criminalidad organizada a un régimen de delitos, como el que prescribe el código penal, inclusive –de manera insólita– hasta incluyendo del delito de “asociaciones ilícitas”. A tales efectos, y para mantener la figura de crimen organizado como una figura diferente al concurso de delincuentes, era menester respetar la estructura del precepto que se consideró en el inciso primero, y entender que los delitos mencionados en el inciso segundo debían ser cometidos no por dos o más personas, sino por una estructura criminal que debe reunir las características propias del crimen organizado que se exigen en el precepto legal, de lo contrario el contenido de la norma, deviene en excesivo, vale decir, es desproporcional y además por su generalidad llevaría a transgredir el principio de certeza.

En todo caso, el establecimiento del crimen organizado a partir del artículo 22-A CP sólo significó una forma especial de tratamiento para ese tipo de criminalidad, sin que, en el ámbito estrictamente dogmático se tuviese una repercusión notable en cuanto a la participación en organizaciones criminales, en este caso en la más compleja de ellas, como lo pretende ser el crimen organizado, la cuestión más importante quizá de esta configuración es la pasar a estructurar como la mayoría de la normas de la parte general de un código, una norma penal incompleta, que se extendería a los supuestos de la parte especial que lo ameritasen o respecto de otras fuentes normativas.

Como consecuencia de la aplicación de la figura del crimen organizado – según la jurisprudencia nacional⁶³ en su primera versión se generaban las

⁶³ Respecto del crimen organizado se dijo: “De acuerdo con el precepto penal que se ha transcrito debe estimarse que para la configuración y comprobación de este delito debe establecerse: a) la agrupación o asociación de un número de personas que la ley especifica en dos o más; b) que entre los miembros de la organización haya un acuerdo de asociarse con la finalidad de cometer delitos; c) que la organización sea como asociación o como agrupación tenga un carácter de permanencia por lo que aún desde el texto legal el vocablo de transitorio debe ser interpretado restrictivamente, ello implica que tal reunión de personas debe tener un carácter de permanencia, sin ello las organizaciones delictivas se confundirían con el instituto de la coautoría; d) debe tenerse un sentido de pertenencia de los sujetos a la organización; e) las personas que la integran deben formar parte de la organización, en el sentido que se asocien para delinquir; f) la asociación o agrupación debe tener una jerarquía aún en estado mínimo; g) las personas que integran la asociación deben de tener conocimiento que forman parte de la agrupación criminal en un sentido organizativo, lo cual establece su voluntad de participación en la misma. De todos estos elementos que se han enumerado la prueba que se ha incorporado en el debate se han podido establecer los requisitos esenciales, tales como organización permanente, finalidad de delinquir, sentido de pertenencia, estructura jerarquizada. Ya se indicó sobre el aspecto probatorio que en este caso la prueba ofrecida e incorporada, descansa decisivamente en la declaración criteriado Portillo Guidos quien en su momento fue uno de los integrantes de la organización criminal y la información que el testigo ha brindado en su mayoría ha sido ampliamente corroborada, y es coincidente con otros elementos de prueba con lo cual de la prueba sobre la existencia de una organización criminal permanente en el tiempo y conjuntada con la finalidad de que sus miembros se organicen para cometer delitos ha podido ser demostrada con certeza, dicha prueba ha demostrado: a) la existencia de una organización; b) que esa organización este formada por más de dos personas, c) cual es la estructura jerárquica y organizativa de dicha asociación; d) la permanencia de la misma y su finalidad de haberse organizado para cometer delitos; e) el sentido de pertenencia de sus miembros, es decir el tomar parte en la agrupación; f) la realización de planes

consecuencias siguientes: (a) Si el crimen organizado es de manera patente una organización ilícita, la excepción del régimen de libertad condicional, es una de las consecuencias que se manifiesta, en tal sentido quienes fueran condenados por delitos en los cuales se hubiese actuado mediante criminalidad organizada, estarían por fuera de que se les concediera la libertad condicional (Art. 92-A CP) cuestión diferente, es si ello es legítimo; (b) El sometimiento a un régimen especial de prisión en aislamiento en virtud de lo establecido en el artículo 45 N° 1 CP que hace un reenvío “a los casos previstos por la ley” siendo que el artículo 103 de la Ley Penitenciaria de El Salvador, asocia a los delitos cometidos bajo la forma de criminalidad organizada, la aplicación del régimen especial, lo cual es independiente a la conformidad con la constitución de una normas de tal calada de intervención punitiva; (c) Modificación a la competencia territorial funcional de los jueces de paz, cuando el hecho sea cometido con visos fundados de una actividad de criminalidad organizada, por lo cual conocerán los jueces de Paz de la Cabecera Departamental, art. 59 inciso final CPP.

Además de las siguientes: (d) Modificación de la competencia en cuanto el conocimiento de delitos bajo la forma de crimen organizado son de exclusiva competencia de los tribunales de sentencia, art. 53 N° 9 CPP; (e) necesidad de los anticipos de prueba en casos de criminalidad organizada, art. 270 inciso 5 CPP⁶⁴; (f) en el delito de fraudes a las comunicaciones la concurrencia de una agravante especial, al destinar el uso de comunicaciones a la realización de delitos por crimen organizado, art. 238-A CP.

conjuntos para cometer delitos de manera permanente e indefinida; g) y en este caso además que la jefatura de dicha banda era ejercida por José Ángel de Jesús Morales Ramos. Tribunal Tercero de Sentencia a las dieciséis horas del nueve de marzo de dos mil siete Ref. 21-2007-2^a.

⁶⁴ La referencia del código en atención a la reforma realizada, se refiere obviamente al Decreto Legislativo 904 de fecha cuatro de diciembre de mil novecientos noventa y seis, y que entró en vigencia el veinte de abril de mil novecientos noventa y ocho, dicho código ha sido derogado y fue sustituido por un nuevo código procesal penal. En el nuevo código procesal penal, aprobado mediante Decreto Legislativo 733 y vigente a partir del uno de enero de dos mil once, determina una regla de competencia para conocer integradamente los tres jueces del Tribunal de Sentencia, siempre que el delito se comete mediante la forma de criminalidad organizada, pero su comisión sea anterior a la vigencia de la Ley Contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja.

Como se nota, las consecuencias de la aplicación de la norma de crimen organizado en su versión original podía generar diversas consecuencias, por lo que se requería de una interpretación restrictiva del precepto, de lo contrario podría llegarse a cuestiones disfuncionales como por ejemplo, entender que un homicidio cometido en coautoría, es una actividad de crimen organizado, cuando esa figura es completamente incompatible con las cuestiones de la criminalidad organizada cuando se comete en tal forma de participación en el delito, tal cuestión parece no haber variado sensiblemente con la creación de la Ley contra el Crimen Organizado a partir del concepto que le da contenido a dicha forma de criminalidad⁶⁵.

7. LA ORGANIZACIÓN CRIMINAL COMO CAUSA MODIFICATIVA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

Un segundo aspecto importante en materia de criminalidad organizada, representó la consideración de que la figura del crimen organizado funcionara como un intensificador de la culpabilidad, y para esos efectos se integró tal modalidad como una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal, con lo cual se precisa un acercamiento a la relevancia dogmática de la criminalidad organizacional, por cuanto bajo este modelo, si se generaban consecuencias penales específicas, como lo serían el elevamiento del grado de reproche si el agente era parte de una estructura del crimen organizado y por ende un aumento de la punibilidad⁶⁶.

⁶⁵ La referida Ley Contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja fue aprobada mediante Decreto Legislativo 190 del veinte de diciembre de dos mil seis, y publicada en el Diario Oficial N° 30 Tomo 374 del veintidós de enero de dos mil siete.

⁶⁶ Tal forma de apreciar el fenómeno del crimen organizado no es desconocido de *lege ferenda* así lo señala JOSHI JUVER Ujala "Sobre el concepto de organización en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español" Op cit. pp. 193 a 195. Así se dijo en la sentencia del Tribunal Supremo STS 6 de abril de 1998 (RJ 1998, 4017): "Esta Sala en varias sentencias como es exponente la del 24 de junio de 1995 (RJ 1995, 4849) se ha preocupado por precisar los requisitos que deben concurrir para apreciar está más grave sanción en razón de la superior capacidad de agresión al bien jurídico de la salud pública por la posibilidad de supervivencia del propósito criminal que la

El precepto en comento aprobado mediante Decreto Legislativo número 393 del veintiocho de junio de 2004 en el artículo 30 N° 19 establece que: “Son circunstancias que agravan la responsabilidad penal: “Cuando el delito se ejecutare mediante el concurso de los integrantes de una agrupación ilícita o de crimen organizado”.

Como circunstancia calificante que es, la modalidad de crimen organizado funcionaría como un aspecto que torna más grave culpabilidad de los justiciables cuando el hecho cometido se realiza mediante una estructura de crimen organizado que es lo que aquí interesa, ello representaría en su caso una mayor intensidad en la pena que se impondría de comprobarse que los sujetos han actuado en la modalidad de crimen organizado, ahora bien falta determinar que habrá de entenderse por crimen organizado, cuestión que es determinante para la operatividad de la circunstancia calificante.

Obviamente que la redacción del concepto de crimen organizado establecido en el texto del artículo 30 N° 19 mientras estuvo vigente el artículo 22-A CP debía ser interpretado de conformidad al contenido del supuesto que se establecía en el último artículo mencionado, la exigencia del principio de legalidad en cuanto a la taxatividad de las configuraciones penales, así lo determina, por cuanto para considerar la modalidad de crimen organizado habría que atenerse en primer lugar al sentido establecido por el legiferante, de ahí, había que demostrar que la conducta delictiva era ejecutada por una organización que constituía un conjunto de personas con estructura jerarquizada la cual tenía como propósito planificar y ejecutar hecho antijurídicos con la finalidad de lucrarse con bienes y servicios ilegales; era pues fundamental la

organización representa y como presupuesto para su apreciación se han mencionado la existencia de una pluralidad de personas, que aunque no constituyan una organización formalizada dispongan de medios idóneos para desarrollar un plan de actuación con la finalidad de difundir la droga, en el que los asociados han repartido las tareas a realizar y, de otro lado, una cierta continuidad temporal o durabilidad que sobrepase la simple y ocasional “consorcibilidad” para el delito”

determinación de que el hecho se había ejecutado por personas que conformaban parte del crimen organizado entendido éste como una estructura organizada y jerarquizada.

La configuración de la criminalidad organizada como forma de intensificación de la responsabilidad penal, exige la demostración precisamente de los elementos de una organización que sea compatible con la figura del crimen organizado bajo los elementos constitutivos que la ley señala para su configuración, y tal aspecto como todo elemento que concurre en una conducta delictiva ha de ser demostrado en el juicio respectivo, mediante la prueba necesaria y pertinente.

En el modelo actual y dado que el artículo 22-A CP ha sido derogado⁶⁷, es menester considerar cual es el resultado de dicho efecto jurídico respecto de la circunstancia modificativa general que sigue constituyendo una agravante, por cuanto el supuesto enumerado en el diecinueve del artículo treinta del Código Penal no ha sido derogado.

A esos efectos lo primero que habría que indicar es que la preeminencia del principio de legalidad, obliga a que el concepto de crimen organizado, no quede como un supuesto normativo abierto que pueda ser colmado por el intérprete, de tal manera que habría de entenderse por crimen organizado la nueva figura creada mediante el modelo que se establece en el artículo 1 de la Ley contra el Crimen Organizado y delitos de realización compleja que fue aprobado según Decreto Legislativo 190 del veinte de Diciembre de 2006⁶⁸. Sin embargo esta opción –a nuestro juicio– tiene un grave reparo, la referida ley

⁶⁷ Dice al efecto el artículo 22 de la Ley contra el Crimen Organizado y Delitos de Realización Compleja: “Derogase el Art. 22-A del Código Penal y el inciso final del Art. 59 del Código Procesal Penal”.

⁶⁸ En lo pertinente se dice: “Se considera crimen organizado aquella forma de delincuencia que se caracteriza por provenir de un grupo estructurado de dos o más personas, que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos”

especial es en todo caso una norma penal posterior a la vigencia de la agravante genérica, que fue aprobada con anterioridad, ello impediría de plano la aplicación retroactiva de la ley penal –la Ley contra el crimen organizado es siempre una ley de ese carácter– por cuanto la Constitución y el mismo código penal sólo permite la aplicación retroactiva de una ley cuando es más favorable⁶⁹.

Una solución a la cuestión anterior que nos parece plausible, en relación a los hechos que se cometan en la modalidad de criminalidad organizada y que son anteriores a la Ley contra el Crimen Organizado, pero respecto de los cuales el artículo 22-A del Código Penal ya no puede ser aplicado por que se ha derogado⁷⁰, es entender que el concepto de criminalidad organizada puede ser

⁶⁹ Ciertamente nuestra Carta Magna y el mismísimo Código Penal tienen prohibida la retroactividad desfavorable y sólo se permite aplicar una ley penal de manera retroactiva cuando la misma es más favorable, Art. 21 Cn y 1 CP. Respecto de tal consecuencia del principio de legalidad, centrado en el *nullum crimen nulla poena sine lege praevia* la Sala de lo Constitucional en sentencia de inconstitucionalidad en el proceso 52-2003/56-2003/57-2003 de las quince horas del uno de abril de dos mil cuatro expresó: “El principio de legalidad penal surge esencialmente como una concreción coetánea al Estado de Derecho; específicamente en el ámbito del derecho estatal sancionador. Tal principio postula el sometimiento al imperio de la ley como presupuesto de las actuaciones punitivas del Estado sobre los ciudadanos, a partir de las siguientes exigencias: la existencia de una ley (*lex scripta*); que sea anterior al hecho sancionado (*lex previa*), y que 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”.

⁷⁰ Ciertamente la técnica elegida por el legiferante no es la mejor, o dicho de otra manera ha sido completamente defectuosa nos explicamos. La aprobación de la ley contra el crimen organizado, y la construcción de un concepto sobre criminalidad organizada (artículo 1) no debió significar la derogación del artículo 22-A del Código Penal, bastaba que este último quedará supeditado a una vigencia anterior a la de la ley especial, es decir que no comunicará sus efectos penales a la nueva ley, para lo cual la técnica legislativa adecuada es generar la vigencia para la ley anterior, sin que se pueda comunicar a la ley posterior, ello obviamente no implica una derogación. El problema que se presenta es que una vez derogado tal artículo (22-A) el mismo ya no puede tener aplicación ni para la nueva legislación, ni para la anterior a ella, por cuanto la derogatoria de la ley implica la imposibilidad de aplicar el precepto normativo o como se ha sostenido “dejar sin efecto una ley o norma jurídica en general... Derogación propiamente dicha o derogación *stricto sensu* consiste en dejar parcialmente sin efecto una ley. Abrogación: consiste en dejar sin efecto totalmente una ley. Sin embargo en la práctica este vocablo es reemplazado por la derogación total y aún más simplemente por derogación” TORRÉ Abelardo “Introducción al Derecho”. Abeledo-Perrot. Duodécima edición actualizada. Buenos Aires. Argentina. 1999 p 352. Particularmente el Código Civil respecto de la ley dice en el artículo 50 que “La derogación de las leyes podrá ser expresa o tácita. Es

desarrollado interpretativamente a partir de lo regulado en el artículo 2 (a) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en todo caso, dicha normativa conforme a la Constitución es ley secundaria y por ende sujeta de aplicación por los tribunales locales⁷¹.

La cuestión es importante indicarla, porque son diferentes los modelos por los cuales se puede generar intervención del derecho penal respecto del crimen organizado, es decir la conceptualización de lo que ha de entenderse por criminalidad organizada tiene importancia en el marco de la legislación penal cualquiera sea el modelo por el cual se opte entre ellos: a) que la participación en el crimen organizado sea constitutivo de una circunstancia agravante, sea genérica o especial, en este caso la punición se hace mediante la intensificación de la culpabilidad en cuanto a los hechos cometidos, por lo cual el participar

expresa cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua. Es tacita cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior. La derogación de una ley puede ser total o parcial". En este punto la Ley contra el crimen organizado y delitos de realización compleja estatuye en el artículo 22 "Derogase el artículo 22-A del Código Penal y el inciso final del artículo 59 del Código Procesal Penal". Y por Decreto Legislativo Número 190 publicado en el Diario Oficial N 13º Tomo 374 del 22 de enero de 2007 se estableció: "Artículo 22-A. Crimen Organizado. Derogado". Todo ello significa que la disposición que regulaba el concepto de crimen organizado en el código penal se encuentra sin efecto y por ende que no puede ser aplicada inclusive a eventos que sucedieron en el momento que la norma era vigente.

⁷¹ Precisamente por lo anterior y dado que la derogatoria genera imposibilidad de aplicar una ley por cuanto ésta se encuentra expulsada del ordenamiento jurídico, y siendo que en materia penal las nuevas leyes no rigen retroactivamente salvo que la misma sea más favorable al delincuente; la posibilidad que resta es aplicar la figura jurídica de crimen organizado sobre la significación que la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional ha dispuesto en el artículo 2 (a) por lo cual habrá de requerirse como elementos para la aplicación de esta figura: a) que se trate de un grupo estructurado; b) que sea formado por tres o más personas; c) que exista durante cierto tiempo; d) que actúe concertadamente; e) que tenga como propósito la comisión de uno o más delitos graves; f) que se tenga como finalidad de la actividad delictiva la obtención directa o indirecta de beneficios económicos u de orden material. Lo cierto es que atendiendo a la fuente normativa que se dimana de lo reglado en la Convención –que ya dijimos es ley de la República– se gana más en seguridad jurídica y en precisión, que teniendo que remitirse a la doctrina o al derecho comparado como fuentes directas para interpretar la significación del crimen organizado; por último, esta intelección solo es posible para las conductas anteriores a la L.C.O.D.R.C. en virtud de la cláusula de derogatoria que se incorporó en la misma y en el código penal.

mediante estructuras de crimen organizado constituye una circunstancia modificativa de la responsabilidad penal con contenido agravatorio:

b) la de estructurar la punibilidad de la participación en organizaciones criminales como un delito autónomo pero en el sentido de un delito de pertenencia, el hecho de pertenecer a la organización criminal se entiende ya como una infracción penal, para la cual se depara una pena específica por la pertenencia a la organización criminal⁷²:

c) el otro aspecto radica en considerar la participación en la organización criminal como una forma general de participación, ello implica que ya no se trata de un delito de pertenencia⁷³, sino que la punibilidad radica en la participación del sujeto como miembro de la estructura de crimen organizado, lo cual implica que se sanciona la forma de participación en los delitos cometidos por la organización criminal, y ello significa que el verdadero fundamento de la punición, radica en los aportes que el sujeto hace para la ejecución de delitos pertenecientes al programa criminal de la organización o para darle funcionalidad a la estructura criminal⁷⁴.

⁷² En este caso de la punición de la pertenencia a la asociación ilícita como delito independiente pueden asumirse dos opciones, la primera es la llamada de doble sanción, en el sentido que el sujeto responderá en un verdadero concurso real por el delito de pertenecer a la organización criminal en este caso de crimen organizado, y responderá además por los delitos que haya cometido como miembro de la organización criminal. El otro sistema es el llamado concursal por el cual concurre una doble declaración de la culpabilidad del sujeto, respecto del delito de pertenencia a una asociación ilícita, como además a los delitos cometidos como miembro de la organización, pero se determina una única pena, es decir se trata de un concurso ideal de delitos en su sentido teleológico.

⁷³ Sobre este aspecto que estructura un tipo de pertenencia ORSI Omar Gabriel "Sistema penal y crimen organizado. Estrategias de aprehensión y criminalización del conflicto" Op cit. p 76.

⁷⁴ Lo anterior significa que la llamada participación en organizaciones criminales se entiende como una forma general de participación en delitos cometidos mediante formas organizadas, una de ellas es la de crimen organizado. Ver ZÚÑIGA RODRÍGUEZ Laura "Redes Internacionales y Criminalidad: A propósito del modelo de participación en organización criminal" 2002 Op cit. p 59.

Con todo, debe recordarse que la configuración de la criminalidad organizada como circunstancia modificativa de la responsabilidad penal tiene efectos bastante limitados, ella es aplicable, cuando no concurre otro modelo de punición respecto de la organización criminal, por cuanto, si el pertenecer o participar de una estructura criminal, es merecedor de una configuración punitiva autónoma, ya no es posible aplicar la circunstancia calificante agravatoria de que los delitos sean cometidos mediante concurso del crimen organizado, porque ello, sí supondría una doble valoración de la misma circunstancia desmerecedora, con lo cual las consecuencias de lo punible serían desproporcionales, cuestión que transgrede la consecuencia de prohibición de doble valoración respecto del principio de culpabilidad penal, conforme a lo cual la opción de política penal resulta excluyente.

8. LA INCLUSIÓN DEL CONCEPTO DE ORGANIZACIÓN EN EL DELITO DE AGRUPACIONES ILÍCITAS

La otra cuestión que resulta importante de resaltar es la posibilidad de entender que el crimen organizado ha sido objeto de un merecimiento penal diferente, bajo el modelo llamado de injustos de pertenencia, en el sentido que ser parte de una organización criminal estructurada como criminalidad organizada, constituye no otra cosa que una conducta delictiva, ello es lo que puede entenderse de la versión original y de las reformas sufridas por el delito de agrupaciones ilícitas, otrora de asociaciones ilícitas, el cual ha sido objeto de múltiples variaciones⁷⁵ y en su estructura general, la significación de la conducta

⁷⁵ Para graficar lo anterior es menester citar el bloque de reformas sobre dicho delito, desde su creación originaria: En el Código penal en su primera versión el artículo 345 bajo el epígrafe de asociaciones ilícitas rezaba: “El que tomare parte en una agrupación, organización o asociación que tuviere por objeto cometer delitos será sancionado con prisión de uno a tres años. Los dirigentes o promotores serán sancionados con prisión de dos a cinco años”. Por decreto legislativo Número 280 del ocho de febrero de 2001 publicado en el Diario Oficial N° 32 Tomo 350 del 13 de febrero de 2001 se reformo tal delito en el sentido siguiente: “Asociaciones ilícitas: Cuando dos o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer delitos, serán sancionados por ese solo hecho con prisión de dos a ocho años. Los dirigentes o promotores serán sancionados con prisión de

cinco a diez años. Si se tratare de una agrupación, organización o asociación que tuviere por objeto cometer el delito de homicidio, homicidio agravado o secuestro, el que tomare parte en ella se le impondrá la pena de cinco a diez años de prisión y si se tratare de los delitos de robo, extorsión o los comprendidos en el Capítulo IV de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, se le impondrá la pena de tres a ocho años de prisión. En los casos dispuestos en los incisos que anteceden se adicionara a la pena anterior, la que correspondiere al delito respectivo si éste se hubiere consumado. En la pena del primer inciso incurrirán los que en compañía de una o más personas sin justificación alguna, merodearen, acecharen o se apostaren con gorros o pasamontañas, aparatos de mira telescópica o visores nocturno, cargadores o armas de fuego registradas o no en carreteras, caminos rurales o pasajes urbanos oscuros o favorables para la comisión del delito”. Mediante Decreto Legislativo 121 de fecha cuatro de Agosto de 2003 y publicado en el Diario Oficial N° 198 Tomo 361 del 24 de Octubre de 2003 se reformó nuevamente el artículo, se intituló con el epígrafe de Agrupaciones Ilícitas así: “Cuando dos o más personas se reúnan u organicen para realizar conductas que por sí o unidas a otras tengan como fin o resultado cometer delitos, serán sancionadas por ese solo hecho, con prisión de tres a ocho años. A quienes dirijan o promuevan la reunión u organización serán sancionados con prisión de seis a doce años. Si se tratare de una reunión, agrupación, organización, asociación o miembros de pandillas denominadas maras que tuvieren por objeto cometer el delito de homicidio, homicidio agravado, secuestro, el que tomare parte en ella se le impondrá la pena de cinco a diez años de prisión, y si se tratare de los delitos de robo, extorsión, lesiones, privación de libertad, coacción, delitos contra la libertad sexual, amenazas agravadas o de los comprendidos en el Capítulo IV de la Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas, se le impondrá la pena de tres a ocho años de prisión. En los casos dispuestos en los incisos que anteceden se adicionara a la pena anterior, la que correspondiere al delito respectivo si éste se hubiere consumado. En la pena del primer inciso incurrirán los que en compañía de una o más personas sin justificación alguna, merodearen, acecharen o se apostaren con gorros o pasamontañas, aparatos de mira telescópica o visores nocturno, cargadores o armas de fuego registradas o no en carreteras, caminos rurales o pasajes urbanos oscuros o favorables para la comisión del delito”. La última reforma fue por Decreto Legislativo Número 393 del veintiocho de Julio de 2004 publicado en el Diario Oficial N° 364 del 30 de Julio de 2004 y dice: “Agrupaciones ilícitas: El que tomare parte en una agrupación, asociación u organización ilícita será sancionado con prisión de tres a cinco años. Los organizadores, jefes, dirigentes o cabecillas serán sancionados con prisión de seis a nueve años. Serán consideradas ilícitas las agrupaciones, asociaciones u organizaciones temporales o permanentes de dos o más personas que posean algún grado de organización, cuyo objetivo o uno de ellos sea la comisión de delitos, así como aquellas que realicen actos o utilicen medios violentos para el ingreso de sus miembros, permanencia o salida de los mismos. Si el autor o participe fuere autoridad pública, agente de autoridad, funcionario o empleado público la pena se agravará hasta la tercera parte del máximo e inhabilitación absoluta del cargo por igual tiempo. Los que promovieran, cooperaren, facilitaren o favorecieren la conformación o permanencia de la agrupación, asociación u organización ilícita serán sancionados con una pena de uno a tres años de prisión. La proposición y conspiración para cometer este delito será sancionado con prisión de seis meses a dos años”.

parece dar paso a diferentes modalidades de organizaciones criminales –ello no es reciente⁷⁶– entre las cuales, quedaría comprendida el crimen organizado, aunque la interpretación de dicha forma de organización se ha centrado en la clásica formulación de las asociaciones criminales, lo cual resulta lógico, por cuanto el corporativismo delictivo que implica el crimen organizado en toda su dimensión no se había manifestado en otras épocas, por ello es que la figura de la asociación criminal se sustentaba o en las llamadas bandas de malhechores⁷⁷, o se hizo derivar a la disidencia política⁷⁸, y ello queda reflejado en nuestro derecho en ordenes jurídicos más vetustos.

Sobre tal aspecto debe examinarse con cuidado la cuestión del supuesto de hecho que configura la norma penal, a esos efectos hemos de resaltar el tipo de pluralidad criminal que se sanciona las cuales son las siguientes: a) la existencia de una asociación para delinquir; b) la existencia de una agrupación para delinquir, c) la existencia de una organización para delinquir. Las tres formas de concurrir en una actividad concertada para el delito son captadas por el precepto penal en la actualidad que determina el “tomar parte en una agrupación, asociación u organización”.

⁷⁶La configuración del contenido de la infracción penal en el Código Penal de 1974 en la cual el artículo 407 es similar a la original que se aprobó en el Código Penal de 1998 y disponía: “El que tomare parte en una agrupación, organización o asociación que tuviere por objeto cometer cualquier delito será sancionado con prisión de uno a tres años. Los dirigentes o promotores serán sancionados con prisión de dos a cinco años”. Dicho tipo penal también fue reformado adicionándole un inciso segundo el cual decía: “Si se trata de una agrupación, organización o asociación que tuviere por objeto cometer el delito de secuestro, al que tomare parte en ella se le impondrá la pena de cinco a ocho años de prisión, y si se tratare de los delitos de extorsión o comercio clandestino o fraudulento de drogas, se le impondrá la pena de tres a seis años de prisión”. Decreto Legislativo Número 596 del 19 de febrero de 1987 publicado en el Diario Oficial N° 55 Tomo 294 del 20 de marzo de 1987.

⁷⁷ Sobre ese aspecto ver. QUINTERO OLIVARES Gonzalo “La Criminalidad Organizada y la Función del Delito de Asociación Ilícita” en Delincuencia Organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos. Juan Carlos Ferré Olivé. Enrique Anarte Borralló. Fundación del Monte. Universidad de Huelva. España. 1999 p 177.

⁷⁸ Así GARCÍA-PABLOS DE MOLINA Antonio “Asociaciones Ilícitas en el Código Penal”. Editorial Bosch. Barcelona. España. 1977 pp. 17 a 20.

Como entendemos que tales de formas de pluralidad en la concertación para cometer delitos de una manera no aislada, son diferentes en cuanto a su complejidad y progresión, entendemos que la entidad de las tres formas colectivas de criminalidad no son idénticas y que las mismas deben presentar ciertas diferencias⁷⁹, con lo cual por aparte de las agrupaciones ilícitas y de las asociaciones ilícitas, quedaría comprendida la figura de las organizaciones ilícitas, dentro de las cuales debe considerarse el modelo de crimen organizado.

Ciertamente en su sentido gramatical las voces de agrupación, asociación y organización, delimitan una diferenciación al menos progresiva, es decir, de complejidad, así mientras la agrupación da un sentido de menor acuerdo, bastando la reunión de las personas con un fin determinado⁸⁰, la asociación presenta una estructura organizativa más acabada con un mayor de permanencia, lo cual en la organización adquiere una mayor trascendencia en cuanto a los fines y a las formas de conjuntarse para alcanzar aquellos⁸¹.

⁷⁹ A nivel meramente gramatical se presentan entre dichas conceptos diferencias notables así: agrupación significa: “Acción y efecto de agrupar o agruparse, conjunto de personas agrupadas”. Por asociación la organización de individuos con un mismo fin”. Por organización: “Conjunto de personas con los medios adecuados que funcionan para alcanzar un fin determinado” Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. 2005. Desde la perspectiva sociológica organización en una primera aproximación significa: “formación social institucionalmente independiente, que se rige por unos procedimientos y reglas establecidos y cumple unos fines específicos”. La Enciclopedia”. Salvat Editores. Madrid. España. 2004 p 1362.

⁸⁰ Este aspecto queda matizado en la construcción del tipo penal, por cuanto los elementos descritos en el inciso segundo del artículo 345 CP atinentes a la temporalidad o al grado de organización, son aplicables a una estructura criminal básica o si se quiere de ninguna complejidad, ello es propio de la agrupación de personas con finalidad delictiva, que supondría el simple agrupamiento, es decir, la mera reunión de las personas para cometer delitos, lo cual obviamente debe de superar la coparticipación como forma de concurso de delincuentes, entendiendo que son codeincuentes.

⁸¹ Ciertamente la asociación ilícita supone una complejidad que no tienen las simples agrupaciones delictivas, por ende no podría sostenerse –en nuestra opinión– que las asociaciones ilícitas, tengan un carácter transitorio, ellas como las llamadas organizaciones criminales por naturaleza tienen un carácter permanente, una estructuración que necesariamente tiene una dimensión de mayor complejidad, lo cual es gradual, por cuanto una estructura de crimen organizado, debe de tener una complejidad mayor que una asociación criminal, tal aspecto es menester que se distinga puntualmente, por cuanto las características materiales básicas que se señalan respecto del crimen organizado no concurren en el crimen asociado, aquel es un modelo delictivo

La connotación de crimen organizado rebasa entonces los conceptos de agrupaciones criminales y aún el de asociaciones ilícitas, y en tal sentido el hecho de participar en una organización criminal que en este caso se presenta como un modelo de crimen organizado, es punible en los términos preceptuados por el mismo artículo 345 del Código Penal. Ahora bien, cual es el alcance de lo que tenga que considerarse como una organización criminal; a esos efectos es necesaria la estimación de la cláusula legal del inciso segundo del artículo supracitado, empero restringiendo los elementos concurrentes a aquellos que son compatibles con la figura de una organización ilícita, los cuales son a saber: a) una organización, en el sentido de un conjunto de personas; b) organización que habrá de ser necesariamente permanente; c) constituida por dos o más personas; d) la cual tiene que tener una estructura, derivada del requisito de la organización; e) con una finalidad delictiva esencial.

9. EL MODELO DE CRIMINALIDAD ORGANIZADA EN LA CONFIGURACION DE LA LEY CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO Y DELITOS DE REALIZACIÓN COMPLEJA

En el ámbito de la L.C.O.D.R.C. el concepto que se asume de criminalidad organizada, puede calificarse de “verdaderamente limitado”, con lo cual se quiere indicar, que el mismo no capta los aspectos fundamentales que se manejan en el entorno de la configuración de la criminalidad de esa especie; tal cuestión plantea el problema de si en verdad se estaba pensando en estructuras del crimen organizado cuando normativamente se define tal realidad, o si por el contrario nuestro concepto legal de crimen organizado sólo pretende acercarse a una realidad como la es, la de ciertas estructuras de la criminalidad violenta,

más acabado que funciona como una verdadera empresa criminal, lo cual en el actual estado de cosas es una realidad a tal grado que ha sido necesario la creación de una normativa marco que precisamente capte la realidad de estas nuevas formas de expresión de la criminalidad, un modelo de organización para la ejecución del delito, en el cual las reglas de realización del mismo varían, con lo cual las reglas de imputación penal habrán de ajustarse a estas nuevas modalidades sin que por ello se tengan que transgredir principios del derecho penal nuclear.

pero las cuales no reflejan el verdadero sentido de una organización que pueda considerarse como *crimen organizate*.

Lo anterior significa que en el plano de la adecuación entre norma y realidad, el concepto ha quedado restringido, por cuanto los elementos caracterizadores y esenciales de lo que se entiende normalmente para crimen organizado han quedado fuera del marco conceptual, al menos en su sentido explícito, y ni siquiera se ajustó en lo esencial tal aspecto con la configuración legal que se hace a nivel de la Convención sobre la materia⁸², en tal sentido la ley debe de calificarse como deficitaria en cuanto a la comprensión que se hace respecto de la criminalidad organizada, por cuanto capta otras formas de criminalidad que por sus características esenciales no quedan comprendidas respecto del crimen organizado, primero al reducirse el número de intervinientes a dos personas –materialmente– confundiendo crimen organizado y coautoría, como si ese aspecto no se tratara de lo que se conoce como “grupos estructurados”⁸³; segundo porque, quizá el elemento más importante de la criminalidad organizada como lo es la finalidad económica directa o indirecta no se encuentra determinada.

⁸² En tal sentido la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional refiere como término de referencia la noción de grupo delictivo estructurado y sobre el mismo se indica: “un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente convención con miras a obtener directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”. Es decir se requería en este caso de que se hubieran observado los elementos de: a) grupo estructurado; b) exigencia de tres o más personas; c) permanencia; e) actuar concertado; f) propósito de cometer delitos graves; g) finalidad de obtener beneficios económicos.

⁸³ Precisamente el grupo estructurado puede funcionar con menos de tres personas, es decir con dos o inclusive puede estar formado por más pero su característica es que podría provenir de la estructura general del crimen organizado, es decir se trata de una “facción del mismo, pero que se encuentra vinculado a toda la organización o inclusive no ser parte del mismo, pero realizar actos para la organización, precisamente por ello y resaltando el carácter no improvisado y al contrario organizado del mismo, es que la citada Convención define como “Grupo estructurado” a “un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se hayan asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista una estructura desarrollada” Artículo 2 c) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

En tal sentido más parece que el precepto se ha dirigido de una manera particular a un segmento de la criminalidad, precisamente el de la criminalidad de masas violentas o de agrupaciones violentas, y que tal comprensión es ambigua⁸⁴, pero que el mismo no capta a otras organizaciones que sin duda por estar formadas por grupos, por ser una estructura criminal, por tener un carácter permanente, por tener una finalidad delictiva de hechos graves, y por funcionar con miras a obtener beneficios económicos directa o indirectamente constituyen sin duda alguna en el marco del crimen organizado, verdaderos grupos de esa naturaleza.

La Ley contra el crimen organizado hace énfasis en los siguientes aspectos para determinar la consideración de un conjunto de personas como de criminalidad organizada: a) forma de delincuencia caracterizada por provenir de un grupo estructurado; b) integración del grupo por dos o más personas; c) existencia de la estructura de grupo delictiva durante cierto tiempo; d) actuación del grupo criminal estructurado de manera concertada; e) que la finalidad del grupo estructurado sea cometer uno o más delitos.

Bajo los parámetros anteriores, legalmente el legislador salvadoreño ha entendido que una agrupación de orden criminal constituye una organización criminal, es decir que el crimen organizado de *lege lata* ha de cumplir los requisitos legales antes enunciados. La “pobreza” del concepto resalta, por la falta de cualidades esenciales que se entienden de lo que se conoce de *lege ferenda* por criminalidad organizada⁸⁵, no obstante habrá de considerarse para efectos legales, la significación que se ha determinado.

⁸⁴Así Hassemer cuando indica: “una definición vaga y generosa de la criminalidad organizada no concuerda con la valoración criminológica de esta criminalidad y con su significado de política de seguridad, y con la calidad de los medios previstos para su combate”. HASSEMER Winfried “Límites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada” Op cit. p 2.

⁸⁵ Básicamente se trata de los elementos configuradores de: a) que la organización se encuentre conformado al menos por tres elementos; b) que se trate de una finalidad criminal para cometer delitos graves; c) que el fin ulterior sea obtener ventajas económicas. Estos tres aspectos son esenciales para considerar que una organización se

De los elementos que se han señalado puede examinarse con mayor profundidad sus aspectos constitutivos, ello es necesario por cuanto debe diferenciarse el concepto de crimen organizado del de otro tipo de organizaciones o estructuras que no alcanzan tal nivel, y que se encuentran reconocidas en la sistemática de orden penal, así la codelincuencia, las asociaciones ilícitas, las agrupaciones ilícitas entre otras las cuales gozan de reconocimiento normativo⁸⁶.

El primer elemento del crimen organizado según la ley de la materia es un grupo estructurado de delincuentes. Destacan dos aspectos, el de grupo, y el de estructura, por lo que se ha de exigir un grupo estructurado, nótese que la significación no se agota solo en el agrupamiento, sino que requiere una cualidad determinante, que el grupo tenga como característica la estructura. Por grupo en su sentido más usual habrá de comprenderse “pluralidad de personas o cosas que están o se consideran juntas”⁸⁷ Sin embargo la significación de estructura es más compleja, en su acepción semántica natural se corresponde con “conjunto de partes relacionadas que forman un todo”. Empero ha de entenderse que su

ha configurado como de crimen organizado. Es más sobre este punto en los modelos europeos se ha señalado que: “Los elementos esenciales –de obligada concurrencia– son 1) la concurrencia de más de dos personas. No cabe, pues, la organización criminal individual; 2) la comisión de delitos graves; 3) el ánimo de lucro... Deben concurrir además, esto es acumuladamente, otros tres elementos de los siguientes: 1) la distribución de tareas; 2) la permanencia; 3) el control interno; 4) la actividad internacional; 5) violencia; 6) uso de estructuras comerciales o de negocio; 7) blanqueo de dinero; 8) presión sobre el poder público. CHOCLAN MONTALVO José Antonio “Criminalidad Organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación” Op cit. pp. 242 a 243

⁸⁶ Ciertamente respecto de la codelincuencia se tiene especialmente la figura de la coautoría en el artículo 33 del Código Penal que dice: “Son autores directos los que por sí o conjuntamente con otro u otros cometen el delito”; en el delito de agrupaciones ilícitas se reconocen tres tipos formulas delictivas, la agrupación ilícita, la asociación ilícita, y la organización ilícita, al efecto el artículo 345 CP dice: “El que tomare parte en una agrupación, asociación u organización ilícita será...”.

⁸⁷ Aunque sociológicamente la conceptualización de grupo se encuentra bastante identificada con la de estructura y la variante, es la complejidad de la misma, así se entiende por grupo el conjunto de personas que forman un colectivo más o menos estructurado y que se caracteriza por una comunidad de fines y objetivos, por la coincidencia de actitudes básicas, y de comportamientos.

sentido es más técnico, con lo cual se indica que tal comprensión se encuentra más normativizada, y que el uso de “estructura” no se corresponde enteramente con su acepción simple, sino con una que requiere de una diferente connotación.

Así el concepto de estructura puede responder a diversas formas del conocimiento⁸⁸ que utilizan este concepto para explicar sus propios fenómenos, en atención al aquí descrito –de la criminalidad organizada– es plausible entender un énfasis sociológico en el uso del concepto⁸⁹; desde una perspectiva penal, estructura estaría orientado al conjunto de diversas personas –en este caso de personas dedicadas a delinquir– que de manera interrelacionada forman un todo, es decir se trata de varias personas, con roles diversos, pero unificados por una misma entidad. Tal noción requiere precisamente una diferencia, que es la que ha de caracterizar al “crimen organizado”, por cuanto, de no mediar la misma, el grupo estructurado se reduce simplemente a un conjunto de personas, ello sería factible para el crimen en pluralidad de personas, pero no debería serlo para una formulación de un tipo de criminalidad que se considera más “sofisticada” como la de crimen organizado.

En resumen se requiere de este elemento no solamente una base constitutiva en relación a varias personas, sino que se requiere, que el conjunto de personas como grupo responda a una estructura⁹⁰, vale decir, a una

⁸⁸ Se utiliza en química, biología, geología, matemáticas, lógica, antropología, lingüística, economía, sicología, sociología etcétera,

⁸⁹ Adviértase que utilizamos el predicado “énfasis” con lo cual no estamos proponiendo una significación completa de lo que se entiende por estructura en el campo sociológico, sino una aproximación conceptual desde esa realidad. Desde una perspectiva estrictamente sociológica estructura se corresponde al menos como “conjunto relativamente estable de interrelaciones entre las diversas partes que constituyen el todo social”: sistemas de forma de vida, instituciones, normas, creencias, roles y modelos de conducta diferenciados entre si dentro del sistema social”. BLÁZQUEZ Feliciano “Diccionario de las Ciencias Humanas”. EVD. Navarra. España. 1997 p 155.

⁹⁰ Ciertamente las implicaciones de un modelo estructural pueden ser muy profundas, piénsese en el análisis estructural de los micro y macro fenómenos, no solo de las estructuras sociales sino también de las normativas; y de todos los modelos de análisis estructural que se han desarrollado en diferentes disciplinas sociales, desde Durkheim, Marx. Jakobson, Lévi-Strauss, Chomsky, Parsons, Saussure, Piaget, Jacob. Cfr. BERIAIN

diversidad en unidad, diferentes personas con diferentes actividades pero formando parte de un todo, esa sería la noción de “grupo estructurado”; para fines penales quedarían comprendidos aquellos que forman parte de un colectivo, que tienen unas atribuciones diferentes, y que realizan sus actividades para lograr una ulterior finalidad, en este caso realizar conductas delictivas por medio de la organización criminal.

Por demás está decir, que el carácter de organización resalta, de la necesidad de que el grupo no solo sea pluralidad de personas –también los coautores son pluralidad, una agrupación es plural– sino que además este grupo ha de ser necesariamente estructurado⁹¹ y es dicha característica, lo que le da el sentido de organización criminal, por cuanto como estructura se requiere distintas personas, diversidad de roles, diferentes actividades, pero unificación en los fines, ello al final es lo que le da a la estructura la cohesión de la organización.

En cuanto al segundo elemento, se requiere la integración del grupo estructurado por dos o más personas, precisamente el criterio del mínimo de dos personas resulta criticable con la consideración de un “grupo estructurado” a menos que se haya pensado –como *lei motiv*– en la conjunción de dos personas, lo cual nos daría la razón, cuando señalamos la “simpleza del concepto”, por ello es necesario recordar que en materia de criminalidad organizada, no es lo esencial el concurso de varias personas *per se* sino el carácter de organización que tenga esa pluralidad de personas, por dicha razón es que la concurrencia de

Josetxo ITURRATE José Luís (editores) “La Teoría Sociológica”. 2ª edición corregida y ampliadas. EVD. Navarra. España. 2008 pp. 659 a 661

⁹¹ Como se ha expresado el aspecto estructural visto *ad oculos* resulta fundamental, por cuanto aporta la diferenciación entre la “institución criminal” y los miembros que la conforman algo que es vital en este tipo de criminalidad por ello se ha afirmado: “La estructura en cambio, es un dispositivo externo, una suerte de objetivación de las pautas organizativas. Transformada así la organización en una entidad independiente de los sujetos que componen el grupo, aumenta la comunicabilidad y se reduce la variación o desvíos dentro del sistema; con ello se facilita la producción y reproducción del grupo permitiendo que éste se amplíe”. ORSI Omar Gabriel “Sistema penal y crimen organizado. Estrategias de aprehensión y criminalización del conflicto” Op cit. p 43.

dos personas habrá de entenderse como “grupo estructurado” es decir como dos personas que pertenecen a una organización criminal, no basta en tal sentido la mera concurrencia de dos personas o más, la nota esencial es la de ser un grupo estructurado, y en ello es fundamental el carácter de organización en la forma en la cual hemos aludido *supra*⁹².

El tercer elemento se encuentra vinculado a la existencia de la estructura de grupo delictivo, que ha de tener un carácter permanente, la permanencia es un elemento indispensable, si es que se va a tratar de una estructura de criminalidad organizada, esa permanencia como nota distintiva, la va a diferenciar de otros “grupos o conjunto de personas dedicados a cometer hechos delictivos, la permanencia es consustancial, al carácter organizacional de la estructura, y por ello la ley requiere que el grupo estructurado “exista durante cierto tiempo”.

El carácter de permanente se encuentra implícito en ese requerimiento de una existencia de un período, que se aleja del carácter de la transitoriedad, y es que cuando se alude a crimen organizado, en su sentido técnico, no podría estarse refiriendo a grupos no permanentes, y por ende a grupos coincidentes, al contrario el carácter de persistencia, es lo que genera estabilidad en la significación del crimen organizado, no se trata de un grupo temporal, que opera únicamente de manera provisional, al contrario, esa necesidad de perdurar en el tiempo, es el carácter distintivo de una organización que sobrepasa a las agrupaciones o asociaciones para delinquir, por cuanto no solo requiere prolongación del grupo, sino que además requiere –y volvemos aquí a insistir– el carácter distintivo de la organización, en tal sentido organización como necesidad de un grupo estructurado, y permanencia son aspectos recíprocos, sin

⁹² Ver en tal sentido el apartado 3 de la presente elaboración.

los cuales no se corresponde considerar un grupo estructurado como crimen organizado⁹³.

Esos aspectos que se han tratado, deben necesariamente de requerir de la actuación del grupo criminal estructurado, una forma de proceder que es necesariamente concertada, lo cual es clave para la forma de operar de la organización. Sí se requiere de un grupo estructurado, es decir esencialmente organizado, el cual tiene un carácter permanente en cuanto a la forma de cometer los hechos programados, necesariamente este grupo debe de proceder de manera concertada, vale decir, proceder mediante acuerdo mutuo para realizar una actividad conjunta, ahora bien, esa concertación, expresada como connivencia común, en cuanto incumbe a la criminalidad organizada, sólo requiere coincidencia en el resultado, pues la complejidad de una organización criminal se distingue precisamente en que la intervención de los distintos integrantes es diversa⁹⁴, sino es así, lo que resulta es una confusión entre actividades de criminalidad organizada y participación conjunta en el delito.

Lo anterior requiere una mayor explicación, la cualificación de la criminalidad organizada, requiere que la participación en el evento criminal, se encuentre verdaderamente fragmentada, ello equivale a decir que a unos integrantes, corresponderá realizar determinadas conductas, a otros diferentes

⁹³ Si debe aquí indicarse que la organización puede estar formada por diversos grupos algunos de los cuales operen por cierto tiempo o para ciertas actividades, esa nota no le resta nada al carácter asociativo, como grupo estructurado que forma parte de una organización criminal compleja, pero debe requerirse siempre el carácter de pertenencia a la organización, es decir que los integrantes, no obstante no formar parte siempre de todas las actividades que se realizan forman parte de la organización delictiva, porque pertenecen a ella. Cuestión más complicada es la realidad que la organización criminal para ciertas actividades puede recurrir a un grupo de personas, que cometen un hecho delictivo para la organización pero que no son parte de la misma, y en tal sentido no quedarían integrados al supuesto de grupo estructurado como parte del crimen organizado, es decir como elemento constitutivo.

⁹⁴ Lo ilustra de manera clara ZÚÑIGA RODRÍGUEZ Laura "Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación penal" en Criminalidad Organizada y Delincuencia Económica. Estudios en homenaje al Profesor Herney Hoyos Garcés. Editorial Gustavo Ibáñez. Bogotá. Colombia. 2002 p 66.

eventos, unos realizaran otras actividades, todas ellas necesarias, y ordenadas por quienes tienen a su cargo la dirección de la organización, precisamente éstos no realizaran actividades materiales.

En tal sentido, debe de hacerse notar que la actuación concertada, no se encuentra referida a la unidad del suceso, puede realizarse en la diversidad, una intelección que se refiera a concertación como hecho unitario, confundiría nuevamente el actuar en conjunto en el delito con las actividades de un grupo que actúa mediante la forma del crimen organizado, precisamente por ello, es que la actuación concertada puede estar referida inclusive a conductas realizadas de manera fragmentada, esa es una nota distintiva del carácter organizacional, toda la actividad si se encontrara unificada por el fin ulterior.

Por último habrá de entenderse que un grupo estructurado con carácter permanente, que responde esencialmente al carácter organizativo, y que por ende actúa de manera concertada lo hace para realizar una actividad criminal, es decir para realizar un programa criminal, que debido al carácter organizativo, ha de estar planificado, no sería posible considerar verdaderamente una estructura como de crimen organizado, si sus actividades no se encontraran debidamente planificadas. En este punto la exigencia de la ley, vuelve a ser deficitaria, por que únicamente se requiere que el grupo estructurado tenga como finalidad cometer uno o más delitos, dando lugar a una identidad con la asociación delictiva, la cual se caracteriza no sólo por su permanencia, sino por su constitución para delinquir de manera permanente.

Sin embargo si el fenómeno de la agrupación delictiva y de las asociaciones criminales es diferente del llamado crimen organizado, sería menester que se diferenciara entre el programa criminal de dichos grupos delictivos, en ello la ley no diferencia, y resta efectividad al significado de crimen organizado, por cuanto del tenor del precepto, cualquier propósito delictivo inclusive de un solo delito, podría ser considerado "crimen organizado" si a ello,

sumamos que se requiere únicamente del concurso de dos personas formando el grupo estructurado, tal intelección no deja de ser defendible, pero por lo mismo, ha de hacerse un esfuerzo interpretativo, en un sentido más valorativo de la significación de lo que constituye una organización criminal⁹⁵.

Empero como se ha sostenido, si ciertamente la normativa se está refiriendo a lo que doctrinariamente se entiende por crimen organizado, el plan criminal no puede estar ni referido a un solo delito, que tenga el calificativo de menos grave, aquí es menester tener en consideración la definición marco que se da respecto del “grupo delictivo organizado” en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional respecto de la gravedad del delito, el límite formal estaría marcado por una pena privativa de libertad que exceda los cuatro años (artículo 2 a) b) de la Convención).

⁹⁵ En tal sentido la Corte Suprema de Justicia con una interpretación valorativa se ha pronunciado en los términos siguientes: En el caso de mérito esta Corte advierte, que nos encontramos ante un conflicto de competencia suscitado entre el juzgado de instrucción de San Luis Talpa y el juzgado de instrucción especializado de esta ciudad, y previo a resolver el mismo se considera necesario hacer las consideraciones siguientes: La primera de ellas está orientada a precisar que de conformidad con lo regulado en el artículo 1 inciso segundo de la LEY CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO Y DELITOS DE REALIZACIÓN COMPLEJA se considera crimen organizado aquella forma de delincuencia que se caracteriza por provenir de un grupo estructurado de dos o más personas, que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos”, es decir, que para estimar que un hecho delictivo ha sido cometido bajo la modalidad de crimen organizado, este debe reunir necesariamente tales características y solo así corresponderá su juzgamiento conforme al procedimiento y ante los tribunales especializados a que se refiere la expresa ley. Corte Suprema de Justicia. Conflicto de competencia Ref. 18-Comp-2007. Y también ha señalado sobre la cuestión del crimen organizado la consideración siguiente: “La primera de ellas, está orientada a precisar que, de conformidad con lo regulado en el Art. 1, inciso segundo de la LEY CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO Y DELITOS DE REALIZACIÓN COMPLEJA, “Se considera crimen organizado aquella forma de delincuencia que se caracteriza por provenir de un grupo estructurado de dos o más personas, que exista durante cierto tiempo y que actué concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos”; es decir, que para considerar que un hecho delictivo ha sido cometido bajo la modalidad de crimen organizado, éste debe reunir necesariamente tales características y sólo así corresponderá su juzgamiento conforme al procedimiento y ante los tribunales especializados a que se refiere la expresada ley”. Ref. N° 53-competencia-2007 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en conflicto de competencia de las diez horas y cuarenta y cinco minutos del doce de junio de dos mil ocho.

Resulta esclarecedor, que tratándose de criminalidad organizada sea nacional o transnacional, para no incurrir en lo que Hassemer llama “disparar con cañones a los gorriones”⁹⁶ los delitos que deberían entenderse comprendidos en la actividad de la criminalidad organizada, son los delitos que revelen gravedad, y de ellos, aquellos que se correspondan a la actividad propia del crimen organizado, en ello es consustancial la finalidad directa o indirecta del aprovechamiento económico, aspecto fundamental cuando se enfrenta al verdadero crimen organizacional y que nuestro legislador obvió al menos expresamente, sin considerar que crimen organizado y fines económicos en el sentido de obtención de beneficios, son una indisoluble realidad⁹⁷.

⁹⁶ HASSEMER Winfried “Límites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada” Op cit. p 3.

⁹⁷ Por tal razón es que la crítica a la decisión del poder legislativo se vuelve necesaria, no sólo se trata de enfrentar la criminalidad violenta de masas, para ello no es menester acudir a legislaciones especiales, ni siquiera lo sería en el caso del crimen organizado, pero en nuestra realidad, se pretende construir una significación del crimen organizado aséptico a los móviles económicos, cuando de la esencia del crimen organizado, en cualquiera de sus múltiples manifestaciones es tener una finalidad de beneficios económicos, es que de otra manera no se explica cómo puede construirse toda una red de criminalidad para delinquir sin finalidades de obtención de ventajas económicas, no creo que para estas agrupaciones el crimen sea una distracción o un hobby, los fines lucrativos han sido reconocidos a nivel internacional como no puede ser de otra manera, y es por ello que en el Artículo 2 a) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional se indica que los delitos graves que se cometan lo son “con miras a obtener directa o indirectamente un beneficio económico u otro beneficio de orden material”. Y ciertamente sobre el tema se exige el elemento del interés directo o indirecto de obtener beneficios económicos o materiales. Ver. CHOCLAN MONTALVO José Antonio “Criminalidad Organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación” Op cit. p 230; VIRGOLINI Julio E. S. “Crímenes Excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción” Op cit. p 209; ORSI Omar Gabriel “Sistema penal y crimen organizado. Estrategias de aprehensión y criminalización del conflicto” Op cit. p 50; IGLESIAS RÍOS Miguel Ángel “Criminalidad organizada y delincuencia económica: aproximación a su incidencia global” en El Nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz. Gonzalo Quintero Olivares. Fermín Morales Prats (coordinadores). Aranzadi. Navarra. España. 2001 p 1448; HERNÁNDEZ BASUALTO Héctor “La represión de la criminalidad organizada en la República Federal de Alemania” en Criminalidad Organizada y Delincuencia Económica. Estudios en homenaje al Profesor Herney Hoyos Garcés. Editorial Gustavo Ibáñez. Bogotá. Colombia. 2002 p 103; LLERENA Patricia Marcela “Criminalidad Organizada Transnacional y Finanzas” en Nada Personal... Ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia”. Virgolini-Slokar. Coordinadores. De Palma. Buenos Aires. Argentina. 2001 p 211.

10. EL ENFOQUE DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA EN LA LEY DE PROSCRIPCIÓN DE MARAS, PANDILLAS, AGRUPACIONES, ASOCIACIONES Y ORGANIACIONES DE NATURALEZA CRIMINAL Y LA REFORMA AL DELITO DE LAS AGRUPACIONES ILÍCITAS

Como se ha podido apreciar hasta aquí, la intervención penal sobre las organizaciones de carácter criminal había discurrido por la clásica utilización del delito asociativo, modificado posteriormente a las agrupaciones ilícitas, y por la utilización de un marco conceptual sobre la criminalidad organizada en la parte general del Código Penal, por ello la configuración de una ley especial referida con exclusividad a las organización de agrupaciones de carácter criminal represento una nueva forma de persecución de este fenómeno criminal, aunque originalmente la ley estaba destinada con exclusividad para enfrentar la actividad criminal de las pandillas⁹⁸.

De tal manera que, la *ratio legislatoris* se vincula a la intervención de las organizaciones criminales, o lo que usualmente se conoce como crimen organizado, y su contenido penal, ciertamente resulta limitado, por cuanto no se trata de una ley de intervención penal en el sentido tradicional de la palabra sino de un contenido normativo más ubicado en el ámbito del derecho administrativo sancionador, pero con la particularidad que las decisiones serán aplicadas por el sistema judicial u otras instancias de la administración pública, en todo caso el énfasis de la ley, es generar inhabilitaciones sobre las personas que integren

⁹⁸ Ciertamente la propuesta inicial, discutida primero con los auspicios del Ministerio de Justicia y Seguridad, y posteriormente en la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales de la Asamblea Legislativa, tenía únicamente la finalidad de enfrentar el fenómeno de las pandillas en su sentido de organización criminal, sin extenderse a otro tipo de manifestación del crimen en sentido organizativo, pero al final peso más la idea de que la ley debería extenderse a todo tipo de organización criminal, sin ser exclusiva de las pandillas, aunque también estas quedaran comprendidas, y ello quedó aun graficado en el nombre de la ley que inicia como de proscripción de pandillas.

estos grupos criminales⁹⁹, y sobre las ventajas patrimoniales que se hayan obtenido mediante la actividad ilícitas de las organizaciones criminales¹⁰⁰, también de manera bastante original se establece un ámbito de consecuencias jurídicas respecto de las personas jurídicas que presten colaboración, apoyo, financiamiento o participen de manera directa o indirecta en las actividades criminales de los grupos organizados¹⁰¹.

⁹⁹ Así por el ejemplo el artículo 3 que genera un marco de inhabilitación mediante resolución de condena en sede penal, administrativa, civil o de otra jurisdicción y que inhabilita para pertenecer a partidos políticos, para ser candidato a cargos de elección popular o de segundo grado, para integrar una sociedad de carácter mercantil, ser concesionario o contratista del Estado o titular de autorizaciones o permisos emitidos por organismos oficiales, trabajar para la administración pública en cualquiera de sus ámbitos, y en cualquier manera trabajar para las agencias de seguridad privada.

¹⁰⁰ Como en el artículo dos de la ley que genera una ilicitud de los actos jurídicos que se realicen como parte de las actividades criminales de las organizaciones delictivas, sea directamente, por sus integrantes, o por personas que actúen en su nombre, generando cualquier tipo de responsabilidad sobre la realización de los actos que se realicen, inclusive para aquellos que con conocimiento se aprovechen de las ventajas generadas por estos actos jurídicos. En igual sentido, sobre el destino de los bienes que se generen a partir de las actividades criminales y que obtengan de manera directa o indirecta, inclusive mediante la figura de la extinción del dominio, posesión o tenencia según el procedimiento sea civil, penal, o administrativo, determinándose también el destino de estos bienes a favor del Estado, y el aseguramiento precautorio de los mismos, también se incluye una nulidad sustantiva sobre los actos o contratos respecto de la disposición de bienes con la finalidad de eludir los aspectos de afectación de la propiedad sobre dichos bienes, una especie de acción pauliana pero con características específicas en estos casos para los bienes que sean originados, o derivados de las actividades delictivas de las agrupaciones organizadas con carácter criminal, eso es lo que en resumen se plantea en el artículo 4 de la ley en comento. El aspecto financiero, es el artículo 5 el que determina los ámbitos como se intervendrán los valores, depósitos o fondos, que con origen o derivación de actividades del crimen organizado se hayan obtenido, así como los aspectos de supervisión o vigilancia de las entidades que desarrollan actividades en ese rubro.

¹⁰¹ Así, la intervención sobre la persona jurídica en cuanto a la derivación de responsabilidades directas en relación al delito, en este caso al delito que se comete mediante organizaciones criminales, es un ámbito novedoso en el marco del derecho sancionatorio y el de carácter penal, pues en principio rige entre nosotros y en su sentido general en el Código Penal, el principio de *societas delinquere non potest*, sin embargo, a partir de esta ley, se genera una forma de responsabilidad criminal limitada respecto de las personas jurídicas que implica la disolución de la persona moral de carácter privado, pero con la exigencia de que la persona jurídica en cuanto a sus integrantes directivos o accionistas, sean todos, los que acuerden la actuación criminal de la persona jurídica en relación a una estructura de criminalidad organizada, ello conforme al artículo 7 de la ley objeto de examen.

Es decir sobre este punto, si se quisiese hacer una comparación, la ley de proscripción de maras, pandillas, agrupaciones, asociaciones y organizaciones de carácter criminal trata de desarrollar un modelo al estilo de las consecuencias del llamado Estatuto RICO implementada en los Estados Unidos de América¹⁰², en el sentido de generar un marco de mayor intervención sobre las organizaciones criminales y con énfasis en aspectos de inhabilitación y de afectación del patrimonio, las ventajas y las ganancias que se han obtenido mediante los actos criminales directos o indirectos del crimen organizado¹⁰³.

¹⁰² El cual es un conjunto de disposiciones legales contenidas en el título Noveno de la Ley para el Control del Crimen Organizado, la misma fue emitida el 15 de octubre de 1970 y su denominación (RICO) significa *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations* la traducción más cercana sería conjunto de disposiciones aplicables a las organizaciones corruptas o penetradas por el crimen organizado.

¹⁰³ Precisamente RICO tiene por finalidad crear dichos instrumentos legales, para dotar a los actores de la investigación penal, de formulaciones legales que permitan de una manera más efectiva la intervención respecto de las organizaciones criminales, precisamente este detalle no puede pasarse por alto, porque en el derecho anglófono, la elaboración de los instrumentos normativos no deriva necesariamente de una construcción teórica preestablecida a partir de una base de principios de carácter axiológico sino que es una respuesta de reacción pragmática respecto de una realidad y ciertas condiciones que tienen que ser resueltas y por ello a diferencia de nuestro modelo normativo –que es sistemático– se buscan soluciones efectivas, casuísticas y prácticas; en otras palabras no se pretende una gran coherencia lógica de las disposiciones aplicables, sino únicamente su eficacia práctica, ello significa necesariamente que los márgenes de interpretación se verán necesariamente ampliados –lo cual es normal en su sentido de interpretación– a efectos de adaptar la reacción de las autoridades a las acciones concretas de la criminalidad organizacional y no necesariamente al contenido gramatical de los preceptos legales. Lo anterior no debe entenderse en el sentido que no existan restricciones interpretativas y debate sobre el alcance de los términos contenidos en la legislación especial, pero debe tenerse en cuenta que precisamente dicha extensión interpretativa es mayor de la que usualmente se utiliza en los sistemas continentales, el cual tiene un sentido más rígido de interpretación, sobre todo en el ámbito del derecho penal, en el cual campea con mayor rigor el principio de legalidad estricta, lo cual impide una flexibilización práctica en la interpretación. Y es que ciertamente la flexibilidad interpretativa también es fuente de abusos por parte de las autoridades y por ello aún en sistemas de un amplio margen como el anglófono, se entiende que no es aconsejable una indiscriminada elasticidad de las normas en su sentido de interpretación y configuración, por los abusos a los que se prestan normas de esta naturaleza. Por ello no debe obviarse que la misma doctrina estadounidense reconoce la amplitud en la aplicación de la ley RICO, con lo cual se es consciente que si bien dicho marco provee a las autoridades de una herramienta efectiva y versátil para enfrentar los diferentes fenómenos del crimen organizado, también se reconoce que dicha normativa es fuente de extralimitaciones en los procesos de actuación, y por ello, precisamente en el *common law* basándose en la doctrina del *deterrence*—en el sentido que un uso incontrolado de la normativa reduciría su impacto en los casos donde se necesita— cuando se va aplicar el estatuto se hace

El aspecto penal que incorpora mayor relevancia en la Ley de Proscripción de Maras, Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones y Organizaciones de Naturaleza Criminal, es la significación de las mismas, es decir la descripción de lo que habrá de entenderse por ellas en cuanto a su sentido jurídico, sobre el cual, quizá por el origen de la ley que ya fue referido, se hace de manera ejemplificativa específicamente sobre las maras y pandillas, pero no sobre el concepto jurídico de lo que habrá que entenderse por agrupaciones, asociaciones u organizaciones, que en este aspecto sólo alcanza un parámetro de referencia que en todo caso resulta limitadísimo, por las propiedades del concepto de referencia que se utiliza¹⁰⁴.

necesario que la acción criminal o civil sea emprendida por el gobierno federal, lo cual significa que bajo lo reglado por RICO se debe recibir aprobación previa de una dependencia específica del Departamento de Justicia y esta aprobación de actuación se concede caso a caso. Lo anterior no es ocioso el estatuto en mención no puede ser examinado fuera del contexto del sistema norteamericano, es decir desde su orden jurídico, teniendo en cuenta que en el mismo prevalecen el pragmatismo y la eficiencia por encima de la sistemática normativa o de la observancia de los principios fundamentales, al menos en el ámbito de su relación. Con lo anterior se comprende porque RICO no es ni un conjunto de disposiciones penales en su sentido dogmático, ni tampoco comprende lo que para nosotros sería un código procesal, al contrario el estatuto conforma un conjunto de previsiones legales que se superponen unas a otras aún a las ya existentes, sean estas normas en sentido estadual o federal, y mediante ellas, se permite o el incremento de las penas para los delitos ya considerados o se permite que por determinadas ofensas criminales de carácter estadual, se pueda perseguir por las autoridades federales. Por ello no es de extrañar que el estatuto RICO aprobado en 1970 haya sido reformado o adicionado en 1978, 1984, 1986, 1988 y 1989.

¹⁰⁴ En efecto, la denominación de referencia a la llamada “Sombra Negra”, para las agrupaciones asociaciones u organizaciones de carácter criminal no es la más feliz, por cuanto dicha organización criminal, constituye un modelo de grupo de exterminio integrado por personas que ejercían funciones públicas y por personas de la comunidad social, ciertamente estos tipo de grupos como todos los que presentan características de exterminio o de limpieza social respecto de ciertas áreas de la criminalidad, es compatible con las características de grupos organizados de carácter delictivo, pero no agota la naturaleza del crimen organizado, pues las diferentes formas complejas que asumen la criminalidad organizado y otras estructuras delictivas, no coinciden con la naturaleza de un grupo de exterminio, siendo distinta su estructura y modalidad, por ello indicamos que la referencia de organizaciones y asociaciones criminales, no puede sustentarse a una remisión cerrada de un grupo criminal de exterminio; sin embargo, nuevamente el inciso segundo del artículo 1 de la L.P.M.P.A.A.O.N.C. genera un marco alternativo de interpretación, pues al final del mismo se indica la aplicación de la ley a toda agrupación, asociación u organización de carácter criminal con independencia de la denominación que

Así, la referencia a maras o pandillas, determina un marco concreto de referencia y de carácter meramente ejemplificativo, basado en la nominación identificativa del grupo o la pandilla, pero sin extenderse a la materialidad de las mismas¹⁰⁵, es decir sus contenidos socio-culturales¹⁰⁶. Así la remisión que se hace es a las tradicionales agrupaciones que conocidas como maras o pandillas, se identifican mediante la denominación de Mara Salvatrucha, MS-trece, Padilla Dieciocho, Mara Maquina, Mara Mao Mao, identificadas ya como agrupaciones de orden criminal¹⁰⁷.

Como se expresó, la vinculación al concepto de mara o pandilla, no agota la determinación de la estructura en razón de su nombre, porque ello, reduciría el marco de integración en las mismas respecto de la ley, así ese carácter enumerativo se confirma a partir del inciso segundo del artículo 1 de la Ley de

adopte en cuanto a su nombre criminal, pudiendo inclusive ser el grupo, la asociación u organización innominada.

¹⁰⁵ Ciertamente como se refleja en estudios iniciales sobre el fenómeno de las maras, este vocablo por sí mismo, no tenía un sentido criminógeno en la sociedad salvadoreña, y era utilizado para señalar grupos sociales con intereses compartidos, así se ha señalado: “Hasta hace pocos años la palabra MARA era utilizada en El Salvador para designar a un grupo de amigos con algún punto de coincidencia –la colonia, la escuela, la iglesia etc–“. Al contrario la noción de pandilla, si puede tener una determinación en su origen más de sentido criminal, puesto que el enfoque de pandilla es en sus inicios un fenómeno transcultural, propio de las *gangs* de origen estadounidense, y del cual se considera que se derivó el fenómeno de pandillas hacia nuestro país. Sobre este particular ver SMUTT Marcela, MIRANDA Jenny Lissette E “El Fenómeno de las Pandillas en El Salvador”. Serie Adolescencia 2. FLACSO. UNICEF. San Salvador. El Salvador. 1998 p 25 y 33 a 38. LLOBET RODRÍGUEZ Javier “Maras y Pandillas en Centroamérica” en Justicia Penal y Estado de Derecho. Homenaje a Francisco Castillo. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2007 p 195.

¹⁰⁶ Sobre este contexto cultural y social en el cual se desarrolla el fenómeno de las maras ver. CERBINO Mauro “Jóvenes en la Calle. Cultura y conflicto”. Anthropos. Barcelona. España. 2006 pp. 7 a 14.

¹⁰⁷ Se ha señalado y no sin razón que el fenómeno de las maras o pandillas, ha evolucionado de manera compleja y acelerada en la sociedad salvadoreña, pasando de grupos juveniles que ejercían un tipo de violencia connatural a los problemas de conflicto e identidad de la adolescencia a constituir grupos estructurados y organizados cada vez más con un sentido delictivo permanente y marcadamente violento, hasta llegar a constituir en casos, una forma de crimen organizado. Sobre este aspecto señalando diversos aspectos puede verse: CRUZ José Miguel “Maras y Pandillas en Centroamérica”. Volumen IV. UCA. Editores. San Salvador. El Salvador. 2006 p 41. SAVENI JEWIN “Maras y Barras”. Pandillas y violencia juvenil en los barrios marginales de Centroamérica. FLACSO. San Salvador. El Salvador. 2009 p 53 a 59.

Proscripción, que determina únicamente que la significación de la pandilla, mara o agrupaciones, organizaciones u asociaciones de carácter criminal, no es un impedimento para la adecuación de las mismas en la ley, siempre que se agote el aspecto organizativo de una mara, pandilla u organización criminal, en el sentido estructural del concepto de crimen organizado¹⁰⁸.

Si debe señalarse, que la determinación de maras o pandillas o de organizaciones de carácter criminal, sirve de complemento a la nueva configuración del delito de agrupaciones ilícitas, por cuanto el supuesto de hecho del tipo penal previsto en el artículo 345 del Código Penal hace una remisión expresa a la Ley de Proscripción de Maras, Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones y Organizaciones de Naturaleza Criminal, con lo cual, ambos se integran en la modalidad de leyes penales en blanco¹⁰⁹, respecto de la inclusión de maras o pandillas en la descripción general de las agrupaciones ilícitas¹¹⁰.

Si debe diferenciarse que la nueva tipificación como delito sobre la pertenencia a agrupaciones de carácter criminal, ahora establece diferentes segmentaciones que pueden ser ilustradas de la manera siguiente: La primera comprende las formas genéricas de agrupaciones criminales, siendo estas, la agrupación, la asociación y la organización de carácter ilícito, y la conducta

¹⁰⁸ La letra del texto es la que sigue: “La presente proscripción aplica a las diferentes pandillas o maras y agrupaciones, asociaciones u organizaciones criminales, sin importar la denominación que adopten o aunque no asumieran ninguna identidad.

¹⁰⁹ Las leyes penales en blanco son aquellas, en las cuales el supuesto de hecho de la norma penal que constituye el delito, no se encuentra completamente descrito, y para tener por completa la conducta criminal, debe remitirse a una norma diferente, la cual complementa la conducta, si la remisión de la norma es a otra de igual jerarquía –es decir ley en sentido formal– se dice que se trata de una norma penal en blanco impropia, el cual es el caso que nos ocupa, puesto que el artículo 345 inciso segundo parte final del Código Penal, para completar el tipo de organizaciones de carácter criminal hace un reenvío a la ley de proscripción de maras y pandillas, señalando una remisión expresa, característica esencial de las normas penales en blanco, aunque por la remisión a una fuente de la misma jerarquía no se compromete la legalidad. SÁNCHEZ ESCOBAR Carlos Ernesto “Límites Constitucionales al Derecho Penal”. Consejo Nacional de la Judicatura. Agencia Española de Cooperación Internacional. San Salvador. El Salvador. 2004. p 87.

¹¹⁰ En efecto, el artículo 345 en su inciso segundo en lo pertinente reza: “[...] y las mencionadas en la Ley de Proscripción de Maras, Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones y Organizaciones de Naturaleza Criminal”.

delictiva radica en formar parte de cualquiera de ellas, es decir ser parte de una agrupación, asociación u organización criminal, o de carácter ilícito, si se advierte, este es un delito de aquellos que se califican como de pertenencia, tiene una propia autonomía, y es una forma de criminalización de las avanzadas en los estados previos a lesiones específicas de bienes jurídicos.

En la parte segunda del tipo penal, se determina ya la significación específica de las agrupaciones, asociaciones u organizaciones de carácter ilícito, y se agregan los requisitos que constituyen sus elementos característicos –y que las diferenciara de otras formas de participación plural en el delito– así se agregan la necesidad de: a) el carácter permanente, o transitorio de ellas; b) la integración por tres personas o más; c) el que posea al menos un grado de organización; d) teniendo como objetivo general la comisión de delitos.

A la anterior se suman otras formas organizadas de agrupaciones, asociaciones y organizaciones delictivas, que además de los requisitos anteriores, tengan como característica la utilización de formas o medios violentos para el ingreso de sus miembros, la permanencia de los mismos en la agrupación, asociación u organización, o que la violencia se utilice ante miembros que abandonen la estructura criminal, este aspecto se ha estimado como representativo de las maras o pandillas.

También se estiman como agrupaciones, asociaciones u organizaciones de carácter criminal, aquellas que aparezcan en su constitución con un fin lícito, pero que realicen conductas delictivas en cuanto a las actividades que realizan, digamos que este esfuerzo trata de criminalizar en cuanto forma de aprovechamiento a las personas jurídicas de distinta índole, las cuales son utilizadas para cometer delitos, al menos en este aspecto debería hacerse una interpretación restrictiva, en el sentido que las personas morales que puedan constituir una agrupación, asociación u organización de carácter criminal, son aquellas que *ad-hoc* son creadas para cometer delitos mediante su utilización de

fachada, aunque claro está en la constitución de las mismas, los fines que se declaren aparezcan como lícitos, ello es importante, para no extender en demasía la punibilidad respecto de personas jurídicas en las cuales se comente delito mediante el uso de su actuación jurídica, pero las cuales no han sido creadas *ex profeso* para ser instrumentos de fachada del crimen organizado.

Por último la remisión que se hace como complemento es a las agrupaciones, asociaciones u organizaciones que se mencionan en la Ley de Proscripción de Maras, Pandillas, Agrupaciones, Asociaciones y Organizaciones de Naturaleza Criminal, con lo cual las denominadas Mara Salvatrucha, MS-trece, Padilla Dieciocho, Mara Maquina, Mara Mao Mao, pasarían a integrar las agrupaciones de carácter ilícito, para lo cual también deben concurrir los elementos integradores generales de las mismas, en igual sentido, los grupos de exterminio quedarían comprendidos por la referencia que la ley de la materia hace a la denominada sombra negra, y en general también quedarían comprendidas a todo tipo de agrupación, asociación u organización que integre los elementos constitutivos de las agrupaciones ilícitas, es decir, aquellos, que tengan un carácter permanente, o transitorio, pero con esa proyección de permanencia; que se encuentren integrados por al menos tres o más personas; que tengan al menos un grado de organización, lo cual remite al aspecto de estructuración, para constituir una agrupación criminal y dependerá de la complejidad de la estructura, el tipo de grupo criminal que se constituye, y definitivamente el objetivo general la comisión de delitos.

El concepto de criminalidad organizada no es una tarea acabada ni mucho menos, las formas de significación que se presenten tendrá que necesariamente adaptarse a las diversas realidades que el crimen organizacional vaya adoptando, pero ello no es nuevo, las conventículas o las llamadas bandas de forajidos o malhechores, también fueron en su momento un signo de la organización para el delito, el crimen organizado parece ser ahora una especie de hidra con la particularidad de lo anfibológico de sus rostros externos, sobre la

cual debe reflexionarse constantemente, a menos que se estime una empresa *caput Nili Quaerere*.

BIBLIOGRAFÍA

Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP). Carta Informativa. N° 2. 1999.

BERIAIN, Josetxo ITURRATE, José Luis (editores) “La Teoría Sociológica”. 2ª edición corregida y ampliadas. EVD. Navarra. España. 2008.

BLÁZQUEZ, Feliciano “Diccionario de las Ciencias Humanas”. EVD. Navarra. España. 1997.

i

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano “Problemas Político-Criminales Actuales de las Sociedades Occidentales”. Parte Especial. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2003.

CASAS ZAMORA, Ciro “Nuevo enfoque para combatir la delincuencia no tradicional” en Una Oportunidad para Reflexionar. XXV Aniversario del Ministerio Público. Poder Judicial. Ministerio Público. San José. Costa Rica. 2000.

CERBINO, Mauro “Jóvenes en la Calle. Cultura y conflicto”. Anthropos. Barcelona. España. 2006.

CHOCLAN MONTALVO, José Antonio “Criminalidad Organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación” en La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. España. 2001.

CHOCLAN MONTALVO, José Antonio “La Organización Criminal. Tratamiento penal y procesal”. Dykinson. Madrid. España. 2000.

CRUZ CASTRO, Fernando “Criminalidad Organizada”. Crónicas Iberoamericanas. Revista Penal. Número 2. Julio 1998. Editorial Praxis. Barcelona. España. 1998.

CRUZ, José Miguel “Maras y Pandillas en Centroamérica”. Volumen IV. UCA. Editores. San Salvador. El Salvador. 2006.

DENCKER, Friedrich “Criminalidad Organizada y Procedimiento Penal”. Traducción de Laura Elbert y Fabricio Guariglia en Nueva Doctrina Penal. 1998/B. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 1998.

FABIÁN CAPARROS, Eduardo “El delito de blanqueo de capitales”. Colet. Madrid. España. 1998.

FABIÁN CAPARRÓS, J en “Criminalidad Organizada” en “El Nuevo Código Penal”. Primeros problemas de aplicación. Universidad de Salamanca. Gutiérrez Francés/Sánchez López (Coordinadores). España. 1997

FOFFANI, Luigi “Criminalidad Organizada y Criminalidad Económica: la experiencia italiana. Traducción de María José Pifarré de Moner en “Ciencias Penales Contemporáneas”. Revista de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología. Año 1. Número 1. 2001. Ediciones Jurídicas Cuyo. Mendoza. Argentina. 2001.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio “Asociaciones Ilícitas en el Código Penal”. Editorial Bosch. Barcelona. España. 1977.

GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta “Criminalidad Organizada y Medios Extraordinarios de Investigación”. Colex. Madrid. España. 2004

HASSEMER, Winfried “Límites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada”. Traducción de Alfredo Chirino Sánchez. Revista Judicial Justicia de Paz. N° 11. Año V. Volumen I. Enero-abril-2002. CSJ-AECI. San Salvador. El Salvador. 2002.

HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor “La represión de la criminalidad organizada en la República Federal de Alemania” en Criminalidad Organizada y Delincuencia Económica. Estudios en homenaje al Profesor Herney Hoyos Garcés. Editorial Gustavo Ibáñez. Bogotá. Colombia. 2002

LLERENA, Patricia Marcela “Criminalidad Organizada Transnacional y Finanzas” en Nada Personal... Ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia”. Virgolini-Slokar. Coordinadores. De Palma. Buenos Aires. Argentina. 2001.

HERRERO HERRERO, Carlos “Criminología. Parte General y Parte Especial”. Dykinson. Madrid. España. 1997.

IGLESIAS RÍOS, Miguel Ángel “Criminalidad Organizada y Delincuencia Económica. Aproximación a su incidencia global” en Criminalidad Organizada y Delincuencia Económica”. Estudios en homenaje al Profesor Herney Hoyos Garcés. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá. Colombia. 2002.

IGLESIAS RÍOS, Miguel Ángel “Criminalidad organizada y delincuencia económica: aproximación a su incidencia global” en El Nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz. Gonzalo Quintero Olivares. Fermín Morales Prats (coordinadores). Aranzadi. Navarra. España. 2001

INSOLERA, Gaetano “Nociones de criminalidad organizada: Concurso de personas y delitos asociativos” en Nada Personal... Ensayos sobre crimen

organizado y sistema de justicia. Virgolini-Slokar. Coordinadores. De Palma. Buenos Aires. Argentina. 2001.

JOSHI JUBERT, Ujala “Sobre el concepto de organización en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español” en Libro Homenaje a José Rafael Mendoza Troconis. Tomo I. Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Universidad Central de Venezuela. Caracas. Venezuela. 1998.

La Enciclopedia”. Salvat Editores. Madrid. España. 2004.

LAMAS PUCCIO, Luis “Manifestaciones del Crimen Organizado” en Revista de Ciencias Penales y Criminológicas. Volumen XI. Número 39. Septiembre-Diciembre. 1989. Universidad Externado de Colombia. 1989.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier “Maras y Pandillas en Centroamérica” en Justicia Penal y Estado de Derecho. Homenaje a Francisco Castillo. Editorial Jurídica Continental. San José. Costa Rica. 2007.

LLOBET RODRÍGUEZ, Javier CHIRINO SÁNCHEZ, Alfredo “Principio de oportunidad y persecución de la criminalidad organizada”. Problemas prácticos e ideológicos de un proceso penal eficiente” Ediciones Jurídicas ARETE. San José. Costa Rica. 2002.

MAZZACUVA, Nicola “Criminalidad Organizada y Empresa en “Nada Personal... Ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia”. Virgolini-Slokar. Coordinadores. De Palma. Buenos Aires. Argentina. 2001.

MEDINA ARIZA, J.J. “Una introducción al estudio criminológico del crimen organizado” en Delincuencia Organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos. Juan Carlos Ferré Olivé. E Anarte Borraello (eds.) Editorial Universidad de Huelva. España. 1999.

NIÑO, Luis Fernando “Criminalidad Organizada” en Crónicas Iberoamericanas. Revista Penal. Número 2. Julio 1998. Editorial Praxis. Barcelona. España. 1998.

ORSI, Omar Gabriel “Sistema penal y crimen organizado. Estrategias de aprehensión y criminalización del conflicto”. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2007.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo “La Criminalidad Organizada y la Función del Delito de Asociación Ilícita” en Delincuencia Organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos. Juan Carlos Ferré Olivé. Enrique Anarte Borrallo. Fundación del Monte. Universidad de Huelva. España. 1999.

RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás “El control judicial efectivo de la corrupción. Un reto que no conoce fronteras” en Prevención y Reprensión de la Corrupción en el Estado de Derecho” Nicolás Rodríguez García. Eduardo Fabián Caparrós. Luís Contreras Alfaro (Coordinadores) Lexis Nexis. Santiago de Chile. 2005.

SÁNCHEZ ESCOBAR, Carlos Ernesto “Límites Constitucionales al Derecho Penal”. Consejo Nacional de la Judicatura. Agencia Española de Cooperación Internacional. San Salvador. El Salvador. 2004.

SAVENI JEWIN “Maras y Barras”. Pandillas y violencia juvenil en los barrios marginales de Centroamérica. FLACSO. San Salvador. El Salvador. 2009.

SMUTT, Marcela, MIRANDA, Jenny Lissette E “El Fenómeno de las Pandillas en El Salvador”. Serie Adolescencia 2. FLACSO. UNICEF. San Salvador. El Salvador. 1998

SUTHERLAND, Edwin “El delito de Cuello Blanco”. Editorial Universidad Central de Venezuela. Caracas. 1969.

TERRADILLOS BASOCO, Juan María “Empresa y Derecho Penal”. Primera edición. AD-HOC. Buenos Aires. Argentina. 2001.

TIEDEMANN, Klaus “Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Especial. Tirant lo Blanch. Valencia. España. 2010.

TORRÉ, Abelardo “Introducción al Derecho”. Abeledo-Perrot. Duodécima edición actualizada. Buenos Aires. Argentina. 1999.

VIRGOLINI, Julio “Los delitos de cuello blanco: Inmunidades y exclusión del derecho en la construcción del problema criminal” en Nueva Doctrina Penal. 2003-B. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2003.

VIRGOLINI, Julio E. S. “Crímenes Excelentes”. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción”. Editores del Puerto. Buenos Aires. Argentina. 2004.

VIRGOLINI, Julio E. S. “Crimen organizado: Criminología, derecho y política” en Nada Personal... Ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia”. Virgolini-Slokar. Coordinadores. De Palma. Buenos Aires. Argentina. 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl “El Crimen Organizado”. Una categoría frustrada. Editorial LEYER. Santafé de Bogotá. Colombia. Segunda edición. Colombia. 1996.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio “En torno al concepto de Crimen Organizado” en Nada Personal... Ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia”. Virgolini-Slokar. Coordinadores. De Palma. Buenos Aires. Argentina. 2001.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura “Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación penal” en Criminalidad Organizada y Delincuencia

Económica. Estudios en homenaje al Profesor Herney Hoyos Garcés. Editorial Gustavo Ibañez. Bogotá. Colombia. 2002.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ Laura “Redes Internacionales y Criminalidad: A propósito del modelo de participación en organización criminal” en El Derecho Penal ante la Globalización”. Colex. Madrid. España. 2002.

Jurisprudencia.

Referencia 52-2003/56-2003/57-2003 Sentencia de Inconstitucionalidad de la Sala de lo Constitucional de las quince horas del uno de abril de dos mil cuatro.

Ref. 18-Comp-2007. Sentencia de Conflicto de competencia de la Corte Suprema de Justicia.

Ref. N° 53-competencia-2007 Sentencia de la Corte Suprema de Justicia en conflicto de competencia de las diez horas y cuarenta y cinco minutos del doce de junio de dos mil ocho.

Referencia 21-2007-2ª. Sentencia definitiva del Tribunal Tercero de Sentencia de las dieciséis horas del nueve de marzo de dos mil siete

DOCTRINA NACIONAL

Ricardo Salas (Profesor de la Facultad de Derecho y de la Maestría Centroamericana de Ciencias Políticas de la UCR).

Algunas consideraciones en torno a la alegada “impunidad penal” en la justicia costarricense.

Javier Llobet Rodríguez (Catedrático de la UCR).

El debido proceso en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

Frank Harbottle Quirós (Letrado de la Sala de Casación Penal).

El “testigo sin rostro” en el anticipo jurisdiccional de prueba en el proceso penal costarricense.

Carlos Tiffer Sotomayor (Profesor de la Maestría en Ciencias Penales de la UCR).

Fines y determinación de las sanciones penales juveniles.

Cinthya Fernández Lépiz (Asistente de la Coordinación Académica Regional de la Secretaría General de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO)).

La ejecución de las sanciones alternativas del modelo de justicia penal juvenil en Costa Rica.

Roberto Madrigal Zamora (Defensor público).

El papel (¿de tontos?) de los mecanismos nacionales de protección frente al fenómeno del hacinamiento carcelario.

Alberto Brenes Córdoba (Exmagistrado de la Sala de Casación).

Costa Rica

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LA ALEGADA “IMPUNIDAD PENAL” EN LA JUSTICIA COSTARRICENSE

RICARDO SALAS

*Profesor en la Facultad de Derecho
y en la Maestría Centroamericana de Ciencias Políticas,
Universidad de Costa Rica*

RESUMEN: En este artículo se aborda el tema de la denominada “impunidad penal”, a partir de los datos de ingreso y salidas de las causas penales en la Administración de Justicia Penal de Costa Rica. De acuerdo a esos datos, el número de asuntos que quedan sin resolver son similares a los de los países tomados como estándares en América Latina o en Europa.

PALABRAS CLAVE: impunidad penal, Administración de Justicia, sentencias condenatorias, otras soluciones, causas sin resolver.

ABSTRACT: This essay tries about the so called “criminal impunity”. The analysis starts considering the number of criminal trials or demands of service addressed to Justice Courts of Costa Rica in the above mentioned branch. As aftermath, the author concludes that the ratio of unsolved trials are alike to those of countries taken as standards in Latin America or Europe.

KEYWORDS: criminal impunity, law enforcement, conviction judgments, other solutions, unsolved trials.

Fecha de recepción: 23 de septiembre de 2012.

Fecha de aprobación: 19 de noviembre de 2012.

PRECISIONES CONCEPTUALES

El alcance teórico de “impunidad penal” que se utilice no es indiferente, sino que debe ser adecuada al diseño institucional y semiótico de cada contexto. Emplear una noción que es inconducente o inapropiada, podría llevar a equívocos o resultados inciertos, cual sucedería si, para efectos de Costa Rica, se hace uso de la conceptualización hecha por las Naciones Unidas (“ausencia de responsabilidad penal”) u otros foros (“falta de castigo de un delito”)¹. De ahí la importancia de una buena construcción teórica, que resulte apta para comprender la situación específica y delinear posibles correcciones.

Para efectos de estas notas, se entiende por impunidad penal la ausencia de respuesta de la Administración de Justicia Penal a los asuntos que le ingresan. En consecuencia, la misma se medirá por (a) la relación entre el número de estos y los que no se resolvieron o, (b) en caso de que se compruebe judicialmente la responsabilidad delictiva, aquellos en los que no se pudo dictar sentencia condenatoria correspondiente o esta no se pudo ejecutar; todo, por incapacidad, de hecho o de derecho, del mencionado sistema.²

Tratándose del actual debate mediático en Costa Rica, el reclamo por impunidad se ha centrado en la primera acepción (a), toda vez que a la segunda no se ha hecho mayor alusión.

PRECISIONES NORMATIVAS

El proceso penal está para averiguar la verdad. No sólo para condenar. Tratar de relacionar casos ingresados con condenatorias como índice de efectividad, es desconocer el sentido del proceso penal, introduciendo una lógica de

¹ Al respecto, ver Restrepo, pág. 4 y Carrión, pág. 1. Para más definiciones, confrontar Barreto, pág. 55

² Interesante el punto de vista de Gómez, pág. 42

castigo a toda costa, en detrimento de los derechos e incluso de la verdad de los hechos.³

El proceso penal cumple sus propósitos también cuando se descarta la existencia de un hecho delictivo, se confirma la inocencia de una persona o bien (por disposición de la ley en algunos casos especiales) se llega a una salida que no es la sentencia. En todas esas hipótesis, no habrá sentencia condenatoria, pero el propósito de procedimiento penal en un Estado de Derecho, se habrá alcanzado o cumplido. Otro tanto sucede cuando se determina que los asuntos ingresados son redundantes (supóngase que se denuncia dos o más veces el mismo hecho) o deben acumularse (son varias causas que ameritan una sola sentencia). En tales circunstancias, aunque estadísticamente haya un declive en la relación entre causas ingresadas y condenatorias, no por ello habrá aumentado la impunidad, sino que se tratará precisamente del ejercicio cabal de la Administración de Justicia Penal.

En síntesis, aunque no hay un indicador estadístico específico en el país (que debe implementarse en términos perentorios en los sistemas judiciales de control) que mida la impunidad, a efectos de la primera acepción antes enunciada (a), puede afirmarse que *el índice de impunidad se obtiene en nuestro medio a partir de la sumatoria residual de los asuntos archivados por no haber sido esclarecidos en su posible autoría, más los que superaron infructuosamente el plazo máximo de investigación y hubo que darlos por concluidos, más aquellos que rebasaron el plazo del sobreseimiento provisional, más los prescritos; todo esto entre la cantidad de casos entrados ((archivados + excedidos de plazo de investigación + excedidos en plazo de sobreseimiento provisional + prescritos) / número de asuntos ingresados = índice probable de impunidad).*

A aquella sumatoria se puede agregar los casos en que se aplicó un criterio de oportunidad, que es un argumento frecuente entre quienes reclaman la

³ Rábago, pág. 24

impunidad. Por eso es que, en gracia de discusión, este se tomará en cuenta en las tablas sucesivas.

No sucede lo mismo con las desestimaciones.

Para un observador no avezado en la comprensión del proceso penal, podría ser tentador incluir entre las denegatorias de respuesta las desestimaciones fiscales, en las cuales el trámite se termina anticipadamente, sin que medie una ponderación de las pretensiones de las partes. No obstante, debe indicarse enfáticamente que, para la amplísima mayoría de casos en tales hipótesis previstas por la ley (de conformidad con el artículo 282 del Código Procesal Penal, *“cuando el hecho denunciado no constituya delito o sea imposible proceder”*), hay una respuesta a los interesados por parte de la Administración de Justicia.

En el ordenamiento instrumental penal de Costa Rica, las situaciones en que *“es imposible proceder”*, son aquellas en que hay un impedimento procesal para que el trámite judicial se desarrolle, lo cual está limitado a ciertos individuos que, por la función pública que desempeñan, gozan de inmunidad. Esto es, no hay en Costa Rica obstáculos procesales objetivos para proceder penalmente, sino sólo subjetivos. En esas causas, es preciso el levantamiento o la renuncia de la inmunidad. Sin embargo, no se documenta ninguna en que esa condición no se haya levantado a un funcionario nacional o bien no haya sido renunciada por este. Por lo demás, aun cuando algunos agentes diplomáticos pueden haber empleado el mismo para no responder penalmente, esa cifra no es estadísticamente significativa.

Luego, en aquellas situaciones en que el hecho denunciado no sea delito, sí hay efectivamente una respuesta de la Administración de Justicia, porque en tales casos es menester dictar una decisión explicando a las partes que lo denunciado no es susceptible de ser sustanciado en esa vía, por cuanto no constituye un delito. Ese resultado, al igual que otros, puede generar insatisfacción en algunas personas y hasta una sensación de impunidad, pero en modo alguno puede valorarse como

una especie de esta, pues lo que sucede es que en dichas hipótesis no hay delito que perseguir y así se resuelve, lo cual cumple con los propósitos del procedimiento legal para las mismas.

Aunque, en un afán retórico, se podría argüir que el instituto de la desestimación puede ser indebidamente utilizado para denegar la justicia en casos en que sí hay delito, o para no proseguir el proceso sin explicación a los interesados del porqué se dicta, hasta tanto no haya evidencia apreciable y cuantificable en ese sentido, se trata sólo de una suposición infundada y, por ende, inválida a para determinar en índice probable de impunidad penal.

PRECISIONES METODOLÓGICAS

Existe una difundida y errónea idea de que los números se explican a sí mismos. Lo cierto es que ellos son recogidos a partir de la construcción de categorías y relaciones, las cuales es preciso dominar para poder entender qué valor o significado tiene un número y sus relaciones. De igual manera, hay que tener en cuenta que existen muchos (por no decir innumerables) modelos de lectura o de interpretación de esos valores y sus significados conjuntos o comparativos.

Eso hace visible la necesidad de que se cuente con herramientas metodológicas de análisis estadístico y social para obtener conclusiones a partir de dichos números. No se trata de una cuestión meramente de contraponer dos números, sin mayores elementos de criterio, sino que es menester un trabajo de un equipo calificado (sociólogos, politólogos, criminólogos y juristas, como mínimo) para poder hacer inferencias sólidas. Las denuncias efectuadas hasta ahora en la comunicación masiva, han carecido de esas cualidades indispensables, porque a lo sumo se ha realizado una lectura ligera, por parte de personas que por sólo tener acceso a esos datos, no necesariamente tienen todos aquellos conocimientos.

Asimismo, otro error capital consiste en partir del valor homogéneo de los números, cuando lo correcto es entender que se trata de causas judiciales, que tienen su propia identidad. Por ende, lo que hay que analizar no es un número de causas ingresadas contra el número de condenatorias, sino la evolución de las causas en sí mismas. En otras palabras, no se trata de examinar las causas ingresadas en un año contra las resueltas en ese mismo periodo, que con toda probabilidad entraron con uno o dos años de antelación. La efectividad del sistema no se mide por la relación del ingreso de unas causas y la salida de otras, sino de aquellas mismas.

Obviar lo anterior no sólo lleva a conclusiones equivocadas, sino que incluso en términos de balance puramente numérico, induce a errores. Así, por ejemplo, si se contraponen las 6.039 personas condenadas penalmente en el año 2010 con los 267.130 asuntos iniciados ese año, se comete un error. Aquellas condenas corresponden con toda probabilidad a asuntos ingresados en el año 2008 (211.421) o incluso en el 2007 (179.671). De manera que, dado el constante incremento en la litigiosidad penal en Costa Rica (vale decir que el Plan Iberoamericano de Estadística Judicial del 2010 nos ubica en el primer lugar de litigiosidad penal) y el número de denuncias registradas, esas comparaciones inapropiadas siempre van a arrojar una pérdida estadística, que no resulta ser tal, sino la medición de dos entidades diferentes.

El balance es peor si, en una confusión de objetos todavía mayor, lo que se contrapone es el número de condenas a la cantidad presunta de hechos delictivos que se infiere sin más a partir de las encuestas de percepción sobre el nivel de victimización en el país.

Finalmente, cabe observar que si, normativamente, se dijo que *el índice de impunidad se obtiene en nuestro medio a partir de la sumatoria residual de los asuntos archivados por no haber sido esclarecidos, aquellos en que se excedió el plazo de investigación, aquellos en que se aplicó un criterio de oportunidad,*

aquellos en que se excedió el plazo del sobreseimiento provisional y los prescritos; todo esto entre la cantidad de casos entrados, es indispensable tener en cuenta que en muchos de esos asuntos no hay método de discriminar cuándo se estaba efectivamente ante un delito y cuándo se trató de un asunto que las partes quisieron “criminalizar” no siendo penal o no existió, por lo que en ausencia de su interés posterior, no se pudo determinar de qué se trataba, debiendo archivar o declararse su prescripción. En otras palabras, por una debilidad metodológica de acceso a esa información en específico, hay en el presente un irreductible margen de incerteza acerca del posible índice de impunidad, que puede llevar a sobredimensionarlo.

NÚMEROS⁴ E INTERPRETACIÓN

Se ha decidido hacer un estudio sobre la evolución numérica de los asuntos ingresados y los salidos de la Administración de Justicia Penal, de los últimos seis años, así como la forma en que concluyeron, a fin de hacer una estimación sobre el índice posible de impunidad (conforme a lo antes explicado).

A esos efectos, como ya se dijo, se parte de que este consistiría aproximadamente en la sumatoria de causas archivadas, a las que se aplicó un criterio de oportunidad, las que rebasaron el plazo de investigación y el del sobreseimiento provisional, y las prescritas; todo esto entre la cantidad de asuntos ingresados o reingresados, pues todas las demás (condenatorias, absolutorias, sobreseimientos o desestimaciones) habrán recibido respuesta por parte de la Administración de Justicia y, por ende, no engrosarán la alegada impunidad penal.

En todo caso, téngase en cuenta que se pasa por alto que no se está haciendo un estudio de los mismos casos, sino de un contraste entre los ingresos y los egresos, lo cual como ya se vio es inapropiado, pero que, a falta de un recurso

⁴ Los datos primarios a partir de los cuales son elaborados los siguientes cálculos, fueron provistos por la Sección de Estadística del Poder Judicial.

de información que permita corregir ese defecto, es necesario dejar a un lado este inconveniente para dar respuesta pronta a la opinión pública.

	Archivo Fiscal	Incumplim. Plazo Inv.	Criterio de Oport.	Venc. Sobr. Prov.	Prescripc.	SUB- TOTAL
Fiscalías						
2006	36.567					36.567
2007	33.313					33.313
2008	28.644					28.644
2009	39.142					39.142
2010	40.642					40.642
2011	38.036					38.036
Juzgados						
2006		5	8.044	358	6.452	14.859
2007		Nd	6.080	127	6.754	12.961
2008		80	2.042	89	2.258	4.469
2009		38	1.190	56	1.793	3.077
2010		nd	927	144	2.224	3.295
2011		16	845	94	2.819	3.774
Tribunales						
2006					750	750
2007					799	799
2008					527	527
2009					358	358
2010					356	356
2011					456	456

En resumen, conforme a la explicación sobre el cálculo de las causas no esclarecidas o en que no se dio respuesta al usuario por parte de la Administración de Justicia Penal, puede concluirse que estas fueron

2006	52.176
2007	47.073
2008	33.640
2009	42.577
2010	44.293
2011	42.266

Esas cifras deben ser divididas entre el número de casos ingresados (y también reingresados, toda vez que el archivo fiscal de estos fue tomado en cuenta como una “no respuesta”, por lo que también los reingresados deben contarse como demanda de servicio; o bien proceder a restar los reingresados al número de archivos fiscales, en cuyo caso el resultado del índice es igual) en cada uno de esos años, para tener una aproximación más fiable de cuál es el índice de asuntos que queda sin respuesta por parte de la Administración de Justicia Penal.

El resultado sería el siguiente:

	Ingresados al MP	No resueltos	Índice
2006	164.128	52.176	0,317
2007	179.671	47.073	0,261
2008	211.421	33.640	0,159
2009	270.945	42.577	0,157
2010	267.130	44.293	0,165
2011	234.041	42.266	0,180

En conclusión, como se puede ver, el índice probable de impunidad no es ni de lejos el que se ha venido denunciando en algunos medios de comunicación

social. Si bien en el año 2006 se registró un pico de aproximadamente un 32% de causas que no fueron resueltas, esto obedeció en buena parte a un alto número de casos en que se aplicó el criterio de oportunidad y el archivo fiscal (la diferencia respecto al año siguiente fue de más de 5.000 asuntos).

De allí en adelante, la tendencia constante ha sido a la baja en la falta de respuesta o posible impunidad. En el año 2010, el índice se ubicó en torno al 16.5%; o sea, sólo 16.5 de cada 100 casos no obtuvieron respuesta del sistema judicial penal, lo que representa más o menos uno de cada seis asuntos. En el 2011 hubo una leve alza no significativa, pues aunque el porcentaje fue del 18, sigue representando menos de uno entre cada cinco asuntos los que se quedan sin respuesta.

En resumen, en los últimos cinco años la ineffectividad de la justicia penal se ha reducido casi a la mitad en términos porcentuales.

Ese índice ubicaría a Costa Rica entre los países latinoamericanos con mayor efectividad en la justicia penal (por ejemplo, Chile tiene un índice de efectividad del 89%, mientras que durante el 2010 Costa Rica obtuvo un 83.5%) e incluso superior al de países europeos, como el Reino Unido.⁵

Es por lo anterior que la (des) ilusión social sobre la impunidad penal que se ha propagado en forma mediática, es claramente infundada.

⁵ Restrepo, pág. 3

CONSECUENCIAS

Las secuelas de una (des) ilusión social, como la de que la impunidad penal ha escalado hasta niveles inmanejables, no se hacen esperar y, a diferencia de las secuelas de otros mitos modernos, se manifiestan casi de inmediato.

A corto plazo, se puede anticipar que:

a) La población deja de denunciar los posibles hechos delictivos, o bien deja de colaborar con los órganos de seguridad y los judiciales, porque llegan a la conclusión que de nada sirve, que ni estos cumplen su función, ni los protegerían en caso de verse expuestos a una represalia proveniente de esa denuncia o colaboración. En otras palabras, se incrementa la *impunidad social* (que consiste en un fenómeno cultural extendido entre la población, la cual deja de denunciar), que es previa a la impunidad penal. Ello tiene efectos de vasto alcance, porque amén de que los hechos dejan de llegar a conocimiento de las autoridades, los que lo hacen, quedan sin averiguación, a causa del déficit de colaboración por parte de la gente.⁶

b) Se envía un mensaje a quienes se hallan involucrados en actividades ilícitas, en el sentido de que pueden proceder con mayor libertad, dada la ineficiencia del sistema penal, sea aumentando la frecuencia de sus acciones o la gravedad de las mismas. Asimismo, a quienes todavía no han incurrido en hechos delictivos, o sólo lo hacen de manera esporádica, se les insinúa que pueden decidirse a actuar. No en balde, en términos de estudios criminológicos, uno de los catalizadores más destacados como factores del delito, consiste en la confianza de la impunidad.

c) Con toda probabilidad, ante esa desazón colectiva y un sentimiento de impotencia, los órganos de seguridad, pero ante todo los administradores de justicia, empezarán a tratar a los sospechosos con mayor severidad, incluso en los

⁶ García, pág. 14

casos en que está en discusión la autoría de los hechos investigados; o bien, exhibiéndolos como culpables, para revalorizar su reputación. Esto es, en infracción directa al principio de la inocencia y el de proporcionalidad de la sanción.⁷

d) Es inevitable que, ante la propagación de esa creencia errónea de que los órganos de justicia penal son ineficientes (sobre todo con los datos inaceptables que se han manejado en los medios de comunicación masiva), la gente empiece a tomarse la justicia en sus propias manos, pasando por alto el ordenamiento jurídico, las instituciones e incurriendo en desmanes que sólo reproducen y aumentan la violencia social.⁸

A mediano plazo, se puede anticipar que:

a) Se operaría un descrédito progresivo de los órganos de justicia, el cual ya se ha venido manifestando en los años más recientes.

b) El Estado de Derecho (o vigencia de la ley, cierta, para todos y efectiva), perdería credibilidad y adhesión, incrementando las conductas o decisiones que no transitan por aquel, sino fuera de este, e incluso siendo caldo de cultivo para pretendidas soluciones autoritarias, en detrimento de la democracia, y de la deliberación o de controles políticos públicos.⁹

c) Habría sectores de la población que, particularmente dado el deterioro agudo de los Estados de Bienestar Social, ante ese sentimiento de impotencia y desamparo, busquen un *modus vivendi* con las actividades delictivas, acomodándose a ellas y tolerándolas o incluso auxiliándolas, como desafortunadamente ha sucedido en otros países de América Latina.

⁷ Rábago, pág. 18

⁸ Rodríguez, pág. 9

⁹ Rodríguez, pág. 7

d) La participación cívica y política de las personas se empobrece al convertirse en puramente defensiva contra las amenazas o riesgos que perciben, dejando de lado las acciones constructivas que permiten mejorar el entorno social y el diseño institucional.¹⁰

El balance global, es que difundir sin asidero alguno la ilusión social de la impunidad penal, como forma de reclamar mayor eficiencia y efectividad en la administración de justicia y en las instituciones, antes que llevar a esa finalidad y a una reducción de la violencia, paradójicamente tiene los efectos contrarios, pues genera un incremento de dicha violencia y el deterioro de aquellas.

Se presenta así un caso típico del Teorema de Thomas, de la profecía que se auto realiza. *“Si las personas definen las situaciones como reales, éstas son reales en sus consecuencias.”*

¹⁰ Rodríguez, pág. 11

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

BARRETO, Luis Hernando y otro. *Una mirada a la impunidad en el marco del sistema penal oral acusatorio en Colombia*. Ministerio del Interior, Bogotá, 2009

CARRIÓN, Fernando. *Impunidad*. Texto digital localizable en <http://works.bpress.com/fernando-carrion/211>

GARCÍA, Iván. Apuntes sobre la impunidad y Poder Judicial. En *Revista de Derechos Humanos*. Número 11. Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2011

GÓMEZ, Felipe. El Fenómeno de la impunidad: luces y sombras en América Latina. En *Revista de Derechos Humanos*. Número 11. Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2011

RÁBAGO, Miguel. Repensar la impunidad: el privilegio como impunidad y la legalidad como límite de la acción del otro. En *Revista de Derechos Humanos*. Número 11. Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2011

RESTREPO, Elvira y otro. *Impunidad Penal*. Documento CEDE. Uniandes, Bogotá, 2004

RODRÍGUEZ, Jesús. Lo impunidad y la fractura de lo público. En *Revista de Derechos Humanos*. Número 11. Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2011

SECCIÓN DE ESTADÍSTICA DEL PODER JUDICIAL DE COSTA RICA. Estadísticas sobre asuntos penales del año 2006-2011, material digital provisto por dicha sección.

EL DEBIDO PROCESO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

JAVIER LLOBET RODRÍGUEZ¹

Catedrático de la UCR

SUMARIO. 1. EL DEBIDO PROCESO. 2. EL DEBIDO PROCESO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 3. DESAFÍOS ACTUALES CON RESPECTO AL RESPETO DEL DEBIDO PROCESO. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN: El debido proceso ha sido desarrollado en numerosas resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que se refieren no solamente a la materia penal, sino también a las otras ramas del Derecho. Además se ha destacado la aplicación del debido proceso a los procedimientos administrativos. Se trata de un principio de carácter abstracto, del que se derivan en general las diversas garantías ante la administración de justicia. Destacan dentro de ellas las garantías de la independencia judicial, la imparcialidad del juez y el principio del juez natural, que presupuestos indispensables, sin los cuales el resto de las garantías carecerían de importancia. En los últimos tiempos en Latinoamérica han sido cuestionadas las garantías ante la justicia penal. Un aspecto fundamental que hay que considerar es que aun a aquellos a los que se les atribuye o se les ha condenado por quebrantar los derechos de las otras personas, debe respetárseles los derechos humanos ya que en caso contrario el Estado perdería su legitimación moral en la lucha contra la delincuencia.

¹ Doctor y Master en Derecho de la Universidad de Friburgo en Brisgovia. Catedrático y Director de Posgrados en Derecho de la Universidad de Costa Rica. Coordinador de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica.

PALABRAS CLAVE: Debido proceso, independencia judicial, presunción de inocencia, prisión preventiva, derecho a recurrir, seguridad ciudadana, populismo punitivo.

ABSTRACT: The “Due Process” has been developed in numerous resolutions of the Inter-American Court of Human Rights that not only refer to criminal matters but also to other areas of law. Besides, the application of due process has stand to administrative procedures. It is a principle of abstract character, from which the various guarantees of the administration of justice are derived. The guarantees of judicial independence, judge’s impartiality, the principle of natural justice stand out. Indispensables presuppositions without whom the rest of guarantees would lack of importance. In recent times have been questioned in Latin America the guarantees in the criminal justice. A fundamental aspect that has to be considered is that the human rights of those who are credited or have been convicted for violating another's rights must be respected; otherwise the State would lose its moral legitimacy in the fight against crime.

KEYWORDS: Due process, judicial independence, presumption of innocence, preventive detention, right to appeal, public safety, punitive populism.

Recibido: 17 de septiembre de 2012.

Aprobado: 19 de noviembre de 2012.

1. EL DEBIDO PROCESO

Debe reconocerse que el concepto de debido proceso es impreciso, y hasta podría ser sostenido por alguien que todo quebranto a la ley procesal supone una

violación al debido proceso². Se trata de un concepto de carácter abstracto que con frecuencia en materia penal es utilizado de manera indistinta con el de presunción de inocencia³, cuando se refiere a los derechos del imputado, llegándose a abarcar los diversos derechos que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Constitucional ha 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 en los inculpados 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.

² 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: 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; 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; Gozáine, 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.

³ 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).

El debido proceso implica la garantía del derecho de ser oído, en un plazo razonable y por un Tribunal independiente e imparcial y establecido conforme a la ley, todo de acuerdo con lo establecido en el Art. 8 inciso 1 de la CADH. Esta relación se ha hecho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo en el caso Genie Lacayo, resuelto por sentencia del 29 de enero de 1997⁴. El derecho de defensa, con sus diversas consecuencias, es fundamental para la existencia del debido proceso. En este sentido la Corte Interamericana en el caso Genie Lacayo puso como sinónimo de debido proceso el “*derecho de defensa procesal*”⁵. 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 sentencia⁶.

⁴ “74. El artículo 8 de la Convención que se refiere a las garantías judiciales consagra los lineamientos del llamado ‘debido proceso legal’ o ‘derecho de defensa procesal’, que consisten en el derecho de toda persona 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 en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera.

⁵ Véase la nota anterior.

⁶ Sobre ello: García Ramírez. El debido..., pp. 30-33. Acerca del derecho de defensa véase: Lobet Rodríguez, Javier. Derecho Procesal Penal. III. Garantías procesales (Segunda parte). San José, Editorial Jurídica Continental, 2007.

La relación estrecha entre el principio del debido proceso y el derecho de defensa se aprecia claramente en los axiomas del garantismo penal desarrollados por Luigi Ferrajoli. De los 10 axiomas que propone el mismo, tienen importancia en materia procesal penal los últimos 4: 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 refutación⁷. Con respecto a los procesos no penales tienen importancia en particular los últimos tres axiomas, ya que el principio “nulla culpa sine iudicio”, es característico de la materia penal y del monopolio estatal del poder punitivo, que hace que la aplicación de la ley sustantiva penal requiera de la realización de un proceso penal, reflejada en la frase de Bejing de que “El Derecho penal (sustantivo), no le toca un pelo al delincuente”⁸, puesto que para hacerlo requiere del Derecho Procesal Penal⁹. Los otros tres axiomas expresan claramente la importancia de la garantía del derecho de defensa.

Debe resaltarse que el respecto al debido proceso, establecido en el artículo 8 inciso 1) de la Convención Americana de Derechos Humanos hace referencia en forma expresa no solamente a la necesidad de su respeto en los procesos penales, sino en todo asunto que se realice “*para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*”¹⁰. En la sentencia de 2 de febrero de 2001, en el caso Baena y otros contra Panamá¹¹ se afirmó con base en ello que “*cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal*” (No. 124). Se afirmó además

⁷ Cf. Ferrajoli. Derecho y razón. Madrid, Trotta, 1995, pp. 93-94; Ferrajoli. Principia iuris. Madrid, Trotta, T. II, 2011, p. 351.

⁸ Citada por Maier, Julio. Derecho Procesal Penal I. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2002, p. 84.

⁹ Sobre el tema: Llobet Rodríguez, Javier. Derecho Procesal Penal. I. Aspectos generales. San José, Editorial Jurídica Continental, 2005, pp. 19-23.

¹⁰ Sobre el tema: Medina Quiroga, Cecilia, op. cit., pp. 283-292.

¹¹ Véase la nota anterior.

en ese caso que el debido proceso debe respetarse en el procedimiento administrativo: *“En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso”* (No. 126). Se enfatizó en dicho asunto la importancia del respeto del debido proceso en el procedimiento disciplinario en sede administrativa. Se señaló: *“La justicia, realizada a través del debido proceso legal, como verdadero valor jurídicamente protegido, se debe garantizar en todo proceso disciplinario, y los Estados no pueden sustraerse de esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del artículo 8 de la Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales. Permitirle a los Estados dicha interpretación equivaldría a dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho de toda persona a un debido proceso”* (No. 129).

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 requiere el respeto 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 neoconstitucionalismo, 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.

Es importante considerar que tradicionalmente se ha estimado que los derechos humanos de carácter individual, entre ellos los que se tienen frente a la administración de justicia, 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 garantizarlos¹². 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 justicia¹³. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversos fallos ha resaltado la obligación del Estado conforme al artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos de adecuar su legislación interna al respeto de las garantías del debido proceso, por ejemplo en el caso Reverón Trujillo, resuelto por sentencia de 30 de junio de 2009 (No. 146) y la sentencia dispuesta en el caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela de 1 de julio de 2011 (No. 142). El debido proceso exige que el Estado, por ejemplo, dé las garantías necesarias para el respeto de la independencia judicial. Supone que el Estado tenga los tribunales suficientes para el ejercicio de la función jurisdiccional y que los mismos tengan las condiciones materiales para ello. Además implica que exista una distribución geográfica que permita el acceso adecuado a la justicia, por los habitantes de las diversas regiones del país¹⁴.

¹² Cf. Ferrajoli. Derecho y razón, p. 861.

¹³ Cf. Hutter, Franz-Josef. No Rights. Menschenrechte als Fundament einer funktionierenden Weltordnung. Berlín, 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.

¹⁴ Ha mencionado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con razón, que la localización de los tribunales puede ser un factor que redunde en la imposibilidad de acceder a la justicia. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos, 2007, No. 92, pp. 20-21. Si existen dificultades para acudir a los tribunales en razón de la distancia de los

Significa adicionalmente que se den una serie de medidas compensatorias para que puedan tener el adecuado acceso a la justicia los diversos grupos en situación de vulnerabilidad. Ello ha sido desarrollado, por ejemplo, por las reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada del 4 al 6 de marzo de 2008¹⁵. Esta compensación de las situaciones de desigualdad fue resaltada por la Corte Interamericana en particular en la opinión consultiva OC-16-99 del primero de octubre de 1999, relativa a la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso¹⁶. Debe destacarse además con respecto a ello la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Vélez Loor vs. Panamá, de 23 de noviembre de 2010. Al respecto la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversas resoluciones ha enfatizado la necesidad de garantía al acceso a la justicia por parte de diversos grupos en situación de vulnerabilidad, por ejemplo los migrantes, los miembros de las comunidades indígenas¹⁷, los miembros de las comunidades cuyos ancestros fueron traídos hace varios siglos como esclavos de África¹⁸, las

mismos se presentan grandes obstáculos, no solamente por el dinero que cuesta los viajes, el tiempo que se pierde en los mismos, que afecta la actividad a la que se dedica la persona, sino además porque no se le puede dar un seguimiento adecuado al proceso.

¹⁵ Cf. Llobet Rodríguez, J. Acceso a la justicia y derechos humanos en Panamá. San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2009.

¹⁶ Se dijo en dicha resolución: “119. *Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses (...)*”.

¹⁷ Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, sentencia de 31 de agosto de 2001; caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de junio de 2005, caso de la comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, sentencia de 24 de agosto de 2010.

¹⁸ Véase caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname, sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 15 de junio de 2005.

mujeres víctimas de violencia intrafamiliar y de delitos sexuales y las personas que conviven con personas del mismo sexo¹⁹.

Debe resaltarse además que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado en numerosas resoluciones la necesidad de que en lo relativo a la infracción de los derechos humanos, pero también en relación con los delitos en general, se garantice el derecho a una investigación seria, realizada en un plazo razonable y que sea resuelta por un tribunal independiente e imparcial y previsto legalmente²⁰. Lo anterior requiere que se dote a los órganos que investigan los delitos, por ejemplo la Policía y el Ministerio Público, de suficientes recursos para llevar a cabo la investigación²¹. Ello implica también la dotación de recursos adecuada para los dictámenes periciales que se requieran al respecto. Se suma a ello que es de gran importancia la exigencia de una defensa de oficio o pública, que desempeñe adecuadamente la labor de asistencia y representación

¹⁹ Véase: Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 24 de febrero de 2012 (caso Atala Riffo y niñas vs. Chile).

²⁰ Véase por ejemplo: Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 29 de julio de 1988, dictada en el caso Velásquez Rodríguez; No. 165 y 172; sentencia del 20 de enero de 1989 (caso Godínez Cruz), No. 174-175; sentencia del 15 de marzo de 1989 (caso Fairén Garbi y Solís Corrales), No. 152; sentencia del 16 de agosto de 2000 (caso Durand y Ugarte), No. 143; sentencia del 25 de noviembre de 2000 (caso Bámaca Velásquez), No. 212; sentencia del 6 de diciembre de 2001 (caso Las Palmeras), No. 65 y 69; sentencia de 7 de junio de 2003 (caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras), No. 127-144; sentencia de 5 de julio de 2004 en el caso 19 comerciantes vs. Colombia, n. 140; sentencia de 25 de noviembre de 2003 (caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala), n. 157; sentencia de 12 de septiembre de 2005 (caso Gutiérrez Soler vs. Colombia), No. 54; sentencia del 14 de marzo de 2001 (caso Barrios Altos), No. 41-44; sentencia del 4 de julio de 2007 (Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador), No. 120-123. Sobre este deber de investigación según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos véase: Salmón, Elizabeth/Blanco, Cristina, op. cit., pp. 25-45.

²¹ 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).

de los imputados, cuando no lleguen a nombrar un defensor particular²². 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. En efecto no solamente en los procesos penales a los imputados debería garantizarse el derecho a un defensor, sino también en los casos en que una persona por su situación de pobreza no puede pagar a un abogado, ya que de no ocurrir ello implicaría un impedimento inadmisibles al acceso a la justicia, la que tendría un carácter discriminatorio²³.

2. EL DEBIDO PROCESO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Debe en primer término destacarse la importancia que tiene la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos y en la precisión del concepto del debido proceso. 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

²² Acerca de ello: Llobet Rodríguez. Derecho Procesal Penal III. Garantías procesales. San José, Editorial Jurídica Continental, 2007, pp. 156-174.

²³ Sobre ello véase: Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El acceso..., No. 19-20, 58-55, 90-91 pp. 4, 9-14, 20. Sobre ello dijo la Corte Interamericana en la OC-11 del 10 de agosto de 1990, agotamiento de los recursos internos: «*un indigente se vería discriminado por razón de su situación económica si, requiriendo asistencia legal, el Estado no se la provee gratuitamente*».

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).

Gran parte de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido relación con quebrantos de gravedad extrema a los derechos humanos y con ello al debido proceso, por ejemplo detenciones arbitrarias, práctica de la tortura y malos tratos, desapariciones forzosas y ejecuciones extrajudiciales. Incluso otros aspectos relacionados con el quebranto al debido proceso, por ejemplo, la violación al derecho de defensa material y técnica, el quebranto al principio ne bis in ídem, la violación al principio del juez natural, esto a partir de la creación de competencia a los Tribunales militares, incluso para el juzgamiento de hechos que se dice habrían sido cometidos por civiles, estaba relacionado con este tipo de violaciones. Las mismas se dieron inicialmente en el contexto de lo que se llamó como la guerra en contra de la subversión y el comunismo, en el contexto de la guerra fría, que propició el estableciendo de dictaduras en diversos países latinoamericanos. Lo anterior se denominó como Doctrina de la Seguridad Nacional, que defendió la existencia de una guerra, en la que las privaciones arbitrarias de libertad, la tortura, ejecuciones extrajudiciales y

las desapariciones forzadas se estimaban justificadas, ya que de lo contrario se estaría en desventaja con las tácticas que se decía utilizaba la subversión²⁴. Se trató en estas dictaduras se reacciones de hecho, que no recibieron respuesta judicial, de modo que en general los reclamos judiciales de hábeas corpus fueron denegados²⁵. Las primeras resoluciones de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos precisamente se dictaron con respecto a este tipo de quebrantos extremos a los derechos humanos, negando la justificación que daban los Estados de estas violaciones, por ejemplo la sentencia del caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, dispuesta el 29 de julio de 1988 y la sentencia del caso Godínez Cruz vs. Honduras de 20 de enero de 1989.

No es sino hasta mediados de los años noventa del siglo pasado en que la Comisión Interamericana y con ello la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha venido diversificando los temas a resolver²⁶, no sin dejar de tratar, lo que se aplica hasta el día de hoy, casos relacionados con los quebrantos a los derechos humanos durante la vigencia de la Doctrina de la Seguridad Nacional, todo como consecuencia de la impunidad de dichos actos que sigue existiendo en diversos países latinoamericanos²⁷. Se suma ello que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha ocupado de quebrantos extremos a los derechos humanos que se han producido en diversos países una vez superada la Doctrina de la Seguridad Nacional, provocados por privaciones arbitrarias de

²⁴ Sobre la doctrina de la Seguridad Nacional véase por ejemplo: Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 4 de mayo de 2004 (caso Molina Theissen vs. Guatemala); sentencia de 29 de abril de 2004 (caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala).

²⁵ Cf. Binder/Obando. De las "Repúblicas Aéreas" al Estado de Derecho. Buenos Aires, Ad-hoc, 2004, p.500.

²⁶ Indica Faúndez Ledesma que el cambio de los temas a discutir, abandonando las discusiones que en general habían girado alrededor del derecho a la vida, se produce desde 1994 en adelante: Faúndez Ledesma. El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, pp. 597-598.

²⁷ Véase por ejemplo: Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, sentencia de 1 de septiembre de 2010; caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil, sentencia de 24 de noviembre de 2010 caso German vs. Uruguay, sentencia de 24 de febrero de 2011; caso Contreras y otros vs. El Salvador, sentencia de 31 de agosto de 2011.

libertad, práctica de la tortura y ejecuciones extrajudiciales, realizadas ahora con la participación o tolerancia de las autoridades estatales, indicándose ahora por éstas que se está en una guerra en contra de la criminalidad, en la que no se deben tener ataduras si se quiere ganar, lo que puede considerarse como una nueva versión de la Doctrina de la Seguridad Nacional, que ha sido denominada por autores como Eugenio Raúl Zaffaroni y por Lolita Aniyar de Castro como la Doctrina de la Seguridad Ciudadana²⁸. Pueden citarse a manera de ejemplo la sentencia de la Corte Interamericana en el caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, ordenada el 19 de noviembre de 1999 (No. 77-79) y la sentencia de 21 de septiembre de 2006, dictada en el caso Servellón García y otros contra Honduras (No. 86-87). Más adelante se volverá sobre el tema, pero frente al problema creciente de inseguridad ciudadana existente en Latinoamérica, se tiende con frecuencia a atribuirle la culpa al exceso de garantismo y la defensa que se hace desde el mismo del respeto de los derechos humanos de los imputados y condenados ante la justicia penal.

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 incriminatoria²⁹, de ofrecer prueba de descargo³⁰, lo mismo que la necesidad de

²⁸ En este sentido indica Raúl Zaffaroni que la doctrina de la "*seguridad ciudadana*" en su versión latinoamericana plantea en substitución 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. Democracia y justicia penal. Caracas, 1992, p. 248.

²⁹ 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 (...)».

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)³¹. Ello tiene 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.

Entre las garantías que se aprecia que han tenido un mayor desarrollo en cuanto a sus implicaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana están la independencia judicial, la imparcialidad del juzgador y el juez natural. Esto es lógico, ya que se trata de garantías que son básicas para el respeto del debido proceso, ya que si no se garantizan el proceso judicial es una farsa, previamente decidida, con grave quebranto al principio de igualdad, convirtiéndose la garantía

³⁰ 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 inculpativo; 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...”*

³¹ 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”*.

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 expresamente 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 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 imparcial³², 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.

³² 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.

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»*³³. 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

³³ 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).

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 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 identidad³⁴.

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*

³⁴ Por ejemplo: Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Castillo Petrucci, 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*”.

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 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.

Como se indicó, otro de los temas que recibe un desarrollo amplio por Ferrajoli, lo mismo que por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la presunción de inocencia y su relación con la prisión preventiva. Lo anterior se justifica, ya que la prisión preventiva es la medida cautelar de mayor importancia en el proceso penal, resultando que 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 preventiva³⁵. 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 derogados³⁶. A ello se ha unido una serie de contrarreformas 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%³⁷. Ante esta situación no debe considerarse extraño el desarrollo que ha tenido la prisión preventiva en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos³⁸. Se ha afirmado así que la prisión preventiva no puede constituirse en una pena anticipada³⁹. 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

³⁵ Carranza, E./Houed, M./Mora, L. P./Zaffaroni, R. El preso sin condena en América Latina y el Caribe. San José, Ilanud, 1988.

³⁶ 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.

³⁷ Datos suministrados por Elías Carranza, Director del ILANUD.

³⁸ 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. 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.

³⁹ 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, No.144.

peligro concreto de obstaculización, lo que significa por exclusión lógica el rechazo del peligro de reiteración delictiva, previsto generalmente en la legislación latinoamericana⁴⁰. 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 el carácter excepcional que debe tener y el necesario respeto que debe existir del principio de proporcionalidad⁴¹. Se ha desarrollado además desde el mismo caso Suárez Rosero el derecho del preso preventivo a que su caso sea resuelto en forma definitiva en un plazo razonable⁴².

⁴⁰ 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, No. 144.

⁴¹ 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.

⁴² 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, No. 105.

Una de las temáticas que más impacto ha tenido en los últimos tiempos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el derecho a recurrir la sentencia, resuelto en el caso de Mauricio Herrera en contra de Costa Rica por ejemplo de 2 de julio de 2004. Lo anterior, como lo indicó el juez García Ramírez en su voto separado puso en entredicho la legislación que a partir de la década de los noventa del siglo pasado se fue aprobando en Latinoamérica sobre la base del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988, impulsado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, que contempló que en contra de la sentencia dictada luego del juicio oral solamente era posible la presentación de un recurso de casación, pero no era admisible un recurso de apelación⁴³. La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se caracteriza por su ambigüedad, aspecto que comparte con las resoluciones del Comité de Derechos Humanos de la ONU en las que se basó (No. 166)⁴⁴. Exigió que para garantizar el derecho a recurrir debe ser posible un examen integral del fallo. Así aunque restó importancia a la denominación del recurso que se puede interponer en contra de la sentencia, enfatizó que el mismo debe garantizar “*una examen integral de la*

⁴³ Se indicó en el voto separado de García Ramírez: “35. Desde luego, estoy consciente de que esto suscita problemas importantes. Existe una fuerte y acreditada tendencia, que se acoge, por ejemplo, en el excelente Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, compuesto por un selecto grupo de juristas, que opta por prescindir de la doble instancia tradicional y dejar subsistente sólo la casación, como medio de control superior de la sentencia. Esta opción se sustenta, entre otros argumentos, en el alto costo de la doble instancia y en la necesidad de preservar el principio de inmediación procesal, que no siempre impera en la apelación, bajo sus términos acostumbrados. Para retener los bienes que se asignan a la doble instancia seguida ante un juzgador monocrático, primero, y otro colegiado, después, cuyos integrantes pueden significar, colectivamente, una garantía adicional de sentencia justa, aquella opción contempla la integración plural del órgano de única instancia”.

⁴⁴ En este sentido Gabriela Jugo hace mención a la falta de claridad de lo resuelto por la el Comité de la ONU en el caso de Cesáreo Gómez Vázquez contra España: “*La única pauta de análisis que nos brinda el Comité es la necesidad de que haya una ‘revisión íntegra’, sin que importe la nomenclatura del recurso, términos ambiguos ambos y que como tales no aportan demasiado a la delimitación conceptual de la garantía”* (el subrayado no es del original). Lugo, Gabriela. El derecho a recurrir la sentencia penal condenatoria y los instrumentos internacionales de derechos humanos. En: García, Luis. Los derechos humanos en el proceso penal. Buenos Aires, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 2002, pp. 284-285. Véase también: Jaén Vallejo, Manuel. Cuestiones actuales de Derecho Penal Internacional. Managua, ACIPEC de la UPOLI, 2004, p. 19, quien indica que con una “*breve argumentación*” se llegó a la vulneración del Pacto del Pacto Internacional de Derechos y Civiles y Políticos por España.

decisión recurrida” (No. 165), señalando luego que este análisis debe ser “*comprendido e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior*” (No. 167). Indicó que en el caso concreto el recurso de casación no permitió “*un examen integral sino limitado*” (167)⁴⁵. La ambigüedad de la resolución no dejó clara la posición de la Corte Interamericana e incluso Sergio García Ramírez, quien hizo un voto separado que parecía tendía a la necesidad de que se garantizara un derecho a un recurso renovador, que permitiera la revaloración de la prueba⁴⁶, en las Jornadas del Instituto Iberoamericano de

⁴⁵ Sobre la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus implicaciones: García L.: El derecho a recurrir contra la sentencia en la Convención Americana de Derechos Humanos. La Corte IDH habla sobre su alcance pero se queda a mitad del camino. En: Revista de Derecho Penal y Procesal Penal (Argentina), No. 9, 2005, pp. 615-624; Heredia, J.: ¿Casación o un nuevo recurso? En: Revista de Derecho Penal y Procesal Penal (Argentina), No. 2, 2006, pp. 285-293; Chiara Díaz/Obligado, D. H.: La nueva casación penal. Consecuencias del caso “Casal”. Buenos Aires, Nova Tesis, 2005; Salazar Murillo, R.: La condena de Costa Rica ante la Corte Interamericana y su incidencia en la casación penal costarricense. San José, Investigaciones Jurídicas, 2004; Ureña Salazar, J. J.: Casación penal y derechos humanos. San José, Editorial Jurídica Continental, 2006; Llobet Rodríguez. J. El derecho del imputado a recurrir la sentencia. En: Nueva Doctrina Penal (Argentina), 2007, pp. 47-72.

⁴⁶ Se indica en el voto separado: “30. *En este punto debemos preguntarnos qué es lo que pudiera exigirse del recurso mencionado en el artículo 8.2 h) de la Convención, dentro del criterio de máxima protección de los derechos del individuo y, por lo tanto, conforme al principio de inocencia que le sigue acompañando mientras no se dicta sentencia firme, y del derecho de acceder a la justicia formal y material, que reclama la emisión de una sentencia “justa” (inclusive condenatoria, aunque con un contenido punitivo diferente del que pareció adecuado en primer término). ¿Se trata de una revisión limitada, que pudiera dejar fuera aspectos verdaderamente relevantes para establecer la responsabilidad penal del sujeto? ¿Basta con una revisión limitada, que aborde algunos aspectos de la sentencia adversa, dejando otros, necesariamente, en una zona inabordable y por lo mismo oscura, no obstante la posibilidad de que en éstos se hallen los motivos y las razones para acreditar la inocencia del inculpaado?*

31. *La formulación de la pregunta en aquellos términos trae consigo, naturalmente, la respuesta. Se trata de proteger los derechos humanos del individuo, y entre ellos el derecho a no ser condenado si no se establece suficientemente la realización del hecho punible y la responsabilidad penal del sujeto, y no sólo de cuidar, en determinados extremos, la pulcritud del proceso o de la sentencia. Por lo tanto, ese recurso ante juez o tribunal superior --que sería superior en grado, dentro del orden competencial de los tribunales-- debe ser uno que efectivamente permita al superior entrar en el fondo de la controversia, examinar los hechos aducidos, las defensas propuestas, las pruebas recibidas, la valoración de éstas, las normas invocadas y la aplicación de ellas, inclusive en aspectos tales como la individualización de la pena o medida (que abarca la sustitución pertinente), como resulte justo en consideración de la gravedad del hecho, el bien jurídico afectado, la culpabilidad del agente y los otros datos que concurren al ejercicio de la*

Derecho Procesal celebrado en Santiago de Chile en 2010 reconoció que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no exigió que se regulara un recurso de apelación⁴⁷. Las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el procedimiento de cumplimiento de la sentencia no trajeron claridad al respecto. En la resolución del 12 de septiembre de 2005 en el procedimiento de ejecución de sentencia del caso Mauricio Herrera reiteró que *“independientemente de la denominación que se le de al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice una examen integral de la decisión recurrida”*. Agregó que la Corte *“no ha entrado en otro género de consideraciones acerca del nombre que corresponde a los medios de impugnación previstos por el ordenamiento procesal precedente o por otros ordenamientos de diversos países.*

individualización (atenuantes y agravantes o elementos de referencia que guían el razonado arbitrio judicial).

32. *Es evidente que esas necesidades no se satisfacen con un recurso de ‘espectro’ reducido, y mucho menos --obviamente-- cuando se prescinde totalmente de cualquier recurso, como algunas legislaciones prevén en el caso de delitos considerados de poca entidad, que dan lugar a procesos abreviados. Para la plena satisfacción de estos requerimientos, con inclusión de los beneficios de la defensa material del inculpado, que traiga consecuencias de mayor justicia por encima de restricciones técnicas que no son el mejor medio para alcanzarla, sería pertinente acoger y extender el sistema de suplencia de los agravios a cargo del tribunal de alzada. Los errores y las deficiencias de una defensa incompetente serían sorteados por el tribunal, en bien de la justicia.*

⁴⁷ Cf. García Ramírez. *El debido proceso...*, p. 35. En este sentido Carlos Tiffer Sotomayor comentando la resolución de la Corte Interamericana dice: *“La Corte no toma una posición expresa respecto a si debe establecerse el recurso de apelación o un sistema específico de doble instancia; más bien señala que, independientemente de la denominación que se le dé al recurso existente para recurrir un fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida”*. Indica José Joaquín Ureña: *“Si la intención de la CIDH hubiera sido afirmar que la única forma de hacer valer el derecho contenido en el artículo 8.2.h de la CADH era mediante la repetición del juicio oral, hubiera dicho llanamente que se requería implementar una apelación que recibiera por segunda vez todas las pruebas del primer juicio más las que aparecieran de camino. Pero la CIDH dijo que independientemente del nombre del recurso (o sea, ya se trate de apelación o casación), lo necesario es que el mismo permita un ‘examen integral’. ¿Un examen integral de qué? Pues de la sentencia. Y examinar la sentencia en forma integral no es sinónimo de ‘repetir el juicio oral’”*. Ureña, 2006, pp. 130-131. En este sentido se refirió Daniel González en la sesión de la Corte Suprema de Justicia del 31-2004 del 6 de septiembre de 2004 y en la sesión No. 38-2-2004 del 13 de diciembre de 2004 (artículo XIII). La jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal de Casación Penal ha estimado que la Corte Interamericana no ordenó el establecimiento de un recurso de apelación. Véase por ejemplo: Sala Constitucional, voto 14715-2004 del 22-12-2004; Sala Tercera, voto 690-2005 del 22-6-2005; Tribunal de Casación Penal, votos 117-2005 del 24-2-2005 y 179-2005 del 10-3-2005.

Corresponde al Estado regular el recurso que cumpla con las garantías dispuestas en el artículo 8.2. h) de la Convención". Ya en la sentencia de fondo del caso Mauricio Herrera la Corte Interamericana de Derechos Humanos había hecho mención a la doctrina del ámbito de valoración⁴⁸. Posteriormente Costa Rica aprobó una ley denominada ley de apertura de la Casación Penal de 28 de abril de 2006, que desformalizó el recurso de casación y se reguló en forma bastante limitada la posibilidad de recepción de prueba nueva. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en resolución del 22 de septiembre de 2006 decidió mantener abierto el procedimiento de verificación de cumplimiento de sentencia, a la espera de información actualizada por parte de Costa Rica. No tomó en dicha resolución en cuenta la ley de apertura de la casación, sino partió del proyecto de ley que se había presentado. Posteriormente la Corte Interamericana de Derechos Humanos en resolución de 9 de julio de 2009 indicó que valoraba positivamente la aprobación de dicha ley, en virtud de que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y los representantes de la víctima consideraron insuficiente la reforma y que el propio Estado de Costa Rica dijo que para el cumplimiento de la sentencia estaba en trámite un proceso legislativo, no resolvió dar por cumplida la obligación del Costa Rica de modificar su legislación para garantizar el derecho a recurrir, manteniendo abierto el procedimiento de verificación de sentencia⁴⁹. Finalmente

⁴⁸ Sobre la doctrina del margen de apreciación: Grote, R. Limitaciones para la ley en la regulación de los derechos humanos en el Derecho europeo, con especial referencia al Derecho alemán. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2003, pp. 106-107; Variña, L. El margen de apreciación de los Estados en la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito interno. En: Abregú, Martín/Courtis, Christian (Editores). La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998, pp. 173-197.

⁴⁹ Dispuso: "28. *Que la Corte Interamericana valora positivamente la sanción de la Ley No. 8503 "Ley de Apertura de la Casación Penal" y que dicha ley fuera sancionada un año y siete meses contados desde la notificación de la Sentencia. Asimismo, el Tribunal también valora que el Poder Judicial adoptara "medidas inmediatas", aún antes de la sanción de la Ley de Apertura, con el fin de adecuar la práctica judicial a lo establecido en la Sentencia (supra Considerando 19.i).*

29. *Que por otra parte el Tribunal observa que los representantes y la Comisión Interamericana han valorado positivamente los esfuerzos del Estado relacionados con la reforma introducida por la Ley de Apertura, aunque consideran que las modificaciones resultan insuficientes a efectos de dar por cumplida esta medida de reparación de la*

en resolución del 22 de noviembre de 2010 la Corte Interamericana de Derechos Humanos resolvió dar por cumplida la obligación costarricense, a través de la aprobación de la ley de creación del recurso de apelación, aunque dejó abierta la posibilidad de que de acuerdo al caso concreto se pudiera alegar posteriormente el quebranto al derecho a recurrir, ello al indicar que *“la futura aplicación del recurso de apelación de sentencia no es materia de la supervisión de cumplimiento del caso Herrera Ulloa”*. La nueva ley repite en su articulado las expresiones dadas en la sentencia del caso Mauricio Herrera sobre la necesidad de que se permita el análisis integral de la sentencia, pero la pretensión de los legisladores, como lo reconocía la propia exposición de motivos de la ley, no fue la creación de un recurso de apelación propiamente dicho, sino la previsión de un recurso de casación desformalizado, que se denominase “recurso de apelación”. En efecto la nueva ley indica que el control que se debe llevar a cabo por los nuevos tribunales de apelación es un “juicio sobre el juicio, no estándose ante un “nuevo juicio”. Esta terminología, proveniente de Luigi Ferrajoli, lo que significa es que los tribunales de apelación desempeñarán una labor fiscalizadora, si bien desformalizada, similar a la que se lleva a cabo en la casación, y no renovadora, propia de los recursos de apelación propiamente dichos⁵⁰.

Lo problemático es que aunque se defendió por Costa Rica ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos que la reforma pretendía adecuar la legislación costarricense a los requerimientos de la sentencia del caso Mauricio Herrero, a lo interno, la propia exposición de motivos de la ley, lo mismo que la jurisprudencia anterior y posterior a la aprobación de la ley, considera que la reforma indicada era innecesaria, ya que Costa Rica a través del recurso de

Sentencia. Por su parte, el Tribunal aprecia la información brindada por el Estado de que existe un proceso legislativo actualmente en marcha que se vincula, entre otros aspectos, al cumplimiento de la Sentencia. En vista de la información proporcionada por las partes, la Corte Interamericana toma nota de la evolución del proceso de cumplimiento y estima conveniente reservar su evaluación una vez que el Estado presente información actualizada sobre los avances y resultados del mismo”.

⁵⁰ Cf. Ferrajoli: Los valores de la doble instancia y de la nomofilaquia. En: Crimen y Castigo (Argentina), No. 1, agosto de 2001, p. 42.

casación resolvía ampliamente y garantizaba el derecho a recurrir la sentencia. Así aunque los transitorios de la ley permiten que las personas que tienen recursos pendientes de resolver de casación, lo adecúen a recurso de apelación, pero en general la jurisprudencia ha rechazado estas readecuaciones, considerando que el recurso de casación que existía antes de la ley es suficiente para garantizar el derecho a recurrir.

En Costa Rica no ha existido un autoexamen con respecto a la garantía del derecho a recurrir y en general se llegó a sostener en el Poder Judicial que la condenatoria en contra de Costa Rica era injusta, debiéndose ello a que no se había entendido que el recurso de casación costarricense se había desformalizado desde principios de los años noventa, resultando además que permitía un examen amplio de los hechos a través de los reclamos de falta de fundamentación y de quebranto a la sana crítica. Eso provocó que en la práctica luego de la sentencia del caso Mauricio Herrera, a pesar de la ley de apertura de la casación, no se produjera una ampliación en Costa Rica del ámbito de control de los hechos y de la prueba, sino la diferencia fue que en vez de que se declararan inadmisibles los recursos, en adelante eran declarados sin lugar.

Es cierto que la sentencia del caso Mauricio Herrera no ordenó que se regulara un recurso de apelación propiamente dicho, de carácter renovador, que permita la revaloración de la prueba. Sin embargo, lo que no se entendió en Costa Rica es que para que un recurso de carácter meramente fiscalizador y no renovador, cualquiera que sea la denominación que tenga, garantice el derecho a recurrir, no pueden ser consideradas como válidas fundamentaciones de los Tribunales de Juicio que no permitan un control inter-subjetivo, al estar basadas en la mera intuición de los jueces. No es así admisible lo que se hace en general al resolverse el recurso presentado cuando el Tribunal que la resuelve simplemente remite sin mayor análisis a lo dicho por el Tribunal de Juicio, no analizando los argumentos dados por el recurrente con respecto a lo indicado. Para el análisis integral del fallo no basta que al resolverse el recurso se confronte

solamente si el punto reclamado fue resuelto por el Tribunal de Juicio, de modo que si fue resuelto se remita a lo indicado por el mismo, haciéndose una mera transcripción del fallo. De modo que si se reclama, por ejemplo, con respecto a las contradicciones e incoherencias en que habría incurrido la persona ofendida en su declaración, debe ser analizada dicha declaración para determinar si hay contradicciones e incoherencias, pero no puede simplemente remitirse a lo indicado por el Tribunal de Juicio en cuanto afirmó que no existen contradicciones graves, transcribiéndose lo indicado por dicho Tribunal. Poco se puede hacer por un impugnante, cuando la resolución del tribunal que resuelve el recurso simplemente hace mención a que debe dársele crédito al ofendido, debido a que *“la fluidez, claridad y contundencia en que la persona relata lo acontecido, excluye la existencia de una duda razonable”*. Aun en el caso de que un impugnante haga simplemente alegatos relacionados con la credibilidad de un testigo, debería analizarse los razonamientos dados por el Tribunal de Juicio para otorgarle credibilidad a ese testigo. Afirmaciones tales como “se le cree al testigo X ya que declaró en forma sincera, clara y sin graves contradicciones”, son expresión de un sistema de íntima convicción y no son por ello aceptables. Lo mismo cabe indicar con expresiones como “se le cree al testigo X por la forma en que movía las manos al declarar, que denotaba sinceridad”, o “se le cree al testigo X porque se apreció sincero de acuerdo con el tono de su voz”, o “se le cree al testigo X ya que lloró en el juicio”. No deja de existir un sin sabor en definitiva el que el aspecto fundamental que aparentemente se tuvo en cuenta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la resolución del 22 de noviembre de 2010 fue el cambio de denominación de recurso de casación, por recurso de apelación, a pesar de que en otras resoluciones, como la del 28 de abril de 2006, había considerado que el nombre del recurso carecía de importancia. En efecto para aceptar el cumplimiento costarricense y archivar el caso se tuvo en cuenta que Costa Rica reguló un recurso que denominó como de apelación. Sin embargo, el mismo no es muy diverso al que se preveía antes como de casación e incluso es más restrictivo en cuanto a la recepción de prueba que el anterior recurso de casación⁵¹.

⁵¹ Sobre la ley costarricense de creación del recurso de apelación: Ureña Salazar, J. J.

3. DESAFÍOS ACTUALES CON RESPECTO AL RESPETO AL DEBIDO PROCESO

Desde la década de los noventa del siglo pasado los países de Latinoamérica emprendieron una reforma procesal a partir del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988, impulsado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Para ello colaboraron diversas agencias de cooperación de otros países, por ejemplo la Agencia Internacional de Desarrollo de los Estados Unidos de América. Además se recibió financiación europea. Se consideraba que en parte la deficiente legislación procesal que estaba vigente, con clara tendencia inquisitiva, había favorecido los quebrantos a los derechos humanos que se habían dado en Latinoamérica. En diversos países la reforma procesal penal era parte de los acuerdos de paz y de democratización⁵², superando las dictaduras que habían existido. No puede desconocerse que también que la cooperación internacional fue impulsada por la pretensión de lograr una seguridad en las inversiones⁵³, debido a la inestabilidad política que había existido por las luchas políticas que se habían dado y el quebranto de los derechos humanos. En forma paralela la reforma procesal civil no recibió igual impulso, lo que se refleja en el menor grado de influencia que ha ejercido el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, elaborado también en el marco del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal⁵⁴.

Apelación y oralidad. San José, Editorial Jurídica Continental, 2011; Rojas Chacón, J. A./Gómez Delgado, M. Apelación, casación y revisión de la sentencia penal. San José, Editorial Jurídica Continental, 2011; Jiménez González, E. E./Vargas Rojas, O. Nuevo régimen de impugnación de la sentencia penal. San José, Escuela Judicial, 2011.

⁵² Cf. Binder. Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal. Buenos Aires, Ad-hoc, 2000, p. 17.

⁵³ Indica Alberto Binder: *“En sus inicios la reforma de la justicia se basa exclusivamente en una lógica de los derechos humanos, en la necesidad de dar respuesta al terrorismo de Estado. Paulatinamente se introdujo la lógica del mercado, de la seguridad jurídica para las inversiones y para el crecimiento y expansión del capitalismo. Aunque suene paradójico lo que ha permitido avanzar al movimiento de reforma ha sido la conjunción de estas dos lógicas en la idea común de Estado de Derecho”*. Binder. Ideas..., p. 73.

⁵⁴ Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Montevideo. Fundación de Cultura Universitaria, 1997.

Hay, sin embargo, grandes desafíos para la justicia civil, que van mucho más allá de las formas alternativas de resolución de conflictos, que solamente pueden funcionar como un complemento de la administración de justicia estatal. Existen grandes problemas para el acceso a la justicia civil en Latinoamérica, especialmente para aquellos que se encuentren en situación de vulnerabilidad, por ejemplo de pobreza. Igualmente hay grandes problemas por la larga duración de los procesos judiciales, lo que implica un grave quebranto al derecho a una resolución en un plazo razonable.

Debe mencionarse que ya en algunas resoluciones la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha ocupado del acceso a la justicia civil, por ejemplo de las dificultades que puede ocasionar el pago de elevados honorarios de abogado y de las altas tasas que hay que pagar para acudir a los tribunales⁵⁵. Igualmente recientemente se ha ocupado de aspectos relacionados con la prohibición de discriminación en relación de opción sexual en procesos de familia relacionados con la custodia de los hijos menores de edad⁵⁶.

Entre el 3 y el 7 de septiembre de 2012, en el 96º. período de sesiones ordinarias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se realizará la audiencia oral para conocer de la demanda en contra de Costa Rica por la prohibición de la fecundación in vitro, ordenada por la Sala Constitucional costarricense por resolución 2000-2306 del año 2000. A pesar de ello no puede dejar de existir un sin sabor de los problemas que se presentan en el sistema americano de protección de los derechos humanos, para garantizar dentro de su propio procedimiento el derecho a una resolución en un plazo razonable, ya que desde la queja ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en este asunto hasta el informe de la misma remitiendo el asunto ante la Corte

⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 28 de noviembre de 2002, caso Cantos Vs. Argentina.

⁵⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 24 de febrero de 2012 (caso Atala Riffo y niñas vs. Chile).

Interamericana de Derechos Humanos transcurrieron casi 10 años. En efecto la queja fue presentada el 19 de enero de 2001. El 1 de marzo de 2004 se aprobó el informe de admisibilidad No. 25-04 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, no fue sino hasta el 2010 en que la Comisión emitió su informe, aprobado en sesión No. 1837 de 14 de julio de 2010. El 29 de julio de 2011 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió el asunto ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Desgraciadamente el incumplimiento del plazo razonable provocó que el abogado Gerardo Trejos Salas, que representó a las víctimas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, falleciera antes de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos haya emitido su fallo. Además el transcurso del tiempo ha hecho que muchas de las personas quejas aun en el caso de que la Corte Interamericana resolviera a su favor, no podrían por su edad ya ejercer su derecho reproductivo a través de la fecundación in vitro.

Vivimos actualmente en malos tiempos para el respeto en la justicia penal del debido proceso, de los derechos humanos y de la presunción de inocencia. Dentro de los problemas graves actuales en Latinoamérica es el deterioro de la seguridad ciudadana, por ejemplo, los tres países del norte de Centroamérica: Guatemala, Honduras y El Salvador, tienen tasas de homicidios de las más altas del mundo. Así así 2010 Honduras presentó 82.1 homicidios por 100,000 habitantes, El Salvador 66, Belice 41.7 y Guatemala 41.4. 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 21.6, Nicaragua 13.2 y Costa Rica 11.3 homicidios por 100,000 habitantes⁵⁷. Esta situación ha sido instrumentalizada por el populismo punitivo

⁵⁷ Datos tomados de: INCAE. Centro Latinoamericano para la Competitividad y el Desarrollo Sostenible –CLACDS. Seguridad ciudadana en Centroamérica. Documento de referencia para el 18 de enero 2012. Alajuela, 2012. Se indica allí que los datos se toman del Estudio Global de Homicidios 2011 (UNODC). 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

que ha unido a los políticos y al periodismo amarillista y ha utilizado para sus propósitos a las víctimas de delitos, 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. Se dice así que el problema del aumento de la criminalidad

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.

es porque el sistema penal es una alcahuetería⁶⁰, que se preocupa por los derechos humanos de los delincuentes y no de las víctimas, que los delincuentes andan sueltos y la gente honrada está bajo rejas⁶¹. Se afirma que los culpables del problema de la criminalidad son los expertos en ciencias sociales y los defensores de los derechos humanos. Así en los periódicos costarricenses se ha escrito que los mismos tienen unas “*mentes enfermas y cobardes*”⁶², son unos “*idiotas*”⁶³, son unos indulgentes “*irresponsables*”⁶⁴, tienen un pensamiento que “*coincide con el de un asesino*”⁶⁵, son unos “*teóricos*”, que actúan en asoció a los “*ejecutores*”, justificando los hechos delictivos de estos últimos, indicando que tuvieron una infancia desdichada y que hay que comprenderlos⁶⁶. Se afirma que en su preocupación por los delincuentes, repudian a la víctima, la que les estorba⁶⁷. Se señala que los mismos hicieron que los delincuentes consideraran la comisión de

⁶⁰ Cf. Vargas, Otto. “Estamos bajo un sistema permisivo y alcahueta”. Entrevista con Carlos Chinchilla En: La Nación, 14 de diciembre de 2009.

⁶¹ Cf. Arce, Angie Andrea. El garantismo no es alcahuetería. En: La Nación (periódico), 23 de agosto de 2009: “*la sociedad está cansada de que hombres y mujeres honestos deban vivir encerrados y atemorizados en sus casas por delincuentes y asesinos que deben estar en la cárcel*”.

⁶² Ugalde, M. Garriotemos al delincuente. En: Diario Extra (periódico), 24 de junio de 2008: “*Uno de los factores que podría ser importante, es la generalizada campaña de algunos ‘idiotas’, que consideran todo acto de defensa contra los criminales, una violación a los derechos humanos. Me pregunto si estas mentes enfermas y cobardes que se colocan al lado de los criminales, no han pensado en los derechos humanos de los padres, hijos o hermanos que han perdido seres queridos en manos de estos ‘diablos’*”.

⁶³ Véase la cita anterior.

⁶⁴ Heidenreich Brenes. Vox Popoli, vox Dei. La Nación (periódico), 9 de abril de 2008: “*Un clima de inseguridad ciudadana causado por la indulgencia irresponsable de una serie de científicos sociales cuyas teorías humanistas y psicológicas nos han sumido en un ciclo vicioso de violencia*”.

⁶⁵ Editorial. Cuando el pensar del jerarca de la Corte coincide con el de un asesino. Diario Extra, 5 de julio de 2010: “*Los argumentos utilizados por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, Luis Paulino Mora, para justificar su voto afirmativo en la resolución 04522 de la Sala Constitucional, lo han acercado mucho a la posición de un criminal, quien fue condenado a 173 años de prisión por un homicidio triple en Tibás, en el año 1995*”.

⁶⁶ Buján, Víctor, M./Umaña, Geanina/Valverde, Cecilia. Desde nuestra prisión. La Nación, 4 de agosto de 2009.

⁶⁷ Vargas, Otto. “Estamos bajo un sistema permisivo y alcahueta”. Entrevista con Carlos Chinchilla En: La Nación, 14 de diciembre de 2009: “*Los “garantistas” extremos repudian a la víctima, les estorba*”. Ugalde, M. Garriotemos al delincuente. En: Diario Extra (periódico), 24 de junio de 2008: “*se colocan al lado de los criminales*”.

un hecho delictivo en un “vacilón”⁶⁸ y que no le temiesen al sistema penal, por su lenidad o alcahuetería⁶⁹. 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 condenados⁷⁰.

Se ha llegado a justificar incluso por otros en la prensa costarricense el hacerse justicia por propia mano y realizar actuaciones de hecho y a desconocer los derechos humanos de las personas a las que se les atribuiría un hecho delictivo, afirmándose que son una lacra, unos desgraciados y unos diablos, que

⁶⁸ Cf. Moya, Ronald. Hampón colombiano. “Asaltar en Costa Rica es un vacilón”. En: La Nación, 16 de febrero de 2008, Ugalde, Mario. “Asaltar en Costa Rica es un vacilón”. En: Diario Extra, 21 de febrero de 2008. Sobre ello mismo, mencionando que en España se han hecho afirmaciones similares: García Arán, Mercedes. Delincuencia, inseguridad y pena en el discurso mediático. En: Muñoz Conde, Francisco (Director). Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la profesora Dra. María del Mar Díaz Pita. Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 109.

⁶⁹ 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 derecho: “*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. Historias..., p. 489. Sobre los antecedentes de la discusión en los Estados Unidos: Arzt, Gunther. Der Ruf nach Recht und Ordnung. Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1976.

⁷⁰ 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.

se merecen una garroteada⁷¹. Es importante considerar que estas últimas afirmaciones se llevan a cabo dentro de lo que Zaffaroni y Aniyar llaman “Doctrina de la Seguridad Ciudadana”, mencionada antes, que lleva a negar el principio de dignidad humana, el debido proceso y los derechos humanos, favoreciéndose las detenciones arbitrarias, la tortura y las mismas ejecuciones extrajudiciales, con respecto a lo cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha ocupado en diversos fallos⁷².

Frente a los reclamos que dicen que los derechos humanos protegen a los delincuentes y con ello dejan indefensas a las víctimas, debe anotarse que un principio fundamental es la solidaridad y empatía con las víctimas. La víctima tiene derechos en el proceso penal que han venido siendo recodidos 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,

⁷¹ Cf. Ugalde, Mario. “Asaltar en Costa Rica es un vacilón”. En: Diario Extra, 21 de febrero de 2008. Véase además: Ugalde, Mario. Garriotemos al delincuente. En: Diario Extra (periódico), 24 de junio de 2008. Véase la brillante respuesta dada por Pablo Salazar Carvajal, en donde se resalta lo absurdo y las inconsistencias de lo dicho por Mario Ugalde: Salazar Carvajal, Pablo. Preguntas sobre el garrote. En: Semanario Universidad, 16-22 de julio de 2008, p. 20.

⁷² Véase por ejemplo lo resuelto por la Corte Interamericana en el caso llamado de los “Niños de la Calle”, en sentencia del 19 de noviembre de 1999. Sobre las muertes realizadas por grupos paramilitares de “Niños de la Calle” en Latinoamérica: 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; Waldmann, Peter. Staatliche und parastaatliche Gewalt in Lateinamerika. En: Junker, Detlef/Nohlen, Dieter/Sangmeister, Hartmut (Editores). Lateinamerika am Ende des 20. Jahrhunderts. Múnich, Verlag Beck, 1994, pp. 75-103; Zaffaroni. Muertes anunciadas. Bogotá, Temis, 1993; Zaffaroni. Hacia un realismo radical. Caracas, Monte Ávila Editores, 1992, p. 47.

resuelta por un juez independiente e imparcial⁷³. 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 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 penal⁷⁴. Importante es que en ese sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado en diversos fallos que la obligación que existe de parte de los Estados es de investigar en forma seria los quebrantos a los derechos humanos, pero no significa que necesariamente debe ser condenada una persona, ya que la obligación que existe es de medios no de resultados⁷⁵.

En relación con el respeto a los derechos humanos en la lucha contra la criminalidad es importante citar lo indicado por la Corte Interamericana en sentencia del 4 de julio de 2007 en el caso Zambrano Vélez vs. Ecuador:

“96. La Corte observa que la amenaza “delincuencial”, “subversiva” o “terrorista” invocada por el Estado como justificación de las acciones desarrolladas puede ciertamente constituir una razón legítima para que

⁷³ Cf. Llobet Rodríguez, Javier. Derechos Humanos en la justicia penal. San José, Escuela Judicial/Editorial Jurídica Continental, 2008, p. 254.

⁷⁴ Cf. Ferrajoli. Derecho y razón, pp. 66, 68.

⁷⁵ Así la sentencia del 29 de julio de 1988 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso Velásquez Rodríguez) indicó: “177. *En ciertas circunstancias puede resultar difícil la investigación de hechos que atenten contra derechos de la persona. La de investigar es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Sin embargo, debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa (...)*”.

un Estado despliegue sus fuerzas de seguridad en casos concretos. Sin embargo, la lucha de los Estados contra el crimen debe desarrollarse dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permitan preservar tanto la seguridad pública como el pleno respeto a los derechos humanos de quienes se hallen sometidos a su jurisdicción (...)"⁷⁶.

Por otro lado, no puede dejarse de considerar que el Derecho a la Seguridad Ciudadana debe implicar también la protección frente a ataques a bienes como la vida, la integridad corporal y la libertad realizados por agentes estatales o con la tolerancia de estos. En este sentido la Corte Interamericana en sentencia de 21 de septiembre de 2006, ordenada en el caso Servellón García y otros contra Honduras dijo:

"87. (...) Con la finalidad de mantener la seguridad y el orden públicos, el Estado legisla y adopta diversas medidas de distinta naturaleza para prevenir y regular las conductas de sus ciudadanos, una de las cuales es promover la presencia de fuerzas policiales en el espacio público. No obstante, la Corte observa que un incorrecto actuar de esos agentes estatales en su interacción con las personas a quienes deben proteger, representa una de las principales amenazas al derecho a libertad personal, el cual, cuando es vulnerado, genera un riesgo de que se

76 En la sentencia del 29 de julio de 1988 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, correspondiente al caso Velásquez Rodríguez, en la que dijo "154. *Está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana*". Igual: Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 20 de enero de 1989, relativa al caso Godínez Cruz, No. 162. En el voto razonado del juez Sergio García Ramírez en la sentencia sobre el caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 18 de junio de 2005 hizo una serie de consideraciones con respecto a la necesidad del respeto al debido proceso en el combate de la delincuencia:

produzca la vulneración de otros derechos, como la integridad personal y, en algunos casos, la vida”.

Debe estimarse también 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 audiencia⁷⁷. Lo anterior es importante, ya que cuando se habla de la garantía de

⁷⁷ 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

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 y ser tratados considerando su dignidad humana, lo que ha sido indicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde sus primeros casos⁷⁸. Caso contrario, el Estado en el ejercicio del ius puniendi, no podría argumentar ninguna moral superior sobre los delincuentes⁷⁹, puesto que se habría puesto al nivel de ellos.

CONCLUSIONES

El debido proceso como derecho humano ha tenido un desarrollo en particular en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos especialmente con respecto la justicia penal, aunque no se ha dejado de considerar que rige para todo tipo de proceso jurisdiccional e incluso en la vía administrativa. Se ha llegado a reconocer en materia penal no solamente con

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).

⁷⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 29 de julio de 1988, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, en donde se dijo: “154. *Está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero, por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana*”.

⁷⁹ Ferrajoli. Derecho y razón, p. 396. En sentido contrario parece pronunciarse en Costa Rica Benicio Gutiérrez, quien dice: “*Todos los ciudadanos respaldaremos y aplaudiremos a cualquier Ministro de Justicia que trate a los criminales con la misma dureza que ellos nos tratan a nosotros*”. Gutiérrez, Benicio. Control social, autocontrol y crimen. En: La Nación (periódico), 27 de abril de 2008.

respecto a los imputados, sino ha tenido un gran desarrollo con respecto a las víctimas. Frente a los cuestionamientos al respeto del debido proceso de los imputados, 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 dentro del sistema interamericano de derechos humanos, 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.

BIBLIOGRAFÍA

Albanese, Susana. Garantías Judiciales. Buenos Aires, Ediar, 2007.

Anitua. Historias de los pensamientos criminológicos. Buenos Aires, Editores de Puerto, 2005

Aniyar. Democracia y justicia penal. Caracas, 1992.

Arce, Angie Andrea. El garantismo no es alcahuetería. En: La Nación (periódico), 23 de agosto de 2009.

Arzt, Gunther. Der Ruf nach Recht und Ordnung. Tubingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1976.

Bigliani,P./Bovino, A. Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema penitenciario. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008.

Binder. Ideas y materiales para la reforma de la justicia penal. Buenos Aires, Ad-hoc, 2000.

Binder/Obando. De las "Repúblicas Aéreas" al Estado de Derecho. Buenos Aires, Ad-hoc, 2004.

Bovino, A. Justicia penal y derechos humanos. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005.

Brenes, Heidenreich. Vox Popoli, vox Dei. La Nación (periódico), 9 de abril de 2008.

Buján, Víctor, M./Umaña, Geanina/Valverde, Cecilia. Desde nuestra prisión. La Nación, 4 de agosto de 2009.

Chiara Díaz/Obligado, D. H.: La nueva casación penal. Consecuencias del caso "Casal". Buenos Aires, Nova Tesis, 2005.

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.

Díez Ripollés, José Luis. La política criminal en la encrucijada. Buenos Aires, B de f., 2007.

Editorial. Cuando el pensar del jerarca de la Corte coincide con el de un asesino. Diario Extra, 5 de julio de 2010.

Fáundez Ledesma. El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.

Fernández, M. E. Los derechos económicos, sociales y culturales. En: Megías Quirós (Coordinador). Manual de Derechos Humanos. Buenos Aires, Thomson/Aranzadi, 2006, pp. 103-121.

Ferrajoli. Derecho y razón. Madrid, Trotta, 1995.

Ferrajoli: Los valores de la doble instancia y de la nomofilaquia. En: Crimen y Castigo (Argentina), No. 1, agosto de 2001, pp. 33-50.

Ferrajoli. Principia iuris. Madrid, Trotta, T. II, 2011.

García Arán, Mercedes. Delincuencia, inseguridad y pena en el discurso mediático. En: Muñoz Conde, Francisco (Director). Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la profesora Dra. María del Mar Díaz Pita. Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

García L.: El derecho a recurrir contra la sentencia en la Convención Americana de Derechos Humanos. La Corte IDH habla sobre su alcance pero se queda a mitad del camino. En: Revista de Derecho Penal y Procesal Penal (Argentina), No. 9, 2005, pp. 615-624.

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.

Garland, David. La cultura del control. Barcelona, Gedisa, 2005.

Garland, David. Crimen y Castigo en la modernidad tardía. Bogotá, Universidad de los Andes, 2007.

Gozaíne, Osvaldo. El debido proceso. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004.

Grote, R. Limitaciones para la ley en la regulación de los derechos humanos en el Derecho europeo, con especial referencia al Derecho alemán. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2003, pp. 83-108.

Gutiérrez, Benicio. Control social, autocontrol y crimen. En: La Nación (periódico), 27 de abril de 2008.

Heredia, J.: ¿Casación o un nuevo recurso? En: Revista de Derecho Penal y Procesal Penal (Argentina), No. 2, 2006, pp. 285-293.

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.

Hutter, Franz-Josef. No Rights. Menschenrechte als Fundament einer funktionierenden Weltordnung. Berlín, Aufbau Taschenbuch Verlag GmbH, 2003.

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, pp. 167-178.

INCAE. Centro Latinoamericano para la Competitividad y el Desarrollo Sostenible –CLACDS. Seguridad ciudadana en Centroamérica. Documento de referencia para el 18 de enero 2012. Alajuela, 2012.

Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Montevideo. Fundación de Cultura Universitaria, 1997.

Jaén Vallejo, Manuel. Cuestiones actuales de Derecho Penal Internacional. Managua, ACIPEC de la UPOLI, 2004.

Jiménez González, E. E./Vargas Rojas, O. Nuevo régimen de impugnación de la sentencia penal. San José, Escuela Judicial, 2011.

Lugo, Gabriela. El derecho a recurrir la sentencia penal condenatoria y los instrumentos internacionales de derechos humanos. En: García, Luis. Los derechos humanos en el proceso penal. Buenos Aires, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 2002.

Llobet Rodríguez, Javier. 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. El derecho del imputado a recurrir la sentencia. En: Nueva Doctrina Penal (Argentina), 2007, pp. 47-72.

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 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, Javier. Derechos Humanos en la justicia penal. San José, Escuela Judicial/Editorial Jurídica Continental, 2008.

Llobet Rodríguez, J. Acceso a la justicia y derechos humanos en Panamá. San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2009.

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.

Maier, Julio. Derecho Procesal Penal I. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2002.

Medina Quiroga, C. La convención americana: teoría y práctica. Santiago de Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2003.

Moya, Ronald. Hampón colombiano. "Asaltar en Costa Rica es un vacilón". En: La Nación, 16 de febrero de 2008.

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.

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.

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.

Re, Lucía. Cárcel y globalización. Buenos Aires, Ad-hoc, 2008.

Roberts, Julian/Stalans, Loretta/Indermaur; David/Hough, Mike. Penal Populism and Public Opinion. Nueva York, Oxford, 2003.

Rojas Chacón, J. A./Gómez Delgado, M. Apelación, casación y revisión de la sentencia penal. San José, Editorial Jurídica Continental, 2011.

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.

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.

Salazar Carvajal, Pablo. Preguntas sobre el garrote. En: Semanario Universidad, 16-22 de julio de 2008, p. 20.

Salazar Murillo, R. La condena de Costa Rica ante la Corte Interamericana y su incidencia en la casación penal costarricense. San José, Investigaciones Jurídicas, 2004.

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.

Ugalde, Mario. "Asaltar en Costa Rica es un vacilón". En: Diario Extra, 21 de febrero de 2008.

Ugalde, Mario. Garriotemos al delincuente. En: Diario Extra (periódico), 24 de junio de 2008.

Ureña Salazar, J. J.: Casación penal y derechos humanos. San José, Editorial Jurídica Continental, 2006.

Ureña Salazar, J. J. Apelación y oralidad. San José, Editorial Jurídica Continental, 2011.

Variña, L. El margen de apreciación de los Estados en la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ámbito interno. En: Abregú, Martín/Courtis, Christian (Editores). La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998, pp. 173-197.

Vargas, Otto. "Estamos bajo un sistema permisivo y alcahueta". Entrevista con Carlos Chinchilla En: La Nación, 14 de diciembre de 2009.

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. Múnich, Verlag Beck, 1994, pp. 75-103.

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. Hacia un realismo radical. Caracas, Monte Ávila Editores, 1992.

Zaffaroni. Muertes anunciadas. Bogotá, Temis, 1993.

EL “TESTIGO SIN ROSTRO” EN EL ANTICIPO JURISDICCIONAL DE PRUEBA EN EL PROCESO PENAL COSTARRICENSE

FRANK HARBOTTLE QUIRÓS*

Letrado de la Sala de Casación Penal

RESUMEN: La Ley de Protección a víctimas, testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal, N° 8720, entró en vigencia en Costa Rica el 22 de abril de 2009. Esta ley contempla la posibilidad de ordenar medidas de protección para reservar las características físicas individualizantes de este grupo de personas, aceptándose en consecuencia el llamado “testigo sin rostro”. Sin embargo, la Sala Constitucional y la Sala de Casación Penal en recientes sentencias, han rechazado –expresa o tácitamente– la aplicación de este instituto no solo en la etapa de juicio sino también en el anticipo jurisdiccional de prueba, basadas, sobretodo, en lo dispuesto por la normativa internacional vigente en el ordenamiento jurídico de nuestro país. Afortunadamente, el rumbo que ha tomado la jurisprudencia es acorde con el respeto de los Derechos Humanos que deben imperar en un Estado Democrático como el costarricense.

PALABRAS CLAVES: anticipo jurisdiccional de prueba, juicio, jurisprudencia, medida de protección, convenios internacionales, principio de contradicción, testigo sin rostro.

ABSTRACT: The Law of Protection of victims, witnesses and other parties involved in a criminal process, No. 8720, entered into force in Costa Rica on April 22, 2009. This law provides the possibility of order protection measures to reserve individualizing physical characteristics of this group of people, therefore accepting

*Licenciado en Derecho de la Universidad de Costa Rica. Egresado de la Maestría en Criminología de la Universidad Estatal a Distancia. Defensor Público, actualmente Letrado de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

the so-called "faceless witness". However, the Constitutional Court and the Criminal Cassation in recent rulings have rejected –expressly or tacitly- the application of this institute not only at the trial stage but also in the jurisdictional proof advance, based, above all, on the provisions of international regulations in force in the legal system of our country. Fortunately, the direction being taken the jurisprudence is consistent with respect for Human Rights should prevail in a Democratic State such as Costa Rica.

KEYWORDS: jurisdictional proof advance, trial, jurisprudence, protection measure, international conventions, principle of contradiction, faceless witness.

Fecha de recepción 17 de octubre de 2012.

Fecha de aprobación: 19 de noviembre de 2012.

INTRODUCCIÓN

En el presente artículo se estudia la figura del “testigo sin rostro” como una medida de protección procesal contemplada en la Ley de Protección a víctimas, testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal, N° 8720, a efectos de evidenciar su incompatibilidad con lo dispuesto por la normativa internacional vigente en Costa Rica.

Esta obra se ha dividido en cuatro apartados.

En el primero se presenta la regulación contenida en el Código de Procedimientos Penales y en la redacción original del Código Procesal Penal – previo a la entrada en vigencia de la Ley N° 8720–, en lo que respecta a la declaración del testigo en la etapa de juicio y, en concreto, a la posibilidad de que en casos excepcionales su testimonio se rinda sin que el imputado se encuentre presente en la sala de debate.

En el segundo apartado se hace referencia a las medidas de protección extraprocesales y procesales contenidas en la Ley N° 8720.

Luego, se exponen los dos principales modelos reconocidos a nivel internacional que regulan la figura del “testigo sin rostro” como una medida de protección procesal.

Finalmente, se da a conocer la posición asumida recientemente por la Sala Constitucional y la Sala de Casación Penal (Sala Tercera), las cuales han venido a rechazar la aplicación el “testigo sin rostro” tanto en la etapa de juicio como en el anticipo jurisdiccional de prueba.

1. EL TESTIGO EN LA ETAPA DE JUICIO EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES Y EL CÓDIGO PROCESAL PENAL ANTECEDENTES DE LA LEY N° 8720

El Código de Procedimientos Penales de 1973 en el artículo 362 establecía que el imputado –bajo ciertas limitaciones– voluntariamente podía alejarse de la o las audiencias del debate. A su vez, el numeral 365 de este mismo cuerpo normativo apuntaba que la apersona acusada podía ser “expulsada” durante el juicio cuando afectara al fiscal, a las partes o a los defensores, supuesto en el que sería representada por su defensa técnica para todos los efectos.

Con base en esa normativa, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, llegó a considerar que el hecho de que el encartado fuera sacado de la sala del debate, no significaba que la defensa no tuviera acceso a las pruebas allí evacuadas o no pudiera combatirlas, pues quedaba representado por su defensor¹.

¹ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 83-F-95, de las catorce horas cinco minutos, del veintitrés de febrero de mil novecientos noventa y cinco.

En el año 1997, al resolver otro caso, este mismo órgano de casación indicó: *“...No considera la Sala que la disposición del tribunal haya sido arbitraria, pues por lo amenazante que resultaba la presencia del encartado, la testigo solicitó para su tranquilidad declarar en su ausencia. La decisión del tribunal, acomodada al artículo 365 del Código de Procedimientos Penales, no exhibe visos de haber lesionado interés procesal alguno del acusado, quien en todo momento fue representado por su abogado, que es quien ejerce la defensa técnica, y no se opuso a lo resuelto por el Tribunal...”*².

Pocas semanas después de emitido el fallo recién citado, la Sala de Casación Penal vino a reafirmar la posición asumida en las resoluciones anteriores, al autorizar el desalojo del imputado del local donde se celebra el juicio cuando su presencia perturbe, obstaculice o estorbe la recepción de la prueba, primordialmente testimonial, pues queda representado por el profesional que ejerce su defensa técnica³.

Días antes de que entrara a regir el Código Procesal Penal la Sala Tercera anotó: *“...Por ende, la normativa contempla que, en casos calificados, el encartado no se halle presente en esas situaciones, lo cual lo categoriza como un derecho alienable, siempre que, como lo señala el tribunal, la medida no sea excesiva y comprometa en el menor grado posible aquellos intereses. En el presente asunto, coincide la Sala que la protección a la vida del declarante ameritaba toma (sic) aquella restricción, la cual fue al nivel estrictamente necesario para preservar la identidad física del testigo, quien además es colaborador constante de la policía. Tanto es así que, amén de continuar presentes, como es derecho incuestionable, una vez pasada la necesidad, los coencartados regresaron a la sala y fueron informados del contenido de la declaración...”*⁴.

² Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 830-97, de las dieciséis horas cuarenta minutos, del catorce de agosto de mil novecientos noventa y siete.

³ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 1043-97, de las catorce horas treinta y cinco minutos, del treinta de setiembre de mil novecientos noventa y siete.

⁴ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 1474-97, de las ocho horas cuarenta minutos, del veintitrés de diciembre de mil novecientos noventa y siete.

El Código Procesal Penal –que entró en vigencia a partir del 1 de diciembre de 1998– vino a regular en forma similar este tema. El ordinal 212 titulado “testimonios especiales” en su redacción original estableció: *“...Cuando deba recibirse testimonio de mujeres, de menores agredidos o de personas agredidas sexualmente, sin perjuicio de la fase en la que se encuentre el proceso, el Ministerio Público o el tribunal, en su caso, podrán disponer su recepción en privado y con el auxilio de familiares o peritos especializados en el tratamiento de esas personas. La misma regla se aplicará cuando algún menor deba declarar por cualquier motivo”*.

En el voto 2001-01226, la Sala de Casación Penal mencionó que en casos excepcionales –entre ellos los citados en los votos 1043-97 y 1474-97– es válido que el imputado sea alejado de la audiencia de forma temporal para garantizar la seguridad física y psicológica de los declarantes, en el tanto concurren elementos de convicción que evidencien que existe el riesgo de algún serio menoscabo. Al respecto, se dijo que el acusado *“...puede ser alejado de la audiencia cuando se atiende al valor de los bienes jurídicos en conflicto, así como con base en diversas normas jurídicas de jerarquía suprallegal que ordenan ponderar los intereses de ciertos grupos de personas. Así ocurre con los menores de edad, respecto de los cuales y en virtud de normas positivas tanto de derecho interno como a través de instrumentos internacionales, se establece la prevalencia de su interés superior. En la especie, aunque las declarantes son mayores de edad, ha de recurrirse a las previsiones de la Convención para erradicar la violencia contra la mujer...”*⁵.

Desde la vigencia del Código Procesal Penal, este criterio se ha venido reiterando⁶. También se ha dicho que, aun y cuando el artículo 212 de este texto

⁵ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 2001-01226, de las nueve horas con cincuenta minutos, del catorce de diciembre de dos mil uno.

⁶ Ver en este sentido, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencias 2011-00679, de las doce horas veinte minutos, del primero de junio de dos mil once; 2010-01073, de las diez horas treinta y ocho minutos, del quince de octubre de dos mil diez; 2008-00041, de las nueve horas veinticinco minutos, del veinticinco de enero de dos mil

legal enumera situaciones específicas en las que puede ordenarse recibir en privado la prueba testimonial, no se trata de una lista taxativa, siendo posible ubicar al imputado fuera del espacio visual del testigo en el tanto su presencia lo atemorice, siempre y cuando se encuentre representado por su defensor en todo momento y siendo impuesto luego del contenido esencial de la declaración rendida por el deponente⁷.

Este panorama no ha variado con la entrada en vigencia de la Ley de Protección a víctimas, testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal, N° 8720, no obstante, debe advertirse, que esta normativa va más allá, pues incluye una protección especial para este grupo de personas, admitiendo la figura del denominado “testigo sin rostro”.

De seguido se analizan brevemente los tipos de medidas de protección que contempla esta ley.

2. LA LEY DE PROTECCIÓN A VÍCTIMAS, TESTIGOS Y DEMÁS SUJETOS INTERVINIENTES EN EL PROCESO PENAL N° 8720. LA PROTECCIÓN EXTRAPROCESAL Y PROCESAL

A pesar de que no existen estudios empíricos adecuados acerca de la naturaleza y alcance de la intimidación hacia los testigos, el fenómeno no es desconocido para quien ha transitado la administración de justicia penal⁸.

ocho; 2005-01435, de las nueve horas veinte minutos, del doce de diciembre de dos mil cinco; 2002-00640, de las nueve horas cincuenta y cinco minutos, del veintiocho de junio de dos mil dos.

⁷ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 2004-01416, de las nueve horas cincuenta minutos, del diecisiete de diciembre de dos mil cuatro.

⁸ Maffuchi Moore, Javier. Garantías constitucionales en la investigación penal: un estudio crítico de la jurisprudencia. Los testigos de identidad reservada. Buenos Aires: Del Puerto, 2006, p. 384.

La necesidad de proteger a los testigos atemorizados de posibles represalias, ha sido objeto de amplios debates doctrinales por los intereses contrapuestos que están en juego: por un lado el deber de respetar las garantías constitucionales del proceso y por otro la negativa a colaborar con la Administración de Justicia de los citados testigos en determinadas causas⁹.

Evidentemente existen dos intereses: el del que el testigo pueda, sin correr riesgo, aportar los datos que posea, útiles para la comprobación del delito; y que se respete el derecho de defensa del acusado que exige la posibilidad de tener una oportunidad útil para controlar personalmente o por su abogado la producción de este testimonio, si se pretendiere usarlo para condenarlo¹⁰.

Se ha argumentado que resulta legítimo que el Estado acuda a mecanismos para proteger la vida de los testigos, sin embargo, lo que no puede es sacrificar principios de derecho procesal, como el derecho a la defensa, el debido proceso y la contradicción de la prueba, entre otros¹¹.

De lo anterior se colige que la protección de testigos trae consigo –entre otros aspectos– la obligación del Estado de garantizar el pleno ejercicio del derecho de defensa de la persona sometida a un proceso penal, todo ello, por supuesto, enmarcado en el respeto de principios tutelados por la normativa nacional e internacional.

La Ley de Protección a víctimas, testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal, N° 8720, entró en vigencia en nuestro país el 22 de abril de 2009.

⁹ Gómez Cintas, María del Mar. Problemas actuales de la justicia penal. La protección de los testigos en el proceso penal. Barcelona: Bosch, 2001, p. 151.

¹⁰ Cafferata Nores, José Ignacio. Protección del testigo de cargo y derecho de defensa del imputado. Exigencias actuales de la persecución penal: propuestas, discusiones, práctica judicial. Córdoba: Editorial Mediterránea, 2004, p. 22.

¹¹ Rodríguez Chocontá, Orlando. La ineficacia probatoria del testimonio secreto. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1982, p. 127.

Según lo expone Ronald Salazar, esta ley permite resguardar *“...la identidad física y nominal de los y las testigos en el proceso, tanto en las fases preparatoria e intermedia, como en la de juicio, para garantizar la integridad física y psíquica de las víctimas...”*¹².

Antes de la entrada en vigencia de esta normativa, la Directora de la Defensa Pública, Marta Iris Muñoz Cascante, externó su preocupación precisando "claras inconstitucionalidades" y roces con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en temas como la reserva de la identidad del testigo. Al respecto dijo que *“...el testigo sin rostro contradice al bloque de constitucionalidad al ocultar la identidad de un testigo al imputado y a su defensor en cualquier fase del proceso, pues esto sería violatorio de la garantía de defensa y, por ende, del debido proceso...”*¹³.

El artículo 11 de esta ley, así como los numerales 71, 204 y 204 bis del Código Procesal Penal se refieren a la posibilidad de fijar medidas de protección de naturaleza extraprocesal y procesal.

La víctima, los testigos y otros sujetos intervinientes en el proceso penal como jueces, fiscales, defensores, tienen derecho a solicitar y a obtener protección especial (por ejemplo seguridad personal), en caso de riesgos o amenazas graves contra su vida o su integridad física, la de sus familiares u otras personas, con motivo de su denuncia o su intervención en el proceso (protección extraprocesal).

A criterio de la Sala Tercera, es válido que un Tribunal de Juicio acuerde la privacidad del debate mientras declaren testigos que sientan temor por su

¹² Salazar Murillo, Ronald. Derecho penal sustantivo y Derecho procesal penal. Protección de testigos y debido proceso. Heredia: Escuela Judicial, 2009, p. 159.

¹³ LA PRENSA LIBRE. Defensa Pública solicita a Arias vetar ley de protección a víctimas, 26 de febrero del 2009.

integridad física y que, por ende, se traslade a los imputados a una sala anexa desde donde puedan escuchar sus declaraciones, sin que el deponente los observe o advierta su presencia, en la medida en que se imponga del contenido de sus declaraciones y queden debidamente representados en el debate por su respectivo defensor. Al no mantenerse en reserva la identidad física o las características físicas individualizantes de los testigos y víctimas protegidos durante esta etapa no se da una violación del derecho de defensa¹⁴.

La protección procesal es la que incluye el resguardo de datos personales tales como el nombre, apellidos, cédula o pasaporte, domicilio, teléfono, fax, correo electrónico, entre otros, a efectos de no permitir rastrear sus datos para individualizarla y de esta forma dejar al descubierto su identidad; o protección de características físicas de la persona tales como su rostro, cabello, cuerpo, etc, la cual es procedente únicamente cuando la persona protegida no es conocida por el imputado¹⁵.

La protección procesal puede consistir en que a la víctima o al testigo se le reserven los datos de su identificación, tales como el nombre, el número de cédula y el domicilio, números de teléfono o del lugar de trabajo aunado a que no consten esos datos en la documentación del proceso (reserva de identidad) con la condición de que esos datos no sean conocidos por el imputado ni por las partes. En casos excepcionales, se dispone que la víctima, testigo o interviniente tiene derecho además, a mantener la reserva de sus características físicas individualizantes, cuando el riesgo para la vida o la integridad física no pueda evitarse o reducirse con la sola reserva de los datos de identificación¹⁶.

¹⁴ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 2011-00428, de las nueve horas cincuenta y cinco minutos, del quince de abril de dos mil once.

¹⁵ Salazar Murillo, Ronald. Derecho penal sustantivo y Derecho procesal penal. Protección de testigos y debido proceso... pp. 165 a 166.

¹⁶ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 2010-17097, de las quince horas y siete minutos, del veintisiete de octubre de dos mil diez.

La ocultación del rostro del testigo constituye una de las modalidades de reserva de las características físicas individualizantes que da lugar al denominado “testigo sin rostro”. A continuación procedemos con su estudio.

3. REGULACIÓN DEL TESTIGO SIN ROSTRO EN OTROS PAÍSES

El tema de los testigos ocultos o sin rostro es sumamente polémico. Básicamente comprende a las personas que en un proceso judicial declaran sin ser plenamente vistas por las partes.

En nuestro medio, el abogado Federico Campos de forma categórica se ha opuesto a la figura del testigo sin rostro. Al respecto, ha señalado que en algunos países *“...Se ha optado casi siempre por disminuir los derechos del endilgado, principalmente el pleno ejercicio de su defensa y su derecho a conocer la identidad de los testigos de cargo, así como la posibilidad de confrontarlos por medio del interrogatorio. En consecuencia, en algunos países ha aumentado la utilización de testigos "sin rostro" o encapuchados, testigos de identidad reservada u otras formas probatorias que impiden al imputado conocer a quiénes lo acusan; igual sucedía en la Inquisición, lo que significa un retroceso procesal sin parangón...”*¹⁷

En la actualidad suele hablarse de dos modelos principales:

El primero, es el español, en el que se han distinguido dos formas de protección a testigos: el llamado testigo “oculto” y el testigo anónimo. El primero es el que rinde declaración en una condición tal que no pueda ser visto directamente por el imputado o las partes, siendo aceptado por la jurisprudencia de ese país,

¹⁷ LA NACIÓN. Protección de testigos, 10 de agosto del 2006.

mientras que el anónimo es aquel cuya identidad es desconocida para el Tribunal o para la defensa o para ambos, el cual ha sido rechazado¹⁸.

El segundo modelo es el acusatorio norteamericano basado en la Sexta Enmienda de Constitución de Estados Unidos, la cual dispone que en todos los procesos criminales el acusado goza del derecho de confrontar a los testigos que están en su contra. Ello ha originado que sea una constante la defensa del derecho de la persona acusada a enfrentar los testigos cara a cara en juicio, no sólo para poder ser preguntados por acusadores e imputado, sino para que el jurado pueda ver su forma de declarar¹⁹. En este sistema se garantiza el principio contradictorio.

El testigo sin rostro –pese a las duras críticas que se le han hecho– recientemente lo han llevado a la práctica sistemas judiciales de países como Chile, México y Colombia. Costa Rica no escapa a esta problemática.

Por ello, a continuación examinaremos el tratamiento que la jurisprudencia patria le ha dado a esta figura.

4. EL TESTIGO SIN ROSTRO EN COSTA RICA

En nuestro país, tanto Sala Constitucional como la Sala de Casación Penal se han pronunciado sobre el testigo sin rostro en la etapa de juicio y en el anticipo jurisdiccional de prueba.

De seguido se procede con su estudio en la fase de debate.

¹⁸ Salazar Murillo, Ronald. Derecho penal sustantivo y Derecho procesal penal. Protección de testigos y debido proceso... pp. 165 a 166.

¹⁹ Salazar Murillo, Ronald. Derecho penal sustantivo y Derecho procesal penal. Protección de testigos y debido proceso... p. 172.

A) EL TESTIGO SIN ROSTRO EN LA ETAPA DE JUICIO

El destacado jurista, Dr. Javier Llobet, al comentar sobre la reserva de las características físicas individualizantes ha dicho: *“Al indicarse que únicamente rige en el procedimiento preparatorio y fase intermedia se creería que la reserva no se mantiene en la etapa de juicio, sin embargo, en diversos artículos se mantiene la reserva de la identidad y de las características físicas individualizantes en la etapa de juicio. Véase al respecto: Art. 319 último párrafo, 324 último párrafo y 351 último párrafo del C.P.P. y Art. 11 inciso a) de la ley de protección de víctimas, testigos y demás intervinientes en el proceso penal. De relevancia es el Art. 304 del C.P.P. que permite que se mantenga la protección procesal hasta sentencia firme. Véase además el Art. 204 bis inciso 3) del C.P.P. que hace mención a la petición del levantamiento procesal en la etapa de juicio”*²⁰.

A criterio de la Sala Constitucional, al ser el juicio oral la etapa principal y culminante del proceso debe interpretarse que en esta fase únicamente procede la protección extraprocesal de la víctima o testigo, a fin de no lesionar el derecho de defensa, siendo posible mantener dicha protección aún después de la firmeza del fallo, mientras resulte necesaria para la seguridad del testigo, perito, deponente o sus familiares. Lo anterior, en virtud de que *“...El ejercicio del derecho de defensa no radica únicamente en conocer el contenido del testimonio, sino que se debe tener la posibilidad de circunscribirlo o no en una ubicación temporal y espacial determinada, en una determinada escena o contexto, asociarlo a ciertos rasgos físicos o psicológicos de importancia, relacionarlo con vínculos familiares o de afinidad, analizarlo en atención a los gestos y lenguaje no verbal utilizado en la declaración y una innumerable variedad de aspectos más que de ningún modo*

²⁰ Llobet Rodríguez, Javier. PROCESO PENAL COMENTADO. (Código Procesal penal Comentado). San José: Editorial Jurídica Continental, 2009, p. 346.

*podrían analizarse y valorarse a partir de testigos cuya identidad y características físicas se desconocen...*²¹.

En este mismo sentido, escasos días después de emitido el fallo recién citado, el máximo órgano constitucional apuntó: *“...pueden válidamente utilizarse mecanismos tales como la teleconferencia, pero de ningún modo podrían ocultarse las características físicas individualizantes, porque estaríamos ante la figura del testigo “sin rostro”, rechazada sistemáticamente por la doctrina y jurisprudencia de los derechos humanos y por esta Sala...*²².

Posteriormente, esta misma Cámara dijo: *“...La Sala ya examinó la constitucionalidad del artículo 204 bis del Código Procesal Penal y consideró que el mismo, en cuanto establece la protección procesal de las víctimas, testigos e intervinientes en el proceso penal, no resulta inconstitucional, considerándose que tal protección se contempla únicamente para las fases preliminar e intermedia...*²³.

Más recientemente la Sala Constitucional afirmó: *“...no es posible mantener la protección procesal de la identidad nominal (nombre de la persona) ni de las características físicas individualizantes (rostro, cuerpo, voz, etc.) en la fase del juicio oral y público. Ello en virtud del cumplimiento de los principios, derechos y garantías contenidos en la Constitución Política y en los instrumentos de derechos humanos vigentes en Costa Rica, específicamente, el ejercicio del derecho de defensa, así como el respeto a los principios del juicio oral, a saber, la inmediación, publicidad, contradictoriedad, continuidad y concentración...*²⁴

²¹ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 2010-17097, de las quince horas y siete minutos, del veintisiete de octubre de dos mil diez.

²² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 2010-18698, de las quince horas y veintitrés minutos, del diez de noviembre de dos mil diez.

²³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 2011-01424, de las once horas con un minuto, del cuatro de febrero de dos mil once.

²⁴ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 2011-15162, de las doce horas y trece minutos, del cuatro de noviembre de dos mil once.

Por otra parte, se tiene que la Sala de Casación Penal en diversas sentencias se ha pronunciado sobre el testigo sin rostro. Algunos de los casos resueltos se han dado a conocer en los medios de prensa²⁵.

En el voto 2010-01405, la Sala Tercera anuló la sentencia dictada por el *a quo* al constatar el vicio alegado por el recurrente, a saber, que en el debate los testigos –piezas fundamentales para acreditar la responsabilidad penal del encartado– declararon con el rostro cubierto con un pasamontañas y una gorra, lo que se estimó contrario al debido proceso “...ya que se impidió a la defensa, no sólo conocer las características físicas individualizantes de esas personas, al permitirse la figura del “testigo sin rostro”, sino también ejercer un adecuado interrogatorio, al obstaculizarse con ello la posibilidad de valorar y cuestionar la credibilidad de sus relatos...”²⁶.

Asimismo, se consideró que el Tribunal debió valorar la posibilidad de implementar otras medidas que permitieran proteger la identidad de los testigos, sin afectar al mismo tiempo los principios de inmediación y concentración de la prueba al igual que los intereses legítimos de la defensa en su recepción, tomando en cuenta que el órgano colegiado está facultado para ordenar que la audiencia se realice en forma privada; también puede acudir al uso de los medios tecnológicos necesarios, como el sistema de videoconferencia, siempre que se garantice que el testigo no recibirá interferencia alguna que afecte la libertad de su deposición; incluso pudieron haber optado por permitir la ubicación del imputado en un sitio idóneo dentro de la sala desde el cual podía escuchar sin ser visto por los deponentes o bien era factible sacarlo de la sala y resguardarlo en otro sitio, sin que se viera afectada su asistencia técnica, pues en ambos casos quedaba representado por su defensor²⁷.

²⁵ LA NACIÓN. Sala Tercera declara ilegal tapar rostro de testigos en juicio, 15 de junio del 2011.

²⁶ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 2010-01405, de las diez horas y cuarenta y tres minutos, del diecisiete de diciembre de dos mil diez.

²⁷ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 2010-01405, de las diez horas y cuarenta y tres minutos, del diecisiete de diciembre de dos mil diez.

En la resolución 2011-00027, la Sala de Casación Penal, de oficio, por tratarse de un defecto absoluto relativo a la intervención del imputado que lesionó el derecho de defensa, anuló la sentencia emitida por el órgano juzgador en cuanto a la condenatoria de los endilgados, en razón de que uno de los testigos esenciales declaró con el cuerpo completamente cubierto por una capa (salvo una pequeña abertura en el rostro), lo que no permitió apreciar sus facciones ni las expresiones o gestos al declarar. Ello le restringió a los encartados la posibilidad de presenciar las declaraciones y ponderar aspectos importantes del testimonio tales como el lenguaje gestual, las expresiones y el estado anímico del declarante²⁸.

En el pronunciamiento 2011-00037, esta misma Sala reiteró que las medidas de protección procesal están reservadas para la etapa de investigación, no para el juicio. Por ello, en el caso sometido a su conocimiento se tomó la decisión de anular el debate debido a que de forma ilícita el Tribunal –previo a ubicar tanto a la defensa técnica como la material fuera de la Sala de Juicios– le solicitó a la defensora que le planteara a los jueces las preguntas que pretendía hacerle al ofendido y el otro testigo de cargo, imposibilitándole observar a ambos deponentes²⁹.

En otro asunto, también se declaró con lugar el recurso de casación presentado por la defensa –por razones distintas a las alegadas– debido a que el Tribunal tomó la decisión de colocar una pantalla negra frente al escritorio del abogado defensor, impidiéndole observar a los testigos mientras declaraban,

²⁸ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 2011-00027, de las diez horas y ocho minutos, del catorce de enero de dos mil once.

²⁹ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 2011-00037, de las once horas y treinta minutos, del catorce de enero de dos mil once.

violentando el derecho de defensa, al imposibilitarle observar los gestos y expresiones corporales de los testigos³⁰.

Esta serie de irregularidades se dieron a conocer en la prensa escrita. Al respecto se dijo: *“...La Fiscalía está utilizando testigos protegidos que declaran con el rostro cubierto por capas o pasamontañas, otros que lo hacen detrás de biombos, y hay casos donde solo se les identifica con las siglas del nombre...”*³¹.

Desde nuestro punto de vista, las decisiones adoptadas por la Sala de Casación Penal, además de ajustarse a lo establecido por la jurisprudencia Constitucional, resultan acorde con lo dispuesto por la normativa internacional vigente en Costa Rica.

Recordemos que hace dos décadas, la Sala Constitucional, en el célebre voto 1739-92, indicó que el derecho de defensa implicaba entre otras cosas: *“...el acceso irrestricto a las pruebas de cargo y la posibilidad de combatirlas, particularmente repreguntando y tachando o recusando a testigos y peritos, lo cual comporta, además, que los testimonios y dictámenes deben presentarse en presencia del imputado y su defensor, por lo menos salvo una absoluta imposibilidad material -como la muerte del testigo...”*³².

En el año 2010, el máximo órgano Constitucional resaltó que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *“...ha resuelto repetidamente que debe concederse a quienes hayan sido acusados de la*

³⁰ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 2011-00277, de las nueve horas y cincuenta y cinco minutos, del once de marzo de dos mil once.

³¹ LA NACIÓN. Fiscalía protege a testigos con capuchas, pasamontañas y siglas, 10 de octubre del 2011.

³² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 1739-1992, de las once horas y cuarenta y minutos, del primero de julio de mil novecientos noventa y dos.

comisión de un delito, el derecho de examinar a los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa...”³³.

El artículo 8.2.f) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece como una de las garantías mínimas de toda persona inculpada de un delito el “... *derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos*”.

En similares términos, el ordinal 14.3.e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que el imputado tiene derecho “...*A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo*”.

Por su parte, la vigésimo novena de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia Penal de 1992 (Reglas de Mallorca) señala que: “...2) *Si la comprobación de un hecho se basa en la percepción de una persona, ésta tiene que ser interrogada en el juicio oral. Este interrogatorio no puede ser reemplazado por la lectura de un documento o declaración escrita anterior. Las leyes nacionales establecerán las excepciones a este principio por razón de imposibilidad o grave dificultad de su reproducción. En estos casos, se podrán utilizar en el juicio oral las declaraciones practicadas con anterioridad, siempre que hubieran tenido lugar con intervención del defensor y se garantice la oportunidad de oponerse a la prueba aportada por las otras partes (principio de contradicción). 3) El acusado y su defensor tienen derecho a interrogar a los testigos*”.

³³ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 2010-17907, de las quince horas siete minutos, del veintisiete de octubre de dos mil diez.

De lo anterior se colige que la normativa internacional que forma parte del ordenamiento jurídico costarricense no permite aplicar la figura del testigo sin rostro durante el juicio.

Debemos preguntarnos si esta misma solución opera en los supuestos en que el testimonio se recibe a través de un anticipo jurisdiccional de prueba.

B) EL TESTIGO SIN ROSTRO EN EL ANTICIPO JURISDICCIONAL DE PRUEBA

En principio, la prueba anticipada, como su mismo nombre indica, consiste en aquella que se realiza en un momento anterior al del inicio de las sesiones del juicio oral, motivado en la imposibilidad material de practicarla en este acto. Su fundamento radica en la necesidad de evitar que se pierdan definitivamente aquellos datos probatorios relevantes para la formación de la convicción judicial por el hecho de no poderse practicar durante las sesiones de la vista oral. Debe ser excepcional, evitando que se convierta en una práctica generalizada que desvirtúe el principio general de que las pruebas han de practicarse en el juicio³⁴.

El concepto de prueba anticipada ha de constituirse sobre las notas de excepcionalidad –se trata de prueba sustraída al juicio oral–, irrepetibilidad –sólo la prueba irreproducible por su propia naturaleza o por circunstancias excepcionales puede reputarse válidamente prueba anticipada –y previsibilidad– se trata de prever de antemano la necesidad de la práctica probatoria³⁵.

La prueba anticipada cubre dos aspectos importantes. Por un lado está las que se solicitan por razones de urgencia (caso del testigo de muy avanzada edad, o por ausentarse del país o gravemente enfermo) y de esta forma se asegura su

³⁴ Miranda Estrampes, Manuel. *La Mínima Actividad Probatoria en el Proceso Penal*. Barcelona: José María Bosch Editor, 1997, pp. 318 a 324.

³⁵ Marchena Gómez, Manuel. *El juicio oral en el proceso penal: especial referencia al procedimiento abreviado. El juicio oral. Cuestiones previas*. Granada: Comares, 2010, p. 90.

producción, que de otra manera, no podría concretarse en el momento procesal pertinente. Por otro lado están las que se realizan frente al temor que por el transcurso del tiempo o por posible alteración de las mismas, por distintas razones, quedan alteradas o desnaturalizado su fin para cuando se produzcan en el tiempo procesal oportuno³⁶.

El anticipo jurisdiccional de prueba tiene como objeto la práctica de un acto definitivo e irreproducible, así como el aseguramiento de una prueba mediante su inmediata recabación³⁷.

En nuestro sistema procesal, el anticipo jurisdiccional de prueba se ha introducido como una modalidad a través de la cual se intenta asegurar elementos probatorios que por su naturaleza o bien por algunas circunstancias especiales, no pueden repetirse, realizarse o ser recibidos durante la fase de debate. Se citan como ejemplos cuando la persona que debe rendir su declaración no lo podrá hacer en el debate, sea porque no va a estar en el país, sus condiciones de salud hacen suponer que no soportará llegar con vida al juicio, o bien, por la complejidad del asunto a tratar, muchos de los aspectos que conoce pueden ser olvidados o confundidos con el pasar del tiempo. Por tratarse de una diligencia probatoria que en principio corresponde ser evacuada en juicio, su realización debe ser desarrollada de la forma que más corresponda a los principios y características que informan dicho momento procesal. Así se ha dicho que *“...las probanzas obtenidas mediante el anticipo jurisdiccional de prueba tendrán el mismo valor que las recibidas en debate, pues no sólo han sido controladas por un juez, sino también por todas las partes interesadas. En otras palabras, se estima que es un acto de debate que se retrotrae a una etapa anterior, y como tal, con la misma validez y naturaleza que tendría de haberse producido en dicha fase...”*³⁸.

³⁶ Zorzoli, Oscar. Confirmación procesal II. Naturaleza procesal de las pruebas anticipadas. Volumen II. Buenos Aires: Ediar, 2008, pp. 338 a 339.

³⁷ Arbuola Valverde, Allan. La prueba y sus principios en el código procesal penal. San José: Editorial Obras Jurídicas Probatorias, 1998, p. 40.

³⁸ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 2000-01339, de las quince horas cuarenta y cinco minutos, del dieciséis de noviembre de dos mil.

También, se ha admitido como un supuesto, cuando existe riesgo de que el testimonio *“no pueda recibirse en juicio”*, en el tanto se haya constatado que la persona está siendo sometida a coacciones, amenazas, ofertas de dinero u otro tipo de remuneraciones, en virtud de su conocimiento de los hechos que se investigan y con el propósito de que se abstenga de declarar o rinda falso testimonio; siempre bajo la nota característica de la excepcionalidad de la diligencia³⁹.

Si la prueba anticipada se practicó con arreglo a los presupuestos excepcionales y las finalidades que contempla la ley, ello no faculta a los juzgadores a omitir citar al testigo cuyo testimonio se evacuó por esa vía –en caso de que se halle en condiciones de comparecer y declarar– y menos prescindir de escuchar su declaración de viva voz si la persona se presenta a la audiencia, conformándose por leer el documento en que consta la probanza anticipada⁴⁰.

A su vez, se ha dicho *“...que la declaración rendida por el testigo en debate deba prevalecer sobre las anteriores, y la excepción a ese precepto la constituye el que el declarante no pueda explicar razonablemente las contradicciones que existan entre ellas. Entonces, sería posible que una declaración realizada fuera de la fase de juicio prevalezca sobre la rendida en la audiencia oral, siempre y cuando el Tribunal cuente con suficientes elementos de prueba adicionales que le permitan acreditar que la primera es merecedora de plena credibilidad...”*⁴¹.

Un aspecto que debe tenerse presente es que al realizar los anticipos jurisdiccionales de prueba se deben garantizar los principios de oralidad en su

³⁹ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 2001-00483, de las nueve horas quince minutos, del veinticinco de mayo de dos mil uno.

⁴⁰ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 2001-00483, de las nueve horas quince minutos, del veinticinco de mayo de dos mil uno.

⁴¹ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencias 2003-000472, de las quince horas dieciséis minutos del nueve de junio de dos mil tres y 2011-00887, de las diez horas y cuarenta y dos minutos, del veintidós de julio de dos mil once.

recepción (citación previa, concentración, continuidad, contradicción, intermediación), de forma tal que todas las partes puedan intervenir como si se tratara del juicio⁴².

La Sala de Casación Penal ha sido clara en cuanto a este punto. Ha establecido que: *“...las probanzas obtenidas mediante el anticipo jurisdiccional de prueba tendrán el mismo valor que las recibidas en debate, pues no sólo han sido controladas por un juez, sino también por todas las partes interesadas. En otras palabras, se estima que es un acto de debate que se retrotrae a una etapa anterior, y como tal, con la misma validez y naturaleza que tendría de haberse producido en dicha fase...”*⁴³.

El testimonio rendido bajo esta modalidad es asimilable a la declaración que brinda un testigo durante el juicio, en razón de que: *“...en el anticipo se adelantan las condiciones propias del juicio, precisamente para cumplir con los principios inherentes a éste y garantizar así el respeto de la intermediación, el contradictorio y la oralidad...”*⁴⁴ (el destacado es del original).

Recordemos que el Código Procesal Penal vigente *“...se inclina indefectiblemente por la originalidad de la prueba, que debe producirse toda en el juicio, salvo calificadas excepciones, dentro de las que se encuentra el instituto del anticipo jurisdiccional de prueba, que en su realización, participa de todas las características del contradictorio: intermediación, oralidad, concentración...”*⁴⁵; principios que permiten un *“...contacto directo con los sujetos del proceso y con la prueba, en el momento original de su producción, sobre todo lo referido a la prueba testimonial y va mucho más allá de ver o escuchar al declarante, sino que*

⁴² Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencias 2004-10120, de las quince horas con treinta y siete minutos del catorce de setiembre del dos mil cuatro; 2000-04438, de las catorce horas con cuarenta y uno minutos, del veinticuatro de mayo del dos mil y 2000-03477, de las ocho horas con cincuenta y nueve minutos, del veintiocho de abril del dos mil.

⁴³ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 2000-01339, de las quince horas cuarenta y cinco minutos, del dieciséis de noviembre de dos mil.

⁴⁴ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 2004-00455, de las trece horas, del siete de mayo de dos mil cuatro.

⁴⁵ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 2009-00356, de las diez horas treinta y cinco minutos, del veinticinco de marzo de dos mil nueve.

comprende el entorno y su lenguaje verbal y para verbal, así como su comportamiento en el propio escenario en que la prueba se produce...”⁴⁶.

En el año 2010, la Sala Constitucional, partiendo de lo dispuesto por los artículos 204 bis y 293 del Código Procesal Penal, con una redacción algo confusa se refirió a la posibilidad de reservar las características físicas individualizantes del testigo (rostro, voz, etc) en el anticipo jurisdiccional de prueba cuando el riesgo para la vida o la integridad física no pueda evitarse o reducirse con la sola reserva de los datos de identificación y se trate además de delitos graves o de delincuencia organizada, pudiendo utilizarse los medios tecnológicos disponibles, entre ellos la videoconferencia⁴⁷.

Este escenario, a primera vista, podría llevarnos al equívoco de pensar que en Costa Rica se admite el testigo sin rostro en el anticipo jurisdiccional de prueba. Sin embargo, ello no es así.

En el año 2011, ante una solicitud de aclaración y adición de la sentencia número 2010-18698, el máximo órgano constitucional, a nuestro criterio, despejó el punto señalando: “...es en la fase de juicio donde se produce la prueba conforme a los principios de inmediación, concentración, contradicción y continuidad, o bien, a través del anticipo jurisdiccional, donde las partes tienen acceso a escuchar de viva voz la totalidad del testimonio y de realizar el interrogatorio y conainterrogatorio que consideren conveniente...”⁴⁸

Con posterioridad al dictado de esta resolución, la Sala Tercera, en dos asuntos sometidos a su conocimiento, declaró la nulidad de los anticipos jurisdiccionales de prueba recibidos; en uno, el testigo declaró con el rostro

⁴⁶ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 2008-00065, de las nueve horas treinta minutos, del primero de febrero de dos mil ocho.

⁴⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencias 2010-18698, de las quince horas y veintitrés minutos, del diez de noviembre de dos mil diez y 2010-17907, de las quince horas siete minutos, del veintisiete de octubre de dos mil diez.

⁴⁸ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 2011-01424, de las once horas con un minuto, del cuatro de febrero de dos mil once.

cubierto con un pasamontañas y en el otro, lo hizo con un gorro y una capucha ubicado detrás de una pantalla.

En el primer caso⁴⁹, el anticipo jurisdiccional de prueba cuestionado se efectuó mediante videoconferencia, lo cual, está autorizado por el ordenamiento jurídico⁵⁰. Sin embargo, se logró corroborar que en dicha diligencia se dieron una serie de irregularidades que obligaron a la Sala de Casación a declarar con lugar la actividad procesal defectuosa de carácter absoluto interpuesta por la defensa técnica de los imputados y, a decretar la nulidad de la sentencia dictada por el Tribunal y el debate que le precedió, lo anterior, en virtud de que la testigo que rindió la declaración a través del anticipo jurisdiccional de prueba lo hizo utilizando un pasamontañas y, a su vez, resultó ser pieza fundamental para acreditar la responsabilidad penal de los encartados.

A criterio de la Sala Tercera, si bien el ordinal 293 del Código Procesal Penal contempla la posibilidad de que se ordene la recepción anticipada del testimonio de un testigo o una víctima cuya seguridad, vida o integridad física corran riesgo con motivo de su participación en el proceso, por existir una presunción razonable de que su declaración en juicio no será posible recibirla, en razón de que el riesgo puede aumentar o al menos no se va a reducir, lo cierto es que siguiendo la línea jurisprudencial de la Sala Constitucional y de la misma Sala de Casación Penal, esta diligencia debe regirse por las mismas reglas del juicio, dado que esta declaración posteriormente se incorporará en esta fase del proceso si el testigo no comparece en el debate, pues, caso contrario, su incorporación podrá darse únicamente si se presentan contradicciones o inconsistencias graves entre ambas declaraciones, supuesto en el que el Tribunal deberá valorar ambas conforme a las reglas de la sana crítica. Así, no resulta procedente que en el anticipo jurisdiccional de prueba se oculten las características físicas

⁴⁹ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 2011-01430, de las once horas cincuenta y cinco minutos, del veinticuatro de noviembre de dos mil once.

⁵⁰ Sobre la validez de la videoconferencia dentro del proceso penal puede consultarse, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencias 2007-00682, de las nueve horas quince minutos, del veintinueve de junio de dos mil siete y 2007-01360, de las nueve horas treinta minutos, del dieciséis de noviembre de dos mil siete.

individualizantes de un testigo por medio de un pasamontañas o una capucha, tal y como ocurrió en la causa examinada, pues ello conllevaría a aceptar la figura del “testigo sin rostro”, la cual no es compatible con un Estado Democrático y de Derecho como el costarricense⁵¹.

En el segundo asunto, uno de los testigos utilizó una especie de gorro o capucha en su cabeza, así como guantes en sus manos, a la vez que fue ubicado detrás de una pantalla con el fin de ocultar su rostro. Al respecto en la sentencia de casación se apuntó: “...1.- **La posibilidad (sic) de proteger o reservar la identidad de testigos en el proceso penal se restringe a las etapas preparatoria e intermedia, y nunca a la etapa de debate. 2.- El anticipo jurisdiccional de prueba es una especie de “adelanto de la etapa plenaria”, en el que deben tener plena vigencia material todas las reglas, principios derechos y garantías de ese estadio procesal, -el más importante del proceso penal-. 3.- Por lo tanto, en las audiencias de anticipo jurisdiccional de prueba no está permitido ocultar la identidad, ni los rasgos físicos, ni cualquier otro dato que sirva para la identificación del testigo evacuado, pues eso afecta los principios de inmediación y contradicción y consecuentemente, el derecho de defensa. 4.- Para esos testigos lo que corresponde, en caso de que así proceda según los requisitos fijados legalmente, es ordenar o mantener las medidas de protección pertinentes...**”⁵² (el destacado es del original).

En este caso, se consideró que el error en la actuación del Tribunal radicó en que el anticipo jurisdiccional de prueba fue incorporado en el debate y fue utilizado para fundamentar la sentencia, lo cual constituyó un vicio de carácter absoluto. No obstante, a pesar de que se declaró la ineficacia de dicha prueba espuria, a diferencia de lo que ocurrió en el precedente jurisprudencial 2011-01430, no se ordenó un juicio de reenvío, debido a que en el fallo recurrido también se

⁵¹ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 2011-01430, de las once horas cincuenta y cinco minutos, del veinticuatro de noviembre de dos mil once.

⁵² Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 2012-00240, de las diez horas y veintinueve minutos, del diecisiete de febrero de dos mil doce.

valoraron otros elementos de prueba, lícitos y esenciales, para fundamentar la condenatoria en contra del acriminado⁵³.

Desde nuestra perspectiva, la Ley N° 8720 –con una clara violación a lo dispuesto por normativa internacional– autoriza la reserva de las características físicas individualizantes durante todo el proceso (incluso la etapa de juicio), siendo factible la aplicación de la figura del “testigo sin rostro”.

La posición asumida por la Sala Constitucional de rechazar expresamente el “testigo sin rostro” en la etapa de debate, así como el no admitirlo en el anticipo jurisdiccional de prueba (se deduce de la resolución 2011-01424) es acorde con un Estado Democrático de Derecho como el costarricense.

Comparto las resoluciones emitidas por la Sala de Casación Penal en las que ha rechazado el “testigo sin rostro” en el anticipo jurisdiccional de prueba. A fin de cuentas, esta diligencia judicial debe regirse por los principios que caracterizan el juicio (fase más importante del proceso penal), entre los que se encuentra el de contradicción, tutelado en normativa supralegal (convenios internacionales) vigente en nuestro ordenamiento jurídico.

Tal y como lo apuntó en el año 2003 la Dra. Jenny Quirós: *“...no se observa en el discurso legitimador afirmación o postulado alguno que venga a servir de argumento de justificación para que el anticipo jurisdiccional de prueba implique el sacrificio de otros principios procesales, como el de contradicción y el de defensa...”*⁵⁴.

Es importante tener presente que el anticipo jurisdiccional de prueba puede practicarse a través de videoconferencia. En términos generales puede decirse que este mecanismo es compatible con el principio de contradicción, sin embargo,

⁵³ Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 2012-00240, de las diez horas y veintinueve minutos, del diecisiete de febrero de dos mil doce.

⁵⁴ Quirós Camacho, Jenny. La ausencia del defensor en la recepción de testimonios por anticipo jurisdiccional. Revista de la Asociación Costarricense de la Defensa Pública, No. 3, octubre, 2003, p.79.

se reitera, bajo ninguna circunstancia, se puede recibir el testimonio de un testigo sin rostro en esta diligencia procesal.

Coincidimos con Sandra Zúñiga, quien al referirse a la utilización de medios de grabación en la prueba anticipada afirmó “...*No parece existir ningún impedimento para solicitar el uso de ese recurso, todo lo contrario, parece una excelente herramienta que aportaría a la inmediatez y al análisis de esa prueba en etapas posteriores, en especial, en el debate. Sin duda, esto sería de suma utilidad en las argumentaciones de los alegatos conclusivos de las partes y, por supuesto, al darse la deliberación a cargo de los (as) jueces (zas). Pese a que una reproducción en video no logra captar la totalidad de elementos surgidos de la inmediación, debe reconocerse que aporta mucho más una buena producción en video que la sola lectura de un documento, que no dice nada del físico de los intervinientes, de sus gestos, de sus dificultades o facilidades de expresión, del interrogatorio realizado por las partes, entre otros muchos aspectos, de importancia y además surgidos en una etapa temprana del proceso, por lo general, cercana al acontecimiento objeto de litis, cuando usualmente tiene lugar este tipo de prueba...*”⁵⁵.

De forma categórica sostengo que en cualquier anticipo jurisdiccional de prueba que se practique el testigo debe rendir su declaración con el rostro descubierto siendo observado por la defensa.

Pensemos en el supuesto en que el testigo clave –que respalda plenamente la pieza acusatoria– no se presenta al debate y se incorpora por lectura el anticipo que se le realizó teniendo su rostro cubierto (véase resolución 2011-01430 de la Sala Tercera). Evidentemente se estaría debilitando gravemente el derecho a la defensa, así como su capacidad para refutar esta prueba, pues a fin de cuentas la

⁵⁵ Zúñiga Morales, Sandra. Anticipos jurisdiccionales de prueba: declaraciones recibidas como prueba anticipada. Heredia: Escuela Judicial, 2008, p.63.

conducta del testigo al momento de declarar tiene una relación directa con su credibilidad.

Es indispensable que las garantías procesales de las que goza una persona sometida a un proceso penal se respeten. Por ello, rechazamos la figura del testigo sin rostro.

Ahora bien. No podemos dejar de lado la importancia que reviste proteger a quien colabora con la Administración de Justicia, llámese testigo, víctima u otro interviniente.

Lo ideal es el fortalecimiento de la protección de testigos por parte del Estado sin sacrificar el derecho de defensa. Habiéndose recibido el testimonio bajo la modalidad de anticipo jurisdiccional de prueba –lo cual por supuesto resulta aplicable en la etapa de debate–, deben llevarse a cabo las acciones necesarias para su protección posterior (medidas de protección extraprocesales).

CONCLUSIONES

El Código de Procedimientos Penales y el Código Procesal Penal (desde antes de que entrara en vigencia la Ley de Protección a víctimas, testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal N° 8720) contemplaron en su redacción algunos supuestos que autorizaban que el testigo declarara sin que el imputado estuviese presente en la sala de debate. Incluso, a partir de la regulación contenida en ambas leyes y con base en normativa internacional, la jurisprudencia penal admitió la posibilidad de ubicar al acusado fuera del espacio visual del testigo en el tanto se sintiera atemorizado con su presencia, en la medida en que se encontrara representado por su defensor en todo momento y siendo impuesto luego del contenido esencial de la declaración rendida por el deponente.

La Ley N° 8720 –que comenzó a regir el 22 de abril de 2009– vino a establecer dos tipos de medidas de protección: las extraprocesales y las procesales. Las primeras (ya existían al menos de forma parcial), por ejemplo, le confieren la posibilidad al Tribunal de Juicio de acordar la privacidad del debate mientras declaran testigos que sientan temor por su integridad física y que, por ende, se traslade a los imputados a una sala anexa desde donde puedan escuchar sus declaraciones, sin que el deponente los observe o advierta su presencia, siempre y cuando se imponga del contenido de sus declaraciones y queden debidamente representados en el debate por su respectivo defensor. Las segundas (novedosas), permiten reservar la identidad o las características físicas individualizantes de las víctimas, testigos y otros sujetos. Dentro de estas últimas se encuentra el denominado “testigo sin rostro”.

A nivel internacional, países como Colombia, Chile, México y España han aplicado la “justicia sin rostro”.

La figura del “testigo sin rostro” es un vivo ejemplo de una técnica que violenta el derecho de defensa de la persona imputada y en concreto el principio de contradicción en el proceso penal.

En Costa Rica, si bien, el articulado de la Ley N° 8720 autoriza la reserva de las características físicas individualizantes durante todo el proceso y por ende, la aplicación de la figura del “testigo sin rostro”, afortunadamente la Sala Constitucional y la Sala de Casación Penal en recientes sentencias, respetando nuestra tradición respetuosa de los Derechos Humanos, han rechazado –de forma tácita y expresa– la aplicación de esta figura tanto en la etapa de juicio como en el anticipo jurisdiccional de prueba, basándose, sobretodo, en lo dispuesto por normativa internacional (Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia Penal).

En aras de no desproteger a quien colabora con la Administración de Justicia –llámese testigo, víctima u otro interviniente–, ante riesgos o amenazas graves contra su vida o su integridad física o la de sus familiares a raíz de su intervención en el proceso, los juzgadores deben acudir a mecanismos – implementados desde años atrás– tales como permitir la ubicación del imputado en un sitio idóneo dentro de la sala o en una sala anexa, desde donde pueda escuchar sin ser visto por los deponentes, o incluso utilizar el sistema de videoconferencia, sin que se vea afectada su asistencia técnica, debiendo garantizar el Estado que una vez recibida su declaración (con el rostro descubierto) bajo la modalidad de anticipo jurisdiccional de prueba o en el juicio, se ejecuten acciones dirigidas a lograr la protección posterior de esta persona en un plazo razonable (medidas de protección extraprocesales), a saber, custodia personal y familiar, cambio de domicilio o de trabajo, provisión de medios materiales, entre otros.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LIBROS Y REVISTAS

Arburola Valverde, Allan. La prueba y sus principios en el código procesal penal. San José: Editorial Obras Jurídicas Probatorias, 1998.

Cafferata Nores, José Ignacio. Protección del testigo de cargo y derecho de defensa del imputado. Exigencias actuales de la persecución penal: propuestas, discusiones, práctica judicial. Córdoba: Editorial Mediterránea, 2004, pp.19-24.

Gómez Cintas, María del Mar. Problemas actuales de la justicia penal. La protección de los testigos en el proceso penal. Barcelona: Bosch, 2001, pp. 151-172.

Llobet Rodríguez, Javier. PROCESO PENAL COMENTADO. (Código Procesal penal Comentado). San José: Editorial Jurídica Continental, 2009.

Maffuchi Moore, Javier. Garantías constitucionales en la investigación penal: un estudio crítico de la jurisprudencia. Los testigos de identidad reservada. Buenos Aires: Del Puerto, 2006, pp. 383-392.

Marchena Gómez, Manuel. El juicio oral en el proceso penal: especial referencia al procedimiento abreviado. El juicio oral. Cuestiones previas. Granada: Comares, 2010, pp. 73 a 160.

Miranda Estrampes, Manuel. La Mínima Actividad Probatoria en el Proceso Penal. Barcelona: José María Bosch Editor, 1997, pp. 318 a 324.

Quirós Camacho, Jenny. La ausencia del defensor en la recepción de testimonios por anticipo jurisdiccional. Revista de la Asociación Costarricense de la Defensa Pública No. 3, octubre, 2003, pp.66-81.

Rodríguez Chocontá, Orlando. La ineficacia probatoria del testimonio secreto. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1982.

Salazar Murillo, Ronald. Derecho penal sustantivo y Derecho procesal penal. Protección de testigos y debido proceso. Heredia: Escuela Judicial, 2009, pp. 159-179.

Zorzoli, Oscar. Confirmación procesal II. Naturaleza procesal de las pruebas anticipadas. Volumen II. Buenos Aires: Ediar, 2008, pp. 337 a 346.

Zúñiga Morales, Sandra. Anticipos jurisdiccionales de prueba: declaraciones recibidas como prueba anticipada. Heredia: Escuela Judicial, 2008, pp.59-66.

NORMATIVA NACIONAL E INTERNACIONAL

Ley de Protección a víctimas, testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal, N° 8720 del 4 de marzo de 2009.

Código Procesal Penal, Ley N° 7594 del 28 de marzo de 1996.

Código de Procedimientos Penales, Ley N° 5377 del 19 de octubre de 1973.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia Penal (Reglas de Mallorca).

JURISPRUDENCIA NACIONAL

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

2011-01424, de las once horas con un minuto, del cuatro de febrero de dos mil once.

2010-18698, de las quince horas y veintitrés minutos, del diez de noviembre de dos mil diez

2010-17907, de las quince horas siete minutos, del veintisiete de octubre de dos mil diez.

2004-10120, de las quince horas con treinta y siete minutos del catorce de setiembre del dos mil cuatro;

2000-04438, de las catorce horas con cuarenta y uno minutos, del veinticuatro de mayo del dos mil

2000-03477, de las ocho horas con cincuenta y nueve minutos, del veintiocho de abril del dos mil.

1739-1992, de las once horas y cuarenta y minutos, del primero de julio de mil novecientos noventa y dos.

SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

2012-00240, de las diez horas y veintinueve minutos, del diecisiete de febrero de dos mil doce.

2011-15162, de las doce horas y trece minutos, del cuatro de noviembre de dos mil once.

2011-01430, de las once horas cincuenta y cinco minutos, del veinticuatro de noviembre de dos mil once.

2011-00887, de las diez horas y cuarenta y dos minutos, del veintidós de julio de dos mil once.

2011-00679, de las doce horas veinte minutos, del primero de junio de dos mil once.

2011-00428, de las nueve horas cincuenta y cinco minutos, del quince de abril de dos mil once.

2011-00277, de las nueve horas y cincuenta y cinco minutos, del once de marzo de dos mil once.

2011-00037, de las once horas y treinta minutos, del catorce de enero de dos mil once.

2011-00027, de las diez horas y ocho minutos, del catorce de enero de dos mil once.

2010-01405, de las diez horas y cuarenta y tres minutos, del diecisiete de diciembre de dos mil diez.

2010-01073, de las diez horas treinta y ocho minutos, del quince de octubre de dos mil diez.

2009-00356, de las diez horas treinta y cinco minutos, del veinticinco de marzo de dos mil nueve.

2008-00065, de las nueve horas treinta minutos, del primero de febrero de dos mil ocho.

2008-00041, de las nueve horas veinticinco minutos, del veinticinco de enero de dos mil ocho.

2007-01360, de las nueve horas treinta minutos, del dieciséis de noviembre de dos mil siete.

2007-00682, de las nueve horas quince minutos, del veintinueve de junio de dos mil siete.

2005-01435, de las nueve horas veinte minutos, del doce de diciembre de dos mil cinco.

2004-01416, de las nueve horas cincuenta minutos, del diecisiete de diciembre de dos mil cuatro.

2004-00455, de las trece horas, del siete de mayo de dos mil cuatro.

2003-000472, de las quince horas dieciséis minutos del nueve de junio de dos mil tres.

2002-00640, de las nueve horas cincuenta y cinco minutos, del veintiocho de junio de dos mil dos.

2001-01226, de las nueve horas con cincuenta minutos, del catorce de diciembre de dos mil uno.

2001-00483, de las nueve horas quince minutos, del veinticinco de mayo de dos mil uno.

2000-01339, de las quince horas cuarenta y cinco minutos, del dieciséis de noviembre de dos mil.

1474-97, de las ocho horas cuarenta minutos, del veintitrés de diciembre de mil novecientos noventa y siete.

1043-97, de las catorce horas treinta y cinco minutos, del treinta de setiembre de mil novecientos noventa y siete.

830-97, de las dieciséis horas cuarenta minutos, del catorce de agosto de mil novecientos noventa y siete.

83-F-95, de las catorce horas cinco minutos, del veintitrés de febrero de mil novecientos noventa y cinco.

PUBLICACIONES PERIÓDICAS

LA NACIÓN. Fiscalía protege a testigos con capuchas, pasamontañas y siglas, 10 de octubre del 2011.

LA NACIÓN. Sala Tercera declara ilegal tapar rostro de testigos en juicio, 15 de junio del 2011.

LA PRENSA LIBRE. Defensa Pública solicita a Arias vetar ley de protección a víctimas, 26 de febrero del 2009.

LA NACIÓN. Protección de testigos, 10 de agosto del 2006.

FINES Y DETERMINACIÓN DE LAS SANCIONES PENALES JUVENILES¹

CARLOS TIFFER SOTOMAYOR²

Profesor de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica

RESUMEN: El artículo refiere los contenidos sobre los fines y la determinación de las sanciones penales juveniles. Se inicia con el elemento caracterizador del modelo de justicia responsabilizador penal juvenil. Presenta el dilema entre la prevención general y la prevención especial y el rol que desempeña el principio educativo, como finalidad primordial. Se presentan los principales criterios que debe considerar un juez al momento de determinar una sanción penal juvenil.

PALABRAS CLAVE: sanción penal juvenil, prevención general, prevención especial, principio educativo, última ratio, principio de culpabilidad, proporcionalidad.

ABSTRACT: This article is about the goals and determination of the juvenile criminal sanctions. It starts off with the characteristic element of the responsibility model of the juvenile criminal justice. It presents the dilemma between general and special prevention and the role that the educational principle plays. The main criteria that juvenile judges should take in consideration when establishing penalties will be presented.

¹ Gracias a la generosa invitación de la Defensoría Penal Pública de Chile, entre el 27 y el 30 de septiembre del 2010 tuve la oportunidad de compartir con colegas chilenos, defensores públicos penales juveniles, fiscales y jueces, los temas de esta ponencia. Este artículo se encuentra publicado en *"Informes en Derecho. Estudios de Derecho Penal Juvenil II"*. Centro de Documentación Defensoría Penal Pública. N°2. Diciembre, 2011. Santiago de Chile. Págs.11-43.

² Doctor en Derecho de la Universidad de Greifswald y Máster de a Universidad de Friburgo en Brisgovia.

KEYWORDS: juvenile criminal sanction, general prevention, special prevention, educational principle, ultima ratio, principle of guilt, proportionality.

Fecha de recepción: 31 de octubre de 2012.

Fecha de aprobación: 19 de noviembre de 2012.

PRESENTACIÓN

Los fines de las sanciones penales juveniles y los criterios de su determinación, no son temas fáciles. Sin embargo, si el Derecho Penal Juvenil, pretende ser un verdadero derecho penal para los adolescentes debe abordar estos temas. Polémicos por un lado, ya que desde la Política Criminal tienen una enorme relevancia y técnicos por otro lado, ya que los temas se encuentran vinculados a una larga discusión en el derecho penal. Este artículo tiene como principal objetivo presentar en forma escrita los principales argumentos expuestos en la ponencia oral realizada en Chile. Se inicia con un importante tema, presentando la sanción penal juvenil como elemento caracterizador de la justicia penal juvenil, vigente en el modelo de responsabilidad tanto en Chile como en Costa Rica. Lo que obliga a confrontar los objetivos del derecho penal juvenil y su relación con el derecho penal de los adultos. Se presenta también una idea fundamental para comprender el tema teleológico de las sanciones, el carácter negativo, como un disvalor y limitación de derechos. Desde tiempos antiguos, diferentes pensadores desde la filosofía, la teología, la sociología, la psicología y desde luego el derecho se han ocupado del tema del castigo, su función y su finalidad. Sin embargo, desde el ámbito del derecho penal juvenil, apenas iniciamos esta discusión. Pero no podemos obviar las interpretaciones fundamentales y tradicionales que han dominado la discusión, como las teorías retributivas y relativas de las penas. Se expone una posición en esta larga discusión, en relación a los fines de la sanción penal juvenil y se propone como fin de estas sanciones, el principio educativo. El cual también resulta polémico y no

aceptado por toda la doctrina, porque lo que se exponen argumentos a favor y argumentos en contra. Los fines de las sanciones tienen que reflejarse tanto al momento de la determinación como durante su ejecución. Por eso, se exponen criterios mínimos que considero deben ser considerados en todo caso, tales como: el criterio de la última ratio, el criterio de la culpabilidad, el criterio de la flexibilidad y por último, los criterios de la no estigmatización y reinserción social. El juez penal juvenil realmente se encuentra con dificultades, incluso mayores que el juez penal de adultos, a la hora de la determinación de la sanción. Ya que, no solo como sucede en adultos los criterios legislativos son amplios, vagos e imprecisos, sino que en la justicia penal juvenil se presenta un catálogo vasto de alternativas de sanciones. Por último, se hace una comparación de la regulación legislativa sobre los fines de las sanciones penales juveniles y los criterios de determinación, tanto en la legislación penal juvenil costarricense como en la Ley de Responsabilidad Penal de los Adolescentes chilena.

1. LA SANCIÓN PENAL JUVENIL COMO ELEMENTO CARACTERIZADOR DEL MODELO DE RESPONSABILIDAD

Presentar los fines de la sanción penal en general, y en particular de las sanciones penales juveniles, nos lleva inevitablemente a la problemática de los fines del Derecho Penal Juvenil, lo cual también se encuentra vinculado con el modelo de justicia juvenil, particularmente el modelo responsabilizador que se encuentra vigente tanto en Costa Rica como en Chile.

Lo primero que deberíamos de plantearnos es, cuáles son los fines que se está persiguiendo con el Derecho Penal Juvenil, y si este Derecho debería de estar en primer lugar, estructurado diferente al Derecho Penal de los Adultos y también si los fines que se persiguen en la Justicia Penal de Adultos son compatibles con la idea de un Derecho Penal Juvenil.

Actualmente la respuesta a esta interrogante sin duda resulta clara. La sola condición de los sujetos destinatarios del Derecho Penal Juvenil, que son los adolescentes caracterizados por encontrarse en un proceso de formación, los cuales se ubican entre la edad de la niñez y la adultez, justificaría la organización de un Derecho Penal diferente al de los adultos. También referente a los fines que se persiguen en el Derecho Penal Juvenil, la sola condición de adolescentes obliga a que estos fines sean distintos al de los adultos y que estén acordes con las condiciones subjetivas de los destinatarios de las normas penales juveniles.

También es importante, dejar planteado la vinculación que tiene no sólo la organización del Derecho Penal Juvenil y los fines de la sanción penal juvenil, con la concepción política del Estado. Por ello, dentro del Estado Democrático al cual aspiramos y pretendemos vivir, se requiere también de una estructuración particular del Derecho Penal Juvenil, que permita un juzgamiento contra las personas menores de edad acorde al cumplimiento de los estándares internacionales, para considerar un proceso justo, limpio y transparente. También en el Estado Democrático, la imposición de una sanción debe de justificarse en sus fines, no sería aceptable una sanción penal ni para adultos, ni menos para adolescentes que no cumpla una finalidad. La sanción por la sanción, resulta incompatible con los fines del Estado Democrático. Consecuentemente, la única finalidad válida de las sanciones en general y en particular de una sanción impuesta a una persona menor de edad, es su función social. La cual tiene que reflejarse en una organización interinstitucional pública y privada que permita cumplir efectivamente esa finalidad.

Aparte de lo anterior, es de reconocer que lo que caracteriza al Derecho Penal Juvenil no son las normas de carácter procesal. Independientemente que el proceso penal juvenil, tenga particularidades en relación con el derecho procesal penal de los adultos. La especificidad se encuentra en el derecho penal juvenil sustantivo, es decir en las sanciones penales juveniles.

El modelo responsabilizador se caracteriza precisamente, por el acercamiento de la justicia penal de adultos al juzgamiento de las personas menores de edad, pero particularmente en cuanto a sus derechos y garantías. En la Justicia Penal Juvenil debe de reforzarse estos derechos, porque de lo contrario, no se diferenciaría la justicia juvenil en comparación con la adulta. Consecuentemente, si la justicia penal juvenil no es más blanda, respecto a la Justicia Penal de Adultos, no encontraríamos razón para su especialidad. Perdería toda razón la organización de la justicia penal juvenil dentro de la justicia ordinaria.

Este modelo de responsabilidad, al establecer como principio fundamental, que los adolescentes en un rango determinado de edad son responsables por los actos que infrinjan las leyes penales, necesariamente deben establecerse consecuencias legales por estos actos, es decir sanciones. Si bien es cierto, algunos modelos de justicia juvenil establecen como sanciones para los adolescentes, las mismas que se establecen para adultos, solo que por lo general con una disminución o reducción de los montos. Tanto el modelo chileno como el costarricense, establecen sanciones específicas para estos adolescentes, diferenciada de los adultos. Por lo que precisamente son estas sanciones las que diferencian el derecho Penal Juvenil en comparación con el Derecho Penal de los Adultos.

El modelo responsabilizador no sólo fija sanciones diferentes para los adolescentes, sino que también se caracteriza por establecer una amplia gama de sanciones, que van desde la amonestación hasta la privación de la libertad. Por último, también en este modelo, las sanciones buscan principios diferentes al de los adultos y por lo menos desde un punto de vista teórico, las sanciones ambulatorias como las socioeducativas, deben asumir el carácter de sanciones principales, en comparación con las sanciones privativas de libertad, que resultan ser las principales en la Justicia Penal de Adultos.

2. LA SANCIÓN PENAL JUVENIL COMO UN CASTIGO. SU CONNOTACIÓN NEGATIVA

Anteriormente expusimos, que el elemento caracterizador del modelo responsabilizador de justicia penal juvenil vigente en la mayoría de los países de nuestra región latinoamericana, es la sanción o consecuencias legales por la comisión de hechos delictivos. Esta consecuencia no la denominamos medida, como el modelo tutelar, ya que el Derecho Penal de medidas es el que se caracteriza por la peligrosidad, por ello pretendemos superar estos criterios en el Derecho Penal Juvenil, con la construcción de un Derecho Penal orientado al acto y no al autor. Además estas medidas de seguridad tenían como características fundamentales el ser indeterminadas, tanto en su naturaleza como en su temporalidad. Lo cual resulta inaceptable en el Estado Democrático. Pero tampoco la denominamos pena, ya que de esta forma es como la Justicia Penal de los Adultos generalmente la señala como consecuencia legal, por eso es que prefiero denominarla como sanción. Ya que, implica por un lado la superación del Derecho Penal de medidas, y por otro lado se diferencia del Derecho Penal de Adultos. Puede ser que este término sea criticable o incluso que se le califique de eufemismo, pero también es importante reconocer que se debe de marcar diferencias y que el Derecho Penal Juvenil se encuentra en construcción, ya que es un derecho relativamente nuevo, y considero conveniente el uso de una terminología que nos permita superar el modelo tutelar y por otro lado nos diferencie del derecho penal de los adultos, orientado en fines retributivos principalmente.

Lo relevante de este modelo responsabilizador, es que la consecuencia por la comisión de un acto delictivo es una sanción, y esta es vista como un castigo es decir, como un mal.Cuál es la forma y modo de aplicar ese castigo y además, cuál es la finalidad con la que se impone ese castigo, es precisamente lo que debe particularizar el Derecho Penal Juvenil.

En este modelo responsabilizador vigente, la sanción se establece como un castigo porque tiene una connotación negativa, que se fundamenta principalmente en dos aspectos. Por un lado, se trata de un disvalor, porque es precisamente la consecuencia de la afectación de valores fundamentales que la sociedad ha protegido por medio del Derecho Penal. En este primer aspecto, la conducta delictiva de la persona menor de edad, al igual que la de un adulto, tiene una desvalorización social. Un segundo aspecto relevante de esta connotación negativa de la sanción, se encuentra en que restringe o limita derechos fundamentales. Como por ejemplo cuando se priva de libertad a una persona menor de edad, se le está limitando su derecho al libre tránsito, lo mismo que cuando se le imponen otro tipo de sanciones, como por ejemplo la libertad asistida, el servicio a favor de la comunidad, órdenes de orientación y supervisión, todas ellas implican límites a derechos fundamentales.

En donde se refleja con toda claridad, que las consecuencias legales por los actos delictivos de las personas menores de edad son vistos como un castigo, es desde la óptica de la política criminal. Que incluso se propugna por una concepción del castigo por el castigo, llegando algunas veces hasta promoverse la venganza. Lamentablemente los fines retributivos de las teorías absolutas de las penas, aún tienen vigencia. Por eso, no es aceptado en forma pacífica o generalizada que la sanción penal juvenil se determine con fines rehabilitadores o resocializadores.

Por lo que no resulta pacífica o unitaria la definición de los fines de las sanciones penales juveniles. Sobre todo, con las corrientes actuales de la Política Criminal, especialmente en algunos países de América Latina, en donde se ha fundamentado esta Política Criminal en la seguridad ciudadana, a través de la llamada “mano dura” abandonando incluso en forma expresa funciones tradicionales de las sanciones como fines resocializadores. Actualmente, la idea del endurecimiento de las sanciones tanto para adultos como adolescente, lo

mismo que la reducción de las garantías procesales como discurso dominante, excluye tesis finalistas orientadas a la reincorporación social.

Esta tendencia de política criminal actual, también se refleja por ejemplo en el ámbito del Derecho Penal Juvenil, a través de propuestas legislativas que buscan aumentar las sanciones, reducir las garantías y bajar la edad de la responsabilidad penal. O bien prácticas como por ejemplo, los toques de queda o detenciones masivas, retenes policiales, buscando sospechosos y lamentablemente en muchos países latinoamericanos, ser joven es sinónimo de sospechoso. Sin embargo, el pesimismo que reina en el Derecho Penal de Adultos no ha cubierto en su totalidad al Derecho Penal Juvenil. En donde todavía, tanto en el ámbito legislativo como jurisprudencial, existen posibilidades para el cumplimiento de fines de la sanción que posean un contenido social. Por lo que, pese al contenido negativo de la sanción penal juvenil, los fines asignados a la justicia penal juvenil deben estar orientados principalmente por el interés superior de la persona menor de edad.

Por lo anterior, resulta fundamental resaltar las finalidades de las sanciones penales juveniles en comparación de los adultos.

3. ENTRE LA PREVENCIÓN GENERAL Y LA PREVENCIÓN ESPECIAL

Resulta importante antes de ubicarnos en el principio educativo como finalidad primordial de las sanciones penales juveniles, hacer algunas consideraciones previas sobre las penas y su fundamento en el Derecho Penal, la discusión sobre este tema ha sido larga y extensa.

Desde la antigüedad ha estado presente en todas las culturas no sólo la idea del delito, sino sobre todo del castigo. La forma más antigua de imponer castigos surge de la Ley del Talión. Especialmente del castigo corporal, que se caracterizaban principalmente en infringir un daño físico en el individuo, provocar

dolor en las formas mas variadas, e incluso llegando a la tortura y generalmente como antecedente a la pena de muerte.

El surgimiento de la privación de la libertad como pena, la cual podemos calificar como relativamente reciente en la historia de la humanidad, significó un avance en la idea del castigo. Actualmente la pena de prisión es la sanción principal que se utiliza universalmente para la represión de la criminalidad de adultos, aunque también hay que reconocer lamentablemente, que los castigos corporales e incluso la pena de muerte mantienen vigencia.³

El surgimiento del Estado en la Edad Media provoca que la venganza privada termine y el castigo adquiera un carácter público, lo que implica también un cambio en la naturaleza del castigo y las finalidades para la imposición de las penas. También el Estado al adquirir esta función, necesita de la creación de una organización de justicia para administrar la aplicación de las penas.

La necesidad del castigo ya sea como venganza privada o como una función publica, ha sido tanto afirmada como negada. Las ideas abolicionistas no son para nada nuevas en el pensamiento jurídico. Diferentes filósofos, políticos y juristas han teorizado sobre la necesidad o no de castigar (Tomás Moro, Bacon, Tolstoi, Beccaria, Foucault, Bentham, Feurbach).

Sobre la fundamentación de la pena, las teorías son muy variadas y han girado entre las construcciones absolutas y relativas. Para explicar los fines de las sanciones penales juveniles, resulta necesario explicar aunque sea brevemente el concepto y estructuración de estas teorías.

³ Un caso extremo en donde se aplica una pena perpetua privativa de libertad, aún para personas menores de edad es Argentina. Ver Tiffer, Carlos. *“Argentina en su laberinto. A propósito de la privación de libertad de menores de edad”* Revista Estudios de la Niñez y la Adolescencia. Número 3. 2009. San José. Págs. 57-64.

Las teorías absolutas (Kant y Hegel son sus principales exponentes), se caracterizan precisamente porque el fundamento de la pena se encuentra sólo en el delito. La pena no debe cumplir ninguna finalidad, la pena es un mal que proviene de otro mal: el delito. Por eso la pena es la compensación de la culpa, es la vindicación o expiación del delincuente. En las teorías absolutas se fundamentó la idea de la retribución de la pena.

Por el contrario las teorías relativas (Feuerbach y Von Liszt son connotados representantes), surgen precisamente como parte del pensamiento de la Ilustración, con el movimiento de la humanización de las prisiones, ya que se pensaba que la pena debe de tener una finalidad y que los legisladores deben de preocuparse más por la prevención del delito, que por el castigo. Ejemplo de esto, es la obra de César de Bonessana, Marques de Beccaria (1738-1794) quien con su obra “De los delitos y de las penas”, conmovió los cimientos del mundo intelectual de la época al postular que “es mejor prevenir los delitos, que penarlos”. De ahí que se establezcan en estas teorías relativas que la pena no es un fin en sí mismo, sino por el contrario un medio para lograr el fin, y se fundamentan estas teorías en dos ideas centrales. En que el fin de la pena debe ser impedir nuevos delitos y por otro lado que las penas deben influir en el delincuente. Es decir, a objetivos útiles que beneficien a la sociedad y al delincuente. Que se expresan en las teorías de la prevención general o de la prevención especial, ambas con vertientes positivas y negativas.

Entre las teorías absolutas y teorías relativas, se puede afirmar con toda seguridad que tienen mayor aceptación las teorías relativas de la pena. Aunque resulta interesante que las teorías absolutas aún mantienen vigencia en el imaginario individual y colectivo de la sociedad.

El desarrollo teórico sobre las teorías relativas ha sido sumamente amplio y ha girado sobre dos posiciones opuestas, las cuales se denominan: Teorías de la prevención general y teorías de la prevención especial, y más recientemente

siguiendo la clasificación de Roxin; teorías de la compensación entre autor o víctima, o las denominadas de la prevención integradora.

Lo que caracteriza estas teorías relativas, es que tienen en común en primer lugar que la sanción cumpla una finalidad y que la pena incida en el condenado, de tal forma que se busca evitar la nueva comisión de delitos, ya sea a través de fines de prevención general o fines de prevención especial. Es decir, pensando en beneficiar a la sociedad o al delincuente.

Cuando se señala la prevención general esta se divide en dos aspectos. En la prevención general positiva, que busca como finalidad la prevalencia del orden jurídico, es decir la reafirmación del sistema de valores en los que se fundamenta la conciencia jurídica del Estado. Mientras que la prevención general negativa, busca a través de las penas la intimidación de otros, es decir, postula que a través de la pena terceros o en general la colectividad se va a persuadir de la comisión de delitos. Estos fines de la prevención general tienen plena vigencia principalmente en los países de América Latina, según la Política Criminal fundamentada en la seguridad ciudadana, a pesar que su fundamento es más teórico que pragmático. Sin que existan evidencias empíricas que confirmen su utilidad. Es decir, que la pena sea útil a la sociedad.

La prevención especial o individual, se clasifica también en una prevención especial positiva y una prevención especial negativa. Cuando nos referimos a la prevención especial positiva, se postula que la sanción busca una finalidad resocializadora o rehabilitadora, o bien como denominamos en el ámbito del Derecho Penal Juvenil, una función educativa. Por el contrario, la prevención especial negativa busca más bien, a través de la intimidación e incluso amenaza o miedo, que el sujeto se abstenga de la comisión de delitos. Es decir, que la pena sea útil al delincuente.

Ante estas dos dilemas que plantea la prevención general y la prevención especial, surge una teoría intermedia llamada teoría de la compensación que se fundamenta en el principio de la reparación, que busca nivelar derechos e intereses entre autores y víctimas que tiene también una fundamentación teórica y poco pragmática, aunque el carácter ecléctico entre la combinación de los intereses del autor y de la víctima hacen de esta teoría una posición muy interesante, sobre todo a través de los mecanismos de reparación. Lo cual tiene también una gran vigencia en el Derecho Penal Juvenil.

El dilema de los fines de la prevención general y la prevención especial en el Derecho Penal de Adultos, debe ser enfocado en el Derecho Penal Juvenil desde una óptica particular. El modelo responsabilizador en el que se orienta tanto la legislación chilena como la costarricense, parten de la superación del conocido modelo tutelar, para establecer como premisa fundamental al adolescente como sujeto de derechos. Esto conlleva a dos consideraciones importantes. La primera, considerar la responsabilidad penal de los adolescentes a partir de cierta edad y cuando se demuestre su culpabilidad en la infracción penal. La segunda consecuencia importante, es que este modelo también establece como premisa fundamental las condiciones individuales o personales de los sujetos destinatarios de estas normas. Es decir, las condiciones subjetivas del autor.

La combinación de estos dos aspectos, por un lado la idea de la responsabilidad y por otro lado las condiciones del autor, nos llevan a reconocer la necesidad de la presencia de los fines generales y los fines preventivos especiales de las sanciones penales juveniles. Lo que coincide con las denominadas teorías unificadoras o teorías de la unión, dentro de las teorías de la pena según Roxin.⁴ Es decir, los fines no como simple retribución, expiacionistas, pero tampoco solo

⁴ En detalle sobre los fines y justificación de las penas y las medidas de seguridad, así como de las llamadas teorías unificadoras, ver: Roxin, C. Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Primera Edición. Civitas, 1997. Madrid. págs. 78-110.

fines resocializadores o rehabilitadores. Sino más bien, como una síntesis de ambas teorías.

4. EL PRINCIPIO EDUCATIVO COMO FINALIDAD PRIMORDIAL

Si bien es cierto, como se mencionó anteriormente, en la Justicia Penal Juvenil convergen tanto fines de prevención general como fines de prevención especial, también es cierto que en el Derecho Penal Juvenil los fines de la prevención especial positiva deben de predominar, precisamente para diferenciarse del Derecho Penal de Adultos. Sin que los fines de prevención especial exclusivamente permitan la imposición de una sanción. Ya que si se permitiera la imposición de una sanción, sólo por los fines de la prevención especial positiva, para la búsqueda de los fines educativos, no se habría superado el modelo tutelar. Por esto no se puede negar que desde un ámbito legislativo e incluso en la determinación de las sanciones penales juveniles, no se abandonan los fines de la prevención general.

No se trata de una posición ecléctica y que no busca tomar posición. Se trata más bien de buscar una síntesis de ambas teorías. Tampoco significa que no se pueda resolver este dilema entre fines de prevención general y fines de prevención especial. Por lo menos en el caso costarricense este equilibrio se logra a través del principio de la proporcionalidad que busca resolver el caso en concreto y obliga a los jueces a la imposición de una sanción considerando siempre la proporcionalidad, particularmente los subprincipios de la idoneidad y la necesidad de la sanción.

Sin embargo, como se mencionó la especificidad del Derecho Penal Juvenil se encuentra precisamente en las sanciones, en comparación con el Derecho Penal de Adultos. Por esto, resulta tan importante que la finalidad de la sanción penal juvenil se oriente por fines de prevención especial positiva. Considerando especialmente, las condiciones particulares de los autores, quienes precisamente

por su condición de adolescentes que se encuentran en proceso de formación se requiere incidir positivamente en ellos y no hay mejor forma que incidir a través de el principio educativo, para estos sujetos en desarrollo.

Dar una definición del principio educativo como fin primordial de las sanciones penales juveniles, siempre va a resultar problemático y limitado. Sin embargo, para efectos explicativos en esta ponencia proponemos la siguiente definición:

Son todas aquellas estrategias o programas, públicos o privados, en el Estado Democrático, que al momento de la imposición de una sanción penal juvenil, como durante su ejecución, se consideran para apartar al adolescente del delito y fomentar la responsabilidad de sus actos frente a terceros. Se trata de educarlo en la responsabilidad.

Algunos aspectos generales del principio educativo que podemos mencionar son los siguientes:

- El principio educativo junto con el interés superior del niño y la protección integral forman el fundamento del nuevo derecho de la infancia, bajo el carácter de sujetos de derechos.
- Del carácter de sujetos de derecho, se deduce que los niños no solamente que tiene derechos, sino también obligaciones, de donde surge su responsabilidad por los hechos delictivos que pudieran cometer.
- El derecho penal juvenil parte de que está dirigido a sujetos responsables y no a inimputables.
- Los sujetos destinatarios del Derecho Penal Juvenil, se encuentran en una etapa de desarrollo en la que se debe incidir positivamente en la formación de su personalidad.
- El principio educativo puede tener vigencia también durante las fases del proceso penal juvenil. Sobre todo, en las formas de desjudicialización, aunque su

principal manifestación se debe expresar al momento de la determinación de la sanción y especialmente durante el tiempo de la ejecución de la sanción.

- El principio educativo le imprime una característica fundamental y diferenciadora al Derecho Penal Juvenil.
- El principio educativo obliga al desarrollo de políticas públicas de prevención del delito juvenil.
- Debe entenderse el principio educativo dentro de la concepción del Estado Democrático y de Derecho.
- No debe estar dirigido a obtener un cambio interno en el adolescente, ya que implica una violación al principio de la dignidad humana. No se trata de la imposición de ciertos valores.
- Debe dirigirse principalmente a evitar las reincidencias, apartar al adolescente de delitos futuros.
- No debe entenderse que en todo caso el delito juvenil es la demostración de un déficit educativo.
- Por esto la finalidad educativa de la sanción penal juvenil, no debe ser llenar un déficit educativo del adolescente, salvo que esté relacionado con el delito que se le atribuye.
- La aplicación del principio educativo debe adecuarse al principio de la proporcionalidad.
- El principio educativo no debe convertirse en un “caballo troyano en el Estado de Derecho” (Gerke, Jutta, Schumann).
- No debe utilizarse para limitar garantías penales o procesales.
- Por último es posible la combinación de los fines de prevención general y especial, aunque en el Derecho Penal Juvenil la preponderancia deben ser los fines de prevención especial positivos reflejados en la finalidad educativa de las sanciones.

También es importante reconocer que el principio educativo en la Justicia Penal Juvenil, no es aceptado por una totalidad de la doctrina, especialmente por dos razones según lo entiendo. La primera porque en el pasado modelo tutelar se

puso un énfasis especial en la idea educativa, y es sabido que este modelo que ha tenido una larga vigencia en América Latina consideró a los niños no como sujetos de derecho, sino como objetos de intervención. La otra razón principal, es porque por medio del principio educativo se pueden afectar garantías del Estado de Derecho. La primera es una razón de tipo histórica, afortunadamente ya casi superada y la otra de orden político. Sobre esta última razón, tan solo indicar, que el Estado Democrático es la aspiración en la que pretendemos vivir. El concepto del principio educativo está pensado desde luego en concordancia con el Estado Democrático y de Derecho.

En síntesis, podemos presentar los argumentos a favor y en contra del principio educativo de la siguiente manera:

ARGUMENTOS EN CONTRA

- El derecho penal en general (y en particular el penal juvenil) no debe tener una función educativa.
- Supone erróneamente que la criminalidad juvenil proviene de un déficit educativo.
- La educación de los menores de edad es una responsabilidad de los padres, no del Estado.
- Es un peligro a los principios de la dignidad de las personas.
- No hay forma de establecer su cumplimiento. De saber que el joven esta “sanado” (P.A., Albrecht).
- Forma subrepticia de quebrantar las garantías del Estado de Derecho.
- Sería una forma de mantener el modelo tutelar.

ARGUMENTOS A FAVOR

- El principio educativo diferencia al Derecho Penal Juvenil del Derecho Penal de Adultos.

- La finalidad educativa está acorde con la edad de formación en la que se encuentran los adolescentes.
- La posibilidad que sea mal utilizado no significa su descalificación.
- La sanción penal juvenil requiere de una finalidad y lo más conveniente por la edad de los sujetos destinatarios de la norma resulta ser el principio educativo.
- Resulta una respuesta menos violenta que la violencia que se quiere reprimir.
- Tiene capacidad de limitar la ejecución de la pena privativa de libertad.
- Condiciona la ejecución de las sanciones, especialmente las privativas de libertad a fines educativos (infraestructura, programas, personal).
- Cumplimiento de los fines preventivos especiales positivos.
- El principio educativo lo que debe buscar, principalmente, es evitar la reincidencia (Kaiser, Dünkel, Ostendorf). Opinión mayoritaria de la doctrina.
- El principio educativo en todo caso, debe de realizarse en respeto del principio de la dignidad humana.

Es claro que los argumentos a favor del principio educativo resultan de mayor valor y fundamento en comparación con los argumentos en contra. La imposición de una sanción penal juvenil no puede fundamentarse solo en el interés de la justicia o la sociedad, debe buscarse fines educativos, tratar de apartar al adolescente del delito, fomentar su responsabilidad frente a terceros, es decir, tratar de educarlo en la responsabilidad de sus actos.

5. CONTENIDO DEL CONCEPTO DE LA DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

Los fines de la prevención especial positiva, es decir, el cumplimiento del principio educativo, se logra a través de una correcta determinación de la sanción. Por esto, es tan importante relacionar el tema de los fines de las sanciones, con los criterios de determinación. Lo mismo que con el ámbito de la ejecución de las sanciones, tema este último no desarrollado en la presente exposición.

Resulta útil, a efecto de comprender ambos conceptos, intentar una definición de qué se entiende por la determinación de la sanción. En primer lugar habría que señalar que la determinación de la sanción es el acto jurisdiccional por naturaleza. Consiste siempre en una decisión del juez. Los otros sujetos procesales como el defensor o el fiscal, deben de argumentar y exponer dentro de su teoría del caso, las razones por las cuales habría que sancionar o no al acusado. Pero la decisión está en manos del juez. Por esto es que la determinación de la sanciones siempre ha sido considerado, no del todo en forma correcta, un acto típico de discrecionalidad judicial.

Podríamos definir la determinación de las sanciones de una manera simple pero correcta, como aquél acto jurisdiccional mediante el cual el juez fija la sanción y el quantum de la pena. Sin embargo, el concepto comprende otros importantes aspectos. Particularmente se refiere a tres aspectos: la elección o clase de sanción, el monto o extensión de la sanción y el modo de la ejecución. Este último contenido se refiere a cómo se le dará cumplimiento y bajo que condiciones se llevará a cabo la imposición de la sanción. Por lo que es importante vincular este tema a la ejecución y cumplimiento de las sanciones. También en algunos sistemas, dentro de la determinación de la sanción, estaría comprendido la indemnización por el daño producido -cuando proceda- y su forma de pago.

Generalmente casi todos los códigos penales, e incluso también las leyes de justicia penal juvenil que se orientan en el modelo responsabilizador, establecen criterios de determinación de las sanciones. Sin embargo, estos resultan ser muchas veces demasiado amplios. Nunca son unívocos y frecuentemente presentan problemas de interpretación. Incluso muchas veces, se presentan dificultades para conciliar uno u otro criterio. Tal es el caso de los señalamientos que se hacen de que el juez debe considerar por un lado la gravedad del hecho y por el otro lado, las posibilidades de reinserción social. Sin

embargo, estas dificultades de interpretación, no significa que no se puedan dar criterios seguros para determinar la sanción.

Particularmente en relación a la justicia juvenil, la finalidad de la sanción con fines de prevención especial positiva, debe de orientar en todo caso al juez en la determinación de la sanción. Además de la aplicación del ya mencionado principio de proporcionalidad, que nos sirve principalmente para la justicia en el caso en concreto, considerando siempre los subprincipios de la necesidad y la idoneidad de la sanción escogida.

En materia penal juvenil, también el juez se enfrenta a los dilemas de la determinación de la sanción que se enfrentan los jueces de adultos. Los cuales, giran en otorgarle mayor relevancia al hecho o a las condiciones subjetivas del autor, como se mencionó anteriormente. Solo a través de la ponderación y el equilibrio que se debe de buscar en la armonización de los principios de la prevención general y de la prevención especial, podemos encontrar una respuesta satisfactoria.

En todo caso, siempre hay que considerar que los fines en general de la justicia penal juvenil, tienen que ser muy modestos. Y no pretender, a través de la justicia juvenil y menos a través de las sanciones, subsanar las deficiencias sociales, educativas o conductuales de los adolescentes.

También esta amplitud de criterios para la determinación de las sanciones, provoca que se presenten dificultades prácticas. Como por ejemplo diferentes sanciones para hechos similares. Es frecuente la queja por parte de los sentenciados, jóvenes o adultos, de la diferente respuesta o sanción, por hechos similares o equivalentes. Estos problemas prácticos también deben de enfrentarse y la mejor propuesta de solución sin duda se encuentra en la capacitación, particularmente de los jueces, y en los criterios unificadores de la jurisprudencia.

6. AMPLITUD DEL CATÁLOGO SANCIONATORIO PENAL JUVENIL

En la determinación de las sanciones, son diferentes los intereses que están en juego. Por un lado, los intereses de la sociedad, los cuales se orientan por criterios de la prevención general. Por otro lado, los intereses del imputado, que si el sistema pone un énfasis especial en las condiciones subjetivas del autor, se orientará la sanción por criterios de prevención especial. Un tercer interés que no puede ser dejado de considerar por parte de los jueces, más en la actualidad, son los intereses de la víctima. Que no necesariamente se orientan en todo caso, hacia los fines de la prevención general. Esto último particularmente en la justicia juvenil. Muchas veces a las víctimas lo que les interesa es que los adolescentes no vuelvan a cometer los delitos, o que se reincorporen socialmente. No necesariamente que se le imponga un castigo por la protección de los bienes jurídicos o como prevalencia del ordenamiento jurídico, como sucede generalmente en la justicia penal de adultos.

Estos diversos intereses también se encuentran presentes y deben ser considerados por el juez a la hora de la determinación de la sanción. Para conciliar de la mejor forma estos diferentes intereses, es que en la justicia juvenil, siguiendo el acervo de las Naciones Unidas, -particularmente las Reglas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores-, se establecen catálogos amplios de sanciones. A diferencia de lo que sucede en la justicia penal de los adultos, en donde la pena de prisión se presenta como la principal y -muchas veces- única respuesta del sistema penal al delito.

Ejemplo de lo anterior son las legislaciones actuales costarricenses y chilenas de responsabilidad penal juvenil, que establecen ambas una pluralidad de sanciones penales juveniles. Lo cual representa otra dificultad para el juez penal juvenil a la hora de determinar la sanción, que además cumpla con los fines específicos de sanciones penales juveniles.

En el caso costarricense, según el artículo 121 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, el catálogo es sumamente amplio. Se inicia con las sanciones socioeducativas como: la amonestación y la advertencia, la libertad asistida, la prestación de servicios a la comunidad y la reparación de daños a la víctima. Además, las órdenes de orientación y supervisión tales como: instalarse en una residencia o cambiarla, adquirir un trabajo, abandonar el trato con determinadas personas, abstenerse de ingerir sustancias adictivas, eliminar las visitas a determinados lugares, el internamiento con tratamiento en un centro de salud para las adicciones y matricularse en un centro educativo. Como último recurso, también la ley establece las sanciones privativas de libertad, las cuales ha fijado en tres categorías: el internamiento domiciliario, el internamiento durante el tiempo libre y el internamiento en centros especializados.

Un aspecto muy negativo que no se puede dejar de mencionar en el caso costarricense, son los montos establecidos para la privación de libertad, especialmente el internamiento en un centro especializado. Que puede ser fijado por el juez hasta en diez años, para los adolescentes entre doce y menos quince años de edad y en quince años, para adolescentes entre quince y menos de dieciocho años de edad. Este extremo probablemente convierte la legislación costarricense, en una de las más severas de la región. Afortunadamente y por el buen criterio de los jueces, la imposición de estos extremos se ha dado solo en casos excepcionales⁵.

En el caso chileno, el artículo 6 de la Ley de Responsabilidad Penal de los Adolescentes, establece también expresamente, sanciones supletorias a las del Código Penal y las divide en penas para delitos y penas para faltas. Para los

⁵ También ha contribuido a esta excepcionalidad, límites legales que se encuentra en la misma ley, para la imposición de la privación de la libertad contra personas menores de edad. Ya que solo se puede aplicar 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.

delitos establece seis diferentes tipos de sanciones; el internamiento en régimen cerrado o semi cerrado con programa de reinserción social, la libertad asistida especial, la libertad asistida, la prestación de servicios en beneficio de la comunidad y la reparación del daño causado. Para las faltas establece: la prestación de servicios de comunidad, la reparación del daño causado, la multa y la amonestación. También prevé como pena accesoria, la prohibición de conducir vehículos motorizados. Además, el juez puede según la circunstancias del adolescente, someterlo a tratamientos de rehabilitación por adicción a las drogas o al alcohol.

Sin lugar a dudas, los jueces penales juveniles costarricenses y chilenos, tienen mayores dificultades para la determinación de la sanción. No solo por el claro amplio catálogo de sanciones, sino también porque los criterios de determinación, como mencionamos antes, son demasiado amplios e imprecisos. Por lo que se requiere siempre analizar con profundidad cada caso en concreto, para escoger la sanción más idónea a los fines que se busca cumplir con la justicia penal juvenil.

7. PROPUESTA DE CRITERIOS MÍNIMOS DE DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN PENAL JUVENIL

Efectivamente como lo mencionamos en el punto anterior, una de las dificultades de la determinación de la sanción, es precisamente su amplitud y falta de criterios únicos, lo que produce sin duda una amplia interpretación. Si a lo anterior le sumamos los catálogos tan extensos de las sanciones y la regulación legal también imprecisa, tenemos como resultado que la labor del juez se vuelve sumamente compleja, de ahí la importancia de establecer criterios de determinación.

Para efectos de la presente ponencia, me voy a permitir presentar ideas generales sobre los criterios mínimos que considero debe el juez considerar, a la

hora de definirse por una determinada sanción penal juvenil. Sin lugar a dudas, no se trata de una lista taxativa, sino criterios que considero deben de ser considerados en todo caso.

A. CRITERIO DE LA ÚLTIMA RATIO

Como primer criterio a considerar, es la ultima ratio, que no es otra cosa que el cumplimiento de la intervención mínima. En todo caso, la imposición de una sanción penal juvenil debe ser el último recurso y solo cuando no sea posible la resolución del caso por otros medios o alternativas procesales. La cual se fundamenta en un importante principio establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante Convención), que establece, que siempre que sea apropiado y deseado por los Estados partes de esta Convención, se adoptarán todas las medidas para tratar a los niños sin recurrir a los procedimientos judiciales. La obligación de los Estados según la Convención, es establecer una Política Criminal orientada a la utilización de medidas alternas diferentes al procedimiento judicial. El juez siempre debería preguntarse si es posible resolver el caso sin el dictado de una sanción.

Lo anterior se debe expresar en el diseño legislativo, especialmente en las normas de carácter procesal, precisamente para buscar salidas alternas al proceso y reducir la intervención del Estado en conflictos penales, cuando estén involucradas personas menores de edad. Por cuanto, la justicia penal juvenil debe utilizarse solo para resolver conflictos graves. Es decir, conflictos en los que realmente sea necesaria la intervención de los órganos de la justicia, particularmente cuando no se haya podido solucionar este conflicto a través de procedimientos diversos al judicial.

La mejor opción en la mayoría de los casos es la no intervención, esto por cuanto sabemos que la mayoría de los adolescentes se encuentran involucrados en delitos de mínima gravedad, que en su mayoría son bagatelas. Sin que esto

signifique, que no se reconoce que también se encuentran presentes delitos de mediana e incluso de extrema gravedad. Precisamente para estos últimos, el sistema de justicia penal juvenil debe dar respuesta.

Pero lo más importante, es reconocer que la mayoría de los adolescentes no están involucrados en acciones delictivas, son en realidad una minoría los que tienen conflicto con la ley penal, aunque muchas veces se percibe que los adolescentes se encuentran masivamente involucrados en conductas delictivas, o “antisociales” lo cual es más bien producto de prejuicios, estereotipos o desinformaciones sobre la niñez y la adolescencia.

Un argumento importante para sostener este criterio, es la naturaleza del delito juvenil. La cual, debe tener un contenido diferente al delito de los adultos, precisamente para que sirva de fundamento a los fines de la justicia penal juvenil y que los criterios de determinación de las sanciones, se diferencien también del derecho penal de los adultos. En todo caso, el delito juvenil debe ser considerado como un episodio de juventud, un error situacional (Kaiser)⁶. Entender el delito juvenil como un episodio, como un pasaje, significa que la conducta transgresional puede ser superada. Por el contrario, no debe entenderse el delito juvenil, como el inicio de una carrera delictiva.

Algunas formas de reducir la intervención penal, las podemos clasificar de la siguiente manera. En un primer nivel, como aquellas soluciones procesales a cargo de la policía y del Ministerio Fiscal, como por ejemplo pueden ser los archivos fiscales⁷, en donde la Fiscalía decide no continuar con la investigación; lo

⁶ Kaiser G. Kriminologie. 3.Auflage. C.F. Müller Verlag. Heidelberg. 1996. Pág. 608.

⁷ Conforme a nuestro ordenamiento procesal penal costarricense, en el artículo 298 se encuentra regulado el instituto del archivo fiscal, el cual se explica de la siguiente manera: El archivo fiscal supone el cese de la investigación por parte de la policía y el Ministerio Público, sin perjuicio de que con posterioridad pueda perseguirse la investigación si aparecen nuevos datos que permitan identificar al imputado.

mismo que el criterio de oportunidad⁸, en donde también el Ministerio Público renuncia al principio de la persecución penal. Así mismo, la remisión de casos, en donde para este primer nivel cumple un fin importante para reducir el número de adolescentes en el sistema de justicia penal. La remisión, es un instituto específico del Derecho Penal Juvenil, y al utilizarse se reduce el número de los adolescentes en el sistema penal y consecuentemente también se reduce la imposición de eventuales sanciones.

Un segundo nivel de intervención mínima que debe orientar el modelo de justicia juvenil, se ubica en el ámbito puramente jurisdiccional. En este nivel, es muy importante la conciliación⁹ o en general, los acuerdos entre el autor y la víctima que busquen solucionar el conflicto, sin necesidad de que el proceso concluya con el dictado de una sentencia. La potencialidad del uso de estos mecanismos en la justicia juvenil es muy amplia, ya que como se indicó no siempre la víctima busca al instaurar un proceso judicial, que se le imponga un castigo al adolescente. También tiene una gran vigencia y utilidad, la suspensión del proceso a prueba¹⁰, la cual es otra oportunidad para que el adolescente

⁸ Este instituto del derecho procesal penal, se encuentra regulado en el artículo 22 de este cuerpo normativo y se explica, como aquella facultad conferida por ley al representante del Ministerio Público, para solicitar a su superior jerárquico, para que se prescinda, total o parcialmente, de la persecución penal, que se limite a alguna o varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho, cuando: **a)** Se trate de un hecho insignificante, de mínima culpabilidad del autor o el partícipe o con exigua contribución de este. **b)** Se trate de asuntos de delincuencia organizada, criminalidad violenta, delitos graves o de tramitación compleja y el imputado colabore eficazmente con la investigación, etc.

⁹ La conciliación se encuentra regulada en el Código Procesal Penal en el artículo 36, y forma parte los medios que extinguen la acción penal. Se aplica cuando se llega a un acuerdo entre el imputado y la víctima, en aquellas faltas o contravenciones, en delitos de acción pública a instancia privada que admitan la suspensión condicional de la pena, en cualquier momento hasta antes de acordarse la apertura a juicio. En la Ley de Justicia Penal Juvenil se encuentra regulada en el artículo 64, el cual establece: “La conciliación procederá en todos los casos en que es admisible para la justicia penal de adultos.”

¹⁰ El artículo 25 del Código Procesal Penal costarricense, regula el instituto de la suspensión del procedimiento a prueba. A través de éste instituto, se persigue no solamente evitar la ejecución de la pena que se pudiera imponer, sino incluso evitar la misma persecución penal. En la ley se regula de la siguiente manera: “Procedencia. Cuando proceda la suspensión condicional de la pena o en los asuntos por delitos sancionados exclusivamente con penas no privativas de libertad, el imputado podrá

sometido a un proceso no concluya con la imposición de una sanción. La reparación integral del daño¹¹, también tiene una gran utilidad en la justicia juvenil, no solo para el cumplimiento de los fines, sino sobre todo para reducir las posibilidades de una sanción penal juvenil.

Más que criterios específicos de determinación de las sanciones, lo antes señalado forma parte de la intervención mínima y de la desjudicialización, aunque sin duda tiene incidencia en el tema sancionatorio. Entre más utilización tengan las formas de desjudicialización menos serán las sanciones a imponer.

solicitar la aplicación de este instituto siempre que, durante los cinco años anteriores, no se haya beneficiado con esta medida, ni con la extinción de la acción penal por la reparación del daño a la conciliación. No procederá la medida en los delitos dolosos, cuando el hecho se haya cometido por medio de fuerza en las cosas o violencia sobre las personas. La solicitud deberá contener un plan de reparación del daño causado por el delito, a satisfacción de la víctima...” De igual manera, el artículo 89 de la Ley de Justicia Penal Juvenil costarricense, regula el instituto de la suspensión del procedimiento a prueba. La ley establece lo siguiente: “Resuelta la procedencia de la acusación, el juez, a solicitud de parte, podrá ordenar la suspensión del proceso a prueba, en todos los casos en que proceda la ejecución condicional de la sanción para el menor de edad. Junto con la suspensión del proceso a prueba, el juez podrá decretar cualquiera de las órdenes de orientación y supervisión establecidas en esta ley. Esta suspensión interrumpirá el plazo de la prescripción.”

¹¹ En el artículo 30 inciso j) del C.P.P. de Costa Rica, se incorpora el instituto de la reparación integral del daño, como una causa de extinción de la acción penal, y la ley la regula de la siguiente forma : “La acción penal se extinguirá por las causas siguientes: j) La reparación integral a entera satisfacción de la víctima, del daño particular o social causado, realizada antes del juicio oral, en delitos de contenido patrimonial sin fuerza en las cosas ni violencia sobre las personas y en delitos culposos, siempre que la víctima o el Ministerio Público lo admitan, según el caso. Esta causal procede siempre que, durante los cinco años anteriores, el imputado no se haya beneficiado con esta medida ni con la suspensión del proceso a prueba o la conciliación. Para tales efectos, el Registro Judicial llevará un archivo de los beneficiarios. En la Ley de Justicia Penal Juvenil se establece la figura de la reparación de los daños en su artículo 127, que establece: “La reparación de los daños a la víctima del delito consiste en la prestación directa del trabajo, por el menor de edad en favor de la víctima, con el fin de resarcir o restituir el daño causado por el delito. Para repararlo, se requerirá el consentimiento de la víctima y del menor de edad; además, la aprobación del Juez. Con el acuerdo de la víctima y el menor de edad, la pena podrá sustituirse por una suma de dinero que el Juez fijará, la cual no podrá exceder de la cuantía de los daños y perjuicios ocasionados por el hecho. La sanción se considerará cumplida cuando el Juez determine que el daño ha sido reparado en la mejor forma posible.”

El principio de la ultima ratio como criterio de la determinación de las sanciones, se refleja especialmente, en el uso de las sanciones no privativas de libertad como primer recurso (sanciones ambulatorias), y dejar solo como la ultima posibilidad, la sanción privativa de libertad (sanciones estacionarias)

Este criterio de la ultima ratio, tratándose de personas menores de edad a las cuales se les puede imponer una privación de libertad, debe ser en todo caso considerado por el juez, solo cuando no sea posible imponer otro tipo de sanción menos gravosa. Ya que en algunos casos, resulta inevitable que el proceso llegue hasta la fase o etapa de juicio, y también habrá algunos casos en los que procede el dictado de una sentencia condenatoria y la sanción a imponer es la sanción privativa de libertad.

Cuando haya que imponer esta sanción privativa de libertad, el criterio de la ultima ratio debería estar limitado en primer lugar, por la misma ley. Es decir, la misma legislación debería establecer con precisión, en qué casos procede la posibilidad de imponer esta gravosa sanción.

El confinamiento de las personas menores de edad, debe ser utilizado como último recurso y por el menor tiempo posible. La privación de libertad resulta en casi todos los casos negativa. Si bien es cierto, la Política Criminal actual promueve como respuesta casi única la cárcel, los jueces penales juveniles deben de saber sobre los efectos negativos de la privación de la libertad en los jóvenes. Además, reconocer que la seguridad ciudadana fundada en la privación de la libertad es de naturaleza transitoria. Por el contrario, una privación de libertad excesiva lo que produce generalmente es más delito y asegura en casi todos los casos, la reincidencia.

En el Derecho Penal Juvenil la jerarquía de las sanciones debe invertirse, en comparación con el Derecho Penal de Adultos. Anteriormente, mencionamos el catalogo amplio de sanciones que caracteriza la justicia penal juvenil.

Precisamente por existir una pluralidad de sanciones en este Derecho, es que se propone que los jueces, a la hora de determinar la sanción, consideren en primer lugar la utilización de consecuencias o sanciones socioeducativas ambulatorias o bien que permanezca en libertad. Dejando solo para los casos graves y cuando no sea posible la imposición de otras sanciones, la sanción privativa de la libertad por el menor tiempo posible. Ya que es por todos sabido, los efectos negativos que tiene la privación de la libertad en el proceso de desarrollo en que se encuentran los adolescentes.

B. CRITERIO DE LA CULPABILIDAD

Sobre el criterio de culpabilidad, el cual es un concepto amplio y complejo dentro de la teoría del delito que requeriría un espacio mayor, para incluir todos los aspectos relacionados con este tema, lo cual no es posible en esta ponencia¹², tan solo me permitiré presentar algunas ideas, en forma sumaria y especialmente vinculado con la justicia penal juvenil.

Es sabido que tradicionalmente, el modelo tutelar tenía como postulado que las personas menores de edad eran inimputables y consecuentemente no podían ser declarados culpables. Aunque esta idea encerraba otros objetivos, sirvió también para considerar eufemísticamente que las personas menores de edad no eran responsables por sus actos delictivos. Aunque mucho se ha avanzado principalmente en el ámbito legislativo, tal es el caso de las legislaciones costarricenses y chilenas, todavía estas confusiones persisten, pero más por razones de índoles política que jurídica.

No debería actualmente haber ningún tipo de confusión sobre estos conceptos, especialmente desde la aprobación de la Convención de los Derechos

¹² Como sería interesante desarrollar la relación del concepto de culpabilidad, con los conceptos de las teorías de la pena: absolutas, relativas, integradoras (Hegel, Kant, von Liszt, Eser).

del Niño en 1989. Esto por cuanto la Convención, claramente establece en el artículo 40.3, que los niños, no solamente pueden ser acusados de infringir las leyes penales, sino también pueden ser declarados culpables. Mayor claridad no puede haber, de la incorporación del principio de culpabilidad en el ámbito internacional, cuando los sujetos de la Convención infrinjan la ley penal.

La incorporación del principio de la culpabilidad, conlleva a dos ideas fundamentales para la estructuración legislativa y jurisprudencial, de cualquier sistema de justicia penal juvenil. Uno es el concepto de imputabilidad y el otro el de responsabilidad. Es decir, si una persona puede ser declarada culpable, es porque resulta imputable y consecuentemente es responsable legalmente por la acción u omisión realizada. Salvo claro los casos de excepción, como por ejemplo los trastornos mentales permanentes o transitorios.

Quizás esta explicación previa podría considerarse innecesaria, pero lamentablemente todavía algunos cuestionan la responsabilidad penal de las personas menores de edad y su capacidad de imputabilidad. Lo importante por último, en esta previa aclaración, es que el grado de responsabilidad de un adolescente es diferente al de un adulto, y debe determinarse precisamente modulando su culpabilidad en el caso en concreto.

Lo anterior nos sirve para confirmar, la incorporación del principio de la culpabilidad en el Derecho Penal Juvenil. No podría ser de otra manera, porque la culpabilidad forma parte de una garantía constitucional, ya que en el Estado Democrático sería inaceptable, la imposición de una sanción penal sin la demostración previa de la culpabilidad. Es aquí en donde adquiere vigencia el conocido principio del Derecho Penal, *nulla poena sine culpa*. Por lo que la incorporación del principio de la culpabilidad, no solo significa el abandono del viejo modelo tutelar, sino el cumplimiento de una garantía constitucional, que debe existir tanto en el Derecho Penal de Adultos, como en el Derecho Penal Juvenil.

El principio de la culpabilidad se constituye en la base para la determinación de la pena, su previa existencia resulta un presupuesto indispensable. No podría estar legitimado el Estado en una intervención sin haber demostrado la culpabilidad, además no estaría justificada la imposición de una sanción.

Pero, en el Estado Democrático la pena es la consecuencia de la demostración de la culpabilidad, no es un fin en si mismo, sino más bien es un medio para satisfacer otros fines. Tratándose de personas menores de edad, estos fines no pueden ser otros que fines de contenido social. Tal y como lo mencionamos anteriormente, la sanción penal juvenil tiene que incidir en el adolescente y la mejor incidencia positiva se logra a través del principio educativo.

La culpabilidad sirve para la determinación de la sanción. En el Derecho Penal de Adultos, el ideal es que la sanción sea el reflejo de la culpabilidad. En la medida en que esa sanción mantenga un equilibrio con el grado de demostración de la culpabilidad, podríamos señalar que el juez ha determinado correctamente la sanción, sin que pueda la sanción sobrepasar la culpabilidad. Es lo que se conoce como la prohibición del rebasamiento de la culpabilidad. En el Derecho Penal Juvenil, esta regla es válida, pero el énfasis se pone más bien en la disminución de la sanción con el grado de culpabilidad, a efecto de cumplir con los fines de la prevención especial positiva. Esto quiere decir, que la sanción puede ser disminuida hasta tanto lo permitan los criterios preventivos. Es decir, la culpabilidad orientada en la prevención.

La culpabilidad, implica considerar siempre dos aspectos. Uno de carácter objetivo y otro de carácter subjetivo. Cuando hablamos del carácter objetivo, nos estamos refiriendo al hecho, y por eso se afirma que la culpabilidad se determina por el hecho y precisamente en esto se fundamenta el derecho penal del acto. El carácter subjetivo, se refiere al grado de reprochabilidad que se le debe exigir al autor. Es decir, nos estamos refiriendo a las condiciones subjetivas del autor y a su grado de reprochabilidad, precisamente por no haberse comportado conforme al Derecho.

El elemento objetivo de la culpabilidad, puede ser el mismo cuando se refiere a adultos y jóvenes. La gravedad del hecho es la misma. Por ejemplo, tan grave es que un adulto le de muerte a una persona, como que esta conducta la realice una persona menor de edad. Objetivamente, este hecho resulta grave independientemente de que se trate de un adulto o un adolescente su autor. Lo que sucede es que generalmente las conductas delictivas graves de los adolescentes producen una mayor alarma social y son generalmente consideradas de mayor gravedad, pero vistas desde la culpabilidad, se trata de la misma gravedad del hecho.¹³

Lo que resulta muy diferente en comparación con los adultos, es el grado de reprochabilidad por no haberse comportado conforme al Derecho, cuando se trata de un adolescente. Aquí el elemento subjetivo de la culpabilidad debe ser considerado de una manera diferente al de los adultos, porque los adolescentes son personas que se encuentran en un proceso de desarrollo y no son adultos ni tampoco adultos pequeños. Precisamente por esto no se les puede dar el mismo tratamiento legal y la respuesta del sistema penal debe ser diferente.

Es en este último elemento de la culpabilidad, es la que el juez debe de considerar la disminución de la sanción para el cumplimiento de los fines de la prevención especial positiva. Si el juez a la hora de determinar la sanción, no considera esta diferenciación del grado de reproche, en realidad estaría aplicando criterios del Derecho Penal de Adultos y no criterios especiales y diferenciadores.

Esta consideración que siempre se tiene que hacer al momento de la determinación de la sanción, que resulta en combinar estos factores objetivos y subjetivos, no deben medirse de acuerdo a los parámetros del Derecho Penal de los Adultos, sino deben considerarse las particularidades de la delincuencia

¹³ Sin lugar a dudas aquí se abre otro gran tema interesante, que no es objeto de este trabajo, que es el tratamiento noticioso que los medios confieren a la delincuencia juvenil.

juvenil. Muy especialmente, el carácter episódico del delito juvenil y el proceso de madurez en que se encuentran estos sujetos. Lo mismo que las condiciones sociales y ambientales de la persona menor de edad.

En la justicia juvenil muy especialmente, la culpabilidad debe complementarse con el principio de la proporcionalidad. Particularmente a través de los subprincipios de la necesidad y de la idoneidad. Además debe buscarse la sanción menos gravosa para la obtención de los fines preventivos (Zipf).

Por ultimo, por resultar una idea muy sugestiva, como todas las que nos ofrece el Profesor argentino Zaffaroni, con respecto a la culpabilidad de los jóvenes, considera este profesor que debe utilizarse amplios aspectos, tales como lo que él denomina la co-culpabilidad de la sociedad, la que tiene gran relevancia en la delincuencia juvenil, en relación a las carencias afectivas, educativas y sociales que han tenido los jóvenes en su vida. Esta interesante reflexión, nos debe hacer pensar en el elemento subjetivo antes mencionado, ¿pueden ciertos adolescentes precisamente comportarse conforme al Derecho? Precisamente estos aspectos deberían ser considerados por el juez, a la hora de la determinación de la sanción, hasta donde pueda ser posible para efectos preventivos especiales y hasta incluso renunciar a la sanción, si esto permite el cumplimiento de los fines educativos que debe perseguir las sanciones penales juveniles.

C. CRITERIO DE LA PROPORCIONALIDAD

Anteriormente afirmamos, que el principio de la culpabilidad debe complementarse con el de la proporcionalidad. Este último principio, resulta fundamental para la determinación de las sanciones. Ya que la proporcionalidad, es una categoría jurídica desarrollada particularmente por el Derecho Constitucional, el cual busca equilibrar el dilema de la protección de los bienes jurídicos, a través de limitaciones a los derechos fundamentales. Es precisamente

a través de la proporcionalidad que se busca equilibrar este dilema. La proporcionalidad existe para poner límites a los abusos del poder estatal, por lo que actualmente se considera una garantía para los derechos de los ciudadanos. En pocas palabras, la proporcionalidad no es otra cosa que la prohibición de excesos por parte del Estado, especialmente cuando utiliza el Derecho Penal.

La proporcionalidad contiene dos subprincipios fundamentales que tienen plena vigencia en el Derecho Penal Juvenil, que son la idoneidad y la necesidad. El primero hace referencia a la obligatoriedad de todos los poderes públicos de cumplir en su funcionamiento, con los fines que se persiguen. De ahí que toda actividad pública se encuentra constitucionalmente obligada a respetar el principio de idoneidad en la creación y aplicación normativa. Es por esto, que la idoneidad de un acto siempre debe ser considerada en la medida que se adecue en los fines propuestos en la norma. Mientras que con el subprincipio de la necesidad, entiende que cualquier actividad pública debe realizarse procurando la menor afectación de los derechos de los ciudadanos y que los poderes del Estado, deben de escoger entre todas las medidas posibles aplicables, las que menos afecten los derechos fundamentales. Tanto la idoneidad como la necesidad, deben de justificarse y fundamentarse para que la actividad pública sea acorde a la proporcionalidad y consecuente a la Constitución.

En la justicia penal juvenil, tiene plena vigencia el principio de la proporcionalidad, lo mismo que los subprincipios de la idoneidad y de la necesidad. Los cuales deben de reflejarse siempre al momento de que el juez determina la sanción, es decir, en su sentencia condenatoria. La escogencia del tipo de sanción y el cuánto de la pena, deben ser proporcionales. El juez debe de escoger entre la amplia gama de sanciones penales juveniles, la que menos afecte derechos fundamentales de los jóvenes y las sanciones que mejor cumplan los fines que las mismas persiguen. Si la sanción penal juvenil no cumple con el principio de la proporcionalidad, sería contraria a la Constitución. La sentencia tendría el vicio o defecto, muy común por cierto, de falta de fundamentación.

Pero la proporcionalidad también nos sirve para determinar la sanción caso a caso y para poner en vigencia el principio de la justicia, en el caso en concreto. Junto con la culpabilidad, en donde indicamos que el juez debe combinar factores como la gravedad del hecho y las condiciones personales del autor, también se deben considerar muy especialmente la idoneidad y necesidad de la sanción penal juvenil. Solo con la combinación de estos tres factores; gravedad del hecho, condiciones personales y proporcionalidad, nos garantizamos el cumplimiento de los fines de la sanción penal juvenil. Lo mismo que una correcta determinación de la sanción.¹⁴

D. CRITERIO DE LA FLEXIBILIDAD

En el momento en que el juez delibera para la determinación de la sanción, debería de considerar siempre el principio de la flexibilidad. En el caso costarricense, como en otras legislaciones, las sanciones que el juez puede imponer, las puede decretar en forma conjunta, alternas, revocables, suspendidas o sustituidas por cualquier otra menos gravosa. Esta posibilidad que el legislador le confiere al juez, es una característica particular del Derecho Penal Juvenil, en comparación con el Derecho Penal de Adultos, en donde a cada delito corresponde una pena en particular, generalmente la pena de prisión. Al contrario, en el Derecho Penal Juvenil el juez debe buscar la sanción de acuerdo a la combinación de los factores antes señalados y que cumpla de la mejor forma los fines propuestos. La flexibilidad expresada en esta legislación, nos hace concluir que los jueces penales juveniles tienen parámetros más amplios para determinar la sanción. Lo que debe orientar al juez penal juvenil, al momento de imponer la sanción son sus fines, que en el caso costarricense se mencionan expresamente como primordialmente educativos.

¹⁴ En detalle sobre el principio de proporcionalidad en la justicia juvenil, ver: Capítulo III, Derecho Penal Juvenil, Tiffer, Llobet, Duenkel. 2002. págs. 253-305.

La flexibilidad también presupone, una justicia más benigna para los adolescentes en comparación con los adultos. Esto último se justifica no solo en la realidad delictiva de los adolescentes, que en su gran mayoría los delitos cometidos son conductas de bagatela o de mínima afectación a los bienes jurídicos fundamentales. Sino también, se justifica precisamente por los sujetos destinatarios de estas normas penales. Los adolescentes en su mayoría son personas que pueden con mayor facilidad enrumbar su vida y apartarse del delito. Por esto es tan importante, que los jueces consideren el principio de la flexibilidad a la hora de escoger la sanción por un delito cometido por un adolescente. Ya que también es una forma de poner en vigencia el concepto de delito juvenil, como un episodio de juventud. Además, de considerar estos amplios aspectos propuestos por el profesor Zaffaroni.

La flexibilidad no significa arbitrariedad. El juez a la hora de determinar la sanción, está obligado a fundamentarla y a indicar expresamente cuáles son las razones por las que impone una sanción, por ejemplo en forma conjunta o alterna, lo mismo que cuándo esta pueda ser suspendida o sustituida. Efectivamente el juez tiene un ámbito valorativo, pero debe estar restringido en primer lugar por la misma ley y en segundo lugar, por la necesaria fundamentación legal de sus decisiones. Para precisamente controlar la fundamentación de la sentencia y particularmente de la sanción, es que deben haber en las legislaciones recursos legales amplios y efectivos que permitan la revisión integral de las sentencias penales.

También es importante señalar con relación a la flexibilidad, al momento de la determinación de la sanción, la necesidad de reglas claras, especialmente sobre la imposición de las sanciones privativas de libertad. Lo anterior por cuanto, esta sanción afecta derechos fundamentales relevantes. En el caso costarricense la flexibilidad de los jueces si se encuentra limitada, en relación a la sanción privativa de libertad. Ya que procede solamente para delitos dolosos sancionados en el Código Penal, con penas mayores a seis años y cuando se haya incumplido

injustificadamente las sanciones socioeducativas o las órdenes de orientación y supervisión. Además, se establece como un importante límite para el juez, que la sanción privativa de libertad, nunca puede aplicarse para un adolescente, cuando no proceda para un adulto.

E. CRITERIO DE LA NO ESTIGMATIZACIÓN Y REINSERCIÓN SOCIAL

Tal y como manifestamos en un inicio, la sanción penal juvenil tiene una connotación negativa, ya que es consecuencia de la afectación de un bien jurídico valioso para la comunidad y por otro lado, implica restricción de derechos.

Sin embargo, esta connotación negativa no significa que deba producirse una estigmatización adversa y que la sanción se convierta en un obstáculo a la reinserción social. Porque, precisamente tal y como se ha expuesto, la sanción penal juvenil debe cumplir una función social. No cumplir esta función sería atentar contra los fines para los cuales las sanciones penales juvenil han sido creadas. El ideal sería que la sanción influya positivamente en apartar al adolescente del delito y que, le permita su reinserción social, pero el ideal no siempre se logra. Sin embargo, el juez al momento de decidir por una sanción debe considerar una mínima estigmatización y en una máxima posibilidad de reinserción social para el adolescente sentenciado. Por lo menos el juez a la hora de decidir por el tipo de sanción y su duración debe considerar no afectar las posibilidades de los adolescentes de superar el episodio delictivo.

Este criterio de la no estigmatización y la reinserción social, precisamente se logra a través del principio de la proporcionalidad. Particularmente, utilizando los subprincipios de la idoneidad y la necesidad. En todo caso, el juez debe preguntarse si con la sanción escogida, por ejemplo el servicio a favor de la comunidad o la libertad asistida, se cumple mejor con los fines postulados de la sanción. Igualmente, debería preguntarse si ¿es necesaria la sanción?, por

ejemplo en el caso de la privación de la libertad y si por medio de esta sanción, se van a lograr los fines preventivos especiales positivos. Estas respuestas a la utilización del principio de la proporcionalidad, deben encontrarse debidamente fundamentadas en las sentencias.

Es sabido también, que las sanciones no privativas de libertad (ambulatorias), son las que producen menor estigmatización y mayores posibilidades de reinserción social. Es por esto que hemos propuesto, que en el Derecho Penal Juvenil se consideren como sanciones principales, las sanciones socioeducativas y las órdenes de orientación y supervisión. Como accesorias, las sanciones privativas de libertad. Cuando sea necesaria esta última sanción, debe de ser por el menor tiempo posible. Porque la socialización se produce en libertad. Realmente las posibilidades de reinserción social y la no estigmatización, no se logra imponiendo sanciones privativas de libertad, mucho menos aplicables a personas menores de edad.

El dilema que se le presenta a todos los jueces penales juveniles es que para la aplicación de estas sanciones, que permitan el cumplimiento de estos principios, muchas veces no depende del organismo judicial. Porque los Estados han sido muchas veces incapaces de crear los programas e instituciones para que se puedan llevar a cabo sanciones que favorezcan la no estigmatización y la reinserción social. Como por ejemplo, la libertad asistida, el servicio a favor de la comunidad, los programas de desintoxicación e incluso, las sanciones privativas de libertad durante los fines de semana. Consecuentemente, los jueces se encuentran con una lamentable realidad que consiste en la falta de estos programas e instituciones dónde ejecutar estas sanciones. Por lo que en algunas ocasiones no queda otra alternativa que imponer sanciones privativas de libertad.

Sin lugar a dudas, la estrategia que los Estados deberían de seguir sería fomentar la práctica de las sanciones en el ámbito abierto o en libertad. De lo contrario, se hará uso de la privación de la libertad y todos sabemos los efectos

negativos que produce esta sanción. Los adolescentes en lugar de reincorporarse, estarían por el contrario cada vez más excluidos y estigmatizados socialmente. Esto último, es lo que precisamente produce más delito. En lugar de prevenirlo estaríamos promoviéndolo.

8. REGULACIÓN LEGISLATIVA DEL FIN Y DETERMINACIÓN DE LAS SANCIONES PENALES JUVENILES

A. LEGISLACIÓN COSTARRICENSE¹⁵

Tan solo, como una referencia de carácter legislativo, a continuación presentaré las normas contenidas tanto en la Ley de Justicia Penal Juvenil costarricense, como en la Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente chilena. A efecto de constatar, la recepción o incorporación de los principios expuestos, para el establecimiento de las finalidades de las sanciones penales juveniles, así como los criterios legislativos para la determinación de las sanciones.

El artículo 25 de la LJPJ, incorporó dos principios que anteriormente hemos señalado, y resultan fundamentales al momento de la imposición de la sanción, como son, el principio de la racionalidad y el principio de la proporcionalidad. Ambos principios, son los parámetros necesarios para ponderar, los diferentes intereses sociales en conflicto que ya señalamos. Además, a través del principio de la proporcionalidad, se obliga a que los jueces consideren los subprincipios de la idoneidad y de la necesidad, los cuales son una garantía para una correcta determinación de la sanción y el respeto de sus fines.

El artículo 122 LJPJ, establece los criterios que el juez debe considerar para la determinación de la sanción. Tal y como lo mencionamos anteriormente,

¹⁵ Ley de Justicia Penal Juvenil. (Ley N° 7576). República de Costa Rica. 1996.

Ver dirección electrónica:

http://www.pgr.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_repartidor.asp?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=19385&nValor3=74841&strTipM=TC

estos criterios resultan ser sumamente amplios, lo que requieren interpretación por parte de los jueces, la cual debe estar debidamente fundamentada para no llegar a niveles de arbitrariedad. Estos criterios legislativos del artículo 122, los podemos dividir en dos grupos. Un primer grupo, que podemos denominar criterios subjetivos, y que se relaciona con las condiciones personales del autor, tales como por ejemplo, la historia de vida de las personas menores de edad antes del hecho punible, para todo lo que le beneficie desde luego. Así como sus circunstancias personales, familiares y sociales. Otro grupo, lo podemos denominar criterios objetivos, y están orientados al hecho delictivo, como por ejemplo la comprobación del hecho delictivo, así como el grado de participación del adolescente en estos hechos. Esta división de criterios objetivos y subjetivos, es precisamente el procedimiento mediante el cual, se debe comprobar la culpabilidad, como lo hemos explicado a través del elemento subjetivo y objetivo. Lo que permite también, la combinación de los fines de la prevención general con la prevención especial, y con la prevalencia de estos últimos.

El artículo 123 de la legislación costarricense, es quizás el más interesante, ya que es el que establece de manera expresa la finalidad de las sanciones penales juveniles. Expresamente este artículo señala, que la finalidad de las sanciones debe ser primordialmente educativa. De lo anterior, se deducen algunas importantes conclusiones. Primero, que el legislador se ha orientado por los fines de la prevención especial positiva. Segundo, que estos fines precisamente en razón de la edad de los sujetos destinatarios de la Ley, deben de tener un carácter educativo. Y tercero, que no se excluyen otros fines. Por lo que el legislador costarricense, se ha orientado por las denominadas teorías de la unión o unificadoras, en donde se procura combinar, los principios de la prevención general con la prevención especial, pero prevaleciendo estos fines preventivos especiales, ya que se señalan como prioritarios.

También de este artículo se deduce, el principio de la flexibilidad y la facultad de los jueces de establecer sanciones conjuntas, alternas o sustitutivas.

A continuación, para una mayor claridad, transcribimos el texto legislativo de la legislación comentada.

ARTÍCULO 25: Principio de racionalidad y proporcionalidad.

Las sanciones que se impongan dentro del proceso, tendrán que ser racionales y proporcionales a la infracción o el delito cometido.

ARTÍCULO 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.

ARTÍCULO 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.

B. LEGISLACIÓN CHILENA¹⁶

En el caso chileno, el artículo 20 de su Ley de Responsabilidad Penal de los Adolescentes, se deduce en primer lugar, que el legislador estableció también expresamente finalidades de las sanciones penales juveniles. Sin embargo, el énfasis se establece, en la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos cometidos. Ya que fija como objetivo, hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos. Aunque también señala, que esta responsabilidad debe hacerse con una intervención socioeducativa, para buscar la integración social plena de los adolescentes. Aunque esto último referido al ámbito de la ejecución de la sanción.

A criterio del suscrito, a pesar de que el legislador chileno, no ha señalado una finalidad primordial para las sanciones penales juveniles; como si ocurre en el caso costarricense. También, ha combinado estos factores objetivos y subjetivos, al momento que los jueces tengan que determinar la sanción. Es decir, entre factores de hecho y condiciones subjetivas del autor.

Es tarea del intérprete y de la jurisprudencia, la combinación de ambos factores y fijar las prioridades. La doctrina lo que recomienda, es la prevalencia de los fines de la prevención especial positiva, tratándose del juzgamiento de las personas menores de edad. De tal forma, que también la legislación chilena debería orientarse por estos fines preventivos especiales, estableciendo prioritariamente los fines socioeducativos, no solo en la intervención o ejecución de las sanciones, sino también al momento de que el juez determine el tipo y duración de la sanción.

Con respecto a los criterios de determinación de la sanción en la legislación chilena, también resulta válido, lo que mencionamos en un inicio, respecto a que

¹⁶ Ley de Responsabilidad Penal de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal. (Ley N° 20.084). República de Chile. Ver dirección electrónica: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=244803>

los contenidos señalados resultan por lo general sumamente amplios, vagos e incluso contradictorios entre si. Por lo que requieren de interpretación y armonización, sobre todo guiándonos por los fines establecidos para las sanciones penales juveniles.

Al igual que el caso costarricense, se combinan elementos objetivos y subjetivos, para la determinación de las sanciones. Respecto al primer tipo de elementos, podemos señalar la gravedad del hecho o la extensión del mal causado con la ejecución del delito. Pero también, combina aspectos de índole subjetivo, como la edad del adolescente infractor y sus necesidades de desarrollo e integración social. Por lo que también, es posible en el caso chileno, concluir que el legislador trata de combinar los fines de la prevención general con la prevención especial, orientándose por las teorías unificadoras de la penas.

De relevancia para el caso chileno, es la incorporación también expresa, de un subprincipio de la proporcionalidad, que es la idoneidad, cuando señala expresamente la vinculación de la elección de la sanción con la idoneidad. Para fomentar el respeto que los adolescentes deben tener, por los derechos y libertades de las personas. Además, correctamente vincula la idoneidad de la sanción con su finalidad, la cual se establece, como la satisfacción de las necesidades de desarrollo e integración social. Por lo que este subprincipio de la proporcionalidad, debe convertirse en un eje rector, cuando los jueces tengan que determinar una sanción penal juvenil contra un adolescente.

A continuación para una mayor claridad transcribimos el texto legislativo de los artículos comentados.

Artículo 20: Finalidad de las sanciones y otras consecuencias.

Las sanciones y consecuencias que esta ley establece tienen por objeto hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que

cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia orientada a la plena integración social.

Artículo 24: Criterios de determinación de la pena.

Para determinar la naturaleza de las sanciones, dentro de los márgenes antes establecidos, el tribunal deberá atender, dejando constancia de ello en su fallo, a los siguientes criterios:

- a) La gravedad del ilícito de que se trate;
- b) La calidad en que el adolescente participó en el hecho y el grado de ejecución de la infracción;
- c) La concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes de la responsabilidad criminal;
- d) La edad del adolescente infractor;
- e) La extensión del mal causado con la ejecución del delito, y
- f) La idoneidad de la sanción para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las personas y sus necesidades de desarrollo e integración social.

9. COMENTARIOS FINALES

El tema de la finalidad de las sanciones, lo mismo que su determinación, resulta sumamente complejo y amplio. Sin embargo, he tratado de exponer los aspectos más relevantes en la presente ponencia. Importante de señalar, es que, los fines de las sanciones penales juveniles deben de estar vinculados con los fines del Derecho Penal Juvenil. Por lo que, no se puede analizar los fines de la sanción, sin considerar la naturaleza y contenidos del Derecho Penal Juvenil.

Por lo anterior, es que hemos afirmado que los fines del Derecho Penal Juvenil deben de ser muy modestos. El principio que debe orientar el contenido de este Derecho, lo encontramos en la misma Convención de los Derechos del Niño, que establece que siempre que sea apropiado y deseable, es obligación de los

Estados partes adoptar todas las medidas para resolver los conflictos de los niños, sin recurrir a los procedimientos judiciales. Por lo que, un importante contenido del Derecho Penal Juvenil debe ser el principio de intervención mínima, el cual se logra a través de la desjudicialización.

Si el Derecho Penal Juvenil pretende ser un verdadero derecho penal, las finalidades de la sanción penal juvenil también debe de entenderse dentro de las teorías de la finalidad de la pena, desarrolladas por la doctrina del Derecho Penal. Aquí resulta claro, que hay por lo menos tres teorías dentro de la concepción relativa de las penas. Que son a saber, las teorías de la prevención general, las teorías de la prevención especial y las teorías unificadoras de la pena o teorías de la unión. Desde un punto de vista legislativo, tanto en el caso costarricense como en el caso chileno, aparte de incluir el principio de la culpabilidad como una garantía, se combinan aspectos de prevención general y de prevención especial. La legislación costarricense resulta sumamente clara, con respecto al tema de los fines de la sanción penal juvenil, ya que establece en forma expresa que estos tienen una finalidad primordialmente educativa. Lo que significa, que lo educativo no es el único fin, ni tampoco desde luego, suficiente para la imposición de una sanción. Por lo que no se excluyen otros fines de prevención general, principalmente representados en el respeto de los bienes jurídicos y la prevalencia del ordenamiento jurídico. Es al juez, en el caso concreto y a través del principio de la proporcionalidad, que le compete establecer la sanción penal juvenil idónea.

Las dificultades teóricas y prácticas para la determinación de las sanciones, no significa la falta de presupuestos claros para su determinación. Efectivamente en ambas legislaciones costarricense y chilena, se establecen criterios amplios y generales, y no únicos para la determinación de las sanciones. Sin embargo, estos criterios combinan aspectos objetivos y subjetivos. Los cuales resultan también, criterios a considerar al momento de la determinación de la culpabilidad, tales como la gravedad del hecho y las condiciones personales del autor. Solo a través de esta combinación de factores, se puede determinar correctamente la sanción,

la cual, debe seleccionarse orientada en los fines establecidos por ley a las sanciones penales juveniles. Criterios que deben encontrarse debidamente fundamentos en la sentencia penal.

LA EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES ALTERNATIVAS DEL MODELO DE JUSTICIA PENAL JUVENIL EN COSTA RICA¹

CINTHYA FERNÁNDEZ LÉPIZ²

*Asistente de la Coordinación Académica Regional de la Secretaría General de la
Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO).*

Sumario: Introducción. I. Las políticas públicas en la justicia penal juvenil. II. Historia de las sanciones alternativas juveniles en Costa Rica. III. La población penal juvenil en números. III.1. Resoluciones y sanciones dictadas por los Juzgados Penales Juveniles. III.2. Población penal juvenil desde datos judiciales y penitenciarios. IV. La ejecución de las sanciones alternativas por la Dirección General de Adaptación Social. IV.1. Programa Nacional de Atención a la Población Penal Juvenil. IV.2. Programa Sanciones Alternativas. 1. Ejes de atención. 2. Seguimiento Órdenes de Orientación y Supervisión. 3. Prestación de servicios a la comunidad. 4. Informes trimestrales. 5. Incumpliendo de la sanción alternativa. IV.3. Centro Oportunidades Juveniles. A manera de conclusión. Fuentes consultadas.

Resumen: Es muy común encontrar análisis del sistema penal juvenil desde la óptica del Derecho y del Trabajo Social, pero no desde la Ciencia Política. El presente artículo muestra una perspectiva diferente que expone, describe y analiza cómo las sanciones alternativas establecidas en la Ley de Justicia Penal

¹ El presente artículo tiene su base en la tesis de licenciatura en Ciencias Políticas “Evaluación de la implementación de la política pública de las sanciones alternativas del Modelo de Justicia Penal Juvenil”, defendida en el mes de diciembre del 2011 en la Universidad de Costa Rica.

² Cinthya Fernández Lépez. Licenciada en Ciencias Políticas de la Universidad de Costa Rica. cinthiaflepez@gmail.com. Asistente de la Coordinación Académica Regional de la Secretaría General de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO).

Juvenil y en la Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles son implementadas por el Programa Nacional de Atención a la Población Penal Juvenil, como ente encargado de hacerlo dentro de la Dirección General de Adaptación Social y pone al descubierto el compromiso de sus funcionarios por crear una atención especializada en medio de recursos escasos por debilidades internas como falta de presupuesto y amenazas externas como el narcotráfico, que junto la falta de políticas sociales oportunas y eficaces, tratan de crear un proyecto de vida lejos del delito para éstas personas jóvenes infractoras.

En un primer momento se expondrá cómo nacieron las sanciones alternativas, de cuánta población se está hablando y que características presenta, cómo los Juzgados Penales Juveniles están haciendo mayor uso de la pena privativa de libertad en detrimento de los principios del Modelo de Justicia Penal Juvenil y las acciones tomadas por el Programa Nacional de Atención a la Población Penal Juvenil para responder al mandato legal de forma oportuna.

PALABRAS CLAVE: Justicia Penal Juvenil, sanción penal, sanciones alternativas, población penal juvenil, ejecución penal.

ABSTRACT: It is usual to find analysis about the juvenile criminal system from the perspective of the Law and Social Work, but no from Political Sciences. This essay shows a different perspective that exposes, describes and analyzes how the alternative sanctions established in the Youth Criminal Justice Act and in the Law Enforcement of the Juvenile Criminal Penalties are implemented by the National Program of Assistance to the Juvenile Prison Population, as the entity responsible of that implementation inside the General Directorate of Social Adaptation. Also is revealed the compromise of the functionaries in the implementation of a specialized care, amid low resources because of the internal weaknesses such as lack of budget and external threats such as drug trafficking that along with the lack

of effective and appropriate social policies, tries to create a life project far from crime for these youth criminal persons.

First will be exposed how the alternative sanctions emerge, of what amount of population are we referring and what are their characteristics; how the juvenile criminal courts are using more the imprisonment in detriment of the principles of the Juvenile Justice Model and the actions taken by the National Program of Assistance to the Juvenile Prison Population to respond to the legal mandate in an appropriate way.

KEYWORDS: Juvenile Criminal Justice, criminal sanction, alternative sanctions, juvenile prison population, criminal enforcement.

Recibido el 29 de octubre de 2012

Aprobado el 19 de noviembre de 2012.

I. LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN LA JUSTICIA PENAL JUVENIL

Una política pública es un conjunto de acciones elaboradas por las autoridades político-administrativas para solucionar un problema definido como público y que consideran tienen el poder legal y legítimo para intervenir.

Según Joan Subirats *et. al.*, una política pública es:

“...una serie de decisiones o de acciones intencionalmente coherentes, tomadas por diferentes actores, públicos y a veces no públicos –cuyos recursos, nexos institucionales e intereses varían- a fin de resolver de manera puntual un problema políticamente definido como colectivo.

Este conjunto de decisiones y acciones da lugar a actos formales, con un grado de obligatoriedad variable, tendentes a modificar la conducta de grupos sociales que, se supone, originaron el problema colectivo a resolver (grupos-objetivo), en el interés de grupos sociales que padecen los efectos negativos del problema en cuestión (beneficios finales).”³

Hay situaciones conflictivas en las cuales existen varias aristas por medio de las cuales se puede abordar una problemática y que dependiendo de lo delicado de la temática, puede desembocar en desacuerdos. El tema del castigo hacia las personas que cometen un delito puede ser considerado uno de ellos y todavía con mayor énfasis cuando esas personas son menores de dieciocho años.

Esta afirmación se fortalece por el manejo que hacen los medios de comunicación, en general, que presentan en sus noticias la existencia de un aumento considerable de participación de menores en actos delictivos y que le corresponde una alta impunidad y “alcahuetería” por parte de funcionarios públicos hacia sus acciones, lo que genera una percepción muy alarmista de la situación que exigen sanciones más fuertes y políticas punitivas de *tolerancia cero* y *Mano Dura* (populismo punitivo). Puede que actualmente sí exista un aumento en su participación, pero eso va en correspondencia al aumento de la delincuencia en general, la falta de empleo, de educación de calidad, desigualdad, exclusión social, narcotráfico, entre otros.

A pesar de éste panorama, existen profesionales de diferentes disciplinas sociales y jurídicas, que comprenden que “*La mejor política criminal es una política social*”⁴ y que los jóvenes como tal tienen derechos y no se les puede procesar y

³ Subirats, Joan *et al.* *Análisis y gestión de políticas públicas*. – 1 era ed. -- Barcelona, España: Ariel Ciencia Política; 2008. P.38.

⁴ D. Alfredo Chirino y D. Juan Carlos Ferré. Véase: Universidad de Costa Rica. Revista Digital. Maestría en Ciencias Penales. II Serie Radiofónica: Violencia y sociedad. Algunas propuestas para Políticas Públicas. Noviembre 2010. “13. Justicia Penal Juvenil”. Disponible en:

tratar como adultos en miniatura. De ahí es que toma impulso el interés superior del menor de edad y su protección integral, haciéndosele responsable por sus actos pero con herramientas que le ayuden a desarrollar una vida lejos del delito y fuera de los barrotes de un centro especializado.

Aquí es el lugar en el cual las políticas públicas juegan un rol fundamental en la creación y ejecución de acciones a favor de los jóvenes y de una real articulación entre instituciones estatales que den respuesta a las demandas sociales de educación, salud y empleo, junto con organizaciones de la sociedad civil comprometidas con las personas jóvenes.

II. HISTORIA DE LAS SANCIONES ALTERNATIVAS JUVENILES EN COSTA RICA

La atención “especializada” de menores de edad en conflicto con la ley se da a partir del año 1963 con la promulgación de la *Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores*, que se inserta en lo que se denomina *Modelo Tutelar de Menores* que se basa en la “Doctrina de la Situación Irregular”; la cual no hacía diferencia entre niños y adolescentes abandonados y/o carentes de atención social con los que de verdad infringían la ley; por lo que los jueces no solamente juzgaban judicialmente sino que creaban políticas asistencialistas; en una palabra, existía una arbitrariedad en el accionar de los mismos y las respuesta iban direccionadas al encierro.

Su vigencia como modelo llega a invalidarse alrededor del año 1990 con la promulgación de la Convención de los Derechos del Niño (CDN) por parte de la Organización de Naciones Unidas y que al ratificarlo Costa Rica, implicó una transformación en la respuesta estatal hacia la justicia penal y penitenciaria juvenil.

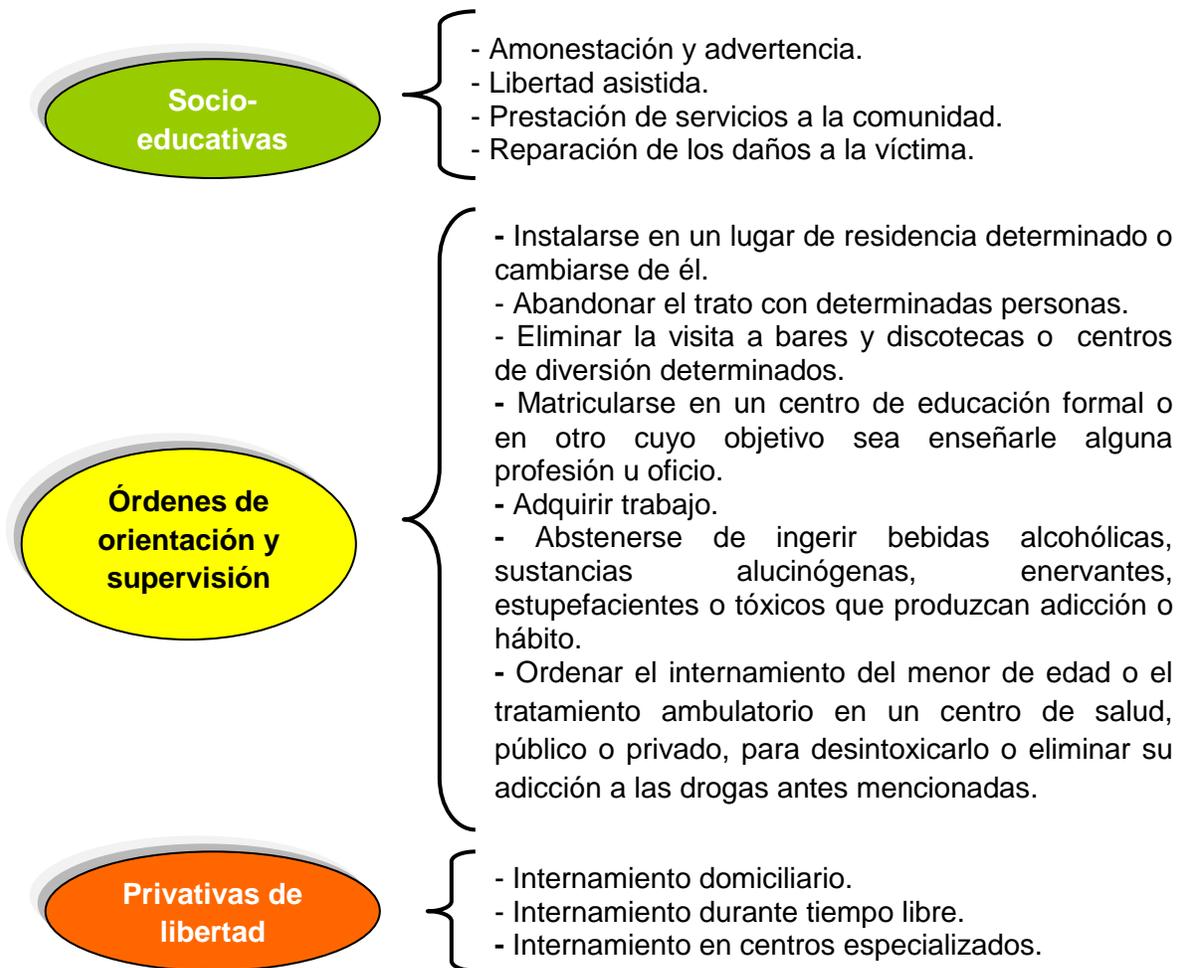
Inicia entonces un periodo de transición entre 1990-1996 que se caracteriza por la promulgación de dos leyes. En primer lugar, la Reforma Orgánica a la Jurisdicción Tutelar de Menores y la Ley de Justicia Penal Juvenil. La primera fue un primer intento de acoplar la normativa nacional a las ideas de la CDN. Asimismo, no se puede dejar de lado que en este periodo influyó considerablemente la denominada *alarma social* creada por los medios de comunicación, que declaraban y apoyaban las denuncias de varios funcionarios públicos, preocupados por el aumento de la delincuencia juvenil y de grupos juveniles organizados. Esta se comenzó a dar con mayor fuerza a finales de la administración de Calderón Fournier durante el año 1994.

Frente a éstos hechos se comenzó a formular la Ley de Justicia Penal Juvenil que se basa en la “Doctrina de la Protección Integral” (dentro del Modelo de Justicia Penal Juvenil), que creó grandes expectativas por lo novedoso de las garantías procesales y de respeto hacia los derechos de los menores de edad, y en especial por la amplia variedad de sanciones alternativas a la privación de libertad,⁵ ya que deja a éstas como última opción; por tanto, estipula las sanciones socio-educativas; las órdenes de orientación y supervisión, que en ocasiones funcionan como apoyo a las primeras; y por último las sanciones privativas de libertad. (Véase Figura N° 1).

Es de rescatar que la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores incluía sanciones alternativas como la Libertad Asistida, pero es hasta la Ley de Justicia Penal Juvenil que se le logra dar contenido y apoyo a éste tipo de sanción, ya que todo el enfoque y preceptos en su conjunto propiciaban el cambio sustancial en el sistema judicial y penitenciario nacional, impulsado además, por el cambio a nivel internacional en la materia y el clamor popular que pedía acciones efectivas contra la delincuencia juvenil.

⁵ Álvarez Ulate, Arturo. *Menores al banquillo* [En línea]. [San José, Costa Rica]: Periódico La Nación: 11/12/95. [Citado el 2/12/09]. Disponible en: http://www.nacion.com/ln_ee/1995/diciembre/11/pagina05.html

Figura Nº 1:
Tipos de sanciones penales juveniles



FUENTE: Elaboración propia con base en la Ley de Justicia Penal Juvenil.

Defensa de Niñas y Niños- Internacional (DNI), organización no gubernamental creada en 1979, señala que

“...es necesario tener en cuenta, que los efectos destructivos de la privación de libertad son mucho más altos en el caso de las personas adolescentes, por encontrarse en proceso de crecimiento, desarrollo y formación. Pero también por la percepción de la duración del tiempo que tienen las personas a edades tempranas, la cual es

exponencialmente más larga que la que perciben las personas adultas. Una pena de prisión de 15 años para una persona adolescente, se asimila en su contexto, a algo así como cadena perpetúa.”⁶

Por tanto, el Modelo de Justicia Penal Juvenil pone como fin primordial la reinserción social y familiar y la formación integral por medio del desarrollo de destrezas y habilidades, trabajo con la comunidad, atención psicológica, atención médica, educación formal y/o técnica, becas, trabajo digno, entre otros. Es decir, se busca atender los factores detonantes del delito y dar herramientas a los jóvenes para que desarrollen una vida lejos de los problemas.

La sanción que más aplica para el desarrollo de éstas actividades es la Libertad Asistida, sanción socioeducativa que consiste en que la persona joven asista a sesiones terapéuticas regulares según un plan de ejecución - así se le denomina - elaborado por especialistas en trabajo social y psicología de la Dirección General de Adaptación Social y según la realidad y necesidades de cada joven infractor.

Asimismo, la propuesta estatal antes expuesta se ve fortalecida con la promulgación de la Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles en el año 2005, que especifica claramente la implementación de todas las sanciones, desde las privativas de libertad, hasta las alternativas y las órdenes de orientación y supervisión; lo cual es un gran avance no solamente en términos jurídicos, sino de la administración de justicia en general.

⁶ Gómez Gómez, Darío. Defensa de Niños y Niñas Internacional. *Diagnóstico regional sobre las condiciones de detención de las personas adolescentes en las cárceles de Centroamérica*. San José: DNICOS, Embajada de Holanda; 2004. P.78.

III. LA POBLACIÓN PENAL JUVENIL EN NÚMEROS

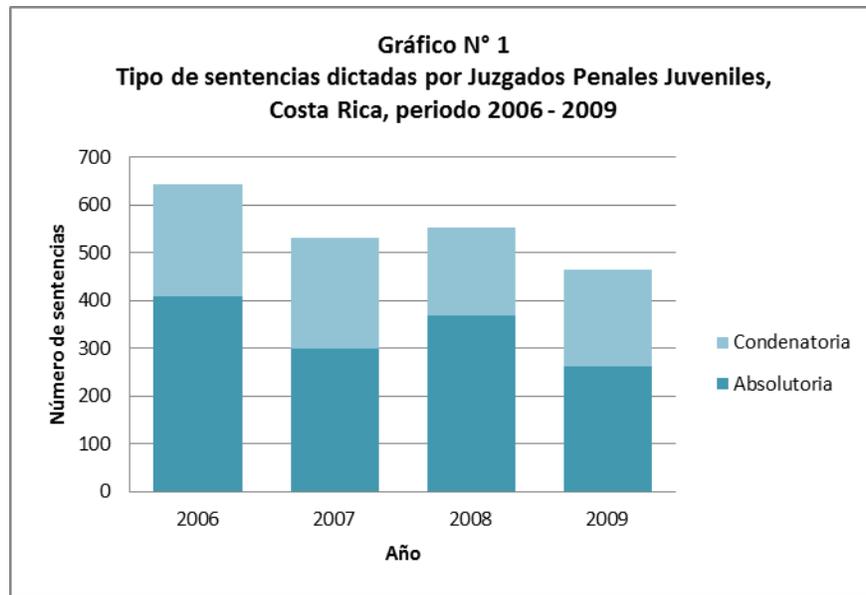
Cuando se trabaja en el análisis de una política pública es importante comprender las variables cualitativas que caracterizan la población objeto de estudio, pero también es fundamental conocer de cuántas personas se está hablando y cuál y cómo es el movimiento en un periodo de tiempo, para poder dar un análisis más apropiado y respuestas lo más atinentes posibles que garanticen los resultados que se persiguen con la Ley de Justicia Penal Juvenil.

III.1. RESOLUCIONES Y SANCIONES DICTADAS POR LOS JUZGADOS PENALES JUVENILES

Si se analizan las resoluciones dictadas por los Juzgados Penales Juveniles durante el periodo 2006-2009 se puede encontrar que un promedio de 47.52% son desestimadas, seguidas en segundo lugar por el **sobreseimiento definitivo** con un promedio cuatrienal de 13.07% y, en tercer lugar, el **sobreseimiento definitivo por prescripción** con un promedio de 8.11% para el mismo periodo.⁷

En quinto lugar se encuentra el **Sobreseimiento definitivo por conciliación** con un promedio cuatrienal de 4.57%, que se dicta cuando se cumple un arreglo acordado en una audiencia de conciliación; y, en sexto lugar, se encuentran las **sentencias** con un promedio de 3.6% las cuales han tendido a disminuir en el transcurso del tiempo. Para el 2006 representaba un 4.29% y para el 2009 es de 2.75% del total de denuncias interpuestas en los Juzgados. En el Gráfico N° 1 se puede visualizar con facilidad lo descrito para el caso de las sentencias, que es el resultado que más interesa en éste artículo.

⁷ Poder Judicial. *Anuarios Estadísticos, años 2006, 2007, 2008 y 2009*. Costa Rica.



FUENTE: Elaboración propia con base los Anuarios Estadísticos del Poder Judicial, años 2006, 2007, 2008 y 2009.

Se puede observar según el tipo de sentencia dictadas por los Juzgados Penales Juveniles, que en promedio en este periodo las sentencias absolutorias son mayores que las condenatorias. Para el año 2006 las sentencias absolutorias representaban el 63%, 67% en el 2008 y 57% para el 2007 y 2009. Además, en términos absolutos hay un estancamiento de las condenas.

Partiendo del orden en el que fueron dictados los tipos de resoluciones de los Juzgados Penales Juveniles, se aprecia que entre el 40% y el 50% de los casos denunciados llegan a ser desestimados; aunado a los diferentes tipos de sobreseimientos definitivos (excepto el de conciliación) que abarca alrededor de un promedio de 30% para el periodo; lo cual indica que alrededor del 70% u 80% no se les encuentra pruebas necesarias para la acusación o las denuncias están siendo mal planteadas o que no llegan a capturar a la persona antes del tiempo en el cual prescribe la acción, entre otras razones. Esto da como resultado que solamente el otro 30% u 20% - según el año - es población que está cumpliendo con un proceso de suspensión a prueba, de conciliación o sentencia; es decir, que

están desarrollando alguna actividad para hacerse responsables por el hecho que cometieron o reciben alguna atención especializada.

Si se desea observar según tipo de delito, se puede encontrar que los delitos sexuales, contra la propiedad y contra la vida son los más cometidos según casos con sentencia condenatoria. Para los primeros la Libertad Asistida es la sanción más impuesta y para los otros dos tipos de delitos también, mas el Internamiento en Centro Especializado es la segunda sanción más utilizada por la jueces, aunque para los delitos contra la vida dan un poco más de aplicación a esta última sanción; que tendría congruencia por la gravedad que representa un homicidio, tentativa de éste o agresión con arma.

Por tipo de sanción para éste mismo periodo se tiempo, se constata que ciertos tipos de sanciones alternativas se han ido dejando de imponer y en su lugar la sanción de Internamiento en centro especializado se ha asignado en mayor número. Por ejemplo, la sanción de **Reparación del Daño** solamente se asignó en una ocasión en el año 2007 y la sanción de **Prestación de Servicio a la Comunidad** desde el 2006 se ha dejado de imponer, lo cual tendría un efecto contrario a lo que busca el Modelo de Justicia Penal Juvenil, ya que esta sanción puede tener mayor utilidad que otras sanciones y se está dejando de aprovechar. Esta radica en el efecto social o en la comunidad que tiene observar al joven resarcando el daño o trabajando por la comunidad, ya que disminuye la estigmatización negativa que el joven se ocasionó y permite una mayor interiorización de sus acciones.

Por otro lado, la sanción de **Amonestación y Advertencia** muestra una tendencia irregular ya que aumentó su aplicación en el 2007 pero disminuyó en menos de la mitad en el año 2008, para luego aumentar en 26 casos para el 2009.

Cuadro N° 1
Sanciones impuestas por los Juzgados Penales Juveniles, Costa Rica,
periodo 2006-2009

Tipo Sanción	2006	2007	2008	2009
Libertad Asistida	149	133	103	110
Internamiento	30 (*)	37 (*)	53 (**)	58 (***)
Amonestación y				
Advertencia	23	43	18	26
Orden Supervisión y				
Orientación	22	12	8	8
Prestación Servicio				
Comunidad	12	5	2	SD
Reparación de Daños	0	1	SD	SD
TOTAL	236(a)	231	184	202

(*) Incluye Internamiento Domiciliar, en Tiempo Libre, en Centro Especializado y de Ejecución Condicional.

(**) Incluye Internamiento Domiciliar, en Centro Especializado y de Ejecución Condicional.

(***) Incluye Internamiento en Centro Especializado y de Ejecución Condicional.

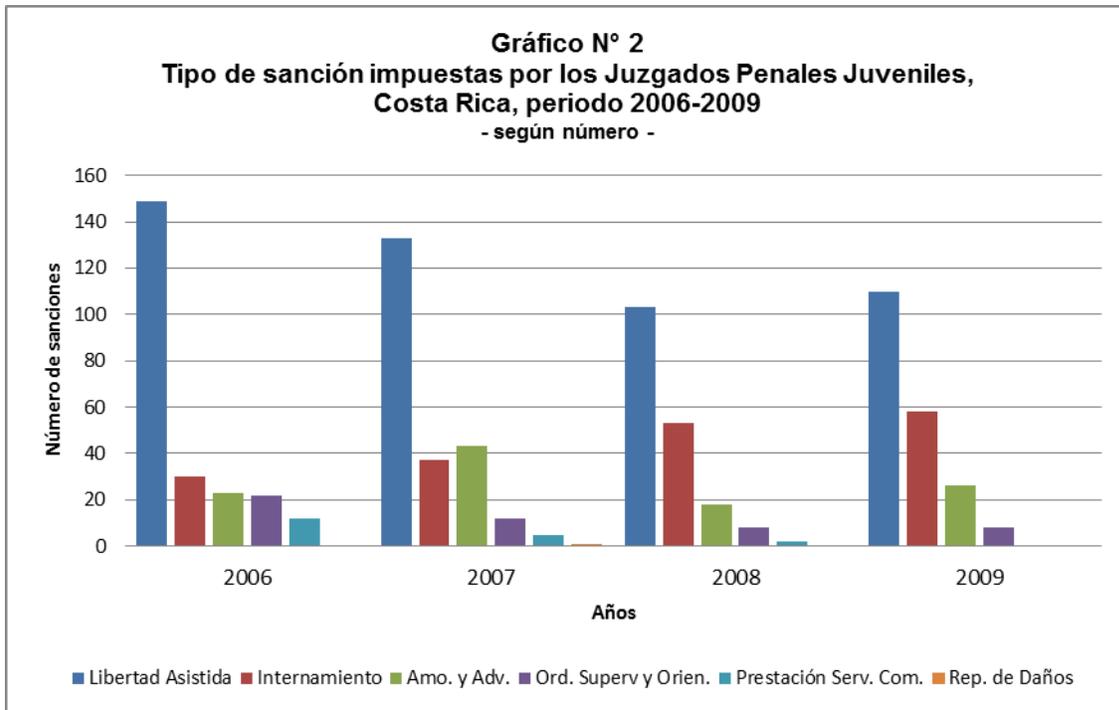
(a) Según los datos antes analizados, aquí hacen falta 30 casos.

SD: Sin dato.

FUENTE: Elaboración propia con base en los Anuarios Estadísticos del Poder Judicial, años 2006, 2007, 2008 y 2009.

La Libertad Asistida sigue siendo la sanción más aplicada, respondiendo a la Convención de los Derechos del Niño y la Niña, al enfoque de Derechos Humanos y al fin resocializador de la sanción, pero ha venido disminuyendo su

aplicación entre el 2006 y 2008; en el 2009 aumentó respecto al año anterior pero aún así no supera el dato del año 2007. Eso se puede constatar en el Gráfico N° 2.



FUENTE: Elaboración propia con base en los Anuarios Estadísticos del Poder Judicial año 2007, 2008 y 2009.

Por otro lado, se observa que en términos de tipos de internamiento se va dejando de lado el *Internamiento en Tiempo Libre*, del 2007 en adelante, y el *Internamiento Domiciliario*, del 2008 al 2009. De igual manera, cabe resaltar la tendencia de aumento en la aplicación del internamiento, que puede deberse al carácter más violento en la forma como se cometen los delitos que implican

sanciones más fuertes y al mismo el contexto de inseguridad y exigencia de “mano dura” de la población sobre los aparatos represivos y de justicia del país.

Una limitante a señalar de las estadísticas judiciales que muestran el tipo de sanción impuesta, es que sí un juez dicta dos tipos de sanciones diferentes pero complementarias, por ejemplo una Libertad Asistida acompañada de una Orden de Orientación y Supervisión, no es posible visualizarlo, ya que sólo se presenta sanción por persona (si se visualiza el total de las sanciones, es el mismo del total de sentencias condenatorias), lo cual no permite observar en realidad cuáles son las sanciones que están dictando y/o usando más los Jueces Penales Juveniles.

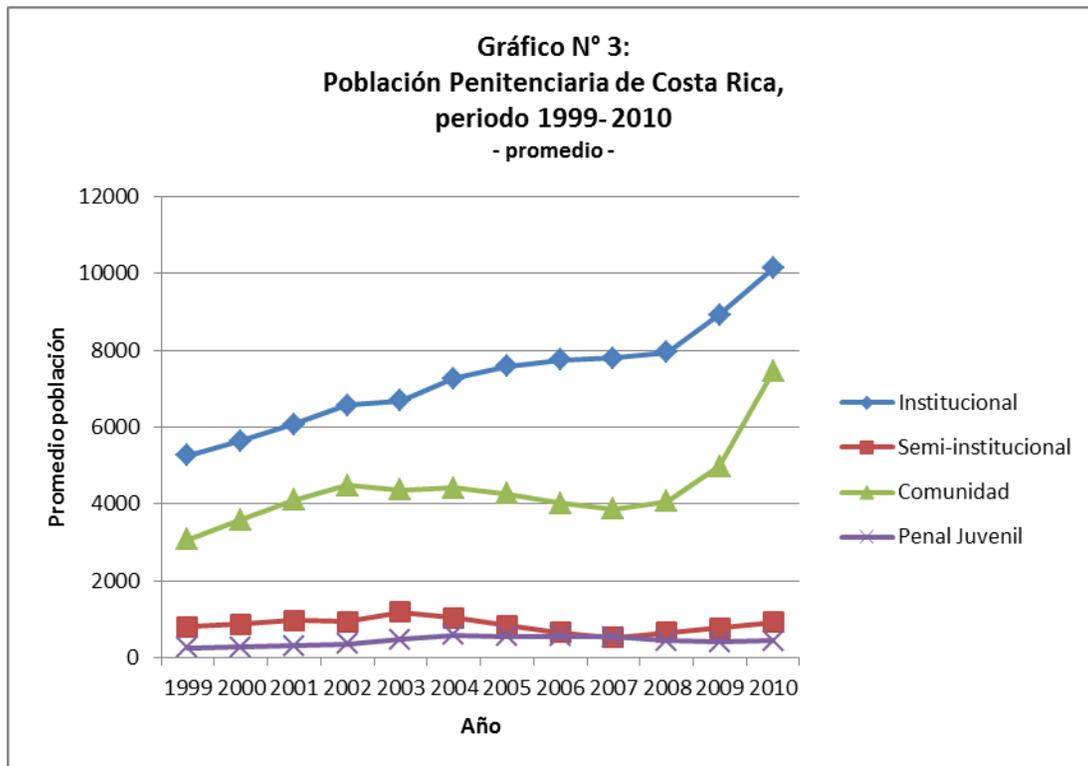
III.2. POBLACIÓN PENAL JUVENIL DESDE DATOS JUDICIALES Y PENITENCIARIOS

En términos de sexo y delitos los menores de edad no son la excepción respecto el comportamiento de los adultos, ya que en su mayoría son hombres. Según los datos de menores *referidos* a los Juzgados Penales Juveniles, los varones acaparan en promedio el 81% de los casos.

En la variable edad se encuentra que la mayoría se encuentran dentro del rango de edad entre los 15 y 17 años de edad, por lo cual no sería recomendable bajar la edad máxima para aplicar la LJPJ, ya que no es significativa la cantidad de población entre los 12 y menos 15 años de edad y en su lugar una modificación legislativa en dicho rubro no respondería adecuadamente a la realidad.

En otro orden, dentro del Sistema Penitenciario Nacional, el Programa Nacional de Atención a la Población Penal Juvenil (PNAPPJ) representa un programa en sí mismo, es decir, es una categoría además de la Institucional, Semi-Institucional y Comunidad, que son los programas creados por Adaptación Social para clasificar y atender a la población adulta de ambos sexos.

Durante los últimos diez años, el PNAPPJ ha abarcado en promedio el 3,33% de la población penitenciaria de Costa Rica, que en términos absolutos representa 431 personas, y se ha mantenido oscilando en ese promedio, tal como se puede apreciar en el Gráfico N° 3:⁸



FUENTE: Elaboración propia con base en Anuario Estadístico 2008 e Informe Mensual Diciembre 2009 y Diciembre 2010 de la Población Penitenciaria de la DGAS.

Ahora, si se observa a lo interno del PNAPPJ por Centro, el **Programa Sanciones Alternativas** continúa abarcando la mayor cantidad de población de alrededor del 76% en promedio de este periodo, siendo la máxima en el año 2006 con el 82% de la población y la mínima 67% en el 2009.

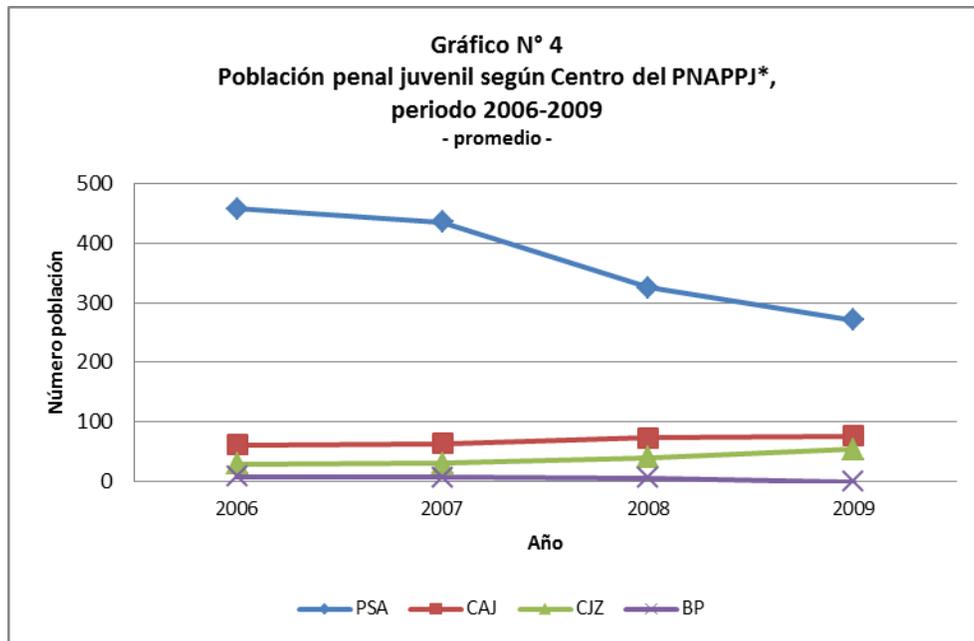
⁸ C.fr. Dirección General de Adaptación Social. *Anuario Estadístico 2008*; Informe Mensual Diciembre 2009; e Informe Mensual Diciembre 2010.

El **Centro Adulto Joven** ocupa el segundo lugar con alrededor del 15% de la población para el periodo, siendo su mínima en el 2006 con el 11% de la población y 19% para el año 2009 con una tendencia a aumentar.

En el **Centro de Formación Juvenil Zurquí** se observa, de igual forma, una tendencia a aumentar. En promedio para el año 2006 en el Centro Zurquí había el 5% de la población total (cerca de 30 jóvenes varones) y para el año 2009 abarcó en promedio el 13% de la población total (cerca de 54 hombres).

Para el **Ámbito Femenino del Buen Pastor** (homólogo del Adulto Joven), se cuenta con los datos desde el 2006 hasta el 2008 con población que no supera ni las diez mujeres. Para el 2006 habían 8 jóvenes, en el 2007 7 y para el 2008 6 muchachas.

En el Gráfico N° 4 se puede observar con mayor claridad la tendencia a lo largo del periodo de la población en el cual el Programa Sanciones Alternativas ha disminuido significativamente y los Centros de Internamiento tienen a aumentar su población.



Nota: * Programa Nacional de Atención a la Población Penal Juvenil.

FUENTE: Elaboración propia con base en Anuarios Estadísticos del 2006 al 2008 e Informes Mensuales de la Población Penitenciaria año 2009 de la DGAS.

Los datos vistos concuerdan con las observaciones finales reportadas por la Organización de Naciones Unidas en su informe 2011 sobre “Observaciones de los reportes presentados por Los Estados Parte bajo el artículo 44 de la Convención sobre los Derechos del Niño”, el cual denuncia que la sanción de privación de libertad está siendo usada como la regla y no como la excepción:

” That deprivation of liberty seems to be the general rule rather than the exception in criminal trials against juvenile offenders, as reflected by the high number of children and adolescents, especially those in street situations, in juvenile detention centres and penal institutions.”⁹

⁹ Organización de Naciones Unidas. *Convención sobre los Derechos del Niño. Observaciones de los reportes presentados por Los Estados Parte bajo el artículo 44 de la*

Esto significaría un retroceso en la aplicación del Modelo de Justicia Penal Juvenil, que hay que analizar si se está dando como respuesta a enfoques de *mano dura* exigidos por la sociedad o tiene correspondencia con la gravedad en la ejecución de los delitos.

IV. LA EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES ALTERNATIVAS POR LA DIRECCIÓN GENERAL DE ADAPTACIÓN SOCIAL

La ejecución de las sanciones judiciales en un centro de la Dirección General de Adaptación Social en muchas ocasiones es desconocida por la población en general, por desinterés o se parte de una idea general de lo que es el “encierro”.

Este desconocimiento viene a ser más contundente cuando se trata de población penal juvenil, ya sea porque representa en promedio un 3,33% del total de la población penitenciaria; o que por ser menores de edad el tema se maneja con mayor privacidad, así como lo estipula la legislación en la materia.

En la Ley de Justicia Penal Juvenil se establece como el principio de Justicia Especializada (artículo 12) refiere a que deben existir órganos especializados en materia de menores de edad tanto para el proceso como para la ejecución de las sanciones impuestas.

La Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles establece en su artículo 14 los órganos encargados de la ejecución, que son: “a) el juez de ejecución de las sanciones penales juveniles; b) el Tribunal Superior Penal Juvenil; c) la Dirección General de Adaptación Social [DGAS] y c) las entidades públicas o privadas autorizadas de previo por el juzgado de ejecución de las

Convención. [Citado el 9/09/11]. Disponible en: www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/co/CRC.C.CRI.CO.4.doc

sanciones penales juveniles”.¹⁰ Los dos primeros se pueden catalogar como los órganos judiciales y los dos últimos como los administrativos, en los cuales nos enfocaremos.

IV.1. PROGRAMA NACIONAL DE ATENCIÓN A LA POBLACIÓN PENAL JUVENIL

Desde el año 1993 el ente encargado de los menores infractores se llamaba **Nivel de Niños, Niñas y Adolescentes** y formaba parte de los demás Niveles de Atención del Sistema Penitenciario con una atención focalizada en los centros de encierro.¹¹ En 1996, con la entrada en vigencia de la nueva legislación penal juvenil, la población con internamiento disminuyó y en su lugar aumentó los jóvenes con sanción ambulatoria o alternativa, por lo cual el *Nivel* tuvo que adecuarse y esto acarrió su nueva estructuración.

Es así como en el año 2000 el *Nivel* cambia su nombre y se le denominó **Programa Nacional de Atención a la Población Penal Juvenil (PNAPPJ)** y continuaba siendo la unidad especializada y encargada de la población penal juvenil indiciada y sentenciada de ambos sexos. De la DGAS depende administrativamente y en términos técnicos del Instituto Nacional de Criminología.

Entre sus atribuciones se encuentra ser

“...la instancia de la Dirección General de Adaptación Social, responsable de supervisar y velar por el cumplimiento de las sanciones impuestas a la población penal juvenil, garantizando el acceso, ejercicio, y reivindicación de sus derechos, a partir de sus condiciones y particularidades, y atendiendo en todo momento el fin esencial y

¹⁰ Costa Rica. *Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles*, Ley N° 8460. Art.14.

¹¹ Programa Nacional de Atención a la Población Penal Juvenil. *Manual Organizativo*. Antecedentes históricos. Documento interno de trabajo.

primordialmente educativo de la sanción impuesta. A través del diseño, ejecución de planes, programas y proyectos.”¹²

Para cumplir con su mandato este Programa se organizó en cuatro instancias especializadas, cada una con una función diferente. Ellas son las siguientes: el Centro de Formación Juvenil Zurquí (CFJZ), el Centro Adulto Joven (CAJ), el Programa Sanciones Alternativas (PSSAA) y el Centro Oportunidades Juveniles (COJ).

El *Centro de Formación Juvenil Zurquí* nace en el año 1999 con la fusión de la población del Centro Juvenil Amparo de Zeledón y del Centro Juvenil San José, por tanto, es un centro de internamiento que alberga a menores (tanto hombres como mujeres) entre los 12 y menos 18 años que deben cumplir una sanción de privación de libertad. En caso que el joven cumpla con su mayoría de edad y no haya terminado de completar la duración de su sentencia, deberá pasar al *Centro Adulto Joven*, centro de internamiento localizado dentro del Complejo La Reforma en Alajuela, pero que desde el año 2010 parte de su población se puede encontrar dentro del mismo Centro Zurquí por el hacinamiento de éste.

El *Programa Sanciones Alternativas (PSSAA)* nace en agosto de 1996 y tiene como fin atender a los jóvenes que se les impuso una sentencia de tipo socioeducativa y/o de orientación y supervisión, así como ejecutarlas y vigilar su cumplimiento.

El *Centro Oportunidades Juveniles (COJ)* se creó en febrero del año 2003, y tiene como fin crear alianzas estratégicas y conformar una red social de apoyo con organizaciones gubernamentales y no gubernamentales con el objetivo de crear e innovar programas y propuestas que ayuden tanto a los privados de

¹² Programa Nacional de Atención a la Población Penal Juvenil. *Manual organizativo. Atribuciones*. Documento interno de trabajo.

libertad, como a la población que se encuentra cumpliendo alguna sanción alternativa.

Como en el Modelo de Justicia Penal Juvenil las sanciones alternativas tienen prioridad sobre las sanciones de internamiento en centro especializado, a continuación se expondrá que hace el PSSAA y el COJ para dar contenido a las mismas.

IV.2. PROGRAMA SANCIONES ALTERNATIVAS

El Programa Sanciones Alternativas es el encargado de la población a la cual se le dictó una(s) sanción(es) socioeducativa(s), orden(es) de orientación y supervisión, e internamiento domiciliario.

Abarca jóvenes desde los 12 años de edad. No existe un límite superior de edad debido a que esto depende de la duración de la sanción impuesta. Esto se da porque el rango de edad que agrupa al mayor número de jóvenes que cometen un delito es entre los 15 años a los 18 años y sí la sentencia es de cinco o siete años pueden encontrarse jóvenes hasta de veintiséis años de edad.

La LESPJ establece que a la persona joven se le debe garantizar:

- a) Satisfacer sus necesidades educativas, de salud y recreación.
- b) Posibilitar su desarrollo personal.
- c) Reforzar su sentimiento de dignidad y autoestima.
- d) Hacerla partícipe, en forma activa, en la elaboración y ejecución de su plan individual.
- e) Minimizar los efectos negativos que la condena pueda tener en su vida futura.
- f) Fomentar, cuando sea posible y conveniente, los vínculos familiares y sociales que contribuyan a su desarrollo personal.

g) Promover contactos abiertos entre la persona sancionada y la comunidad local.”¹³

Para el logro de esto, el PSSAA requiere de las diferentes organizaciones públicas y privadas, ya que sin ellas sería complicado alcanzar la resocialización y educación de estas personas en una sociedad indiferente hacia la problemática en la que está vive.

Partiendo de esto, el Programa Sanciones Alternativas (PSSAA) trabaja en tres fases del proceso de atención técnica según lo establece el Decreto N°33876 *Reglamento Técnico del Sistema Penitenciario*, que son: la fase de ingreso, ejecución o acompañamiento y egreso.

En la **fase de ingreso** se recibe a la persona joven y se le abre su expediente administrativo o de ejecución con toda la información relevante del mismo. Se le estudia por medio de una entrevista y se elabora una propuesta de Plan de Ejecución y se le explica en qué consiste la Libertad Asistida, sus derechos y deberes.

La Ley de Justicia Penal Juvenil (LJPJ) define el **Plan de Ejecución** o **Plan Individual**, como el plan que “... comprenderá todos los factores individuales del menor de edad para lograr los objetivos de la ejecución.”¹⁴ Este da contenido al tipo de sanción impuesta por el juez, definiendo el cómo se implementará a lo largo del tiempo establecido de la sanción, ya sea una libertad asistida, servicio a la comunidad u orden de orientación y supervisión.

En éste Plan es que se define el Eje de Atención en que el que se trabajará al o la joven, ya que no se puede trabajar a todos por igual. Los Ejes de Atención es la forma como el Programa está organizado para dar terapia y orientación a los

¹³ Costa Rica. *Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles*. Artículo 9. 2005.

¹⁴ Costa Rica. *Ley de Justicia Penal Juvenil*, N°7576. Artículo 134°.

jóvenes sentenciados mediante proyectos especializados. Cada joven es asignado a uno o dos Ejes según lo señale la sentencia y el análisis de sus características sociales, personales, familiares, económicas, cognitivas, de consumo de drogas, enfermedades mentales, entre otros, y no por el delito en sí. Esta decisión la toma la Dirección del PSSAA, pero siempre en correspondencia a lo indicado por el juez y por el estudio que emane del equipo técnico.

Para el cumplimiento de ello existen los siguientes Ejes de Atención: **Eje Jurídico, Psicología Clínica, Atención a Jóvenes Consumidores de Sustancias Psicoactivas, Violencia Sexual, Violencia Física y Desarrollo Humano.**

Estos Ejes de Atención están conformados por un equipo de especialistas, casi siempre con tres personas, en Trabajo Social, Psicología, Psicología Clínica, Derecho y Orientación criminológica. Cada Eje conforma un equipo técnico, que como se indicó anteriormente, son los encargados de ejecutar la sanción alternativa.

Dentro de cada Eje se desarrollan las denominadas *sesiones terapéuticas*, en las cuales se abordan las temáticas dependiendo de las características y necesidades de la población. La mayoría de las sesiones se programan una vez cada quince días con una duración de dos a tres horas y en grupos entre 10 y 15 personas, dependiendo de la demanda. Si a un joven se le programa que debe asistir a dos Ejes de Atención puede ser que una cita sea dividida a la mitad, entonces el joven pasa primero a la atención en Drogas de forma grupal y luego individual con las personas del otro Eje, ya sea Violencia Física o Sexual. Otra forma es que asista una vez por semana al Programa y se alternan la atención, es decir, una semana Atención a Jóvenes Consumidores de Sustancias Psicoactivas, la que sigue Atención en Violencia Física, luego Atención a Jóvenes Consumidores de Sustancias Psicoactivas, y así sucesivamente. Señala el funcionario Edgar González, que este mecanismo casi no se utiliza por lo

complicado que se torna para la persona joven asistir al Programa con tanta regularidad, ya sea por razones económicas, de trabajo u estudio, además de que es agotador, lo que puede no dar los resultados esperados.

Los temas que se tratan varían de un Eje a otro, pero casi todos trabajan temáticas como el patriarcado, las relaciones de género, la influencia de la crianza en actitudes y comportamientos actuales, las drogas y sus consecuencias, valores, agresión, autoestima (por ejemplo, en una de las jóvenes se descubrió que su agresividad provenía de una complicación grave en la dentadura y por medio de financiamiento se logró que se le tratara y bajó su problemática considerablemente); sexualidad, entre otros.

Para abordar las distintas temáticas hacen uso de películas, canciones, cartulinas, recortes de revistas, presentaciones en *PowerPoint*, conversatorios, juegos de valores, de mitos, análisis de noticias, sesiones de introspección. La idea es que sean lo más dinámicas y diferentes para mantener la atención y la concentración lo más que se pueda.

1. EJES DE ATENCIÓN

Como se mencionó el PSSAA trabaja por medio de Ejes de Atención. En el **Eje o Área Jurídica**, labora un abogado el cual recibe y revisa los expedientes enviados por los jueces para verificar que todo esté correcto, así como da una clase introductoria a los jóvenes sobre la Ley de Justicia Penal Juvenil, las causas del incumplimiento y se pone a la disposición de ellos para cualquier consulta o situación que se presente.

Luego se encuentra el **Eje de Atención de Psicología Clínica**, la cual está a cargo de una psicóloga clínica que atiende los casos en los cuales los jóvenes poseen problemas o trastornos psicológicos pronunciados (por ejemplo, esquizofrenia o paranoia) o se les dificulta recibir atención grupal. Asimismo, da

apoyo a los demás Ejes en valoración de jóvenes que presentan limitaciones cognitivas; atiende emergentes (crisis) que no les permite avanzar en el proceso terapéutico; o les da atención especializada ya terminado su plan terapéutico (por ejemplo, cuando un joven es ofensor sexual y a lo largo del cumplimiento de la sanción las especialistas se dan cuenta que en su infancia ésta persona fue violada sexualmente, entonces deben trabajar este hecho también).

El Eje de Atención a Jóvenes Consumidores de Sustancias Psicoactivas trabaja con los jóvenes que consumen alguna sustancia psicoactiva. El personal a cargo son 3 personas, de las cuales uno es un Orientador Criminológico, otra es Trabajadora Social y una Psicóloga. Es uno de los ejes temáticos con mayor sistematización de su proyecto de intervención y de articulación con otras instituciones del Estado, como Instituto sobre Alcoholismo y Farmacodependencia (IAFA), el Instituto Costarricense sobre Drogas (ICD) y No Gubernamentales como Hogar ZOE.

Es uno de los grupos más complicado de trabajar por los comportamientos de los jóvenes (son ansiosos, inestables y demandantes) según indica la trabajadora social. Una estrategia interesante que utilizan es la realización de un campamento, generalmente se realiza en el Refugio de Vida Silvestre Junquillal, Guanacaste, y la idea es profundizar con mayor éxito en el joven para que cambie sus comportamientos por medio de trabajo y sesiones terapéuticas en medio de la naturaleza.

Se denuncia al Ministerio de Salud y de la Caja Costarricense del Seguro Social por la ausencia en asesoramiento y planes de intervención y tratamiento directo en la atención de éstos jóvenes, aun estando establecido en la Ley de Ejecución.

Los jóvenes que desean internarse en un centro para desintoxicación y rehabilitación encuentran el problema que los autorizados son caros y los

ofrecidos por organizaciones no gubernamentales muchas veces no cuentan con la autorización del IAFA.

Con la promulgación de la Ley de Justicia Penal Juvenil en el año 1996, se visualizó de cierta forma este problema y se trató de solucionarlo por medio del *Transitorio II* que indica:

“Las instituciones públicas especializadas, encargadas del tratamiento para la desintoxicación de menores con problemas de adicción a drogas, a que se refiere esta ley, deberán ser creadas en un plazo no mayor de seis meses después de la promulgación de esta ley.

Para lo anterior, el Ministerio de Hacienda deberá tomar previsiones necesarias en el momento de preparar la Ley de Presupuesto Nacional.”¹⁵

Este Transitorio no se llegó a cumplir, porque aunque existe el *Programa Nuevos Horizontes* del Hospital Nacional Psiquiátrico,¹⁶ creado en el año 2006 con el fin de desintoxicar a menores de edad con problemas de consumo de sustancias psicoactivas; así como el *Centro Nacional de Atención Integral en Drogas para Personas Menores de Edad* del IAFA que atiende preguntas sobre consumo de éstas sustancias y hace valoraciones, posee un Programa Ambulatorio Intensivo y un Programa Residencial; pero ninguno de los dos atiende población penal juvenil, a no ser que venga con referencia directa de un Juzgado Penal Juvenil. Ambos alegan que es diferente una persona con problemas de *callejización* que con una que haya pasado por un proceso judicial por haber cometido un delito; lo cual es discriminatorio y contrario al Modelo de Justicia Penal Juvenil.

¹⁵ Costa Rica. *Ley de Justicia Penal Juvenil* N° 7576. Transitorio II.

¹⁶ Caja Costarricense del Seguro Social. *Programa Nuevos Horizontes*. [Citado el 02/08/11]. Disponible en: http://www.ccss.sa.cr/html/sitios/hnp/pag_nuev_hor.html

Por otro lado, un aspecto relevante de éste Eje es la elaboración del *Plan de Protección* (prevenir la recaída en el consumo) y del *Ciclo Compensatorio* que busca “que él [joven] entienda dentro de su proceso, las ideas irracionales que él tiene y los pensamientos malformados que obstaculizan el ciclo”¹⁷ y pueda tener elementos que le soporten cuando ya haya terminado de cumplir su sanción.

Como se observa, existe un plan de trabajo bien sistematizado, pero sin la ayuda de demás instituciones, los objetivos no se lograrán de forma adecuada y todavía con menos razón con una amenaza tan real como lo es el narcotráfico.

Otro de los ejes mencionado es el de **Violencia Sexual** que se encarga de los jóvenes que cometieron una ofensa sexual o poseen ciertas características que ameritan se le trabaje en ésta temática. Este Eje es señalado como uno de los más consolidados, ya que posee la denominada “*Estrategia de Intervención Terapéutica con Ofensores Sexuales Juveniles*”, que es un manual que sistematiza los pasos para trabajar con una persona joven desde que ingresa al Programa hasta que egresa de éste.

Al final de la sanción y de la fase terapéutica de la atención, se hacen tres actividades interesantes de resaltar, dos directamente relacionadas con el joven y otra con la familia: el *Ciclo de comportamiento sexual desviado*, el *Plan de Prevención y la devolución a la familia*.

Durante todo el proceso se trata que el joven analice su situación o historia familiar, sus comportamientos, los hechos ocurridos con la víctima, entre otros; los cuales servirán para que completen su *Ciclo de comportamiento sexual desviado*, que “es un ejercicio que resume todo lo que ellos han venido haciendo en el

¹⁷ Castro Arce, Oliva. Trabajadora Social del Eje de Atención a Adicción a Drogas. Programa Sanciones Alternativas, San Luis de Santo Domingo de Heredia, 20 de abril de 2010.

proceso y que les permite comprender por qué cometieron el abuso.”¹⁸ Indica que luego éstos jóvenes elaboran el *Plan de Prevención* (duran entre tres y cuatro sesiones en su construcción) y toman como base y signos de alerta los sentimientos, pensamientos y comportamientos antes identificados. Éste Plan es dado a la familia para que lo estén revisando.

Luego se encuentra, el **Eje de Violencia Física** el cual tiene como objetivo trabajar el comportamiento violento de jóvenes infractores, para lo cual indagan cuáles son los factores de riesgo y los factores protectores de los jóvenes para a partir de ello trabajar según los ejes temáticos.

Se trabajan cuatro ejes: “Derechos Humanos, Módulo de Equidad de Género, Módulo de Sexualidad y Módulo de Cultura para la Paz.” La idea que se presenta es que por medio de la atención se le brinden herramientas para interactuar o discutir con las personas desde el respeto hacia el otro, no desde la violencia.

Por último, está el **Eje de Desarrollo Humano** que nace como respuesta a los jóvenes que no presentan una problemática específica, independientemente del delito, pero que deben ser atendidos por su situación jurídica, entonces se les ayuda a la identificación y desarrollo de habilidades sociales o algún tipo de destreza.

En términos de contenidos o temas abordan Desarrollo Humano (sus etapas, la vida en pareja, familia, estudio, trabajo, recreación); socialización por género (patriarcado, sexualidad, autoestima, proyecto de vida); entre otros.

2. Seguimiento de las Órdenes de Orientación y Supervisión

¹⁸ Calderón Morales, Marielos. Trabajadora Social del Proyecto Violencia Sexual del Programa Sanciones Alternativas. Programa Sanciones Alternativas, San Luis de Santo Domingo de Heredia, 17 de marzo de 2010.

Las órdenes de orientación y supervisión se establecen en el artículo 128 de la Ley de Justicia Penal Juvenil. Son sanciones que se pueden aplicar, ya sea una sola o la combinación de varias. Su fin es velar por el buen comportamiento del menor de edad en concordancia con las costumbres sociales; y de garantizarle una sana formación educativa o laboral.

El Programa Sanciones Alternativas es el encargado, por medio de dos personas, de dar el seguimiento. Por ejemplo, en el caso de las órdenes de medidas de enseñanza y formación se le indica al joven que debe entregar un reporte de notas cada cierto tiempo, y si no se encuentra estudiando se le da asesoría para ingresar al sistema de educación pública o al Instituto Nacional de Aprendizaje (INA). En la orden de trabajar o adquirir un trabajo, se le hacen visitas regulares para verificar el mismo (en caso que el jefe no conozca el caso especial del joven, se trata de acercarse lo más que se pueda sin levantar sospecha, esto por miedo del joven a ser despedido).

Cuando la orden es la prohibición de abandonar el trato con determinadas personas, no acercarse a la víctima, no visitar bares o discotecas, se hace la advertencia al joven y se le informa a la víctima o centro de diversión la resolución del juez y se les da el número telefónico del Programa para que llamen en caso que el joven esté incumpliendo la orden.

3. PRESTACIÓN DE SERVICIOS A LA COMUNIDAD

La *Prestación de Servicios a la Comunidad* es una de las cuatro sanciones socio-educativas. En ocasiones los jueces lo combinan con las órdenes de orientación y supervisión y/o con la Libertad Asistida. Su definición está reglada en el artículo 126 y la define como

“La prestación de servicios a la comunidad consiste en realizar tareas gratuitas, de interés general, en entidades de asistencia, públicas o

privadas, como hospitales, escuelas, parques nacionales y otros establecimientos similares. (...)

Los servicios a la comunidad deberán prestarse durante un período máximo de seis meses. (...)¹⁹

Los fines de esta sanción van desde que el menor de edad resarza el daño ocasionado, es decir, sea responsable por sus actos y entienda la gravedad de sus acciones; aprenda que hay otras formas de superarse y ganarse el respeto de las personas; y que mejore la imagen que se creó al cometer el delito.

El mayor esfuerzo realizado con el fin de articular una propuesta permanente y concreta de esta sanción, es el convenio suscrito con el Instituto Nacional de Seguros, específicamente con el Cuerpo Nacional de Bomberos, para que los jóvenes pudieran trabajar y aprender su labor y disciplina en las estaciones de Alajuela, Cartago, Puntarenas y San José; y luego se expandiera a las estaciones del resto del país que desearan colaborar. Todo este llega a concretarse en el *Proyecto para el Prevoluntariado en el Cuerpo de Bomberos de Costa Rica*.

Según la experiencia, se señala que el grado de cumplimiento es alto.

4. Informes trimestrales

Cada tres meses los funcionarios del PNAPPJ deben de revisar el Plan de Ejecución de cada joven a su cargo para verificar el cumplimiento según los objetivos y realidades del mismo;²⁰ así como rendir un informe *al Juzgado de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles*, que indique las actitudes del joven, desarrollo y asistencia y si se constatan cambios en éste, lo cual garantiza que se dé la atención adecuada según los requerimientos del joven.

¹⁹ Costa Rica. *Ley de Justicia Penal Juveniles*. N°7576. Artículo 126.

²⁰ C.fr. Costa Rica. *Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles*, N°8460. Artículo 11.

Asimismo, los informes deben de informar sobre el ambiente familiar y social que le rodea.

Indica la Juez de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles, la Sra. Priscilla Madrigal, que la puntualidad en la entrega de estos informes de forma trimestral ha mejorado con el transcurso de los años. Pero más allá del cumplimiento de su entrega, se encuentra la calidad de información que en ella expongan los terapeutas del Programa Sanciones Alternativas, que agrega son excepcionales los casos en los cuales han requerido ampliaciones porque existe alguna contradicción o dudas sobre un punto.²¹ Del mismo modo, opina que estos informes deberían ser semestrales y que en caso que la situación del joven este variando o haya incumplimiento, sí debería informarse inmediatamente, opinión compartida también por los funcionario del PSSAA, ya que una entrega semestral les permitía preparar y sistematizar de mejor formas las sesiones terapéuticas, ya que dichos informes les demanda mucho tiempo.

5. Incumplimiento de la sanción alternativa

La ley establece que si la persona joven con sanción alternativa incumple injustificadamente lo establecido en su sentencia, previa audiencia, se le podrá cambiar su sanción por una de internamiento. El proceso se encuentra reglado en el artículo 29 de la Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles (LESPJ).

Pero ¿qué razones llevan a un joven a incumplir, aunque eso signifique dejar la libertad de tránsito por estar en un centro especializado?, ¿las respuestas pueden indicar algo? Según los especialistas del Programa, algunas razones son: porque se encuentran en *consumo activo de drogas* y esto no les permite tomar conciencia de la responsabilidad de sus actos y sus preocupaciones tienen otro

²¹ Madrigal González, Priscilla. Jueza de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles. Juzgado de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles, I Circuito Judicial de San José, San José, 28 de setiembre de 2011.

orden de prioridades; por problemas cognitivos (jóvenes analfabetas) que se les dificulta comprender elementos del proceso en el que está inmerso; porque provienen de familias delictivas (ese es su medio de subsistencia); viven en un barrio o zona conflictiva que le influye negativamente; porque no cumplen su sanción de estudiar o no encuentran un trabajo “estable” o no atienden la orden de internarse en un centro de desintoxicación o rehabilitación.

Estas respuestas lo que indican es que existe una fuerte influencia del ambiente externo sobre la ejecución de las sanciones ambulatorias, así como que son el resultado del fracasado y/o deficiente aplicación de políticas sociales.

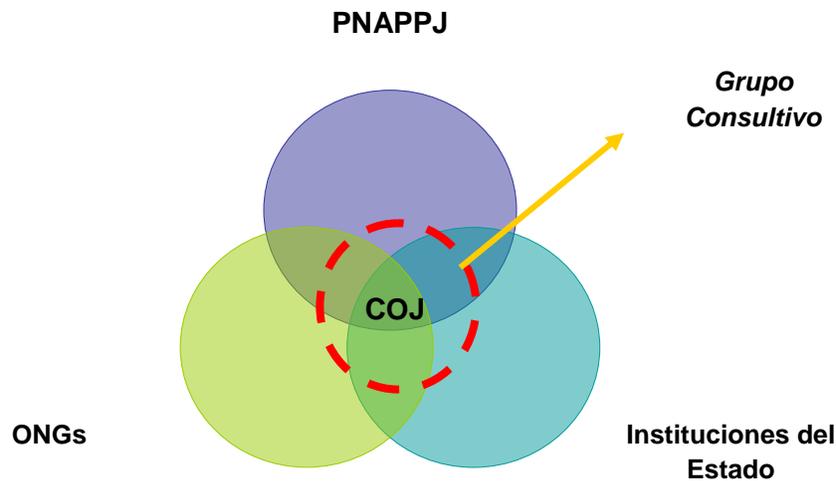
IV.3. CENTRO OPORTUNIDADES JUVENILES

El Centro Oportunidades Juveniles (COJ) es el ente encargado de gestionar la plataforma de servicios para atender la demanda de toda la población penal juvenil y los centros que componen el Programa Nacional; ser la instancia coordinadora de la Red Social de Apoyo a la Población Penal Juvenil y dar seguimiento a la ejecución de la sanción de *Libertad Condicional* (esta última no la ejerce desde el año 2009 porque no han sido referidos casos).

En otras palabras, el COJ es el contacto del Programa Nacional de Atención con las instituciones públicas y organizaciones no gubernamentales para dar soporte a las diversas necesidades de la población, tal como se observa en la Figura N° 2:

Figura N° 2:

Relación del Centro Oportunidades Juveniles con otras organizaciones



FUENTE: Elaboración propia con ayuda de la Licda. Antonia Valerio, Directora del Centro Oportunidades Juveniles.

El *Grupo Consultivo* lo conforman las organizaciones que a lo largo del tiempo se mantienen apoyando al Programa Nacional en situaciones claves y crean un espacio de análisis y reflexión. Sus principales organizaciones miembros son: Defensa de Niñas y Niños Internacional (DNI), Asociación Centro Cristiano Canaán (Hogar ZOE), Ministerio Amor en la Calle (ASCRIGERE), Centro de Enseñanza y Discipulado (CED). Entre las instituciones públicas la más activa ha sido el Instituto Nacional de Aprendizaje (INA), en especial por el compromiso de uno de sus representantes en sacar adelante un *proyecto de empleabilidad*. La relación con el IAFA ha sido más directa con el Programa Sanciones Alternativas, que con el COJ.

Asimismo, la Red Social de Apoyo nace de un proceso de concientización de que el trabajar en conjunto hace que los recursos escasos con que se trabaja se multipliquen y sea más factible la búsqueda de soluciones y oportunidades

viables para el bienestar de la población penal juvenil; aunado a que con su constitución se pretende cumplir lo ordenado en la normativa penal juvenil, en especial con el llamado que hace la Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles en lo que respecta a la coordinación interinstitucional.

Esta Red es un conjunto de instituciones estatales y organizaciones no gubernamentales que ofrecen sus servicios en busca de que cada persona joven logre su “desarrollo personal permanente, su reinserción en la familia y la sociedad, así como el desarrollo de sus capacidades y sentido de responsabilidad”,²² que son los objetivos de la ejecución de las sanciones penales juveniles.

Se puede señalar que la función del COJ es muy relevante en la ejecución de las sanciones alternativas, porque por medio de ella se informa a los jóvenes sobre opciones de estudio, de trabajo, se les busca ayuda cuando están pasando por necesidades económicas considerables, entre otros. Es una actividad que demanda un trabajo constante y de concientización con organizaciones exteriores de las cuales se requiere su ayuda.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

Una política pública trata de atender una problemática en específico, pero se constata como el éxito de la presente requiere de dos grandes acciones. Por un lado, de un fortalecimiento del Programa Nacional de Atención a la Población Penal Juvenil y en especial del Programa Sanciones Alternativas y en segundo lugar, y no menos importante, demanda la actuación sobre los determinantes sociales que impulsaron a estas personas jóvenes a cometer delitos, por qué ¿cómo se va a lograr el fin educativo y de reinserción social si el joven regresa a las mismas condiciones sociales, económicas y de inseguridad de su barrio? Estos son amenazas que atentan contra la labor realizada por las terapeutas del

²² Costa Rica. *Ley de ejecución de las sanciones penales juveniles*, N° 8460. Artículo 8.

Programa, aunado al poco interés de las autoridades de invertir en prevención; por tanto son actuaciones de políticas llenas de riesgos e incertidumbres.

A pesar de ello, se comprobó que esta política pública nace con la característica de ser holística y humana, bien estructurada desde un plano teórico pero que en lo operativo le falta mayor desarrollo en el sentido de que no logra articularse con otras políticas sociales que intervengan y den seguimiento a los determinantes o disparadores de los actos delictivos en la población menor de edad. Una de las razones de éste quiebre puede ser el dilema o falta de consenso en cómo debe darse la respuesta estatal hacia esta problemática desde las demandas sociales que exigen sanciones más punitivas, de castigo y menos rehabilitadoras y de reinserción.

Por tanto, uno de los principales desafíos de este Modelo es la articulación y compromiso estatal para su sostenibilidad, ya que la intervención y atención que se debe dar a esta población debe darse desde varias aristas e instituciones estatales y organizaciones no gubernamentales, eso exige una ejecución multiniveles.

FUENTES CONSULTADAS

Costa Rica. *Ley de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles*, Ley N° 8460. 2005.

Costa Rica. *Ley de Justicia Penal Juvenil*, N°7576. 1996.

Dirección General de Adaptación Social. *Anuario Estadístico 2008*; Informe Mensual Diciembre 2009; e Informe Mensual Diciembre 2010.

Gómez Gómez, Darío. Defensa de Niños y Niñas Internacional. *Diagnóstico regional sobre las condiciones de detención de las personas adolescentes en las cárceles de Centroamérica*. San José: DNICOS, Embajada de Holanda; 2004. 105 P.

Poder Judicial. *Anuarios Estadísticos, años 2006, 2007, 2008 y 2009*. Costa Rica.

Programa Nacional de Atención a la Población Penal Juvenil. *Manual Organizativo*. Antecedentes históricos. Documento interno de trabajo.

Subirats, Joan *et al.* *Análisis y gestión de políticas públicas*. – 1 era ed. -- Barcelona, España: Ariel Ciencia Política; 2008. 285 P.

Documentos en línea:

Álvarez Ulate, Arturo. *Menores al banquillo* [En línea]. [San José, Costa Rica]: Periódico La Nación: 11/12/95. [Citado el 2/12/09]. Disponible en: http://www.nacion.com/ln_ee/1995/diciembre/11/pagina05.html

Caja Costarricense del Seguro Social. *Programa Nuevos Horizontes*. [Citado el 02/08/11]. Disponible en: http://www.ccss.sa.cr/html/sitios/hnp/pag_nuev_hor.html

Organización de Naciones Unidas. *Convención sobre los Derechos del Niño. Observaciones de los reportes presentados por Los Estados Parte bajo el artículo 44 de la Convención*. [Citado el 9/09/11]. Disponible en: www.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/co/CRC.C.CRI.CO.4.doc

Universidad de Costa Rica. Revista Digital. Maestría en Ciencias Penales. II Serie Radiofónica: Violencia y sociedad. Algunas propuestas para Políticas Públicas. Noviembre 2010. "13. Justicia Penal Juvenil". Disponible en: http://www.revistacienciaspenales.ucr.ac.cr/images/radio/radio_universidad/violencia_y_sociedad_2/01.justicia%20penal%20juvenil%20.mp3

Entrevistas:

Calderón Morales, Marielos. Trabajadora Social del Proyecto Violencia Sexual del Programa Sanciones Alternativas. Programa Sanciones Alternativas, San Luis de Santo Domingo de Heredia, 17 de marzo de 2010.

Castro Arce, Oliva. Trabajadora Social del Eje de Atención a Adicción a Drogas. Programa Sanciones Alternativas, San Luis de Santo Domingo de Heredia, 20 de abril de 2010.

Madrigal González, Priscilla. Jueza de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles. Juzgado de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles, I Circuito Judicial de San José, San José, 28 de setiembre de 2011.

EL PAPEL (¿DE TONTOS?) DE LOS MECANISMOS NACIONALES DE PROTECCIÓN FRENTE AL FENÓMENO DEL HACINAMIENTO CARCELARIO

ROBERTO MADRIGAL ZAMORA

Defensor público

RESUMEN: Los Centros del Programa de Atención Institucional de la Dirección General de Adaptación Social costarricense casi sin excepción enfrentan niveles elevados de saturación poblacional en lo que viene a ser un mal crónico sobre el que se ha venido teorizando y denunciando desde hace más de diez años, mal que recibe el nombre de “Hacinamiento Carcelario o Penitenciario”. La pretensión de este trabajo tendería principalmente a teorizar sobre la verdadera incidencia que podrían tener en el encaramiento de este problema diferentes instancias legales nacionales cuyo encargo pasa por la vigilancia del respeto a los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad y que son conceptualizados bajo la categoría de “Mecanismos Nacionales de Protección”.

PALABRAS CLAVE: Hacinamiento Penitenciario, Mecanismos Nacionales de Protección, Derechos Humanos, Sistema Penitenciario, Populismo Punitivo, Campañas de Ley y Orden.

ABSTRACT: Almost without exceptions The Centers of the Program of Institutional Attention of the Costa Rican General Directorate of Social Adaptation face high levels of population saturation. This represents a chronic situation that has been theorized and denounced for more than a decade, an issue that has been called “Prison Overcrowding”. This work pretends to theorize about the true incidence that the different national legal entities in charge of the respect of the fundamental rights of prisoners might have in the problem’s facing. All of them are conceptualized under the category of “National Mechanisms of Protection.”

KEYWORDS: Prison Overcrowding, National Mechanisms of Protection of the Human Rights, Penitentiary System, Punitive Populism, Law and Order Campaigns.

Fecha de recepción: 25 de octubre de 2012.

Fecha de aprobación: 19 de noviembre de 2012.

INTRODUCCIÓN

Mucho han escrito los especialistas en criminología y mucho hemos opinado los apasionados en este campo sobre el tema del populismo punitivo, concepto con el cual se ha querido designar a una corriente política que por lo menos durante los últimos quince años ha pretendido ocuparse del problema de la incidencia delictiva mediante el recurso a la inflación penal. Bajo el leitmotiv de la “seguridad ciudadana” esta corriente ha construido una agenda pública¹ signada por la reducción del tópico de la seguridad ciudadana a un esquema ideológico en el que se produce una identificación exclusiva de aquel concepto con el problema de la delincuencia; invisibilizando el que aspectos tales como la salud pública, el financiamiento y el contenido de los programas educativos, la tutela de los derechos ambientales, la posibilidad del ejercicio real de los derechos políticos de la ciudadanía, la exclusión social de poblaciones específicas como los menores de edad, etc. son parte integrante del bienestar colectivo y de la sensación y de la realidad del confort, la tranquilidad y la seguridad del colectivo social.

En esta labor de ideologización del abordaje del tema en cuestión –labor en la que las empresas de trasiego masivo de la información (eufemísticamente llamadas medios de comunicación) han tenido un papel preponderante- se ha recurrido no solo a esta simplificación y tergiversación del concepto, sino que

¹ Entendemos por agenda pública un marco conceptual que desde ciertos parámetros ideológicos coloca un determinado asunto o tema en el centro de atención de la ciudadanía.

además una vez reducido al problema de la delincuencia ha propiciado una escisión entre lo que son los referentes reales de este problema y la percepción que la ciudadanía tiene del mismo. Es en este sentido que desde una perspectiva criminológica (o sea de sociología aplicada al campo del derecho penal) se ha acuñado un término para retratar la situación y que se expresa en la frase “Delito y Temor al Delito”.

Si quisiéramos esquematizar las características de este populismo punitivo lo podríamos hacer mediante la identificación de los parámetros ideológicos que englobamos bajo el concepto de “Campaña de Ley y Orden”, a saber:

1. Satanización del delito (proceso que se caracteriza por la creación de un estereotipo del infractor, la magnificación y manipulación de las tasas de crecimiento del delito, el énfasis sobre las infracciones cometidas con grave violencia, la universalización del riesgo de ser víctima de ciertos ilícitos que en realidad sólo afectan a una pequeña parte de la población –como el secuestro-, etc.);

2. Lanzamiento de una proclama por la necesidad de endurecer las leyes penales (lo que implica imponer penas más severas, tipificar nuevas conductas delictivas, amplificar la aplicación de la prisión preventiva, eliminar los llamados beneficios penitenciarios, disminuir la edad de mayoría penal, etc.);

3. Elevación de personalidades públicas que comulgan con esa estrategia noticiosa-comercial a rango de especialistas y voces autorizadas con una gran capacidad de palabra (o sea con una gran cobertura mediática en su favor). Trátase de profesionales del derecho, de la psicología, del trabajo social, del campo de la educación y otras ramas afines cuya perspectiva, rinde frutos para el interés de aumentar el rating y de producir una devastadora sensación de inseguridad e impunidad;

4. Utilización tendenciosa e indiscriminada de términos como “banda”, “organización criminal” y “crimen organizado” en prácticamente cualquier suceso noticioso relacionado con el fenómeno delictivo;

5. Cuestionamiento agresivo contra el Poder Judicial al que se le achaca no actuar con rudeza contra los delincuentes;

Constitutivos de una faceta bastante más reciente de esta campaña se pueden identificar estos otros parámetros ideológicos:

6. Dedicatoria de grandes espacios a la cobertura en directo de operativos policiales obviamente presentados desde la perspectiva de la agencia policial;

7. Explotación preeminente de la imagen y figura de las víctimas de los hechos delictivos obteniendo impresiones al calor de los acontecimientos dándole –por una parte- seguimiento periodístico (a través de reportajes, entrevistas, programas “especializados”) a aquellas que resultaron especialmente damnificadas y que reclaman una respuesta retribucionista; al tiempo que -por otra- se les convierte en figuras públicas catapultadas a los primeros planos de la escena política (incluso electoral);

8. En lo que constituye la última avanzada de esta campaña tenemos que destacar lo sucedido en Costa Rica durante los meses de mayo y junio de 2011 a raíz de la concesión de la medida cautelar de casa por cárcel a dos extranjeros acusados por el delito de narcotráfico, a partir de lo cual la prensa elevó al rango de actor dentro del proceso penal a los jefes del Ministerio de Seguridad Pública y legitimó desde la tesitura de que “la voz del pueblo es la voz de Dios” - presentándolos como participación popular en la administración de justicia- dos incidentes de descontento vecinal consistentes en el cierre de un par de calles de igual número de barriadas y la presencia con pancartas de los habitantes de las

mismas manifestándose en contra de la eventual ubicación de aquellos acusados en viviendas del lugar.

Con estas características de manejo maniqueo, superficial y efectista no es de extrañar que en nuestro país en lo que toca al tema del delito el principal interlocutor y el actor más calificado de la escena política lo constituyan los periodistas y los integrantes de la prensa, y tampoco puede extrañar entonces que el resultado de todo esto sea la producción de una política criminal (así con minúscula) que es en si misma criminal² o sea que por ambivalente, errática, ocurrente, antojadiza, demagógica e irreflexiva no hace más que perpetuar el estado de inequidad que propicia el surgimiento del delito mientras engaña a la población con un derecho penal de emergencia, simbólico o del enemigo.

El diagnóstico del estado actual de las cosas dice entonces que en nuestro país carecemos de una verdadera Política Criminal (así con mayúscula) que estaría constituida por todas aquellas iniciativas (podrían ser acciones u omisiones) públicas estatales tendientes a obtener el mayor grado posible de seguridad ciudadana –hay quienes prefieren el término “seguridad humana”-, que ocupándose de cualesquiera de los ámbitos en que se expresa y contiene esta seguridad ciudadana se enfoca específicamente en dar una respuesta al problema del delito mediante la prevención primero y la sanción después del problema delictivo así como -en una fase posterior- mediante el tratamiento del infractor.

Parecería una verdad de Perogrullo después de todo lo anterior decir que esa pseudo política criminal en boga en Costa Rica desemboca sin más en un

²“Si se acepta que la política criminal de un Estado es toda acción u omisión de los poderes públicos tendiente a reprimir o prevenir el delito, el recurrir constantemente al derecho penal...es sin lugar a dudas, una política criminal, pero siéndolo, no puedo menos que calificarla de errática, es decir, que no llega a ninguna parte...” Chinchilla Calderón, Rosaura. “Política Criminal y Demagogia Penal: Los efectos del Neopunitivismo criollo en la seguridad jurídica”. Pág.138

atiborramiento de los centros penales, que hoy por hoy se encuentran sufriendo niveles exorbitantes de hacinamiento penitenciario.

En efecto, como lo veremos en la primera sección de nuestro trabajo los Centros del Programa de Atención Institucional de la Dirección General de Adaptación Social casi sin excepción enfrentan niveles elevados de saturación poblacional en lo que viene a ser un mal crónico sobre el que aquellos expertos y apasionados de los que hablábamos al principio de esta introducción han venido teorizando y denunciando desde hace más de diez años al cabo de los cuales y en atención a la elaboración del presente trabajo tendríamos que preguntarnos ¿y ahora quién podrá defendernos?

Pregunta bajo la cual queremos hacer referencia al tema de quién es el encargado de arremangarse la camisa, ensuciarse las manos y sudarse la frente tratando de remediar el hacinamiento penitenciario.

La pretensión de este trabajo tendería principalmente a teorizar sobre la verdadera incidencia que podrían tener en el encaramiento de este problema las diferentes instancias legales nacionales cuyo encargo pasa por la vigilancia del respeto a los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad.

Para el cumplimiento de esta tarea se realizara primeramente –en la Sección Primera de este reporte- una descripción de la situación de hacinamiento actual en las cárceles costarricenses (precedida de la conceptualización de lo que aquel término significa) para de seguido –en la Sección Segunda- pasar a un enlistado e identificación de los mecanismos nacionales de protección con revisión de su perfil y atribuciones legales.

En segundo término dentro de esa misma segunda sección se abordaría la tarea de evaluar estos mecanismos desde la revisión de sus tareas concretas y de sus actitudes reales de enfrentamiento de la situación dentro de una lectura de

corte criminológico a partir de la evaluación de resoluciones jurisdiccionales pronunciamientos, posiciones públicas, informes y estrategias de acción.

En la reflexión final que a manera de conclusión del trabajo se presenta se incluye una referencia expresa al tema de la privatización carcelaria como tópico hacia el que puede llevar de uno u otro modo la situación de hacinamiento endémico y crónico que el sistema penitenciario costarricense padece.

El universo temporal a que se referirá la investigación lo es el momento actual tomándose como base en cuanto a lo que se refiere a estadísticas el último período completo del que se disponga de las mismas, esto en el tanto la valoración de estos números tiene importancia únicamente para dimensionar el problema actual de hacinamiento siendo el objetivo principal de análisis el papel que realizan los mecanismos de protección y no el hacer un estudio o descripción del agravamiento histórico del problema.

Podemos identificar así los siguientes objetivos de esta monografía:

General=

Evaluar la incidencia real que frente al problema del hacinamiento carcelario tienen los mecanismos nacionales de protección de los derechos de la población penal.

Específicos=

Identificar las diferentes instancias cuyo encargo legal sea proteger los derechos fundamentales de la población privada de libertad frente al actuar de la autoridad penitenciaria;

Analizar la labor que los mismos desarrollan y la implementación que en la práctica realizan de su encargo legal;

Valorar la eficacia y honestidad de su trabajo y dilucidar la expectativa que se puede tener de la misma como respuesta real al problema del hacinamiento;

Producir una reflexión teórica sobre la posibilidad de superar el problema de hacinamiento penitenciario desde una perspectiva criminológica, con especial mención al tema de la privatización penitenciaria.

Básicamente el trabajo se basa en una revisión y análisis de textos y documentos escritos en donde constan temas como la capacidad instalada del sistema penitenciario, el tamaño y distribución de la población privada de libertad, las políticas de ubicación de la población privada de libertad, la delimitación de las instancias legales encargadas de la protección de los derechos de los reclusos; textos dentro de los que habría que incluir también la doctrina y jurisprudencia que en torno al tema del hacinamiento carcelario y la responsabilidad legal por el mismo se hayan producido.

Complementó esta revisión teórica la realización de cuestionarios a defensores públicos de la materia penal y de ejecución de la pena, así como a supervisores de esas mismas materias y de igual manera el mantenimiento de conversaciones telefónicas con autoridades del sistema penitenciario por tratarse de personas de quienes se consideró que podía obtenerse de primera mano información relevante (en cuanto a los primeros) del perfil del que en mi criterio debiera ser el más importante –como se explicará en el desarrollo del trabajo– mecanismo nacional de protección de los derechos de los reclusos (la Sala Constitucional); y (en cuanto a los segundos) porque resultaban fuente autorizada y actualizada de información del tema del hacinamiento carcelario.

Ciertamente es innegable que el perfil de este trabajo es el de ser una revisión bibliográfica, sin embargo creemos que el aporte que estamos haciendo a la temática es el de leer con sentido crítico las posiciones oficiales asumidas por quienes en la práctica encarnan los denominados Mecanismos Nacionales de

Protección de los Derechos Humanos para concluir con descorazonamiento que “ahora nadie podrá defendernos”.

SECCIÓN PRIMERA

HACINAMIENTO PENITENCIARIO

1. DEFINICIÓN

Para poder entrar al tema del papel que juegan o deben jugar los Mecanismos Nacionales de Protección de los Derechos de las Personas Privadas de Libertad ante el problema del “Hacinamiento Penitenciario”, se hace necesario en primer lugar tener una definición o conceptualización de lo que tal cosa significa. No se trata tan solo de un asunto de definición gramatical sino además del dimensionamiento y de la connotación que ese término tiene para la reflexión criminológica.

Según el diccionario de la lengua española hacinar es “amontonar, acumular, juntar sin orden”³, de donde se seguiría entonces que hacinamiento sería aquella situación de hecho que se presenta cuando objetos, personas o animales han sido amontonados, acumulados o juntados sin orden. De esas tres palabras que el propio diccionario utiliza como referentes para explicarnos lo que es el hacinamiento escogemos por ser la más connotada la de “amontonar” que a su vez significa “poner unas cosas sobre otras sin orden ni concierto, apiñar personas o animales, juntar y mezclar varias especies sin orden ni elección”⁴.

Ya no desde lo estrictamente lingüístico sino dentro del ámbito de lo penitenciario el concepto de hacinamiento ha sido definido como:

³Diccionario Enciclopédico Océano Uno Color, Barcelona: Océano Grupo Editorial S.A., 2001, página 793.

⁴Idem, página 85.

“Acumulación o amontonamiento de personas en el sistema carcelario considerado excesivo en relación con la capacidad máxima de los establecimientos penitenciarios.”⁵

En un tono menos descriptivo y problematizando el término puede hacerse referencia al hacinamiento del siguiente modo:

“Como resultado necesario de una política criminal que procura privar de libertad a más personas nuestra población penal ha aumentado y su incremento ha sido de tal magnitud que la Administración Penitenciaria no ha tenido la capacidad de ampliar en igual medida los espacios carcelarios.”⁶

Nos atreveríamos entonces a ensayar una propuesta de delimitación del concepto que diría que debemos entender por Hacinamiento Penitenciario la situación de hecho existente en los Centros Penales en que la población de personas privadas de libertad es mayor a la capacidad que esos centros penales tienen para albergarlos de manera ordenada garantizándoles la satisfacción de todas sus necesidades personales, el respeto de todos los derechos que les corresponden como seres humanos y el acceso sin menoscabo alguno a todos los servicios que el sistema penitenciario debe brindar en razón precisamente de su naturaleza de centro de ejecución de una sanción privativa de libertad impuesta en un Estado Constitucional de Derecho.

2. DIMENSIONAMIENTO

⁵ROBLES ESCOBAR, Odilie. “El hacinamiento carcelario y sus consecuencias”. En: Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, número 3, 2011, página 407

⁶MURILLO RODRÍGUEZ, Roy. “Populismo punitivo, Cárcel perpetua y hacinamiento crítico en Costa Rica: más inseguridad por menos libertad” En: Reflexiones Jurídicas frente al Populismo Penal en Costa Rica, San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 2012, página 289

Véase entonces que al hablar del tema del hacinamiento estaríamos ingresando al terreno de la preocupación por la dignidad humana y el correcto cumplimiento de la sanción penal. Despréndese de lo anterior para dar un desarrollo lógico al tema en cuestión la necesidad de especificar entonces cuáles serían los aspectos que relacionados con la dignidad humana, la prestación de servicios por parte de la administración penitenciaria y los derechos individuales de las personas privadas de libertad se ven comprometidos o vulnerados ante la existencia de una situación de hacinamiento.

Nos permitimos para efectos expositivos esquematizarlos del siguiente modo⁷:

A) Vulneración del Derecho a la Vida y la Integridad Física

El solo hecho de que en un espacio físico confinado se acumulen personas por encima de las posibilidades materiales de contenerlas propias de ese espacio ya supone por definición un aumento de roces entre aquellas en atención a situaciones de intimidad, uso de espacios comunes y particulares, acomodo de objetos personales, etc. Sumémosle que en un medio como el nuestro el sistema se ha encargado de seleccionar a la población privada de libertad de entre sectores marginales donde muchos conflictos tienen que ser resueltos por medios violentos a lo que además hay que adicionar que la vida en prisión es por definición una vida de carencias; entonces no será muy difícil llegar a la conclusión de que la consecuencia de aquella aglomeración humana será un aumento de los actos de violencia relacionados con la solución de diferendos y discusiones (homicidios y agresiones) con la apropiación de objetos útiles para la diaria supervivencia (hurtos y robos con violencia) e incluso con la satisfacción de las pulsiones humanas (agresiones sexuales). Dentro de este apartado habría que incluir el crecimiento del tráfico y consumo de drogas.

⁷Nos fundamentamos para la elaboración de este esquema en la enumeración diseñada por SÁNCHEZ UREÑA, Héctor. "Las reformas al Código Penal y sus consecuencias en las prisiones: El caso Costa Rica". En: Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, número 3, 2011, páginas 453 y 454

B) Vulneración del Derecho a la Salud

“Entre los problemas más serios y prevalentes se encuentran, en primer lugar, la sobrepoblación penitenciaria, así como también las deficiencias sanitarias y la falta de atención médica adecuada, con graves consecuencias en materia de salud de la población reclusa. Como resultado de la sobrepoblación, la incidencia de enfermedades infectocontagiosas prevenibles como la tuberculosis (TB) y el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (sida) se han disparado en muchos centros penitenciarios de América Latina y el Caribe, hasta adquirir en algunos casos proporciones epidémicas”.⁸

Es una verdad de Perogrullo el que las situaciones de aglomeración de personas favorecen el surgimiento y la propagación de enfermedades contagiosas, algo que se potencia cuando esa aglomeración se prolonga en el tiempo. Tómese en cuenta además que un aumento no previsto en la demanda de servicios sanitarios, suministro de agua, recolección de todo tipo de desechos obviamente conducirá a una pauperización de las condiciones de higiene y a un desmejoramiento del nivel de vida.

No puede ignorarse que el incremento en la cantidad de privados de libertad supondrá también gastos no presupuestados en el rubro de los alimentos que se reflejará en una pérdida en la calidad de la alimentación, algo que ya de por sí es una violación a los derechos humanos pero que además debilita a las personas⁹ para enfrentar problemas de salud. No puede omitirse que se sigue además de esta situación una saturación de los servicios de salud y la incapacidad del sistema para la atención de enfermedades crónicas.

⁸TIDBALL-BINZ, Morris. “Atención de la salud y sobrepoblación penitenciaria; Un problema de todos”. En: Justicia Penal y Sobrepoblación Penitenciaria, México: Editorial Siglo XXI, 2001, páginas. 48 y 49

⁹Para una lectura en clave de marginación sobre la especial vulnerabilidad ante los problemas de salud de los sectores que enfrentan la prisionalización: Idem, página 54.

C) Vulneración de los fines declarados de la pena¹⁰

Desde el discurso oficial la reclusión forzosa de personas que han sido declaradas culpables de cometer un delito tiene como objetivo el lograr su resocialización (fin de la pena), algo que se logra en la teoría a través de la implementación individualizada de un programa de atención de las debilidades sociales que tenga la persona (analfabetismo, adicciones, problemas de control de impulsos, etc.) y la potenciación de sus habilidades y destrezas. Este plan individualizado debe ser diseñado y monitoreado por el personal técnico de los centros penales (abogados, trabajadores sociales, psicólogos, orientadores, etc.) con periodicidad y adaptado ante los avances o retrocesos que el privado de libertad experimente durante su vivencia carcelaria.

La sobrepoblación penitenciaria al aumentar la demanda de servicios de un equipo técnico teóricamente pensado para una cantidad inferior de personas, satura la capacidad de atención del mismo que se ve impedido de dar cobertura adecuada (cumplida, detallada, oportuna) a los procesos de atención técnica. Este desfase entre el momento y la calidad con que se recibe el monitoreo técnico y el momento y la calidad con que debiera ofrecerse conduce a la pérdida de sentido de aquella atención técnica.

Del mismo modo la imposibilidad de ofrecer fuentes de empleo y cobertura educativa o vocacional-laboral impide que la cárcel cumpla con el cometido de potenciar la dimensión social de la libertad del individuo recluido en ella.

Finalmente tendríamos que señalar la pérdida de los controles de seguridad por falta de personal, esto es, que la carencia de personal de seguridad o la

¹⁰Sobre la problematización del concepto “fin de la pena” a través de la denuncia sobre las finalidades encubiertas o no declaradas de la misma véase: SANDOVAL HUERTAS, Emiro. “Penología. Parte Especial”. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1983, páginas 247 y siguientes.

insuficiencia del mismo al aumentar la población penitenciaria sin aumentar proporcionalmente el personal de vigilancia debilita la labor de prevención de aquellas conductas contrarias a lo que sería la consecución de la resocialización (ciertamente esta insuficiencia de personal de seguridad es una consecuencia del hacinamiento que podría decirse colapsa la totalidad de la vivencia carcelaria en razón de que por definición la totalidad de esa vivencia –atención de citas médicas, traslados a actividades de recreación, cumplimiento de jornadas laborales, etc.- depende de la vigilancia presencial del personal de seguridad).

D) Vulneración del derecho a la comunicación con el exterior

En términos generales la comunicación del privado de libertad con el mundo exterior se cumple básicamente a través de la posibilidad de comunicación telefónica, la visita familiar periódica, la visita íntima, la comunicación con abogados defensores, la recepción de encomiendas provenientes del exterior de la prisión, el acceso a la televisión y otros medios de comunicación; comunicación con el exterior que cumple una función esencial de mantenimiento de la relación del preso con la realidad a la que deberá volver.

El hacinamiento penitenciario entorpece el cumplimiento de todas las actividades cotidianas dirigidas al cumplimiento de ese fin a través de situaciones tales como: la saturación de los espacios comunes dedicadas a la visita familiar¹¹;

¹¹Otra arista de este tema del entorpecimiento de la comunicación con los familiares a raíz de la existencia de hacinamiento penitenciario la señala Ramón Parés I Gallés al decir: “Nuestro principio constitucional de que las penas estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social...se ve seriamente afectado cuando *el lugar de cumplimiento de la pena radica a una considerable distancia del lugar de residencia habitual del penado y su familia*, por cuanto se dificulta enormemente su relación con el medio social y familiar, pieza fundamental de nuestro tratamiento penitenciario...La constante necesidad de distribuir y redistribuir internos entre los diferentes centros penitenciarios...ante situaciones de sobresaturación de determinados centros penitenciarios, aumenta otro de los efectos negativos del sistema penitenciario, como son las *conducciones y traslados...*” PARÉS I GALLÉS, Ramón. “Efectos de la sobrepoblación penitenciaria de Cataluña”. En: Justicia Penal y Sobrepoblación Penitenciaria, México: Editorial Siglo XXI, 2001, páginas. 201 y 202

el acortamiento del período real de intercambio con los visitantes por los atrasos que supone la revisión previa al ingreso a la cárcel de un número de visitantes exponencialmente superior al de la población privada de libertad; la insuficiencia de los aparatos telefónicos; la inexistencia de cubículos o locutorios suficientes para que los abogados puedan entrevistarse con sus defensores; la saturación de la demanda para los aposentos destinados a visita íntima, etc.

3. CAUSAS

El tercer aspecto a considerar de previo a la valoración del papel de los Mecanismos de Protección de los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad frente al hacinamiento penitenciario lo es el de sus causas.

Debemos señalar las siguientes:

A) Aumento de las penas de prisión

Varios tipos penales han visto un incremento en el monto de las sanciones; por ejemplo los -especialmente proclives a la utilización del derecho penal- grupos feministas y los proclamados como defensores de los derechos de la niñez han propugnado y logrado aumentos en el quantum de las sanciones en delitos de agresión sexual al tiempo que desde el año 1994 se aumentó la pena máxima a descontar por una persona que pasó de veinticinco a cincuenta años en lo que ha incluso ha merecido el calificativo de pena perpetua;¹²

B) Inflexibilidad en la ejecución penitenciaria

La eliminación de la posibilidad de descuento por trabajo durante la primera mitad de la pena¹³, la eliminación de la Oficina de Valoración Externa y la obstaculización de la desinstitucionalización durante el primer tercio de la

¹²MURILLO RODRÍGUEZ ROY, opus citus, página 287

¹³SÁNCHEZ UREÑA, Héctor, obra citada, página 448

sanción¹⁴ así como el desuso de los regímenes menos institucionalizados alteran el equilibrio entre “pasivos y activos” en la contabilidad del sistema penitenciario (o sea entre personas que egresan e ingresan al sistema penitenciario)¹⁵;

C) Aumento en el uso de la prisión preventiva

No solo como consecuencia de un agravamiento en la cultura inquisitiva de los jueces de la materia penal sino también con base en las disposiciones que prácticamente convierten esta medida en automática cuando la persona sometida a investigación cuenta con dos causas pendientes por delitos contra la propiedad o cuando el hecho se considere cometido en flagrancia; a lo cual se aunará la caída en desuso total de medidas alternas como la prisión domiciliaria y otras debido no solo a la presión que ejerce la prensa contra los jueces que las utilizan sino además y sobre todo a la actitud de la jerarquía judicial –entiéndase Corte Plena por medio de la Inspección Judicial- de ordenar la investigación disciplinaria contra los jueces que exhibe la prensa;

D) Restricciones al uso de la medida alterna al enjuiciamiento

Las reformas a la legislación procesal que restringen la aplicación de los institutos alternativos al enjuiciamiento de la conciliación, la suspensión del proceso a prueba y la reparación integral del daño obligan a la elevación a juicio de una serie de causas que supondrán pena de prisión y posiblemente conducen a una mayor suscripción de procedimientos abreviados por parte de los acusados y sus defensores. Con respecto al procedimiento abreviado que ya incluso desde

¹⁴MURILLO RODRÍGUEZ ROY, opus citus página 287

¹⁵VARGAS RAMÍREZ, Esteban. “Derechos Humanos y Sobrepoblación Penitenciaria en Costa Rica: período 2008-2010”. San José: Trabajo Final de Graduación para la Maestría en Derechos Humanos del Sistema de Estudios de Posgrado de la Escuela de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad Estatal a Distancia, página 47; en concordancia con MORA MORA, Luis Paulino. “Sobrepoblación penitenciaria y Derechos Humanos: La experiencia constitucional”. En: Justicia Penal y Sobrepoblación Penitenciaria, México: Editorial Siglo XXI, 2001, página 60

antes de estas reformas se había convertido en una fuente de mayor población penitenciaria¹⁶ debe hacerse ver el eventual aumento en el monto de las sanciones pactadas a partir de la nueva exigencia de que el querellante y el actor civil deban mostrar su conformidad lo cual le ha dado vigencia en fase de imposición de la sanción a los sentimientos subjetivos de venganza y retribución propios de las víctimas;

E) El déficit en la construcción de infraestructura penitenciaria

Los períodos fiscales anteriores al 2010 muestran una subejecución presupuestaria en lo que fue el rubro de construcción de centros penales, algo que obviamente impacta en el tema del hacinamiento desde que el solo crecimiento vegetativo de la población –aún sin tomar en cuenta los demás factores aquí expuestos- necesariamente exigía un remozamiento y ampliación de las construcciones. Sin embargo este es un factor de un orden distinto a los anteriores en el tanto los mismos son estructurales mientras que este es coyuntural, ya llegará el momento a la hora de analizar el papel de los mecanismos de defensa de los derechos de las personas privadas de libertad de analizar como el crecimiento de los centros penales en modo alguno podría venir a resolver el tema en cuestión;

F) El procedimiento especial para juzgar los delitos sorprendidos en flagrancia

La entrada en vigencia de este procedimiento que a manera de una justicia “express” procesa hechos delictivos en los cuales el autor haya sido sorprendido durante la ejecución del mismo o inmediatamente después de su consumación y siempre que se encuentren presentes los damnificados y los oficiales de policía que realicen el “cumplimiento”; ha provocado por la vía del dictado automático de

¹⁶MECANISMO NACIONAL DE PREVENCIÓN DE LA TORTURA, Informe Anual de Labores, 2011, página 24.

la prisión preventiva, la reducción del plazo para preparar la defensa y el aprovechamiento del clima de enfurecimiento y deseos de venganza existentes en los denunciados en el contexto inmediato al acaecimiento del hecho un aumento en la cantidad de “activos” del sistema penitenciario¹⁷;

G) La creación de nuevas figuras penales

Como por ejemplo muchas de las relacionadas con la Ley contra la Violencia contra las Mujeres, la conducción temeraria, la eliminación de las cuantías como requisito de tipicidad en tratándose de ciertos delitos de carácter patrimonial, la eliminación de la figura del robo con arrebatos y su reconversión al delito de robo con violencia implican el envío de un mayor contingente de personas a las prisiones.

4. LA SITUACIÓN EN ESPECÍFICO

La revisión de estadísticas de diferentes períodos históricos demuestran que la situación de sobrepoblación penitenciaria viene a ser un mal crónico en el sistema penitenciario costarricense. Así por ejemplo para el año 1998 Luis Paulino Mora Mora¹⁸ citando el “Informe nacional de Costa Rica de acceso a la justicia de las personas detenidas, 1998” del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo da cuenta de un problema de saturación de los centros que a ese momento contenían a mil doscientas treinta personas más de las que se encontraban en capacidad de alojar.

Si bien es cierto el autor en mención no detalla los criterios desde los cuales se conceptualiza el problema de la sobrepoblación penitenciaria y en principio

¹⁷En sentido inverso pero no descalificando lo que aquí decimos sino agregando una causal más de hacinamiento penitenciario, el presidente de la Corte Suprema de Justicia nos dice que también la mora judicial –y entonces no solo la celeridad judicial- influye en el aumento de personas privadas de libertad. Obra citada, página 58

¹⁸Mora Mora, opus citus, página 63

parece utilizar como parámetro únicamente el tema de la capacidad de alojamiento (dejando de ver la insuficiencia que supondría también en todos los demás servicios que debe brindar el centro penal), no duda en calificar esa situación como una afrenta contra lo que él llama la voluntad y tradición democrática del costarricense.

Señala además el ya para entonces presidente de la Corte Suprema de Justicia e integrante de la Sala Constitucional que desde esa época nuestras cárceles incumplían el deber de ofrecer condiciones carcelarias dignas como lo son una higiene adecuada, el suministro de colchones, la separación entre indiciados y sentenciados y el cumplimiento de los plazos de respuesta de la administración penitenciaria ante las peticiones de los privados de libertad.

Diez años después la situación se presenta similar a la estudiada por el señor Mora Mora siendo que si bien es cierto los años 2006 y 2007 no registran problemas de saturación penitenciaria, a partir del 2008 y hasta el 2010 de manera sostenida la población penitenciaria crece por encima de la capacidad instalada de los centros penitenciarios.

Es así como en la estadística citada confeccionada por Esteban Vargas Ramírez¹⁹ durante aquellos dos primeros años citados la población penitenciaria estuvo por debajo de la capacidad de alojamiento en el primero por una cantidad de doscientas treinta y dos plazas y en el segundo por trescientas cuarenta y siete; pero ya para el año 2008 se registran ciento ochenta y cinco privados de libertad de más, en el 2009 ochocientos cuarenta y tres y en el 2010 la suma llega a mil ochocientos ochenta y uno.

Resulta interesante hacer ver que pese a que como lo demuestra la estadística anterior a mediados de la primera década de este siglo XXI no se evidencian problemas de hacinamiento, otra estadística que es la de la tasa de

¹⁹Vargas Ramírez, obra citada, página 37

privados de libertad por cien mil habitantes sí evidencia un crecimiento sostenido. Así por ejemplo mientras el ya mencionado jerarca judicial menciona que para 1998 la susodicha tasa era de ciento setenta y cuatro detenidos²⁰, el Informe Anual 2011 del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura nos ofrece la siguiente contabilidad:

Año	Tasa de Población Penitenciaria por 100mil habitantes
2006	209
2007	210
2008	218
2009	237
2010	265
2011	308

Estos números resultan interesantes en tanto salvo que nuestro sistema penitenciario tenga una capacidad económica ilimitada y nuestro país un territorio extendible al infinito el problema de la sobrepoblación no tendrá posibilidad alguna de ser enfrentado.

Siempre sobre este tema la información estadística más actualizada²¹ la encontramos en el ya mencionado Informe Anual para el año 2011 del Mecanismo de Prevención de la Tortura que es un programa adscrito a la Defensoría Nacional de los Habitantes. Según este informe para el año 2011 la capacidad instalada de los centros penitenciarios nacionales era de nueve mil cuatrocientas ochenta y dos plazas frente a la cantidad de doce mil ciento cincuenta y cuatro personas

²⁰ Mora Mora, opus citus, página 60

²¹ Juan Carlos Amador funcionario del Departamento de Investigación y Estadística de la Dirección General de Adaptación Social mediante conversación telefónica sostenida el 10 de abril de 2012 comunicó que las estadísticas oficiales actualizadas al primer trimestre de 2012 sobre el tema de la población penitenciaria se tendrían hasta mediados del mes de mayo de este año.

privadas de libertad para un “superávit” (permítasenos la ironía) de dos mil seiscientos setenta y dos personas para una tasa de 28,1% de sobrepoblación.

Salvo los Centros Penitenciarios Adulto Mayor, San Agustín y San Ramón los restantes doce recintos penales registran tasas de hacinamiento penitenciario que en los casos de los centros de Cartago, La Reforma, Pérez Zeledón, San Carlos, San José y San Rafael superan esa media nacional de 28,1% siendo que en los casos de los establecimientos de Cartago y La Reforma esa media es prácticamente duplicada.

Entre las páginas 31 y 45 del informe anual que venimos comentando se hace una descripción de las vulneraciones concretas que a los derechos humanos de las personas privadas de libertad se producen en nuestro país a raíz de la situación de hacinamiento penitenciario; de seguido hacemos una referencia a las mismas para cerrar esta sección a partir de la cual podremos valorar el papel de los mecanismos de defensa que es el encargo principal de este trabajo.

- a) Las personas deben dormir en espumas al no contar con suficientes camas; espumas que se colocan aglomeradamente en el suelo en pasillos, debajo de camarotes, en el área de los baños e inclusive en orinales y servicios. Como estas espumas interfieren el libre tránsito por esas zonas, durante el día deben ser recogidas y guindadas de las rejas de las ventanas (algo que impide la entrada de luz y la circulación del aire) impidiendo el descanso diurno;
- b) Se presentan mayor cantidad de hechos violentos;
- c) Se limita cuando no imposibilita el acceso a tiempos y utensilios de trabajo y recreación, así como el acceso al contacto con el mundo exterior resultando insuficientes los teléfonos públicos y complicándose el acceso de los

familiares en sus visitas a los centros penales con lo que el tiempo para compartir con ellos es más breve;

d) El personal técnico ha perdido capacidad para atender y aplicar el Plan Técnico de cada privado de libertad y no existe posibilidad alguna de aplicar el curso de ofensores sexuales a toda la población que lo necesita según los estándares institucionales;

e) Debilitamiento de la atención médica

e.1) Los servicios médicos internos no dan abasto

e.2) Frecuente pérdida de citas en hospitales y servicios externos por la carencia de oficiales penitenciarios para atender la gran cantidad de citas médicas que son programadas

e.3) Retraso en la atención de pacientes crónicos, atraso en la entrega de medicamentos, problemas recurrentes en la prestación de servicios de odontología, dificultades en la atención de las personas con SIDA

e.4) Inexistencia de un programa preventivo de atención a la salud

e.5) Áreas de salud no habilitadas por el Ministerio de Salud para brindar el servicio

e.6) Inexistencia de programas de capacitación y actualización continua al personal médico de Adaptación Social e inexistencia de programas de mantenimiento para los equipos médicos.

Con este panorama creemos poder intentar una valoración de lo que es y lo que debe ser el trabajo que realizan las instancias que a nivel nacional tienen el encargo de velar por los derechos humanos de las personas privadas de libertad.

SECCIÓN SEGUNDA

LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN

Los Mecanismos Nacionales de Protección de los Derechos Humanos de las personas privadas de libertad identificados para la realización de este trabajo son la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales y Juzgados Penales, los Juzgados de Ejecución de la Pena, la Defensa Pública y el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura. De seguido los analizamos uno por uno.

1. SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Ubicada en la cúspide del organigrama jurisdiccional le corresponde por definición la tutela de los derechos humanos de toda la ciudadanía y por ende los de las personas privadas de libertad. Teniendo asiento constitucional y estando definidas claramente sus competencias en la Ley de la Jurisdicción Constitucional, mediante el conocimiento de los recursos de hábeas corpus y de amparo la Sala Constitucional tiene competencia absoluta para determinar las arbitrariedades que cometan tanto las autoridades jurisdiccionales como las administrativas vinculadas al tema del encierro de las personas involucradas como acusadas en un proceso penal.

Sin ser una instancia propia de los procesos penales como lo son otros de los mecanismos que serán analizados (los Tribunales y Juzgados Penales o los Juzgados de Ejecución de la Pena) su naturaleza de tribunal constitucional le

permite tener una posición superior que le consagra una especie de legitimación absoluta para conocer de cualquier clase de reclamos donde se reproche una situación de hacinamiento carcelario como violación a los derechos humanos.

Desde este punto de vista la jurisprudencia constitucional ha sido clara y reiterada en admitir como una de las atribuciones de la Sala Cuarta -como se le conoce- el resolver este tipo de asuntos, sin embargo la ineficacia de su función como Mecanismo de Protección de los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad ante el problema del Hacinamiento Penitenciario deviene de que ha asumido la posición de “gestionar” o “administrar” el hacinamiento carcelario y no de solucionarlo.

En efecto, haciendo alarde de haber asumido una posición que coloca a la jurisdiccionalidad costarricense a la altura del mundo europeo la Sala Constitucional ha optado por tolerar la existencia de una cierta cuota de hacinamiento. Así ha realizado la distinción entre hacinamiento simple que sería visto como una especie de mal necesario o daño colateral -para hacer uso de un concepto militar muy apropiado para referirnos a las modernas tesis del derecho penal del enemigo que tácita o expresamente impregnan nuestra realidad penitenciaria-, y hacinamiento crítico que sería aquel con respecto al cual debe tomarse alguna clase de medida pero paliativa y no solucionadora.

Dicho en palabras del propio magistrado Mora Mora presidente de este máximo tribunal:

“En la sentencia 2000-07484 en un caso sin precedentes..., la Sala Constitucional, ...le ordena a la ministra de Justicia que no reciba más privados de libertad en el Centro de Atención Institucional de San José, ...Al momento de la interposición del recurso la población penal en ese centro penitenciario era de...lo que ocasionaba un “hacinamiento crítico”, es decir, mayor que 120%. De acuerdo con los estándares fijados por el Comité Europeo para los Problemas

Criminales, la superación de este porcentaje constituye tratos crueles, degradantes e inhumanos,...Con esta resolución la jurisprudencia constitucional costarricense se une a los estándares europeos en la materia,...”²²

De la anterior confesión del máximo jerarca del Poder Judicial y para el momento de la misma de la Sala Constitucional podemos extraer algunas de las características de la política que dicho tribunal ha asumido frente a las denuncias de hacinamiento penitenciario y que es a la que denominamos “gestión o administración” del problema:

- a) La asunción acrítica de la posición del Comité Europeo para los Problemas Criminales que fija en una sobrepoblación del 20% un nivel aceptable de hacinamiento; acrítica porque no se hace un análisis de cual es la realidad europea a partir de la cual esa cantidad de personas de más puede ser tolerada. Sin conocer la realidad infraestructural y de servicios de las cárceles del viejo continente es de suponer que sus posibilidades son muy otras a las que existen en este tercer mundo de tal modo que aceptar sin más, recomendaciones referidas a realidades ajenas es prácticamente vergonzoso;
- b) Desconocer el carácter “total” del problema del hacinamiento de tal modo que se considera que con cerrar temporalmente un centro penal se está dando una respuesta al mismo. A nosotros nos parece obvio que como el sistema seguirá produciendo privados de libertad durante esa “cuarentena” de uno de los centros penitenciarios la consecuencia más probable será la derivación de los mismos hacia otras cárceles que entonces verán superada su capacidad de alojamiento, a lo que se sumaría la

²²Mora Mora, obra citada páginas 67 a 69

obligación de la autoridad penitenciaria de colocar en centros penales de otra zona geográfica a privados de libertad que por razones de residencia hubieran tenido la posibilidad de ser ubicados en aquel que se cerró²³;

Ya sin derivarse de la anterior cita pero producto de la revisión de los fallos jurisprudenciales dictados respecto al tema en estudio podemos también señalar como notas deficitarias de la labor de la Sala Constitucional las siguientes:

- c) La implementación de la política de “dimensionamiento”²⁴ de las sentencias dictadas, algo que significa que se concede al Poder Ejecutivo un determinado plazo para el acatamiento de las decisiones de la Sala y la corrección de las condiciones inhumanas y degradantes constitutivas de hacinamiento penitenciario. Esta posición que como se ve de la anterior cita viene siendo sostenida desde hace al menos una oncenena de

²³Sobre la ubicación y los traslados de privados de libertad como una de las consecuencias del hacinamiento que puede ser considerada como pena “adicional” véase Supra la cita número 11 a pie de página en páginas 10 y 11; y en relación con la posición de la Sala Constitucional de que esto no es problema suyo dándonos la razón sobre la miopía con que este tribunal analiza el problema del hacinamiento véase su voto número 2630-11 dictado en el expediente 10-013966-007CO.

²⁴“Es importante aclarar que la Sala Constitucional ha optado por dimensionar los efectos de las sentencias en esta materia, otorgando plazos de cumplimiento con el fin de permitirle al Estado la planificación necesaria para asegurar el efectivo cumplimiento del fallo. En Costa Rica, el Poder Ejecutivo debe contar con autorización legislativa para lograr –tras un largo proceso- la aprobación del presupuesto, de tal forma que nada haría el Tribunal Constitucional al solicitar el inmediato acatamiento de sentencias si el Poder Ejecutivo no está en posibilidad material de cumplirlas.” MORA MORA, Luis. Obra citada página 67. Criticando esta posición: “Consideramos que frente a una situación que significa un trato cruel e inhumano, no cabe este tipo de consideraciones por parte de un órgano que tutela el respeto de derechos fundamentales y, en todo caso, el hacinamiento no sólo con presupuesto se soluciona y bien podría imponerse otro tipo de de medidas más efectivas” MURILLO RODRÍGUEZ, Roy. “Populismo punitivo, cárcel perpetua...”, página 8.

años²⁵, lejos de haber solucionado el problema de hacinamiento que al día de hoy sigue existiendo y de manera agravada como se muestra en la primera sección de este trabajo, no ha hecho más que desacreditar al tribunal constitucional y hacerlo cómplice de la vulneración de los derechos humanos;

- d) Desligar el tema del hacinamiento carcelario del tema de la proporcionalidad de la sanción penal; esto es, desconocer al momento de resolver acciones de inconstitucionalidad sobre aspectos relacionados con aumento de penas o tipificación de nuevas conductas delictivas el que el populismo punitivo trae como consecuencia hacinamiento carcelario y por lo tanto supone como destino de las personas encarceladas el sufrimiento de tratos crueles e inhumanos. Ejemplo paradigmático de esto es la resolución 10453-2001 en que la Sala en cuestión resolvió la constitucionalidad del incremento del máximo legal de la pena a cincuenta años.

Quisiéramos finalizar este apartado citando un ejemplo reciente de cómo en nuestro criterio la Sala Constitucional “gestiona” el tema del hacinamiento carcelario en vez de darle una respuesta frontal.

En un reciente caso tramitado en los tribunales del circuito judicial de Cartago²⁶ (y que más adelante retomaremos también como ejemplo de la actitud de los tribunales de instancia frente al tema del hacinamiento) se planteó un Recurso de Hábeas Corpus alegando la ilegitimidad de la decisión del Tribunal de Juicio de Cartago en la que al resolver una gestión de libertad de la defensa de la

²⁵ Como ejemplo de que esta sigue siendo la posición de la Sala Constitucional pueden verse entre otros los siguientes fallos del año 2011: 8906, 11108, 11685, 12316, 13160, 13432, 13845, 13835, 14066, 14311, 14245.

²⁶ Expediente 04-000344-0071PE del Tribunal de Juicio de Cartago por Infracción a la Ley de Psicotrópicos.

acusada cuyo fundamento era el trato cruel e inhumano que esta sufría en razón de la sobrepoblación penitenciaria existente en el Centro de Atención Institucional El Buen Pastor donde sufre prisión preventiva, sencillamente ignoró los argumentos de la defensa y tal cual si los mismos no hubiera existido denegó la petición de libertad argumentando que no habían variado las circunstancias que sustentaron el dictado de la prisión preventiva.

Dicho hábeas corpus fue planteado contra el Tribunal de Juicio de Cartago en razón como ya dijimos de la omisión de resolver los alegatos de la defensa relacionados con el respeto a los derechos humanos, sin embargo la Sala Constitucional convierte el recurso en uno de amparo²⁷ y lo reorienta en contra de la dirección del sistema penitenciario pese incluso a la expresa solicitud de revocatoria planteada por la defensa.

Para efectos prácticos ¿qué representa la decisión tomada por la Sala Cuarta? Pues que incluso aunque el recurso sea declarado con lugar no se podrá ordenar la libertad de la acusada sino a lo sumo obligar a la administración penitenciaria a remediar la situación de hacinamiento penitenciario. Si en cambio el hábeas corpus hubiera seguido el curso y orientación que correspondía en caso de ser declarado con lugar en buena teoría tendría que haber supuesto la inmediata libertad de la imputada en el tanto se encontraría detenida sin respaldo en una resolución legal o, en el peor de los casos, ordenar una nueva audiencia ante el Tribunal Penal en la que otra vez la defensa tendría la oportunidad de lograr la libertad de la acusada.

En otras palabras, la Sala Constitucional opta por “administrar” el problema del hacinamiento orientándose por la alternativa que la llevará eventualmente a ordenar un remedio administrativo pero no por aquella que podría suponer la libertad de la persona, única opción válida como reparo para una situación en que la persona sufre un trato cruel e inhumano.

²⁷Expediente 12-004093-007CO

2. TRIBUNALES Y JUZGADOS PENALES

En el tanto por disposición legal estos despachos son los encargados de tramitar las causas en las que se investiga la comisión de un delito, tienen en sus manos el encargo del trámite de la prisión preventiva. En el caso de los Juzgados Penales tanto del procedimiento preparatorio como del intermedio son los encargados en primera instancia de dictar ante solicitud del Ministerio Público, del querellante o del abogado de la víctima aquella medida cautelar y de revisar la vigencia y pertinencia de la misma ya sea cada tres meses o a solicitud del defensor del acusado.

En el caso de los Tribunales Penales fungen durante las fases preparatoria e intermedia como tribunal de apelaciones para conocer las impugnaciones de las partes del proceso frente a la prisión preventiva, y en fase de debate o de impugnación se convierten en el despacho que tiene a su cargo el dictado de la misma o el conocimiento en única instancia de todo lo referente a la misma (cesación, prórroga, modificación, etc.). Además de lo anterior ya propiamente en fase de ejecución de la pena son los encargados de conocer las apelaciones de las resoluciones dictadas por el Juez de Ejecución de la Pena en aquellos casos en que dictaron la sentencia de fondo que da origen a la reclusión de la persona cuya situación se discute en esa sede de ejecución.

Aunque por no poder conocerse la totalidad de las resoluciones dictadas en todo el país en un determinado período de tiempo por todos los juzgados y tribunales penales en relación con la prisión preventiva, no puede descartarse que existan algunas de esas resoluciones referidas al tema de la vigilancia de los derechos humanos de los privados de libertad durante ese encierro es lo cierto que la inmensa totalidad de los fallos sobre prisión preventiva se refieren únicamente al análisis de los presupuestos procesales para la sustentación de la misma (peligro de fuga, de reincidencia, de obstaculización, riesgo para la

integridad de la víctima o delito en flagrancia). Brilla por su ausencia entonces una línea jurisprudencial proveniente de estos despachos que se oriente hacia la sanción de las vulneraciones que durante la prisión preventiva en razón del hacinamiento existente en nuestras cárceles sufren las personas cuya detención ha sido ordenada por los mismos.

Tan es inusual que a nivel de tribunales y juzgados penales se discuta el tema de la situación carcelaria como causal de cese o modificación de una prisión preventiva, que no es sino hasta después de siete años de vigencia del actual Código Procesal Penal que oficialmente se planteó la duda de a cual autoridad correspondía durante el trámite del proceso penal la vigilancia de las condiciones en que se ejecutaba la prisión preventiva.

En efecto, mediante resolución CAP005-05 la Comisión de Asuntos Penales se ve en la obligación de clarificar que así como a los Jueces de Ejecución de la Pena corresponde todo lo referido a la ejecución de la sanción firme de prisión impuesta en un proceso penal, es a los jueces penales a los que corresponde el conocimiento, el control y la aprobación de cualquier determinación que tomada por las autoridades penitenciarias tenga que ver con la ejecución de la prisión preventiva.

Se desprenden dos aspectos interesantes para el tema en estudio de lo anteriormente descrito, por una parte el transcurso de una cantidad de tiempo nada despreciable para que el tema generara alguna duda pero al mismo tiempo el que la duda generada lo fuera sobre a quien le correspondía la competencia sobre tal tema.

En todo caso incluso aun después de este pronunciamiento de la mencionada Comisión de Asuntos Penales el panorama con respecto a los tribunales y juzgados penales como Mecanismo de Protección de los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad no cambió en nada, es decir, la

total ausencia de pronunciamientos que se aboquen al conocimiento de situaciones de hacinamiento que conviertan la prisión preventiva en un trato cruel e inhumano y que por lo tanto den pie a una modificación de esa medida sigue siendo la tónica.

Desde el mismo momento en que los jueces penales y de juicio que como hemos visto tendrían a su cargo la vigilancia de las condiciones en que se ejecuta la prisión preventiva no tienen como encargo legal la realización de visitas carcelarias, ya puede irse avizorando que esta instancia como mecanismo de protección tiene que devenir en inoperante. Si a la ausencia de una formación laboral que claramente inculque la supremacía de la normativa que consagra los derechos humanos por encima de aquella que hace referencia al trámite procesal de una causa, le agregamos el total divorcio entre la realidad del gabinete del juez desde el que dicta su resolución y la realidad cotidiana de la cárcel que hemos descrito en la sección anterior el resultado no puede ser otro que la completa inutilidad o ineficiencia de esta instancia para los efectos que nos interesa rescatar.

En este sentido dos recientes gestiones planteadas por la Defensa Pública de Cartago ante tribunales penales que tenían a su cargo a dos personas privadas de libertad resultan emblemáticas e ilustrativas de lo que aquí venimos diciendo.

En una de ellas planteada ante el Tribunal de Juicio de Cartago como una solicitud de modificación de la medida cautelar que sufre la imputada en el Centro de Atención Institucional El Buen Pastor, y en la que se alegaba –contando como prueba con la declaración de la propia imputada y el Informe Anual de Labores 2011 del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura- que el hacinamiento existente en dicho centro atentaba contra la salud de la privada de libertad que había tenido que esperar más de un mes para ser atendida por la doctora del centro y que ya llevaba otro mes esperando la entrega de los medicamentos así como por el hecho de que en ocasiones no recibía alimentos por cuanto las

raciones no alcanzaban para todas las detenidas, el mencionado tribunal simplemente ignora los argumentos de la defensa técnica y material y sin hacer la menor referencia al tema del respeto a los derechos humanos sencillamente centra su atención en el hecho de que según el código de rito la modificación de una medida cautelar sólo puede dictarse cuando hayan cambiado las circunstancias procesales que sustentaron el dictado de la misma²⁸.

En la segunda planteada ante el Tribunal de Juicio de Pérez Zeledón²⁹ con base en el mismo argumento del hacinamiento penitenciario, de modo extraordinario el juez de oficio señaló la realización de una inspección ocular luego de la cual habiendo constatado fehacientemente los problemas de alojamiento, privacidad y posibilidades de descanso que enfrentaba el privado de libertad resolvió no disponer la libertad del acusado pero sí ordenar al director del Centro Penal que sin trasladar al acusado a otro centro penal para no agravar su situación de desarraigo –debe decirse en este punto que se trataba de una persona indígena- y sin trasladar el hacinamiento a otros pabellones del mismo solucionara en el plazo de tres días la situación de vulneración de los derechos humanos del acusado.

Si bien es cierto en este caso el juez rompiendo todos los moldes se apersona al centro penal y reconoce la primacía del tema de los derechos humanos por sobre la legislación ordinaria y sus causales de prisión preventiva, de manera absurda dispone como solución obligar al director del centro a lo imposible tomando en cuenta que tanto ese centro penal de Pérez Zeledón como todos los del resto del país se encuentran hacinados por lo cual en la realidad no resolvió la situación de hacinamiento del acusado.

²⁸En este asunto el fiscal de La Unión, Cartago a quien lo correspondió asistir a la vista en que se sustanció la solicitud de la defensa afirmó que el tema de los derechos humanos no era que pudiera discutirse ante los tribunales.

²⁹Tribunal de Juicio de Pérez Zeledón, expediente número 07-200191-634PE por Relaciones Sexuales consentidas con menor de edad. En este asunto la fiscal de Buenos Aires, Puntarenas a quien le correspondió asistir a la vista en que se sustanció la solicitud de la defensa afirmó que “ella no veía que el tema del hacinamiento fuera razón para ordenar una modificación de la medida de prisión preventiva”.

Puede verse entonces que ni siquiera en un caso en el que se reconoció el tema del hacinamiento como constitutivo de un trato cruel fue posible encontrar en un tribunal penal un mecanismo eficiente de protección del acusado, desde que el juez no se atrevió a ordenar la libertad de la persona amparada.

3. JUZGADOS DE EJECUCIÓN DE LA PENA

Si bien es cierto los Tribunales y Juzgados Penales comparten con el Juez de Ejecución de la Pena el perfil de vigilantes de las condiciones en que se sufre el encierro (los primeros en razón de medidas cautelares y los segundos en razón del descuento de una pena), es lo cierto que mientras para aquellos esa labor es una más de las que componen sus obligaciones como jueces que tramitan el proceso penal en el caso de los jueces de ejecución de la pena esa vigilancia es la razón de ser de su cometido laboral. Resulta entonces que estamos ante la instancia judicial vocacionalmente instituida para garantizar los derechos humanos de las personas privadas de libertad.

En el cumplimiento de ese cometido y en lo específicamente relacionado con el tema del hacinamiento creemos poder sostener la existencia de una conciencia y un activismo en tratar de enfrentar el problema. Es así como en una decisión de la cual no conocemos ninguna clase de precedente, de manera colegiada a nivel nacional los jueces de ejecución de la pena dictaron conjuntamente una resolución³⁰ en la que otorgando un plazo de seis meses ordenaban a las autoridades penitenciarias la eliminación del hacinamiento carcelario en el sistema penitenciario nacional.

En esta resolución no se hace uso del criterio del hacinamiento crítico que según la Sala Constitucional es tolerable y del que hablamos en la primera sección

³⁰MURILLO RODRÍGUEZ, Roy. Obra citada página 295

sino que se obliga a no mantener una población mayor a la capacidad de las instalaciones carcelarias.

En esta misma tesitura de diseño de estrategias para hacer frente al tema de la sobrepoblación encontramos que los diferentes juzgados de ejecución han echado mano como herramienta jurisdiccional del denominado “Incidente de Medidas Correctivas”³¹, por medio de la cual se da trámite a las quejas en que los privados de libertad y sus representantes legales alegan la existencia de situaciones de vulneración a su salud, condiciones de alojamiento, privacidad, alimentación, higiene, etc. en razón de la existencia de una cantidad de personas mayor a la capacidad de un determinado centro penitenciario.

Estos incidentes tienen la particularidad de que su trámite se prolonga a través del tiempo para poder dar seguimiento a las medidas que en caso de declararse con lugar la gestión ordena tomar el despacho, medidas que precisamente le dan su nombre al incidente en razón de que pretenden corregir la situación que vulnera los derechos humanos y que formarían parte de la función de control asignada por la ley a estos juzgados.

Es así como el establecimiento de plazos que realiza la autoridad jurisdiccional para que la administración penitenciaria cumpla con obligaciones concretas que se le imponen (entrega de materiales y artículos de uso personal a las personas privadas de libertad, reparación de instalaciones físicas, puesta en funcionamiento de servicios de primera necesidad, disminución de la población reclusa, etc.) vienen a resultar supervisados a lo largo incluso de años, sin que el privado de libertad tope con la necesidad de incoar un nuevo proceso o sin tener que enfrentar el problema de reiniciar toda la reconstrucción probatoria del caso.

³¹Para una ejemplificación de las más típicas incidencias conocidas por los Juzgado de Ejecución de la Pena véase: AGUILAR HERRERA, Gabriela. “Ejecución de la Pena Historia, Límites y Control Jurisdiccional”. San José: Poder Judicial Defensa Pública, 2011, páginas 295 y siguientes.

Debe destacarse que dentro de esta tesitura los despachos de ejecución de la pena han tomado medidas tales como lo que llamaríamos “la clausura técnica” de determinado centro penal, ordenando el que no puedan ingresar más privados de libertad al mismo (así por ejemplo resolución de las diecisiete horas con seis minutos del 20 de enero de 2011 del Juzgado de Ejecución de la Pena de Cartago, dictado dentro del Incidente de Medidas Correctivas número 00-000624-0067PE en el que a su vez se encuentra acumulado el incidente 06-000028-564PE) así como otras de menor entidad relacionadas como ya se dijo con el establecimiento de plazos para la entrega de artículos de primera necesidad (papel higiénico por ejemplo) o la terminación definitiva de obras de infraestructura (aulas, servicios sanitarios, etc.)

Ahora bien toda esta enjuandía vocacional de los jueces de ejecución de la pena no deja de tener la debilidad que el autor Roy Murillo le señala a su vez a las resoluciones de Sala Constitucional, como lo es el no procurar una solución inmediata del problema de la sobrepoblación toda vez que se otorgan plazos para una rebaja paulatina de la población penitenciaria que evidentemente no han surtido efecto porque al día de hoy la sobrepoblación es patente en todos los centros penitenciarios (como se reseñó en la sección anterior) o se toman decisiones que lo único que suponen es el traslado del hacinamiento a otro centro penal como cuando se ordena el cierre de un establecimiento carcelario pero la cantidad de privados de libertad sigue siendo la misma, que a la vez dejan sin resolver y de hecho agravan algunas de las consecuencias del hacinamiento como vendría a ser la ubicación del privado de libertad en otro centro que no esté técnicamente cerrado y que probablemente se encuentra a mayor distancia del domicilio de esa persona.

En este sentido nos parece oportuno retomar el tema de la decisión colegiada tomada por todos los jueces de ejecución de la pena del país la cual fue frenada por una disposición de la Sala Constitucional (resolución 15656-2011) según la cual los jueces tienen competencia en cada circunscripción y no pueden

tomar una medida a nivel nacional. Nos preguntamos por qué razón los jueces entonces no han concertado acciones que aunque tomadas de manera individual según los procesos que se tramitan en sus respectivas jurisdicciones tuvieran un efecto conjunto por ser tomadas dentro de un mismo período de tiempo y coincidir en la medida tomada como la de ordenar la disminución de la población penitenciaria.

De igual manera en el caso del Centro de Atención Institucional de Cartago en el ya referido expediente 00-000624-0067PE desde hace más de un año la autoridad penitenciaria se comprometió a realizar una valoración extraordinaria de la población privada de libertad para efectos de lograr una disminución de la población institucionalizada, sin embargo al día de hoy dicho centro penal es uno de los que mayor hacinamiento registra.

Ante estas situaciones de incumplimiento la respuesta de los juzgados de ejecución ha sido ordenar el mantenimiento de las medidas correctivas impuestas, algo que obviamente deviene en insuficiente.

No puede dejar de pensarse que en este tipo de situaciones se nota el peso o desgaste que ha supuesto para la jurisdicción de la ejecución de la pena la resistencia que desde sus inicios ha presentado la administración penitenciaria con respecto a ella. Especialmente el punto relacionado con el derecho que esta última considera que le corresponde en exclusiva sobre la ubicación de los privados de libertad –en lo que la instancia constitucional le ha dado la razón-, aspecto que eventualmente podría resultar esencial en punto a buscar una respuesta eficaz frente al problema que estudiamos.

4. DEFENSA PÚBLICA

“En la clasificación hecha, la segunda función de las Defensas Públicas en relación con las personas privadas de libertad, sería la

defensa de sus derechos, durante la ejecución de la prisión preventiva y la pena de prisión. En este punto podemos distinguir dos tareas:...Y otra tarea, que está relacionado con las condiciones materiales de la privación de libertad, vela porque la privación de libertad de los defendidos y defendidas sea solo (privación de libertad), con total respeto por sus derechos fundamentales. Este hecho, por lo general no ocurre en gran medida, en razón del hacinamiento ocasionado por el acelerado crecimiento de la población penitenciaria. El hacinamiento es una grave violación a derechos humanos, que transforma la privación de libertad en cruel, inhumana y degradante,...es una variable que incide en la violación de múltiples otros derechos fundamentales de las personas privadas de libertad...”³²

Este encargo le deviene a la Defensa Pública en razón de su naturaleza jurídica de representante y asesora legal de aquellas personas que sometidas a la persecución penal en todas sus fases, incluyendo la de ejecución de la pena, soliciten sus servicios. A diferencia del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura sí se encuentra vinculada al sector jurisdiccional perteneciendo a la organización del Poder Judicial, específicamente al denominado ámbito auxiliar de la Administración de Justicia, y a diferencia de los demás mecanismos estudiados no tiene en sus manos el poder de tomar decisiones jurisdiccionales sino que más bien su perfil institucional es el de incoar -por medio de las gestiones presentadas en los procesos en que ha recibido su designación como defensor a cargo de los intereses del sentenciado o acusado- pronunciamientos judiciales en torno al tema del hacinamiento penitenciario.

Si por un lado podría considerarse que como Mecanismo de Protección esta institución tiene una posición de menor valor por no tener en sus manos

³²CARRANZA LUCERO, Elías. “Defensa Pública y Personas presas en América Latina”. En: Revista Defensa Pública, San José: Diseño Editorial S.A., octubre, 2003, página 252.

ningún poder de toma de decisiones como lo tienen los despachos judiciales, ni contar con la capacidad de palabra (entiéndase cobertura pública) con que cuenta el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, por otro lado habría que concluir en que se trata de un ente de la mayor importancia en el tanto de su impulso, de su creatividad y de su beligerancia procesal depende en mucho el planteamiento del tema del hacinamiento penitenciario ante las instancias judiciales.

Desde el punto de vista teórico la obligación de vigilar los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de encierro en causas asesoradas o representadas por la Defensa Pública ha sido reiteradamente recordada por la Dirección de la Defensa Pública mediante el dictado de instrucciones o directrices (por ejemplo Circular 12-2008), siendo que actualmente también se trabaja en un documento denominado “Protocolo de Visita Carcelaria” que sistematizaría todo el elenco de aspectos sobre los que debe recaer la preocupación profesional del defensor en relación con las condiciones en que se ejecuta la prisión preventiva o pena de prisión, aspectos todos que como vemos a continuación constituyen los derechos que se vulneran a partir de las situaciones de hacinamiento penitenciario:

“...4.3 Preguntarle a la persona privada de libertad sobre los siguientes aspectos y constar por escrito en acta la respuesta que sobre estos cuestionamientos brinde:

4.3.1 Condiciones de infraestructura: espacio físico (húmedo, falta de ventilación, carente de espacios de aseo o descanso, hacinamiento, etc.). Sobre el tema del hacinamiento, debe prestarse especial atención, pues implica una desmejora en el disfrute del resto de derechos fundamentales de la persona privada de libertad.

4.3.2 Condiciones de alimentación: comida, ajustada a la cultura, fresca o

rancia; higiene en la preparación o en el momento en que es servida, ajustada a recomendaciones médicas. Porción suficiente.

4.3.3 Condiciones de comunicación: existencia de teléfonos públicos, medios escritos (correo postal o acceso a telégrafos, etc.) y acceso a estos. Visitas de asesoría técnica, familiares, conyugales.

4.3.4 Condiciones de atención médica: existencia de examen de ingreso, servicios médicos (generales o especializados) y odontológicos, dentro del centro penitenciario, periódicos o en emergencias, horarios de atención a la población penitenciaria, servicios médicos externos, orden de las citas, traslados a centros hospitalarios, etc. Suministro de medicamentos o dietas. Instalaciones dentro del centro.

4.3.5 Observaciones sobre el resultado de gestiones de carácter administrativo así como verificar el debido proceso en estas. En procesos disciplinarios, atender las consultas que se hagan y verificar su debido proceso.

4.3.6 Condiciones para laborar: seguridad del lugar de trabajo y que este sea digno. Objetividad en los criterios de asignación.

4.3.7 Condiciones en relación con el uso del agua: existen las instalaciones necesarias para que la persona privada pueda acceder a ella cuando la requiera. Condición de potable.

4.3.8 Condiciones para educación: se da acceso a programas educativos que favorezcan el desarrollo de la persona privada de libertad, con condiciones de disponibilidad (cantidad suficiente), accesibilidad (no discriminación), aceptabilidad (calidad, pertinencia, adecuados).

4.3.9 Condiciones de seguridad: peligro por conflictos con otras personas internas o con personal de seguridad de los centros penales.

4.3.10 Condiciones de visita conyugal: sobre las características del lugar, la frecuencia, duración, condiciones de género de la pareja.

4.4 Realizar inspección relativa al punto de queja de la persona privada de libertad y levantar acta de lo que se encuentre en esta. En caso de que no se le permita realizar esta inspección, levantar constancia de esta situación.

4.5 En caso de que proceda, presentar gestión relativa a cualquiera de los puntos indicados en los apartados 4.3.1, 4.3.2, 4.3.3, 4.3.4, 4.3.5, 4.3.6, 4.3.7, 4.3.8, 4.3.9 y 4.3.10, el cual haya sido manifestado por la persona privada de libertad o haya sido detectado por la defensa técnica; de la misma forma, plantear incidente de queja ante la Administración penitenciaria cuando se detecte la violación de cualquier derecho fundamental”³³.

Desde el punto de vista teórico entonces pareciera que a nivel de la jerarquía de la Defensa Pública el tema de la misma como vigilante de los derechos humanos de las personas privadas de libertad se tiene claro, sin embargo el hecho de que solo hasta ahora se esté elaborando un documento donde de manera completa y detallada se sistematicen las obligaciones de los defensores lleva a pensar que en la práctica cotidiana esa vigilancia no se lleva a cabo de la manera que debiera hacerse. Este aserto encuentra ciertamente correspondencia con un rudimentario sondeo realizado para la preparación de este trabajo que consistió en un cuestionario distribuido entre 49 defensores de diferentes zonas del país (Alajuela, Cartago y Limón) de las materias Penal (42 defensores) y Ejecución de la Pena (7 defensores).

³³Documento interno de la Defensa Pública de Costa Rica en preparación titulado “Protocolo de Visita Carcelaria”, facilitado por el licenciado José Arnoldo González Castro supervisor de la Unidad de Impugnaciones de la Defensa Pública.

De esos 49 defensores consultados solamente 13 respondieron el cuestionario siendo que pese a tratarse de defensores de al menos 5 años de experiencia o vinculación con la labor de la Defensa Pública sólo el cincuenta por ciento de los mismos respondió que había alegado alguna vez ante algún tribunal el tema del hacinamiento penitenciario como situación de vulneración de los derechos humanos pretendiendo la libertad de su defendido.

De igual manera consultados sobre si conocen el Informe Anual del Mecanismo de Protección contra la Tortura solamente dos afirmaron conocerlo de los cuales uno lo conoce solo parcialmente. Sin embargo contrastando de alguna manera con este panorama dos defensores respondieron en el sentido de haber acompañado a los personeros del Mecanismo Nacional al centro penal de su jurisdicción durante la visita que el mismo realizó como parte de sus labores de monitoreo.

En este mismo sentido pese a que consultadas las supervisoras de la Defensa Pública de la materia Penal y de Ejecución de la Pena sobre la relevancia de dicho informe para la labor de la defensa pública no se recibió respuesta, en razón de nuestra vinculación laboral con la Defensa Pública podemos afirmar que no ha habido ninguna iniciativa interna de divulgación del susodicho Informe ni de discusión de sus conclusiones.

La consideración de esta situación así como de la naturaleza propia de la Defensa Pública a la que hacíamos referencia en las primeras líneas de este apartado nos lleva al señalamiento de tres debilidades de la misma como mecanismo protector de los derechos humanos:

a) Uno consustancial a su propia naturaleza jurídica, que radica en que por ser una institución que representa judicialmente a las personas que sufren privación de libertad ante instancias judiciales no tiene en si mismo ningún poder de decisión, dependiendo del convencimiento que logre obtener de esas instancias

judiciales; convencimiento que no depende del todo de sus habilidades técnicas sino de la voluntad política que los despachos judiciales tengan para prestar oídos a los planteamientos de la defensa;

b) La total incapacidad que ha mostrado la Defensa Pública para pactar alianzas estratégicas con otras instancias como el Mecanismo Nacional de Protección contra la Tortura, para aglutinar y asociar políticamente en derredor suyo a las poblaciones afectadas por el populismo punitivo (como los familiares de privados de libertad o expresidarios que sufren marginación) y darles una voz pública de denuncia contra –para lo que interesa a este trabajo- el hacinamiento, y para constituirse como un actor de la escena política nacional que es la arena en la que se decide en buena medida la vigencia de las garantías individuales; y

c) La carencia de claridad ideológica³⁴ en la función que se desempeña, siendo que hasta el momento más que una ideología propia de la Defensa Pública lo que se ha logrado implementar es una programación teórica del estilo “misión-visión” propia de las corrientes gerencialistas en boga, carencia que le impide llevar de manera sistemática y orgánica hasta sus últimas consecuencias luchas como la del reproche contra el hacinamiento penitenciario.

5. MECANISMO NACIONAL DE PREVENCIÓN DE LA TORTURA

El encargo legal de este programa le proviene del Decreto Ejecutivo No.33568-RE-MSP-G-J que pretende dar cumplimiento a la obligación contraída por el gobierno de Costa Rica al firmar el Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes según el cual debe existir un órgano encargado de realizar lo que se llaman visitas de

³⁴Para muestra un botón: en la tesis de doña Gabriela Aguilar Herrera ya citada en este ensayo y que fue publicada por la propia Defensa Pública se nota una preocupación -en mi criterio ajena a los intereses de la Defensa Pública- por el bienestar de la víctima; no una preocupación de tipo estratégica o sea una que sostuviera el interés táctico de la defensa en ciertos casos de congraciarse con la víctima para lograr el mejor resultado procesal para el imputado o el sentenciado, sino una preocupación inspirada realmente en la necesidad de que aquella vea resguardados sus derechos o su integridad psicológica. Véanse por ejemplo páginas 277 a 279.

prevención³⁵. Se trata de un programa adscrito a la Defensoría Nacional de los Habitantes que cuenta con tres funcionarios (dos abogados y un politólogo) con lo que se convierte en el único mecanismo de los estudiados que no se encuentra vinculado con las instancias jurisdiccionales de nuestro país.

El “Mecanismo” lo que realiza es una labor de monitoreo de las condiciones –en lo que interesa- en que se encuentran las personas detenidas, encarceladas o sometidas a custodia “en una institución pública o privada de la cual no pueda salir libremente, por orden de una autoridad judicial o administrativa o de otra autoridad pública” (artículo 4 del Protocolo Facultativo antes citado). Esta labor de monitoreo se lleva a cabo mediante inspecciones o:

“**Visitas exhaustivas**, regularmente son visitas de más de un día de duración, se practican en determinado lugar de detención y abarcan entrevistas, verificación de condiciones materiales, revisión de registros, entre otros. Son visitas de fondo.

Visitas ad hoc, son visitas focalizadas que tiene como fin verificar el cumplimiento de las recomendaciones emitidas por el MNP, o bien, dar seguimiento para evitar que se tomen represalias contra las personas privadas de libertad o personal que haya sido entrevistado por el MNP en visitas anteriores; y

Visitas temáticas, son las que se efectúan cuando el MNP realiza alguna investigación sobre un tema en particular.”³⁶

De entrada no más podemos señalar entonces tres debilidades de este programa como mecanismo de protección; la primera dijéramos de naturaleza estructural en el tanto pertenece a un ente –la Defensoría de los Habitantes- cuyo

³⁵MECANISMO NACIONAL DE PREVENCIÓN CONTRA LA TORTURA, Obra citada, pág.

1

³⁶Idem, página 4

jerarca si bien es designado por la Asamblea Legislativa es escogido de una terna propuesta por el Poder Ejecutivo al que también pertenecen las autoridades penitenciarias, la segunda lo exiguo de su personal y la tercera que al no tener vinculación alguna con las autoridades jurisdiccionales (ni siquiera a manera de órgano auxiliar como oficialmente se describe a la Defensa Pública) carece de toda legitimación para incoar procesos³⁷ ante los diferentes despachos judiciales del Poder Judicial en defensa de los privados de libertad que sufran condiciones de hacinamiento.

El mejor reflejo de estas limitaciones de tipo político, legal y de carencia de recursos y de lo poco eficaz que como mecanismo de protección puede resultar este programa de la Defensoría de los Habitantes se constata con solo ver el tono con que se redactan las resoluciones que el mismo toma ante los problemas encontrados, por ejemplo:

“El MNP considera que la Administración Penitenciaria debe abstenerse de ubicar internos en dicho lugar. Sin embargo, como es de conocimiento general que el Sistema Penitenciario se encuentra atravesando por una crisis en este momento...el Mecanismo **recomendó** que se adoptaran las **acciones administrativas necesarias** para remozar la infraestructura...”³⁸ (La negrita no es del original)

³⁷Sobre lo inelástico de nuestro proceso de ejecución de la pena con respecto a la legitimidad para accionar véase MURILLO RODRÍGUEZ, Roy. “Ejecución de la Pena”. San José: CONAMAJ, 2002, página 56 y AGUILAR HERRERA, Gabriela. “Ejecución de la Pena Historia, Límites y Control Jurisdiccional”. San José: Poder Judicial Defensa Pública, 2011, páginas 279 a 281.

³⁸MECANISMO NACIONAL DE PREVENCIÓN CONTRA LA TORTURA, obra citada pág. 52

“Por último se **recomendó disponer de lo necesario** para que se investigaran los supuestos actos de corrupción del personal penitenciario...”³⁹

Puede verse que enredado en los mecateos de lo protocolario, lo diplomático y lo políticamente correcto pese a la demoledora denuncia que su trabajo in situ – con lo cual le lleva una ventaja inconmensurable a los demás mecanismos de protección analizados en este trabajo- le permite hacer sobre las situaciones de hacinamiento que hoy por hoy se viven en el sistema penitenciario nacional, al momento de encontrar remedio a las mismas todo se reduce a una realidad de “mucho ruido y pocas nueces” y sus recomendaciones no se traducen en si mismas en ninguna mejoría palpable de la situación de los privados de libertad ni en un insumo por si mismo redituable para esas personas.

El Informe Anual de Labores que contiene una bastante detallada descripción del hacinamiento de nuestras cárceles con una consecuente elaboración de las vulneraciones que a los derechos humanos se están produciendo en las mismas, es presentado públicamente una vez al año con el respaldo de la Defensoría Nacional de los Habitantes con lo cual recibe una importante cobertura mediática que incluye no solo la divulgación del documento que lo contiene sino también una cierta confrontación contra sus resultados de ciertas autoridades del Ministerio de Justicia.

Sin embargo dicha cobertura que se prolonga de dos a tres días, honrando la máxima de que en Costa Rica no hay escándalo que dure más de ese lapso, agota toda la influencia que alcanza la sin duda extenuante labor de los profesionales del “Mecanismo”.

La comparación de los dos últimos informes correspondientes a los años 2010 y 2011 evidencia que la situación de un año a otro no ha variado en lo más

³⁹Idem página 48

mínimo en cuanto al irrespeto de los derechos humanos de los privados de libertad. La descripción de las situaciones de carencia de camas, de personas durmiendo en servicios sanitarios, de sobrepoblación en todos los centros penitenciarios, etc. es la misma en una evidente demostración de la inocuidad de la denuncia excelentemente documentada que realiza el programa en cuestión.

El no haber llevado a la práctica alianzas estratégicas eficientes con organizaciones como la Defensa Pública para lograr darle injerencia ante las instancias jurisdiccionales a su labor, el no tener ningún interés en modificar la ley procesal para poder constituirse directamente como actores del proceso de ejecución de la pena y las notas propias de su naturaleza jurídica (vinculado al Poder Ejecutivo en el sentido que antes lo expusimos) demuestran a las claras que no podemos conceptualizar al Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura como un mecanismo eficiente en la defensa de los derechos humanos de los privados de libertad.

Incluso puede decirse que la situación antes descrita puede tener un efecto contraproducente obviamente no querido por el Mecanismo y que sería una especie de impermeabilización del sistema frente a las críticas. Si la reiteración sistemática de las denuncias que con todo detalle y documentadas de manera incontestable presenta y divulga el programa en comentario no logra tener ninguna repercusión real y estructural, el mismo no solo se desacredita ante los sectores pensantes que no ven entonces ningún valor en la labor que se realiza sino que además puede llegar a convertirse frente a los ojos de la opinión pública en un discurso trillado que se escucha año con año y se agota en una simple cobertura periodística.

Sería algo así como una inversión del cuento del niño que gritaba como broma “lobo” ante lo cual los pastores corrían en su auxilio innecesariamente hasta que el día en que realmente necesitaba auxilio ya nadie lo creyó, en este caso el grito de “hacinamiento” es una alerta verdadera pero ante el hecho de que

pese a que no se toma ninguna acción de solución al problema el sistema político o jurídico no colapsa, nuestro país no resulta condenado internacionalmente, los presos y sus familias siguen malviviendo pero sin molestar a nadie, etc. sencillamente la conclusión es que no es necesario prestarle atención.

CONCLUSIÓN

Como vimos en la primera sección de este trabajo el Hacinamiento Penitenciario es un problema que obedece a varias causas todas de tipo estructural (o sea que tienen que ver con aspectos fundacionales del funcionamiento de la sociedad y del sistema penal), por lo que las soluciones al mismo no pueden ser coyunturales como son aquellas medidas que atienden sólo a algunas de sus manifestaciones; o en otras palabras aquellas medidas que pretenden dar respuesta a aislados, específicos o puntuales aspectos del todo que es el hacinamiento. En este sentido para entender el fenómeno se requiere actuar con imaginación sociológica, que es aquella virtud que debe tener el científico social –en nuestro caso el criminólogo- de lograr observar toda la realidad en su conjunto y concatenar los diferentes escenarios en que se va construyendo esa realidad social.

Dicho de un modo más coloquial la imaginación sociológica sería la capacidad de evitar que los árboles le impidan a uno ver el bosque.

Partiendo de lo anterior no podemos menos que decir que el papel que realizan los Mecanismos de Protección de los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad es insuficiente para dar una respuesta verdadera al hacinamiento carcelario y en ese sentido podemos decir que el papel que hacen es el de tontos.

Esta frase del lenguaje popular en uno de sus sentidos hace relación a la actitud de quien debiendo estar en capacidad o posición de tener malicia actúa de manera ingenua, cándida o crédula.

La ingenuidad de los mecanismos “Defensa Pública” y “Mecanismo Nacional de Protección contra la Tortura” resulta de actuar como si la sola denuncia y documentación del problema fuera suficiente para cumplir con un cometido legal y ético frente al hacinamiento, desconociendo que solo mediante un enfrentamiento del populismo punitivo que es estructuralmente la causa del problema de la sobrepoblación penitenciaria podrá superarse el problema.

Enfrentar el populismo punitivo requeriría de estos dos mecanismos un activismo de tipo político –no politiquero ni electoral- que los llevara a organizar una alianza estratégica entre si y apoyarse mutuamente. Mientras que la Defensa Pública sería la voz ante instancias jurisdiccionales nacionales e internacionales gracias a su legitimación para accionar judicialmente, el Mecanismo de Protección contra la Tortura se constituiría en el respaldo para las acciones legales gracias a su labor de monitoreo, investigación y documentación de las violaciones a los derechos humanos en el sistema penitenciario.

Pese a lo escaso de su personal y lo precario de su situación jurídica el “Mecanismo” ha demostrado tener cierta capacidad de palabra y sobre todo capacidad para insertarse dentro de la realidad penitenciaria, espiarla y exponerla; toda una actividad contestataria que para la Defensa Pública pasa prácticamente desapercibida y es desaprovechada.

Además la Defensa Pública podría convertirse en una instancia aglutinadora de los sectores que por su vivencia diaria –como el caso de los privados de libertad, sus familiares e incluso el personal penitenciario- o por su vocación profesional, laboral o ideológica –tal el caso de organizaciones religiosas, no gubernamentales, humanísticas, etc.- podrían ejercer ante la escena política

nacional debidamente constituidos en grupos de presión una labor de contrapeso a la campaña de Ley y Orden desatada por los sectores reaccionarios y populistas ligados a las empresas de transmisión masiva de la información y que han logrado elevar al rango de legislación sus propuestas de derecho penal simbólico y del enemigo.

La candidez del mecanismo “Juzgados de Ejecución de la Pena” se encuentra en el hecho de actuar como si el problema del hacinamiento carcelario pudiera resolverse individualmente en cada centro penitenciario que a cada juzgado le corresponde controlar de acuerdo con su competencia territorial, y como si una respuesta oportuna y solucionadora a ese hacinamiento fuera el ir otorgando plazos a la autoridad penitenciaria para el cumplimiento de las acciones correctivas que se dictan frente a las concretas violaciones a los derechos humanos producto de la sobrepoblación penitenciaria, plazos que se van prorrogando y prorrogando en una historia de nunca acabar.

El desaprovechar la especificidad de su función que les da un perfil único de especialidad dentro del Poder Judicial no posicionándose dentro del mismo y frente a la comunidad como una voz y como la voz jurisdiccional más autorizada que debiera existir sobre los problemas penitenciarios, es otro déficit que le achacamos a este mecanismo.

En otro sentido de la frase “hacer papel de tonto” podemos citar aquella actitud que resulta de desentenderse de una situación que a uno le atañe, caso en el que se dice que uno “se está haciendo el tonto”. Esta es la actitud de los tribunales y juzgados penales que son los grandes ausentes en esta discusión sobre el tema de las condiciones en que se cumple –para su caso- la medida cautelar de prisión preventiva.

Parapetados en el tecnicismo de que lo que les corresponde revisar con respecto a la prisión es únicamente lo referido a las “causales” de prisión

preventiva y sin una cultura o vocación para acercarse a los centros penitenciarios, los derechos humanos de las personas privadas de libertad no despiertan en los jueces y tribunales penales prácticamente el menor interés.

Cuando toca hablar del mecanismo “Sala Constitucional” talvez deberíamos ajustar la frase esa que hemos venido utilizando y en lugar de decir que ese tribunal hace papel de tonto habría que decir que nos quiere ver la cara de tontos a los demás.

Queriendo presentarse como portadora de una muy digna lucha se nos viene a decir que por medio de sus resoluciones ha exigido el cumplir con estándares de nivel europeo en lo que respecta al tema del hacinamiento carcelario, tratando de encubrir con un embrujo idiomático el que en realidad lo que ha asumido es una labor de “administración” del hacinamiento tolerando el que el mismo llegue a niveles críticos.

Teniendo en sus manos todo el poder legal e incluso político al ser la única instancia judicial cuyos fallos no pueden ser en modo alguno cuestionados ha optado por asumir el tema de la sobrepoblación penitenciaria como uno de carácter presupuestario lo cual le ha servido de escudo para bendecir la prolongación en el tiempo de las violaciones a los derechos humanos sucedidos en la cárcel.

Incluso si aceptáramos que el perfil fundamental del hacinamiento penitenciario fuera el de la carencia de recursos tendríamos que decir que la Sala Constitucional evidencia un tratamiento discriminatorio con respecto a las personas privadas de libertad. Compárese la posición que el tribunal constitucional ha asumido frente a los recursos interpuestos por ciudadanos en contra de la Caja Costarricense de Seguro Social cuando la misma no sufre requerimientos indispensables para la salud, con la posición que asume frente a los reclamos de los privados de libertad en contra de la administración penitenciaria cuando la

misma no cumple con los requerimientos básicos para garantizar la vida o para garantizar que la misma sea vivida dignamente.

Mientras en un caso bajo ninguna circunstancia el tema presupuestario puede ser excusa para no cumplir con los deberes legales, en el otro se receta paciencia e ilusión de que con el paso del tiempo la situación mejorará.

Se nos toma también el pelo cuando ni más ni menos que la más alta instancia judicial de este país cuyos miembros se reclutan de entre los profesionales más connotados del foro nacional que además pontifican en escritos de tipo doctrinario sobre el tema de los derechos humanos, reducen el tema de la sobrepoblación a la existencia de espacio físico suficiente para que una persona duerma en una espuma concediendo en consecuencia como solución al problema tiempo para que la administración penitenciaria construya nuevos módulos pero sin exigir concomitantemente la creación de nuevas y suficientes plazas de personal técnico, aumento en el presupuesto para salud y alimentación, acondicionamiento para que la visita familiar e íntima sean ágiles, seguras, dignas, etc.

A propósito de la “técnica” de solucionar el hacinamiento por la vía de la construcción de nuevos ámbitos o pabellones y teniendo en cuenta el populismo punitivo rampante en nuestra sociedad que hemos identificado como causa de ese hacinamiento habría que decir que lo que va a suceder con esas ampliaciones es lo mismo que sucede en un casa cuando la bodega o el cuarto de los “chunches” se amplía: terminamos no por tener los “chunches” mejor acomodados sino por alojar en ese cuarto mayor cantidad de “chunches”.

Sucumbe uno a la tentación de especular si no será que los estamentos políticos del país estarán creando las condiciones para tratar de revivir, diez años después, la tentativa de llevar el tema de la privatización de las funciones públicas hasta el sistema penitenciario.

Es sabido que una de las más fuertes tendencias del estado neoliberal como respuesta al juego globalizado de los intereses económicos de las corporaciones que rigen los destinos planetarios es el del desplazamiento de funciones vitales para la organización social de las manos del Estado hacia las manos de los particulares, fenómeno dentro del que se cuenta también la entrega a estos particulares de la administración por la vía de la concesión de obra pública de sectores vitales para una economía o que resultan atractivos en términos económicos.

Es así como en nuestro país se ha entregado a los intereses privados la explotación del negocio bancario, los seguros y las telecomunicaciones; y de igual forma la construcción y explotación de infraestructura vial, aeroportuaria y portuaria.

Dentro de esta tesitura en el año 2001 el Gobierno de Costa Rica mediante el Cartel de la Licitación Pública Internacional número 02-2001 intentó adjudicar la construcción de una cárcel de mediana y máxima seguridad así como la administración de la misma a una entidad privada.

Según dicho cartel la justificación para esta medida lo era solventar los problemas de hacinamiento que sufrían los centros penitenciarios al tiempo que se garantizaría la seguridad pública e institucional del sistema penitenciario nacional.

En términos muy parecidos se manifestó el actual Ministro de Justicia don Hernando París ante los medios de prensa a raíz del intento de fuga acaecido en el Centro Penitenciario La Reforma en fecha 11 de mayo de 2011, intento que acarrea la muerte en el acto de un oficial de seguridad penitenciaria y da origen a lo que el Mecanismo Nacional de Protección contra la Tortura identifica como un caso de tortura al interior del centro penal por los maltratos que sufrieron los internos ligados con ese intento de evasión, situación a la cual también se

encuentra vinculada la muerte aún en investigación judicial de quien fue presentado como cabecilla del suceso.

En esa oportunidad don Hernando ciertamente no habló de la privatización penitenciaria pero expresamente mencionó la necesidad de que el sistema costarricense se planteara la necesidad de construir una cárcel de máxima seguridad, institución que a su decir no es ya una cárcel de candados sino una de dispositivos electrónicos avanzados de vigilancia y seguridad.

Si entonces el estado se presenta como incapaz de solucionar el problema del hacinamiento, si entonces el estado se empeña en seguir actuando bajo la égida de un populismo punitivo, si entonces el ministro del ramo habla de la necesidad de una cárcel de máxima seguridad y si entonces el estado costarricense sigue impulsando la privatización de las funciones públicas no nos parece de ningún modo un sinsentido temer por la eventual resucitación del cadáver de la privatización penitenciaria.

Mucho menos cuando pensamos que dos de las corrientes del moderno penitenciarismo serían precisamente las que hablan de la cárcel de máxima seguridad para incorregibles y no ciudadanos –al tenor de los postulados del Derecho Penal del Enemigo- y las que impulsan la cárcel privada.

Esta última desde el modelo que se pretendió implementar en nuestro país supone que el estado garantice al concesionario un mínimo de ocupación, o sea, la existencia de población penitenciaria suficiente como para que el canon que el propio estado paga para su manutención convierta en un negocio rentable la administración del centro penal y la recuperación de su inversión.

No es necesaria una gran imaginación para darnos cuenta del agravamiento que una cárcel de este tipo supondría de características de la prisionización como son la invisibilización del problema carcelario a los ojos de la

opinión pública o el desarraigo del privado de libertad; así como el surgimiento de otros de carácter ético como son la vinculación del encierro penal con la idea del rédito económico para algún sector y la renuncia del estado a su obligación teórica de buscar la reinserción social.

En su momento la Defensoría de los Habitantes a impulso de la Asociación Nacional de Empleados Públicos y de la Asociación Costarricense de la Defensa Pública presentó una acción de inconstitucionalidad, alegando la entrega a las manos privadas de potestades de imperio indelegables de la Administración Estatal como lo eran la seguridad del centro penal y las labores de atención técnica de la población penal y de ejercicio de la disciplina interna.

El voto de minoría de dos magistrados declaró con lugar dicha acción mientras que la mayoría la declaró sin lugar siempre y cuando se entendiera que dichas funciones no iban a ser delegadas, sin embargo el trámite de esa acción que se llevó más de dos años hizo que el estado costarricense desistiera de su empeño ante lo cual aun al día de hoy enfrenta un reclamo indemnizatorio de parte de la empresa a quien ya se había adjudicado la construcción de la cárcel.

Como sólo los ríos no se devuelven tememos porque el momento actual pueda ser un caldo de cultivo idóneo para un resurgimiento de tan nociva iniciativa.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS Y ARTÍCULOS

AGUILAR HERRERA, Gabriela. “Ejecución de la Pena Historia, Límites y Control Jurisdiccional”. San José: Poder Judicial Defensa Pública, 2011, 480 páginas

CAMPOS CALDERÓN, J. Federico. “Los olvidados de las cárceles” En: Memoria del Primer Congreso Interamericano de Defensorías Públicas. San José: Departamento de Publicaciones e Impresos del Poder Judicial, 2002, página 155

CAMPOS CALDERÓN, J. Federico. “¿Privatizar las cárceles?” En: Memoria del Primer Congreso Interamericano de Defensorías Públicas. San José: Departamento de Publicaciones e Impresos del Poder Judicial, 2002, página 157

CARRANZA LUCERO, Elías. “Defensa Pública y Personas presas en América Latina”. En: Revista Defensa Pública, San José: Diseño Editorial S.A., octubre, 2003, páginas 247 a 255

CHINCHILLA CALDERÓN, Rosaura. “Política Criminal y Demagogia Penal: Los efectos del Neopunitivismo criollo en la seguridad jurídica”. Documento facilitado por el profesor Martín Rodríguez del curso Política Criminal de la Maestría en Criminología de la Universidad Estatal a Distancia curso 2012 como material del curso, páginas 137 a 153

COYLE, Andrew. “La Sobrepoblación en las Prisiones: La Prisión y la Comunidad”. En: Justicia Penal y Sobrepoblación Penitenciaria, México: Editorial Siglo XXI, 2001, págs. 105 a 127

DE LA CRUZ OCHOA, Ramón. “Mecanismos de Protección de los Derechos Fundamentales de los Privados de Libertad”. En: Revista Defensa Pública, San José: Diseño Editorial S.A., octubre, 2003, páginas 257 a 260.

Diccionario Enciclopédico Océano Uno Color, Barcelona: Océano Grupo Editorial S.A., 2001, Página 793.

MADRIGAL ZAMORA, Roberto. “La Profecía Autocumplida” En: Periódico La Nación, 18 de abril de 2002

MONTERO MONTERO, Diana. Mecanismos de Protección de los Derechos Fundamentales de las personas privadas de libertad: Caso de Costa Rica. En: Revista Defensa Pública, San José: Diseño Editorial S.A., octubre, 2003, páginas 261 a 266.

MORA MORA, Luis Paulino. “Sobrepoblación penitenciaria y Derechos Humanos: La experiencia constitucional”. En: Justicia Penal y Sobrepoblación Penitenciaria, México: Editorial Siglo XXI, 2001, páginas 58 a 84

MURILLO RODRÍGUEZ, Roy. “Ejecución de la Pena”. San José: CONAMAJ, 2002, 241 páginas

MURILLO RODRÍGUEZ, Roy. “Populismo punitivo, Cárcel perpetua y hacinamiento crítico en Costa Rica: más inseguridad por menos libertad” En: Reflexiones Jurídicas frente al Populismo Penal en Costa Rica, San José: Investigaciones Jurídicas S.A., 2012, páginas 283 A 300

PARÉS I GALLÉS, Ramón. “Efectos de la sobrepoblación penitenciaria de Cataluña”. En: Justicia Penal y Sobrepoblación Penitenciaria, México: Editorial Siglo XXI, 2001, páginas 190 a 213

ROBLES ESCOBAR, Odilie. “El hacinamiento carcelario y sus consecuencias”. En: Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, número 3, 2011, páginas 405 a 431

SÁNCHEZ UREÑA, Héctor. “Las reformas al Código Penal y sus consecuencias en las prisiones: El caso Costa Rica”. En: Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica, número 3, 2011, págs. 433 a 455

SANDOVAL HUERTAS, Emiro. "Penología. Parte Especial". Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1983, 301 páginas

TIDBALL-BINZ, Morris. "Atención de la salud y sobrepoblación penitenciaria; Un problema de todos". En: Justicia Penal y Sobrepoblación Penitenciaria, México: Editorial Siglo XXI, 2001, páginas 48 a 63

VARGAS RAMÍREZ, Esteban. "Derechos Humanos y Sobrepoblación Penitenciaria en Costa Rica: período 2008-2010". San José: Trabajo Final de Graduación para la Maestría en Derechos Humanos del Sistema de Estudios de Posgrado de la Escuela de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad Estatal a Distancia, 78 páginas

EXPEDIENTES JUDICIALES

Expediente 00-000004-0564PE, Juzgado de Ejecución de la Pena de Cartago, Incidente de Medidas Correctivas

Expediente 00-0000624-0067PE, Juzgado de Ejecución de la Pena de Cartago, Incidente de Medidas Correctivas

Expediente 04-000344-0071PE, Tribunal de Juicio de Cartago, Infracción a la Ley de Psicotrópicos

Expediente número 07-200191-0634PE, Tribunal de Juicio de Pérez Zeledón, Relaciones sexuales consentidas con menor de edad

Expediente 09-000006-0564PE, Juzgado de Ejecución de la Pena de Cartago, Incidente de Medidas Correctivas

Expediente 12-004093-0007CO, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de Amparo

RESOLUCIONES JUDICIALES

Juzgado de Ejecución de la Pena de Cartago, voto de las 9 horas con 33 minutos del 13 de agosto de 2009

Juzgado de Ejecución de la Pena de Cartago, voto de las 16 horas con 5 minutos del 20 de enero de 2011

Juzgado de Ejecución de la Pena de Cartago, voto del 21 de febrero de 2012

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto número 10492-2004 de las 15 horas del 28 de setiembre de 2004

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto número 2630-11 de las horas con minutos del de 2011

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 8906-2011 de las 15 horas con 31 minutos del 5 de julio de 2011

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 11108-2011 de las 11 horas con 27 minutos del 29 de agosto de 2011

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 11685-2011 de las 16 horas con treinta minutos del 30 de agosto de 2011

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 12316-2011 de las 11 horas con 57 minutos del 9 de setiembre de 2011

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 13160-2011 de las 17 horas con 34 minutos del 27 de setiembre de 2011

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 13432-2011 de las 15 horas con 9 minutos del 5 de octubre de 2011

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 13845-2011 de las 9 horas con 58 minutos del 14 de octubre de 2011

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 13835-2011 de las 9 horas con 48 minutos del 14 de octubre de 2011

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 13919-2011 de las 11 horas con 12 minutos del 14 de octubre de 2011

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 14066-2011 de las 16 horas con 30 minutos del 19 de octubre de 2011

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 14311-2011 de las 12 horas con 15 minutos del 21 de octubre de 2011

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, voto 14245-2011 de las 11 horas con 9 minutos del 21 de octubre de 2011

OTROS

Cuestionario para Defensores Públicos de la Materia de Ejecución de la Pena respondido por los defensores Edward Vega, Héctor Sánchez, Johana Araya y Ricardo Ulloa.

Cuestionario para Defensores Públicos de la Materia Penal respondidos por los defensores Alejandra Madrigal, Edwin Montenegro, German Brenes, John Quesada, Ligia Jiménez, Mario Serrano, Sergio Navarro, Verónica Batista y Xinia Salazar.

Comisión de Asuntos Penales del Poder Judicial, pronunciamiento CAP005-05

Conversación telefónica con Adrián Quirós Leandro, Departamento de Arquitectura de la Dirección General de Adaptación Social, 10 de abril de 2012

Conversación telefónica con Juan Carlos Amador, Departamento de Investigación y Estadística de la Dirección General de Adaptación Social, 10 de abril de 2012.

Conversación telefónica con Justina Aguirre, Jefatura Nacional de la Dirección General de Adaptación Social, 30 de marzo de 2012-

DEFENSA PÚBLICA DE COSTA RICA. San José: Documento interno denominado Circular 12-2008

DEFENSA PÚBLICA DE COSTA RICA. San José: Documento interno en elaboración denominado "Protocolo de Visita Carcelaria"

MECANISMO NACIONAL DE PREVENCIÓN DE LA TORTURA. San José: Informe Anual de Labores, 2011, 54 páginas

COSTA RICA¹

Alberto Brenes Córdoba

Exmagistrado de la Sala de Casación

RESUMEN: El artículo contiene una introducción escrita por el Dr. Víctor Dobles y una traducción del idioma alemán al español, efectuada por el Dr. Carlos Tiffer. La traducción se refiere a una presentación del sistema legal costarricense, para el año 1929 y que fue publicada en una Enciclopedia Jurídica denominada *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch*, de derecho comparado internacional. Corresponde a Alberto Brenes Córdoba presentar el sistema judicial y el derecho vigente en Costa Rica.

PALABRAS CLAVE: Derecho Civil, Derecho Comercial, Derecho Procesal, Derecho Internacional Privado

ABSTRACT: The article contains an introduction written by Dr. Víctor Dobles, also a translation from German to Spanish, made by Dr. Carlos Tiffer. The translation refers to a presentation of the Costa Rican legal system for the year 1929 that was published in a Legal Encyclopedia of International Comparative Law called *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch*. The presentation of the judicial system and the existing law in Costa Rica in that publication was entrusted to Alberto Brenes Córdoba.

KEYWORDS: Civil Law, Commercial Law, Procedural Law, Private International Law.

¹ El artículo cuya traducción aparece en la segunda parte, fue publicado por la Enciclopedia *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch*, esto en Berlín en 1929.

Fecha de recepción: 31 de octubre de 2012

Fecha de aprobación: 19 de noviembre de 2012.

PRIMERA PARTE. ALBERTO BRENES CÓRDOBA EN BERLÍN (1929) A MODO DE INTRODUCCIÓN A CARGO DE VÍCTOR DOBLES OVARES².

En el año de 1991, estando el Profesor Dr. Juan Marcos Rivero Sánchez cursando sus estudios doctorales en la Universidad de Frankfurt, Alemania, bajo la tutoría del profesor Dr. Peter Guilles, conociendo su pasión por el saber y su compromiso firme con la academia, tuve la ocurrencia de enviarle una carta, en aquel mundo, aún no surcado por los computadores ni el Internet, en el que el papel viajaba largo, y pedirle el favor que buscara, en el Instituto de Derecho Comparado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Frankfurt, un artículo, que no se hallaba –ni, hasta donde conozco, se encuentra- en las bibliotecas patrias y que había escrito don Alberto Brenes Córdoba hacia el año de 1929, en el que don Alberto, para aquella época, resumía el estado del derecho político, civil y comercial de Costa Rica y el cual había sido editado por la Enciclopedia *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch*. Ese artículo figuraba referido en publicaciones póstumas de sus obras y anecdóticamente, como puede verse en ellas, el nombre de la Enciclopedia aparecía citado con algunos errores ortográficos. Mi felicidad fue grande cuando, a las pocas semanas, llegó una carta de Juan Marcos, acompañada por las copias fotostáticas del artículo.

Tener aquel pequeño tesoro en mis manos, apreciar su cuidadosa redacción (desconociendo totalmente, como todavía lo ignoro, si don Alberto lo escribió en alemán o si fue traducido para efectos de la publicación), y tomar, a la vez, consciencia del selecto grupo de juristas a quienes se les encargó la

² Exjuez del Tribunal de Casación Penal de San Ramón.

correspondiente información nacional acerca del estado del derecho en sus respectivos países, entre quienes destacaban, por ejemplo Paul Esmein (Poitiers) y Ludwig Raiser (Berlín), me hizo admirar todavía más a aquél extraordinario maestro, investigador, juez y jurista que había sido don Alberto; de cuyos libros, al igual que todo estudiante de Derecho en nuestro país, había bebido, de manera didáctica, segura y amena, las bases del Derecho Civil.

Desde aquél momento pensé en la impostergable necesidad de publicar, la traducción del artículo que se hallaba en nuestras manos y así se lo propuse al Profesor Juan Marcos Rivero. Los años pasaron y mi vida ambulante, llevada en una valija y con mi biblioteca a cuestas, de un puesto a otro en el Poder Judicial, y la asunción de diversas responsabilidades con éste, hizo que aquel preciado artículo permaneciera sin poder ser compartido. En el año 2005, antes de partir del país por motivo de estudios y al trasladar una vez más la biblioteca, apareció nuevamente en mis manos; y, conocedor que, como dice el refrán, *nunca es tarde si la dicha es buena*, le propuse al profesor Dr. Carlos Tiffer Sotomayor, buen cultivador del alemán, en cuyo compromiso académico siempre he encontrado un ejemplo a seguir, que lo tradujera para publicarlo. Don Carlos, con gran entusiasmo lo hizo y es así como ha llegado a nosotros para disfrutarlo en nuestra lengua natal.

Tan solo, como precedente, algunas notas sobre don Alberto Brenes Córdoba, que, sin lugar a dudas, con la traducción al español del artículo que nos ha obsequiado don Carlos Tiffer, y su versión alemana primigenia, arrojará luz sobre la personalidad hoy legendaria, enigmática y -¿por qué no?- algo mítica de don Alberto.

Nació el 13 de febrero de 1858, como hijo de don Federico Fernández Oreamuno y de doña María de Jesús Brenes Córdoba. Estudió bajo la tutela del maestro español don Adolfo Romero y en el año de 1879, mismo en el que obtuvo

el título de bachiller, recibió el título de maestro de enseñanza primaria, ejerciendo como tal en la Escuela del Norte de San José hasta 1881.

En el año de 1880 fundó, junto con algunos de sus amigos, el periódico El Ensayo, y principió, a la vez, sus estudios de Derecho; iniciándose, al año siguiente, como profesor del Instituto Nacional. Durante el período comprendido desde 1885 hasta 1888 se desempeñó como Oficial Mayor del Ministerio de Relaciones Exteriores. En 1886 viajó a Europa con don José María Alfaro. En 1887 participó en la comisión redactora del Parlamento en las discusiones en torno al proyecto de Código Civil y asistió a don Ascensión Esquivel en la corrección definitiva de los textos de los códigos, Civil y Procesal Civil, que entraron en vigencia en 1888. En ese mismo año publicó sus Ejercicios Gramaticales, se tituló como abogado y fue nombrado profesor de Derecho Público en la Escuela de Derecho.

En 1889 desempeñó el cargo de Sub Secretario de Relaciones Exteriores, y luego el de Promotor Fiscal. En 1890 publicó el Curso Elemental de Lengua Castellana y fue también nombrado Juez Civil de San José. En el año de 1893 preparó el programa del curso de Filosofía del Derecho; cuya cátedra tuvo a su cargo hasta el año de 1901. Desde el año de 1895 hasta el año de 1908 laboró como Magistrado de la Sala Primera de Apelaciones.

En 1900 fue creada una segunda cátedra de Derecho Civil, destinada exclusivamente a *las cosas y a los bienes* y fue asignada a don Alberto. En 1905 viajó a los Estados Unidos, en compañía de su sobrina política e hija adoptiva doña América Quiñones. En 1906 concluyó el Tratado de los Bienes.

En 1908 publicó un estudio sobre Los Bienes de los Cónyuges y tradujo del inglés un extracto sobre Colonias para Vagos. En ese mismo año fue elegido Magistrado de la Sala de Casación, cargo que desempeñó ininterrumpidamente

hasta 1916; y que luego reasumió en 1917 (tras desempeñarse casi un año como Juez Civil), y concluyó en 1920.

En 1909, año en el que los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia demandaron al Estado por la rebaja de sus sueldos, escribió una Noticia Bibliográfica para la revista El Foro.

En 1911, habiéndole sido presentada una denuncia por supuesto prevaricato, defendió la sentencia que redactara ante el Congreso y éste declaró no haber lugar a la formación de causa. En este mismo año fue nombrado profesor de Historia del Derecho y al año siguiente ofrece al país un nuevo libro: Historia del Derecho, que fue publicado en 1913.

En 1917 publicó un artículo que compendia sus opiniones en relación con las reformas sugeridas al Código de Procedimientos Civiles.

En 1922 concluyó el Tratado de las Obligaciones y los Contratos, el cual salió a la luz al año siguiente.

En 1923 fue designado Director General de Bibliotecas, puesto en el que se desempeñó hasta su fallecimiento.

En 1924 terminó y publicó el Tratado de las Personas.

En 1925 cumplió 30 años de servir a la Escuela de Derecho. Fue homenajeado por ella, junto con don José María Astúa; y fue colocado un retrato de él en el Salón de Actos.

En 1929, mismo año en que publicó en su segunda reimpresión la Historia del Derecho, editó en Berlín en la Enciclopedia *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Civil - und Handelsrecht des In - und Auslandes* un

resumen del estado del Derecho político, civil y comercial de Costa Rica; mismo que se ha presentado en esta Revista traducido al español por el Dr. don Carlos Tiffer Sotomayor.

En 1933 publicó, como segundas ediciones, tanto el Tratado de los Bienes como el Tratado de las Personas; y es probable que en este mismo año haya iniciado la redacción de su tercera obra sobre Gramática, la cual quedó inédita.

En 1936 publicó, como segunda edición, el Tratado de las Obligaciones y los Contratos.

En 1938, con motivo de cumplir 80 años, fue celebrado un homenaje en su honor por la Facultad de Derecho.

En 1940 publicó, como tercera edición, el Tratado de los Bienes.

En 1941 le fue otorgado por el Congreso permiso indefinido con goce completo de sueldo como Director General de Bibliotecas.

Falleció un 16 de junio de 1942 y su cuerpo fue llevado a la Facultad de Derecho, donde fue velado durante toda la noche, siendo enterrado al día siguiente.

Son estos los datos más significativos de la vida y obra de un hombre excepcional, quien nunca dejó de estudiar, investigar y escribir, con cuyo nombre fue bautizado el Auditorio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y de quien se encuentra una escultura en los jardines del edificio de la Corte Suprema de Justicia.

Sean así estas breves letras, tanto un homenaje a don Alberto, cuanto una invitación, por una parte, a escribir un libro sobre su vida; y, por otra, para seguir, en la medida de nuestras posibilidades, sus pasos.

A continuación, presentamos por su valor histórico la traducción del alemán al español, del artículo mencionado y publicado en Berlín en 1929.

II. PARTE. TRADUCCIÓN A CARGO DE CARLOS TIFFER SOTOMAYOR DEL ARTÍCULO PUBLICADO POR ALBERTO BRENES CÓRDOBA EN ALEMANIA EN 1929

COSTA RICA (*)³

I. GENERALIDADES

Costa Rica es una República y está subdividida en siete circunscripciones administrativas (San José, Alajuela, Cartago, Heredia, Guanacaste, Limón y Puntarenas). En 1927 tuvo aproximadamente 520.000 habitantes. Situada en América Central, es completamente independiente desde la disolución definitiva de la Unión Centroamericana ocurrida a mediados del siglo XIX y de la cual tomó parte desde su fundación (1824), acaecida poco después de la declaración de independencia de las colonias del Nuevo Mundo pertenecientes a España (1821).

La Constitución vigente actualmente data del año 1872 y fue modificada con el paso del tiempo. Tres poderes diferentes e independientes entre sí ejercen el gobierno: el Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial. El Poder Legislativo se corresponde al congreso y consta de una sola sala compuesta actualmente por 47 diputados (uno por 15.000 o más de 7.500 habitantes). El Poder Ejecutivo lo

(*) La traducción del suscrito Dr. Carlos Tiffer, se realizó a partir de unas fotocopias suministradas por el Dr. Víctor Dobles. Esta traducción se realiza de una manera libre y para una comprensión de los interesados en la obra y vida de este gran jurista costarricense.

ejerce como jefe de la nación un funcionario denominado Presidente de la República, asistido de secretarios de Estado, a quienes elige y revoca según su propia voluntad. El Poder Judicial está conformado por la Corte Suprema de Justicia y en los otros tribunales establecidos en la ley, los cuales son únicos y colegiados. Los diputados y el presidente son elegidos por el pueblo y permanecen en sus funciones durante 4 años. El mismo período se aplica a los 11 magistrados de la Corte Suprema (elegidos por el Congreso) y reelegidos sin límites, lo mismo que a los diputados. La reelección del Presidente de la República está prohibida para el período siguiente. La capital de la república es San José.

II. LAS FUENTES DEL DERECHO

La única fuente del derecho es la ley. Todos los aspectos referentes al derecho se resuelven con ayuda de la ley escrita y si esto no es suficiente por los principios generales de derecho (Art. 5 de la Ley de Organización de los Tribunales). Por consiguiente, no existe en este país el derecho consuetudinario y ninguna decisión se podrá fundar en la costumbre. (Artículo 12 del Código Civil). Las leyes no tienen efecto retroactivo. Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria general y tienen efectos sólo para el caso en concreto. Si la Casación anula o “casa” una sentencia dictada por un tribunal inferior, aquella decide por medio de su propia sentencia, qué le parece adecuado al caso concreto sometido a su conocimiento (Art. 979 del Código Procesal Civil). Esta disposición fue establecida para facilitar el procedimiento y no obliga a los tribunales inferiores a decidir de igual forma ante mismos casos y de esa manera pueden cambiar sus resoluciones o decisiones.

Todos los proyectos de ley deben pasar tres lecturas durante tres días diferentes. Si el Congreso lo adopta necesita la sanción del Presidente de la República y después de esto el proyecto adquiere carácter de ley. Sin embargo,

sólo con su publicación en el Diario Oficial La Gaceta, que se edita en San José, obtiene carácter obligatorio.

III. DERECHO CIVIL

El derecho civil es completamente moderno y está compuesto por un código y tres leyes especiales. La Ley de Aguas del 26 de mayo de 1884 está inspirada en una ley española que regula el mismo objeto. La Ley de Minas del año 1830, modificada en 1868 y la Ley de Propiedad Intelectual del 27 de junio de 1896. Cada cierto tiempo son incorporadas modificaciones al código o a las leyes especiales. El actual Código Civil entró en vigor el primero de enero de 1888. (Anteriormente estuvo en vigencia el Código General de 1841, revisado en 1858 y con vigencia hasta el 1º de enero de 1888.)

Su contenido en general es una reproducción del *Code Civil* francés, con ciertos cambios. En algunas materias se orientó diferentemente: En cuanto a las inscripciones en el Registro de la Propiedad y de Hipotecas, fue influido por el Derecho alemán y en cuanto al régimen del derecho sucesorio ha instaurado un sistema prácticamente propio. Del mismo se observan algunas disposiciones aquí y allá debidas a las obras de ciertos autores y también a los códigos extranjeros.

El código está compuesto de una parte introductoria, la publicación, los efectos y el ámbito de aplicación, así como de cuatro libros o partes que tratan sobre el derecho de las personas (I), el derecho de los bienes (II), las obligaciones (III) y los contratos y cuasi contratos (IV). La obra completa contiene 1410 artículos claros, concisos y correctos.

1. DERECHO DE LAS PERSONAS

Son mayores de edad los hombres y las mujeres que han cumplido 21 años. Para celebrar el matrimonio, con independencia del género, se requiere

contar con al menos quince años de edad. Las personas jurídicas tienen capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones conforme a sus estatutos. Disponen, en relación con el derecho sucesorio, de los mismos derechos que las personas físicas; pero, un testador no puede legar más de una décima parte de su patrimonio a las iglesias o instituciones religiosas. El usufructo en favor de personas jurídicas no puede durar más de treinta años. La conclusión de contratos entre esposos está admitida. La mujer es igual al hombre en derechos civiles. Ella no necesita comparecer judicialmente para concluir un contrato, ni necesita del consentimiento del marido para ejercer el comercio. El matrimonio establecido por el Estado es el matrimonio civil y es contraído en presencia de un funcionario del Estado. El matrimonio católico-romano es aceptado por la ley y requiere (para su validez) la inscripción en el Registro Civil, para surtir efectos legales. En cuanto a los impedimentos matrimoniales véase la sección VI. Además, la ley reconoce los impedimentos impeditivos y la impugnación del matrimonio (Art. 55-58). No existe entre esposos la comunidad de bienes, a menos que esta última fuera convenida por medio de capitulaciones matrimoniales antes de contraer el matrimonio; sin perjuicio, del caso extremadamente raro que, en un contrato se consigne que el esposo no tiene derechos al patrimonio de su mujer, ni durante el matrimonio ni después de su disolución por separación o muerte de ella. No hay disposiciones sobre la dote, porque esta institución no está regulada. En caso de ciertas razones y por consentimiento mutuo, la separación de esposos se puede producir pero, no acarrea la disolución de matrimonio. Además, existe el divorcio con disolución del vínculo matrimonial. Las causales de divorcio son: el adulterio, el concubinato del marido que cause escándalo, el atentar contra la vida del otro cónyuge, el maltrato y la injuria grave. Además, el divorcio se decide después que los esposos han vivido separados durante dos años, a partir del acuerdo judicial y es necesario que uno de los cónyuges lo solicite. El padre ejerce la patria potestad. La madre participa del ejercicio de ella, pero está sometida a la autoridad del primero. En caso de ausencia del padre, la madre ejerce la patria potestad. El matrimonio produce la mayoría de edad en las personas menores. Todo aquel quien ha alcanzado los dieciocho años de vida o bien su padre o su madre, en ejercicio de

la patria potestad, pueden declararlo en mayoría de edad; y si no tiene padres el Poder Ejecutivo lo declara. La declaración de mayoría de edad no se puede revocar. La persona declarada mayor de edad decide sobre su persona y su patrimonio sin ninguna restricción. En relación con la madre, los hijos naturales disfrutan de todos los derechos como si fueran legítimos. En relación con el padre, ellos adquieren sólo ciertos privilegios, en caso de su reconocimiento por documento público. Pueden ser reconocidos por un matrimonio posterior.

2. DERECHO DE BIENES

En su segundo libro el Código trata sobre el derecho de los bienes muebles e inmuebles. Además, este libro versa sobre el usufructo, que se extingue siempre al morir el usufructuario o por el vencimiento del plazo de uso de la cosa usufructuada; sobre las servidumbres; sobre las limitaciones de la propiedad impuestas por la ley; incluso sobre el derecho de medianería, sobre las hipotecas (según los principios de publicidad y de especialidad). También, en este Código se regula la ocupación, la accesión y finalmente el derecho sucesorio. La acción reivindicatoria subsiste mientras otro no haya adquirido la propiedad de la cosa por prescripción positiva (Art. 320). Los muebles se adquieren en tres años por usucapión y los inmuebles en diez años. En todo caso se necesita la buena fe y una causa de justificación. Todo derecho y su acción correspondiente prescriben o pueden ejercerse durante diez años. Sin embargo, existen plazos de prescripción más cortos; es decir de uno a tres años para los sueldos, intereses, pensiones y rentas (Art. 869). No existen disposiciones especiales relativas al derecho de superficie y a la enfiteusis. En cuanto al contrato de prenda *común* es indispensable la entrega real de la cosa pignorada al acreedor, la que no necesita hacer en un documento público. Referente al contrato de prenda sobre ganado o herramientas, la prenda queda en disposición del deudor; no obstante, si usa o dispone de ella comete un delito. Las prendas legales no son conocidas, pero en ciertos casos existe el derecho de retención. No existen la hipoteca legal ni la judicial. Sólo existe la que se basa en acuerdo de las partes. Las cédulas

hipotecarias sin obligación personal fueron adoptadas según el modelo de Grundschild (hipoteca independiente alemana). Ellas han dado buen resultado. Para que la propiedad sobre inmuebles surta todos los efectos legales es necesario que se halle debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad (Art. 267). El Registro Público sigue al sistema registral como en España y no el sistema de transcripción como en Francia. El registro catastral aún no ha sido introducido, pero las disposiciones necesarias para incorporarlo ya fueron adoptadas. Para inscribir un inmueble o un derecho real en él, es necesario un documento notarial. Los notarios son funcionarios públicos, pero ejercen su profesión de modo independiente. En los lugares en los que no hay notarios, los jueces civiles de primera instancia y los alcaldes ejercen las funciones de aquellos. Los títulos sujetos a inscripción, que no estén inscritos, no perjudican a terceros, sino desde su fecha de presentación al Registro (Art. 455).

El testador puede disponer libremente de sus bienes con tal que deje asegurados los alimentos de sus hijos legales o naturales durante su minoridad o su incapacidad jurídica. Del mismo modo, deberá asegurar la manutención de sus padres y la de su consorte mientras la necesiten. En lo concerniente con la sucesión intestada son herederos en el orden siguiente:

1. Los hijos legítimos, el consorte y los padres del *de cuius*;
2. Los abuelos y demás ascendientes legítimos;
3. El padre natural que ha reconocido el testador con su consentimiento;
4. Los hermanos legítimos y los naturales por parte de madre;
5. Los sobrinos;
6. Los tíos y las tías;
7. La municipalidad del último domicilio del testador.

Sólo a falta de todas las personas de un grupo, las personas del grupo siguiente ingresan al sucesorio. En caso de muerte de un consorte, el cónyuge sobreviviente únicamente heredará si un testamento *fue dispuesto con antelación*. En caso de sucesión intestada es heredero simple con el mismo derecho que disponen sus hijos y sus suegros. En ausencia de los hijos y de suegros el consorte hereda la totalidad de los bienes.

3. DERECHO DE OBLIGACIONES. LOS CONTRATOS

El Código Civil se corresponde en esta parte (Libro III) con el derecho francés, pero se halla dotado de una mejor metodología; pues, en primer lugar, trata de las obligaciones en general y después las obligaciones en especial. En el libro siguiente (VI) se tratan las formas de contratos únicos. El consentimiento en la aceptación de una obligación debe ser libre y claramente manifestado. La manifestación puede ser hecha de palabra, por escrito o por hechos de los que necesariamente se deduzca. En cuanto al proponente, hecho con una de las partes ausentes, se sigue la regla de la aceptación de respuesta (Art. 1013); en materia del derecho comercial domina el sistema de la emisión (Art. 190 Código de Comercio). Los acreedores pueden iniciar la nulidad de los contratos y de cualquier acto legal de los deudores declarados insolventes por medio de la *actio pauliana*. Los contratos obligan tanto a lo que se expresa en ellos, como a las consecuencias que la equidad, el uso o la ley hacen nacer de la obligación, según la naturaleza de ésta (Art. 1023, conforme al Art. 1258 del Código español). La venta es perfecta entre las partes desde que convienen en cosa y precio (Art. 1049). En los contratos bilaterales va siempre implícita la condición resolutoria por falta de cumplimiento. En este caso la parte que ha cumplido puede exigir el cumplimiento del convenio o pedir que se resuelva con daños y perjuicios (Art. 692). Las leyes sobre el trabajo tienen un carácter privado. Las disposiciones sobre los seguros son de naturaleza comercial. No hay ley que limite el tipo de interés. El tipo legal de interés es 6 % anual. Es permitido el anatocismo en caso de mora. No hay presunción de responsabilidad solidaria, dado que debe estar convenida. Sin embargo, en ciertos casos, la ley tanto en materia del derecho civil como en derecho comercial, contempla la solidaridad entre deudores. En derecho civil el fiador dispone de la excepción de excusión cuando la fianza no es solidaria. Los artículos 1393 y 1407 regulan la donación. La donación después de la muerte (*mortis causa*) no se admite. La donación que se haga para después de la muerte se considera como disposición de última voluntad y se rige en todo por lo que se dispone para los testamentos (Art. 1393). En el derecho civil no existe la demanda

de daños no patrimoniales. No obstante, en derecho comercial existen dos casos en los cuales las disposiciones legales la establecen expresamente (Art. 83 de la Ley de Cambio y Art. 58 de la Ley de transporte). La venta de animales u otros objetos no podrá ser anulada por vicios o defectos ocultos de la cosa de los llamados redhibitorios de la venta, excepto cuando exista una estipulación derogatoria. Una excepción se aplica si esos vicios o defectos envuelven un error tal que anule el consentimiento (Art. 1082).

Bajo el nombre de “Registro Público” existe una institución en la capital de la República competente para todo el país. El Registro está dividido en las secciones siguientes: El Registro de la Propiedad, el Registro de Hipotecas, el Registro de Personas y el Registro de Comercio. En el Registro de Propiedad se inscribirán: Los títulos de dominio sobre inmuebles y aquellos en los que se constituyan, reconozcan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación y cualesquiera otros derechos reales diversos de la hipoteca. En el Registro de Hipotecas se inscribirán los títulos en los que se constituya, modifique o extinga algún derecho de hipoteca (Art. 464). La hipoteca no inscrita es ineficaz. En el Registro de Personas se inscribirán: La sentencia que declara la ausencia, la incapacidad civil de las personas, la insolvencia o quiebra, la certificación del nombramiento del albacea, la constitución de las personas morales y jurídicas, todo poder general o generalísimo y las capitulaciones matrimoniales, cuando en virtud de ellas se establezca entre los cónyuges comunidad de bienes (Art. 466). En cuanto al Registro Comercial, véase la sección IV. Para cada sección del Registro Público son llevados libros por separado. Las inscripciones se hacen según la fecha, de manera que los documentos son inscritos en el orden en el que fueron presentados.

IV. EL DERECHO COMERCIAL

El Código de Comercio vigente data del 6 de junio de 1853. Es una reproducción del Código de Comercio español del 30 mayo de 1829,

complementado y modificado por las leyes siguientes: La Ley de Marcas de Fábrica y de Comercio del 22 de mayo de 1896, la Ley de la Moneda del 24 de noviembre de 1896, la Ley bancaria del 25 de abril de 1900, renovada por la Ley del 19 de junio de 1903, la Ley del Registro Comercial del 21 de junio de 1901, la Ley de Inscripción de Libros de Comercio del 5 de julio de 1901, la Ley de Quiebras del 15 de octubre de 1901, la Ley cambiaria del 25 de noviembre de 1902, trata igualmente al cheque, al vale, a la orden y al título pagadero al portador, la Ley de Sociedades de Mercantiles del 24 de noviembre 1909, y la Ley del Transporte del 29 de noviembre de 1909.

El Código de Comercio está dividido en 5 libros con 1169 artículos, que tratan sobre: 1. Los comerciantes y los auxiliares del comercio. 2. Los actos de comercio en general, sus formas y efectos. 3. Del comercio marítimo. 4. De la quiebra (reemplazada por la Ley de 1901). 5. De la actividad judicial en asuntos comerciales (no tuvo importancia en práctica).

Del Registro de Comercio se observa, que la calidad del comerciante es independiente a que este se encuentre inscrito. Como se mencionó en la sección III en el Registro Público se inscribirán: 1 Los documentos públicos que sirven para establecer, modificar, anular o disolver las sociedades mercantiles. 2 Todo poder general dado por comerciantes o sociedades mercantiles, así como su revocación o sustitución. 3 Los documentos escritos o las certificaciones del nombramiento de administradores, gerentes o agentes de sociedades anónimas y de su revocación. 4 Las patentes acordadas a los corredores jurados. 5 Los contratos matrimoniales entre el comerciante y su esposa, en los que se establece comunidad de bienes. 6 Todo escrito o documento en que conste la aceptación por el comerciante de deudas o de derechos a favor de su esposa. 7 La sentencia que declare el divorcio o separación de cuerpos de los comerciantes, así como todo escrito o documento de liquidación de su parte en la comunidad matrimonial. 8 Los interdictos de jurisdicción en virtud de los cuales resulte la declaración o la anulación de quiebra, la declaración o la destitución de síndico de quiebra, la rehabilitación del quebrado o el acuerdo concertado entre él y sus acreedores. La

quiebra se aplica solamente a los comerciantes y la calificación de quiebra se hace contra los comerciantes que han suspendido los pagos corrientes de sus obligaciones. La quiebra procede aún cuando el comerciante no tenga más de un acreedor (Art. 1-3 de la Ley de las Quiebras). La sucesión del comerciante se puede declarar en bancarrota cuando ha habido prueba de la suspensión de pagos por el testador (Art.6). Si un comerciante o una sociedad mercantil tiene una o algunas sucursales o agencias en la República, está en bancarrota, las agencias son sometidas a la liquidación si la autoridad extranjera lo solicita por medio de requerimiento escrito. El concurso de acreedores de la quiebra será para satisfacer a prorrata, sin tener en cuenta el orden correlativo de fechas (Art. 35 de la Ley de las Quiebras o Ley sobre Quiebras).

Es posible librar una letra que se debe pagar en el mismo lugar. Se pueden expedir a favor del librador o a su propia orden. El cheque, que es una invención inglesa, se usa frecuentemente. La Ley lo designa como un giro contra un banco pagadero a la vista (Art. 162 de la Ley cambiaria). Contempla el cheque cruzado y el cheque certificado.

No hay tribunales comerciales especiales. Las normas referentes a esto en el Código de Comercio (Libro V) no han tenido importancia en la práctica. Las autoridades civiles ordinarias conocen y deciden los asuntos comerciales aplicando el derecho comercial. En la capital de la República existe una cámara de comercio, que tiene un carácter privado y a la cual los comerciantes se dirigen habitualmente para que les expliquen sus derechos: la cámara decide como tribunal arbitral, pero sus resoluciones carecen de fuerza obligatoria. Sus efectos dependen de la decencia de las partes.

V. DERECHO PROCESAL

El ámbito procesal para los asuntos civiles y comerciales está regulado por el Código Procesal Civil del 6 de mayo de 1887, que entró en vigencia el 1 de

enero 1888. Su contenido proviene en gran parte del Código de Procedimientos Civiles español y se complementa con lo siguiente: la Ley de Organización de los Tribunales del año 1887, en virtud de la cual, el alcalde, el juez de primera instancia o el juez arbitral (del Consejo de Guerra y el juez militar), la Sala de Apelación, la Corte de Casación y la Corte Plena ejercen la jurisdicción. Además, se mencionan: La Ley de Notariado del año 1887 y la Ley del Colegio de Abogados del año 1883. Solamente un abogado, un bachiller en leyes o un procurador judicial pueden comparecer ante la Corte en nombre de otro en un proceso. En algunas materias pueden comparecer en nombre propio o por sí.

VI. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

En cuanto a este derecho existen solamente unas pocas disposiciones establecidas en el párrafo introductorio del Código Civil. Las leyes de la República concernientes al estado y capacidad de las personas obligan a los costarricenses para todo acto jurídico y contrato que deba tener su ejecución en Costa Rica, cualquiera que sea el país donde se ejecute o celebre el contrato; este acto y contrato obliga también a los extranjeros. La prescripción se regirá por las leyes costarricenses, aunque los otorgantes sean extranjeros. Para la interpretación de un contrato o un testamento, rigen las leyes del lugar donde se hubiere celebrado el contrato. En cuanto a la forma y solemnidades externas de un contrato o de un acto jurídico se aplica el principio *locus regit actum*.

El matrimonio contraído por extranjeros fuera de Costa Rica, con arreglo a las leyes del país en que se celebre, surtirá todos los efectos civiles del matrimonio legítimo, siempre que no esté comprendido entre los matrimonios que son legalmente imposibles.

Las sentencias pronunciadas por tribunales extranjeros se pueden ejecutar en Costa Rica después que la Corte de Casación ha dado su exequátur sin necesidad de reexaminar anteriormente los hechos.

La Convención de Derecho Internacional Privado, conocida como Código Bustamante (véase el Art. “Cuba”) adoptada por la Sexta Conferencia Panamericana fue firmada por Costa Rica con muchas reservas y aún pende de ser ratificada.

ENTREVISTA A WALTER ANTILLÓN MONTEALEGRE

(Profesor Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica)

A cargo de Gustavo Chan Mora (Profesor de la Facultad de Derecho de la UCR)

ENTREVISTA WALTER ANTILLÓN MONTEALEGRE, PROFESOR EMÉRITO DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

Entrevistado: Walter Antillón Montealegre
Profesor Emérito de la Facultad de Derecho de la UCR

Entrevistador: Gustavo Chan Mora
Profesor de la Maestría en Ciencias Penales de la UCR.

RESUMEN: El día 2 de noviembre del año 2012 se tuvo el honor de realizar una entrevista a don Walter Antillón Montealegre, profesor emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, con motivo de la celebración de sus ochenta años de edad. La entrevista fue realizada por el profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, Gustavo Chan Mora. En la entrevista se recogen muchas de las anécdotas, recuerdos y vivencias del distinguido jurista costarricense. Como parte de estas memorias el profesor Antillón relata recuerdos de su infancia. De sus primeros años de estudio del Derecho y la descripción de la Facultad de aquellos años. Sus estudios de posgrado en la Universidad de Roma en Italia. Sus años de docencia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y el modelo de Facultad que añoró establecer, así como las advertencias sobre la docencia actual en la Facultad de Derecho y la necesidad de alcanzar aquello que llama “vida académica”. Además, sus años de labor en el Poder Judicial así como también posteriores labores en el ejercicio libre de la profesión. Sus años de trabajo en Nicaragua dedicado a la construcción de un sistema de justicia para el pueblo nicaragüense después de la Revolución Sandinista. Los recuerdos y vivencias junto a distinguidos juristas y amigos suyos como Luigi Ferrajoli, Alessandro Baratta, Perfecto Andrés Ibáñez entre otros. Además, el profesor Antillón, siempre con su compromiso con el Derecho, la justicia y la democracia, recuerda que pese a la incertidumbre y lo sombrío que puedan parecer los tiempos actuales tanto en el mundo como en Costa Rica, siempre habrá espacio para la esperanza, que esta es constitutiva y que los

cambios no son una gracia o regalo sino que se debe luchar por ellos para alcanzarlos.

Se celebra junto con el profesor Antillón no sólo sus ochenta años de edad, sino además todo su legado y compromiso con el Derecho y la justicia, valores por los cuales siempre se ha preocupado y por los cuales ha trabajado con pasión a lo largo de esos años que hoy día son dignos de admiración. El legado del maestro Antillón para el Derecho y la justicia es digno del más alto reconocimiento y respeto. En la celebración de sus ochenta años se celebra también ese legado; legado que no se agota en ochenta años, sino que tendrá enorme eco en la posteridad, por todos los años venideros mientras se predique del Derecho y de la justicia en Costa Rica.

PALABRAS CLAVE: Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, vida académica, Revolución Nicaragüense

ABSTRACT: On November 2nd 2012, we had the honor of interviewing Walter Antillón Montealegre, emeritus professor at the University of Costa Rica; on occasion of his eightieth birthday. The interview was in charge of Gustavo Chan Mora, professor at the Law School of the University of Costa Rica. The interview contains anecdotes, memories and experiences from the Costa Rican jurist. Professor Antillón retells childhood memories; his first years at Law School, and how it was back in the day. His postgraduate studies at The University of Rome, Italy. His years of teaching at the Law School of the University of Costa Rica and the Faculty model that he wanted to establish; as well as his warnings on today's way of teaching and the need to achieve what he calls "academic life". He also talks about his years working in Judiciary, as well as his years working freelance. The years he spent in Nicaragua building the justice system after the *Sandinista* Revolution. He also cherish the memories along the distinguished jurists and his personal friends Luigi Ferrajoli, Alessandro Baratta, Perfecto Andrés Ibáñez, among others. Also, professor Antillón, who is deeply committed to law, justice and

democracy, states that even tough things may seem uncertain on the world as well as in Costa Rica, there's always a place for hope, but is necessary to fight for it, because change will not come as some sort of gift, is necessary to work in order to achieve it.

Professor's Antillón eighties is not the only thing that is worth of celebration and honor, his legacy and commitment to law and justice are also celebrated. Values that had always concerned him and that he had worked passionately to achieve them along the years. Professor Antillóns' legacy is worthy of the highest respect and recognition. In his eighties is also celebrated his legacy, a legacy that will not end in eighty years, it will last while the preaching of law and justice endures in Costa Rica.

KEYWORDS: Law, Law School of the University of Costa Rica, academic life, Nicaraguan Revolution

Fecha de realización de la entrevista: 2 de noviembre de 2012.

Fecha de recepción: 7 de noviembre de 2012.

Fecha de aprobación: 12 de noviembre de 2012.

Gustavo Chan: ¿Dónde nació don Walter Antillón? Háblenos un poco de su familia y de sus recuerdos de infancia.

Walter Antillón: Yo nací en San José en casa de mis abuelos maternos, que vivían detrás de la Iglesia de la Soledad; porque cuando yo nací mis papás tenían una finca en la zona de Orosí, se llamaba Tapantí; y allá vivíamos. Cuando mamá estaba por parir la trajeron a San José, a la casa de los abuelos; y a los 40 días de nacido regresé en mula a Tapantí y allá pasé mis primeros años.

Gustavo Chan: ¿Qué recuerdos tiene de esas primeras nociones, esa primera intención que surgió en usted por estudiar Derecho?

Walter Antillón: Yo era muy aficionado al dibujo. Con frecuencia cuando era alumno del Liceo, pensé que una cosa que me gustaría sería estudiar arquitectura. El Derecho me entró como en cuarto año del Liceo. Teníamos un profesor de Historia bastante improvisado, no era un gran historiador ni nada, pero era un tipo que sabía ponerle mucha vida a sus clases y yo me enamoré de la Historia y, por ende, de la vida social. De pronto encontré que tenía mucho sentido trabajar en algo que estuviera inmerso en la vida social, entonces empecé a pensar en el Derecho. Precisamente cuando terminé mi cuarto año del Liceo compré en la librería Lehmann las Instituciones del Derecho Romano de Bonfante y empecé a leerlas. Entonces cuando era alumno de quinto año de bachillerato ya yo había leído el primer libro de Derecho: el Bonfante, que lo recuerdo para siempre, es una lectura que siempre me ha acompañado. Después ingresé a la Facultad.

Gustavo Chan: ¿En qué año ingresó a la Facultad?

Walter Antillón: Creo que en el año 50 o 51, no me acuerdo muy bien. De pronto me apasionó la idea de la convivencia y de la justicia. A esas edades de pronto un día desperté marxista sin saber que existía una persona llamada Marx, porque de pronto me cayó la conclusión o la evidencia de que vivía en un mundo muy injusto. Mi familia directa nuclear, mis padres, era gente acomodada; pero más allá, en el resto de la familia había muchos que eran muy ricos. Y de pronto se me hizo claro que todo eso era injusto, que en la sociedad habían algunos que estaban viviendo bien a costa de otros que estaban viviendo muy mal, entonces mi vocación jurídica nació a la par de mi vocación comunista. Fueron dos cosas que se juntaron y bueno, no se han separado todavía.

Gustavo Chan: ¿Cómo era esa Facultad en la que usted estudió?

Walter Antillón: La Facultad estaba en el centro de San José, donde está ahora el edificio del OIJ. Era un viejo edificio neoclásico muy lindo con columnas y capiteles, construido por mi tío José Francisco Salazar en los años 30: esa era la Facultad de Derecho. Tenía un patio central y alrededor las aulas y las oficinas administrativas, era una Facultad muy sencilla, los alumnos creo que seríamos, poniéndole mucho, tal vez 400. La carrera llegaba hasta sexto año. La Facultad de aquel momento, en mi criterio era malísima, los profesores eran improvisados, porque acababa de ocurrir la Revolución de Figueres y la derrota de Calderón y como consecuencia de eso hubo un asalto a la Universidad de parte de los figueristas y la expulsión de los viejos profesores a quienes se les atribuía de algún modo ser mariachis. Por ejemplo, en sustitución de Don Rómulo Tovar que era el profesor de Derecho Constitucional y era una figura importante, un hombre con grandes conocimientos, vino un señor que mejor no digo el nombre..., que no sabía nada de la materia. Bueno, a mi me toco todavía un poco pescar algunos buenos profesores, como don Alberto Martén que era de los figueristas pero era muy bueno, fue profesor mío de Economía política. Pero en general la Facultad era muy mala, y es que no podía ser menos porque no había profesores propiamente dichos; los llamados profesores eran abogados y jueces que venían una hora al día a dar su clase a la Facultad.

Gustavo Chan: Don Walter pero en eso no hay mucha diferencia con lo que hay ahora, en la actualidad.

Walter Antillón: Bueno no sé exactamente, yo sé que ha retrocedido muchísimo, porque nosotros en los años setentas, sesentas y setentas, conseguimos enviando más de 50 personas a hacer posgrado, conseguimos que la Universidad nos diera tiempos completos, al punto de que llegó un momento en que éramos mayoritariamente tiempo completo; luego había un grupo más pequeño de medio tiempo; y los profesores horarios eran contados con los dedos de la mano: dos o tres en toda la Facultad.

Gustavo Chan: Sobre ese mismo tema. ¿Qué opina usted de una Facultad que está basada precisamente en la enseñanza mediante profesores que le dedican a la Facultad solo un tiempo residual?

Walter Antillón: Naturalmente que eso tiene que ser un enorme fracaso y es una gran irresponsabilidad, la responsabilidad que eso implica no la asumen. Los estudios en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica son de muy baja calidad, en mi criterio.

Eduardo Ortiz y yo estudiamos en Italia al comienzo de los sesentas y regresamos con una idea muy fuerte en la cabeza que era cambiar la Facultad, pero yo creo que nosotros mismos no entendíamos con toda claridad todo lo que había que hacer para lograr lo que queríamos. Habíamos visto cómo funcionaba una Facultad seria, que era la Facultad de Derecho de la Universidad de Roma donde los dos estuvimos estudiando; pero teníamos que haber vivido ahí creo yo muchos años para poder darnos cuenta cabal con todos los detalles de lo que significaba hacer funcionar aquella institución. Esa clara conciencia tanto en Eduardo como en mi se ha producido después con los años, después de pensar mucho en los problemas de una Facultad de Derecho y de pensar mucho, retrospectivamente, en lo que nosotros vivimos; y creo que en los que nos faltó claridad aunque tuvimos la intuición, fue cómo asegurar permanentemente una cosa que la Facultad nuestra no tiene: la vida académica. Creo que la llegamos a tener durante un corto tiempo en aquella época de auge en que tuvimos aquel gran número de profesores de tiempo completo, o sea todos estábamos ahí todo el día, investigando y discutiendo entre todos sobre las distintas disciplinas.

La vida académica fue lo que en realidad nosotros vimos y vivimos en Italia. La Facultad italiana estaba en aquel tiempo, dividida en institutos y los institutos eran la verdadera Universidad. Por ejemplo, la decanatura era un órgano más bien simbólico: allí lo que contaba era el instituto. El director del instituto tenía un muy buen presupuesto, tenía instalaciones amplias, tenían enormes bibliotecas especializadas, tenía su secretariado, y sobre todo sus asistentes. Yo fui una

especie de asistente extranjero, me hicieron un campito en el Instituto de Derecho Procesal, y entonces pude ver esa vida académica, pude ver la cotidianeidad; o sea, eso de estar uno siempre en el Instituto con un programa trabajando, con reuniones con el maestro y con los compañeros asistentes, la jerarquía dentro de los asistentes, los asistentes viejos que ya eran realmente maestros consumados que sólo estaban esperando una plaza o una llamada, que los llamaran de alguna Facultad para empezar su trabajo, que ya habían hecho su 'monografía' para obtener la "libera docenza", una especie de licencia para enseñar que se adquiere con lo que, a juicio de la doctrina, constituye una obra maestra, una monografía con un enorme grado de excelencia (Chan: la tesis de habilitación alemana) exactamente.

Esa vida, es lo que yo creo que falta. En la Facultad de Derecho ha faltado casi siempre, ha habido creo yo muy pocos momentos en los que tuvimos esa vida muy grata, muy agradable y estimulante que era la convivencia cotidiana entre los profesores tratando los temas del Derecho. Hacíamos nuestras reuniones y nuestras conversaciones que se prolongaban discutiendo temas importantes. Pero en las Facultades italianas eso se produce en el interior de cada instituto, entonces las conversaciones son conversaciones que tratan los temas de una materia específica con lo cual uno con el tiempo llega a conseguir una profundidad enorme porque cada discusión es un reto y un montón de cosas que uno no conoce: uno va en carrera a la biblioteca a ver si puede ponerse a la altura. Ese reto era cotidiano y era una cosa enormemente estimulante. Yo viví eso y creo que Eduardo también lo vivió; y pues nosotros vinimos con la idea de poner eso a funcionar. Y conseguimos mucho, pero fallamos en una cosa fundamental, que fue en lo siguiente; debimos haber comprometido a la Universidad para sostener a los profesores por períodos más largos a partir del momento en que regresaban de sus estudios. Nuestros contratos los sostenían dos años nada más. Claro que entonces pasaba, que a los dos años alguien se los llevaba, un bufete, entonces se acababa su aporte; podían seguir siendo profesores pero de pronto ya querían ser de medio tiempo de cuarto de tiempo, finalmente se iban desligando (Chan: y así se fue diluyendo el proyecto que habían trazado usted y don Eduardo) también

por otras razones: cuando nosotros dejamos la dirección de la Facultad, hubo un abandono deliberado de los planes estos de parte ya de otros decanos que llegaron después; que ya pensaban en otras cosas yo no sé en qué. Entonces, esa Facultad se fue perdiendo, lo poquito que nosotros logramos montar. Y bueno después de eso ya ha venido esta cosa que desde luego es la dispersión: hemos llegado a algo parecido a la Facultad en la que yo estudié, o sea, cada profesor viene, da una clase a un grupo y se va corriendo a sus cosas; entonces se relaciona superficialmente con sus alumnos; y no tiene ningún contacto con otros profesores ni tiene asistentes, eso pues realmente es la negación de la vida académica. La vida académica era una cosa admirable, yo lo recuerdo con tal gusto, aquello de venir después de almuerzo, encontrarse a un compañero tomarse un café en la mesa de la biblioteca consultando un libro discutiendo un problema, en la tarde hacer una reunión con los asistentes y que los viejos asistentes te expusieran un problema y salieras de ahí lleno de motivaciones a meterte a la biblioteca hasta que ya cerraran. Esas cosas no existen, simplemente no existen aquí. Entonces ¿cómo puede progresar una Facultad si no hay pensamiento, si no hay pensamiento sostenido sobre la problemática de cada materia? Ese es el problema principal, en mi criterio.

Y bueno naturalmente la Universidad es una Universidad relativamente pobre, asediada, que cada vez le niegan y le quitan recursos, en este momento la idea oficial es ver cómo acaban con la Universidad pública, para entregar todo a las Universidades privadas que son comerciales, que no les interesa la vida académica sino que son fábricas de títulos con el objeto de lucrar, y de suplir las necesidades de la expansión de las transnacionales. Esa es digamos, la perspectiva futura de este país y de la educación de este país. Bueno pero yo creo que hay que dar esa pelea para cambiar.

Gustavo Chan: Don Walter hablemos de otras dimensiones, de su experiencia profesional. Después de egresarse a qué se dedicó usted, trabajó usted en el poder judicial, o antes de eso ¿qué hizo?

Walter Antillón: Yo hacía mi práctica en el Poder Judicial desde que era estudiante y a mí me gustaba mucho el trabajo judicial. Tuve la suerte de ser el asistente de don Ulises Odio, y en los últimos años don Ulises me entregaba una parte de sus procesos que no eran los más difíciles claro, sin embargo a veces me ponía cosas difíciles también, para que yo hiciera los borradores de las sentencias. Eso me enseñó muchísimo, y sobre todo me hizo un adepto al Poder Judicial, de modo que cuando yo egresé, para mí lo más natural del mundo fue que me nombraron, primero alcalde en Limón, después fui juez en Golfito, después me trajeron a San José y en ese momento fue que tuve la oportunidad de ir a Italia; pero cuando regresé, regresé de nuevo al Poder Judicial, y estuve muchos años, estuve 16 años en total en el Poder Judicial.

Gustavo Chan: ¿Por qué dejó la labor del Poder Judicial?

Walter Antillón: A uno se le pegan ciertas dignidades y ciertos orgullos que son ajenos, talvez era presuntuoso de mi parte aspirar a tanta dignidad, pero yo cuando egresé de la Facultad dije: yo quiero ser juez, pero no pienso ir a hacer la romería en las oficinas de los magistrados para que me nombren en cualquier cargo; si me nombran que sea porque les parece que trabajo bien, si no pues que no me nombren. Entonces, ¿cómo fue que se produjeron mis nombramientos? por cuestiones puramente circunstanciales, a Limón me llamaron porque el alcalde de Limón había cometido unas irregularidades con unos dineros, entonces la Corte en vez de meterlo a la cárcel, lo pensionó, y entonces yo fui allá y me hice cargo de la alcaldía. Luego, a Golfito me pasaron por algo parecido. El juez entró en un conflicto con todos los abogados, porque a ese juez le había dado por cobrar muchísimo por las diligencias, incluso inventaba diligencias para cobrar más. Era una especie de fanático religioso, a su manera, porque él creía mucho en la profecía de un cura, el cura le había dicho que él se iba a hacer rico en Golfito, entonces él decidió que él tenía que hacer realidad esa profecía y la manera de hacerlo fue precisamente cobrar sumas enormes por las diligencias judiciales. Entonces los abogados no soportaron más y plantearon el asunto a la Corte. La

Corte no lo despidió, lo nombró en otra parte y me llevó a mí allí a Golfito sin que yo lo hubiera pedido, y ahí estuve. Y bueno cuando llegué me encontré con un juzgado que tenía 2 meses de que no se dictaba una sentencia porque el hombre este lo que hacía era practicar inspecciones oculares bien remuneradas y rezar. Tenía una especie de altar en su despacho y allí rezaba. Entonces la cuestión es que después de Golfito quien me trajo a San José fue don Ulises Odio que ya era magistrado, me parece. Entonces yo hasta ese momento nunca había tenido que pedir nada a los magistrados y yo decía no, sigo así, si no me nombran pues nada pero yo nunca voy a ir a pedirlo, me parece que es una cosa espantosa para un juez. Un juez no puede sentirse bien después de hacer esas cosas, un juez tiene que sentirse muy bien, tiene que sentirse muy cómodo con su conciencia y a mí me parecía que era incompatible, entonces nunca lo hice y finalmente fui postergado muchas veces. Entonces decidí renunciar como así, de un día para otra, al punto de que no tenía yo ni siquiera una máquina de escribir cuando renuncié.

Gustavo Chan: En alguna ocasión nos contaba usted la anécdota de cuando trabajó por el lado de Guanacaste. ¿Cómo se dio eso?

Walter Antillón: Eso fue muchos años después. Cuando dejé la Corte... por cierto que por muchos años conservé los telegramas de personas que yo respetaba en donde me decían que les parecía deplorable que dejara la judicatura y que consideraban que era una pérdida para el Poder Judicial: uno era el presidente de la Corte don Fernando Baudrit, el otro don Ulises Odio, el otro don Fernando Coto Albán, y el otro era don Juan Jacobo Luis, que era el presidente de la Sala I. Me salí y sin embargo la Corte me nombró juez superior suplente, y después la Asamblea Legislativa me hizo magistrado suplente. Entonces en cierto modo quedé siempre un poco ligado al Poder Judicial por unos años más, pero mientras tanto pues ya me dediqué a la abogacía. Me llamaron de un bufete muy acreditado donde me dieron todo, yo no tenía nada ni siquiera un escritorio ni una maquina, ellos me dieron todo, una oficina muy buena con todo listo, incluso me dieron

juicios, al comienzo me pasaron un poco de juicios que ellos tenían ahí.

Y bueno la pasé muy bien en el sentido económico, porque de pronto empecé a ganar dinero, lo que era imposible con el sueldo de juez en ese tiempo, yo no sé si ahora se podrá, pero en ese tiempo ganábamos muy mal. Empecé a ganar mucha plata. Pero al comienzo de los setentas, así como al 75 yo ya estaba en una crisis de conciencia fuerte, porque de pronto me empezó a pesar mucho el hecho de servirle a las empresas, incluso varias trasnacionales, Empecé a pensar que no, que no era posible que yo hiciera eso, y de ese modo entonces me salí de ese bufete.

Fundamos otro bufete en ese momento, me entusiasmaron Rodolfo Piza (el viejo) Álvaro Fernández, Mario Granados, Juan José Sobrado, entonces estuve con ellos en un bufete nuevo de abogados bastante buenos como abogados. Sin embargo yo empecé a atender ahí en ese bufete clientes muy pobres que no me pagaban. Cuando mis compañeros empezaron a ver unos viejillos muy mal vestidos y unas señoras ahí con canastos haciendo antesala a la par de los inversionistas clientes de ellos empezaron a sentirse mal, y un día me dijeron que si no cambiaba de clientes entonces era mejor que buscara otra parte, Mis queridos amigos me sacaron del bufete.

En esos días se estaba cocinando la idea de hacer un bufete para los trabajadores; con Arturo Fournier, con Antonio González que trabajaba en Derecho Laboral, Bernardo Chinchilla, Luis Guillermo Herrera; Álvaro Montero Vega y otros compañeros, fundamos el departamento legal de la CGT, y ahí fue donde me tocó a mí viajar a Guanacaste. Asignaron las zonas de cada uno y a mí me tocó Guanacaste, hubiera agarrado cualquier otra no era que yo la pedí, cualquier otra hubiera sido. Pero bueno fue muy lindo para mí ese trabajo, era un trabajo compartido con mi trabajo en el bufete y en la Universidad. Siempre seguía dando clases en la Universidad. Iba al bufete ya al atardecer, y a Guanacaste iba los fines de semana, me iba el viernes en la noche a dormir en Liberia y allí a las 7 de la mañana ya me estaba esperando una fila enorme de gente para que los atendiera, gente humilde de la zona a quienes dábamos servicio. Después ese mismo día en la tarde me iba para Nicoya y amanecía domingo en Nicoya

atendiendo también la gente de allí, y el domingo en la tarde regresaba a San José. Así fue, cada 2 semanas viajaba a Guanacaste en esas condiciones, fue una experiencia preciosa. Ahora no lo haría, me faltan aquellas energías que uno tiene, bueno yo no era tan joven tenía más de 40 años en ese momento, pero bueno no es lo mismo 40 que 80.

Gustavo Chan: Este año, don Walter, celebramos con usted sus 80 años, pero además celebramos muchos años de docencia, en qué año comenzó usted a dar lecciones.

Walter Antillón: Empecé en el año 62 hace más de 50 años.

Gustavo Chan: ¿Qué anécdotas interesantes o divertidas recuerda usted en su experiencia como profesor de la Facultad?

Walter Antillón: Bueno recuerdo muy bien a los alumnos de los primeros grupos, que ahora ya están todos jubilados, ya son unos viejos, todos de la tercera edad, los recuerdo muy bien con mucho cariño. Una cosa interesante es comprobar cómo esas personas son ahora de la misma manera que eran cuando entraron a la Facultad, o sea uno los recuerda entonces y los ve ahora y son exactamente la misma persona no han cambiado nada. Bueno ahora están más viejos y la apariencia física puede cambiar; están más gordos, calvos etc., pero igualitos en su carácter, en sus gestos, en sus modos son exactamente lo mismo. Yo con mis alumnos en general pero sobre todo con esos antiguos tengo lazos muy fuertes, bueno algunos los he perdido de vista. Tuve grupos muy buenos, grupos estupendos de alumnos brillantes, como el grupo de Gerardo Trejos. Lo recuerdo particularmente como un grupo muy brillante. Entonces yo daba una clase que era Teoría del Estado, que era un curso muy duro, los alumnos cuando pasaban, pasaban raspando y ese grupo siempre mantuvo unas notas brillantes, unas notas altísimas en la materia. Claro para un profesor es sumamente gratificante encontrar a un grupo que entienda lo que está diciendo y lo emula y lo estimula;

fue una año muy bueno. Estaba allí, además de Gerardo Trejos, Marina Volio, Fernando Barquero, Víctor Ramírez que era muy inteligente, Enrique Castillo que es el canciller actual, después estaba Fernando Berrocal el candidato, Rodrigo Barahona, Luis Garita el rector, Marco Vinicio Tristán que es banquero, se ha dedicado más que todo a los negocios. Y bueno serían veinte personas pero de los veinte solo había uno o dos que fallaban y además era terrible porque contrastaban tanto con el nivel altísimo de la mayoría que era una tragedia para ellos, pienso yo.

Gustavo Chan: Don Walter, cómo fue su experiencia en Nicaragua, sabemos que usted estuvo trabajando por Nicaragua, cuéntenos de su trabajo en Nicaragua y cómo lo marcó eso en su vida.

Walter Antillón: Sí, bueno yo empecé a trabajar por la Revolución nicaragüense estando aquí. Yo naturalmente por mis ideas era del partido Vanguardia Popular, y la gente de Vanguardia estaba muy conectada con la lucha del Frente Sandinista. También en esos años me casé con mi segunda esposa que era de padres franceses pero nacida en Nicaragua y era del Frente Sandinista; entonces empecé a trabajar con ellos. Empecé a reunirme sistemáticamente con un grupo de colegas nicaragüenses exiliados y elaboramos los primeros documentos legales para la Revolución, porque se veía venir que íbamos a triunfar.

Entonces redactamos un Estatuto de derechos y deberes de los nicaragüenses, y un Estatuto fundamental que era así como la parte orgánica: ambos Estatutos componían una especie de Constitución; pero no la llamamos constitución. Y así redactamos también una docena de leyes relacionadas con la emergencia del triunfo revolucionario, con el momento en que el Frente Sandinista tomaría posesión del gobierno; de ese modo me involucré en el proceso, al punto de que al día siguiente del triunfo yo ya estaba en Managua.

Trabajé primero con el Ministerio de Planificación durante un año, y después me llamó la Corte Suprema para que trabajara con ellos. Entonces trabajé con la Corte en la elaboración y ejecución de proyectos para construir una organización

judicial que respondiera a los ideales de la Revolución y ese fue mi trabajo principal en Nicaragua. Durante 8 años estuve trabajando en Nicaragua fue una etapa para mi maravillosa, sobre todo los primeros años.

El pueblo nicaragüense en ese tiempo se identificó con la Revolución, de pronto vieron que era posible un gobierno para el pueblo, un gobierno al servicio del pueblo. Eso entusiasmo muchísimo a grandes cantidades de personas que se metieron a trabajar fuerte en apoyo de la Revolución. Ese fervor se fue perdiendo con el tiempo; pero en los primeros años, sobre todo en los primeros meses la efervescencia, el entusiasmo, la mística eran admirables, la gente trabajaba sin paga, había gente que se metía a atender una oficina y a los tres o cuatro días caían desmayados porque no habían comido, no habían dormido, se olvidaban de todo con tal de hacer su trabajo.

En la vida de la Revolución Sandinista yo vi cosas muy lindas; qué sé yo, en el Ministerio de Planificación teníamos una especie de regionalización y teníamos una gente que trabajaba en diferentes departamentos y una vez visitamos Chinandega a encontrar la persona que nosotros habíamos mandado allá y en esos días había una peste de conjuntivitis, una conjuntivitis hemorrágica terrible, con calenturas altísima: la gente se ponía malísima y cogían cama y todo. Llegamos a Chinandega y encontramos a este compañero con una conjuntivitis que los ojos eran como pedazos de carne, casi no los podía abrir pero estaba sentado trabajando en su escritorio, y entonces le dijimos: ¿cómo está usted trabajando de esta manera? ¡Váyase a descansar! Y él dijo una frase que a mí me dejó estupefacto y que guardo en mi memoria para siempre; dijo: “a eso yo no le pongo mente”. Lo cual da un poco la idea de lo que era el entusiasmo y la mística por la Revolución.

Para mí la Revolución Sandinista representó en aquel momento la posibilidad de la construcción de una sociedad y de un ser humano distintos: de un ser humano fraternal, con un pensamiento solidario, con una preocupación por la justicia; un ser humano abierto al mundo, todo lo contrario de lo que uno estaba acostumbrado a ver en la propia Costa Rica y en todas partes, la gente trabajando mezquinamente por sus intereses y pisoteando los intereses de los demás,

abriéndose a codazos un camino hacia la riqueza y el poder. En esos primeros tiempos en Nicaragua yo vi un panorama en ese sentido, completamente nuevo, completamente diferente; y me llenó de esperanza. Por desgracia eso se perdió; para que esto ocurriera hay mil razones que sería difícil resumir.

Gustavo Chan: Sabemos de su amistad entrañable con grandes maestros del Derecho como Luigi Ferrajoli, Alessandro Baratta, como el profesor Winfried Hassemer; ¿qué puede usted contarnos de esa amistad?

Walter Antillón: Quiero recordar que los primeros grandes juristas extranjeros con quienes entablé una relación que luego se trocó en amistad fueron mi tutor don Santiago Sentís Melendo y mis maestros Salvatore Satta y Gian Antonio Micheli; y a través de ellos con Riccardo Orestano, Massimo Severo Giannini, Gino Gorla, Mauro Cappelletti, Elio Fazzalari, Giovanni Pugliese, Paolo Barile, Piero Verrucoli, Michele Giorgianni, Nicola Picardi.

En cuanto a las amistades nacidas en Nicaragua, bueno, yo creo que la amistad tiene esas cosas misteriosas. Yo no creo que yo sea un jurista de las dimensiones de mis queridos amigos Ferrajoli, Baratta, Hassemer, Zaffaroni, Bergalli, Perfecto Andrés o Julio Maier, que son talentos realmente excepcionales; pero tuvimos un comienzo de amistad sobre la base de una identidad de ideales. Cuando empecé a trabajar con la Corte Suprema de Nicaragua había en el Mundo mucho interés en ayudar a la justicia en Nicaragua. Entonces una serie de instituciones y embajadas querían participar de algún modo en el esfuerzo para que hubiera en Nicaragua una justicia distinta; entonces pude contar con financiamientos bastante buenos para hacer muchas actividades, de ese modo hicimos tres o cuatro seminarios en el curso de unos pocos años, abordando diferentes grandes temas de la justicia, y a esos seminarios tuve la oportunidad de invitar a muchos de estos compañeros que siguen siendo mis amigos.

A Luigi Ferrajoli no lo conocía a pesar de que cuando yo estaba en Italia en los años 63-64, Ferrajoli era estudiante de los últimos años y asistente en el Instituto de Filosofía del Derecho; era muy joven, porque Luigi es diez años menor que yo.

No le conocí en ese momento, lo conocí ya después por sus notables publicaciones, de modo que cuando tuve la ocasión de organizar esos seminarios entre las personas que invité fue a Luigi, y ahí nos conocimos en persona, creo que en el año 80 u 81, no me acuerdo, por ahí. Y bueno desde entonces hemos tenido una relación muy buena, él ha venido algunas veces a mi casa y yo a la suya, yo más que él, me he aprovechado mucho de la hospitalidad, pero he estado ahí tiempitos así prolongados mientras estoy dando alguna charla o haciendo algo en la Universidad de Roma, casi siempre he estado en su casa. Todavía cuando voy ya trato de no ir allí: me da mucha pena, pena retrospectiva, haberme aprovechado tanto. Entonces, bueno, los que ahora me invitan me pagan un hotel o algo así, pero uno de esos días aparece Luigi en la puerta buscándome para que vayamos a pasear. Con frecuencia hacemos un paseo dentro de Roma, en los suburbios, que es como una especie de rutina: él me lleva a alguna parte de Roma que a mí me guste en especial. Yo Roma la conozco mucho, la ciudad; porque en fin, la recorrí entusiásticamente en aquellos años jóvenes; entonces a él le gusta llevarme a algún punto, qué sé yo, vamos a la Vía Apia por ejemplo, que es una antigua calle de la época de la República Romana, construida varios siglos antes de Cristo, pero ahí está; y vamos y vemos los monumentos de la Vía Apia y después comemos por ahí, o en su casa. Vamos a un barrio, vamos a la Roma vieja. Una de las últimas veces que estuve en Roma fuimos al Monte Aventino que me trae muchos recuerdos, etc. En estos últimos años no nos vemos casi nunca y nos escribimos poco: él está muy ocupado, y yo mismo también, pero bueno siempre con mucho afecto.

Otro compañero a quien invité en esos años y ha sido como un hermano es Perfecto Andrés Ibáñez. Cuando Perfecto era juez en Logroño, en una ocasión yo estaba en Madrid con unos compañeros, y entonces le avisaron, y Perfecto se vino esa noche después del trabajo, se vino de Logroño, que queda lejísimos, y nos encontramos a las 2 de la mañana cuando él llegó directo a la casa donde estábamos. También cuando voy a España me quedo en su casa indefectiblemente, y conservamos una relación bastante más frecuente.

Tengo otros amigos de aquellos tiempos, que sé yo: Giuliano Pisapia que llegó a

Managua a tratar de ayudar, a ver qué aportaba. Nos hicimos buenos amigos. Él vive en Milán, yo un par de veces he pasado días en su casa. Es hijo de un gran maestro de la Universidad de Milán: el profesor Gian Domenico Pisapia, que fue catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal. Hace algunos años Giuliano se ocupaba de Derecho de Familia; pero también de política: fue diputado y ahora Giuliano es el Alcalde de Milán. Yo no he ido en este tiempo que él es alcalde, creo que no iría a molestar ahí; pero en fin, él es un tipo brillantísimo con quien también conservo una amistad cordial. También Stefano Nesor, abogado excepcional, es uno de los que llegaron en esos años a Nicaragua y desde entonces somos muy muy amigos. Esa convivencia en Nicaragua con abogados, jueces y profesores italianos que vinieron a cooperar produjo una gran cantidad de encuentros amistosos, que siguen alegrando mi vida: Eligio Resta, Salvatore Senese, Franco Ippolito, Edmondo Bruti-Liberati, Franco Maisto y Ana Conforti, Fabrizio Clementi, Tamar Pitch, Giuseppe Coturri, Sandro Schipani, Massimo Brutti, Alberto Filippi, Pierangelo Catalano, Alessandro Pizzorusso, Luciano Violante, Guido Calvi y otros más; así como también ocurrió que otros colegas y antiguos amigos extranjeros más bien se alejaron de mí por mi estancia en Nicaragua. A algunos los invité a ver la Revolución, y no solo no quisieron, sino que decidieron cambiar de amistades

Gustavo Chan: ¿Y con don Sandro Baratta?

Walter Antillón: Con Sandro también, Sandro es otro producto de la circunstancia esa nicaragüense. Sandro Baratta, Catedrático en Saarbrücken, Alemania, estaba con gran entusiasmo por la revolución nicaragüense, entonces en una ocasión tenía que venir a Costa Rica a dar una charla aquí. Estamos hablando del año 82-83. Entonces aprovechó y se fue en autobús hasta Peñas Blancas, y en Peñas Blancas no había ningún medio de transporte automotor que llevara a alguna ciudad en el interior de Nicaragua; entonces alquiló una yegüita llamada 'Despeinada', y cabalgó desde Peñas Blancas hasta Rivas. Ya en Rivas encontró un autobús todo destartado y así llegó Sandro a Managua. Desde entonces nos

hicimos muy amigos y ya pues hasta que murió tuvimos una relación muy buena. Sandro era una persona maravillosa, un hombre además de un enorme talento, un gran corazón. Por eso lo recordamos tanto y por eso también hemos fundado una cátedra que lleva su nombre dentro de la cual tratamos de reactivar y profundizar su pensamiento.

Gustavo Chan: Don Walter ya para ir cerrando con esta conversación. En este momento en que todo parece tan sombrío en la política, en la economía en la realidad, ¿queda espacio para la esperanza?

Walter Antillón: Sí, yo creo que la esperanza es constitutiva, porque como dice un refrán viejo “mientras hay vida hay esperanza” y como la Humanidad tiene una duración indefinida, uno siempre piensa que un día las circunstancias pueden cambiar y las cosas que muchas generaciones esperaron en vano, se presentan: un día se juntan las condiciones objetivas y subjetivas, como decimos los marxistas: las condiciones objetivas y subjetivas confluyen y los cambios se producen. Ahora, en ese sentido también Marx previene que las cosas no vienen como una gracia, como un regalo sino que hay que estar preparado y hay que trabajar en el sentido de que los cambios se produzcan. Y bueno yo creo que la situación actual, el panorama no puede ser más sombrío, para el mundo y también para Costa Rica. En Costa Rica el partido Liberación Nacional ha montado un mecanismo para ganar elecciones, está todo bien aceitado, es una maquinaria muy sencilla, es sobre la base de una propaganda semejante a la propaganda comercial que cala en la gente; y a base del clientelismo, que también han organizado muy bien. La combinación de publicidad y clientelismo le ha dado la victoria en las últimas confrontaciones, incluyendo el referéndum. Hicieron el mismo tratamiento, pero sobre todo en las elecciones, y entonces contra lo que muchos dicen yo creo que es muy difícil que Liberación Nacional pierda las próximas elecciones: sólo tienen que activar los mecanismos que ya tienen listos. En Costa Rica, dentro de las vías pacíficas, lo que hay que hacer en mi criterio (sin dejar de estar atento y de trabajar para que los resultados de corto plazo sean lo

menos lamentable posible) es trabajar para la educación democrática, que en términos marxistas es la principal condición subjetiva para la democracia; o sea, se trata de un trabajo de larguísimo plazo, cuyos resultados no veríamos nosotros. Este camino llevaría a los costarricenses a un punto en donde sería posible una acción masiva para cambiar las estructuras de la comunidad.

Usted puede ahora ver que una parte consciente de la comunidad costarricense conoce muy bien las torpezas, las corrupciones, los desaciertos de la clase gobernante: los criticamos, los tratamos de acusar, pero ellos siguen ganando las elecciones porque hay una masa que se cuenta en cientos de miles que define los resultados; una masa que es impermeable a la crítica, o sea que es incapaz de plantearse el problema en esa perspectiva crítica, es una masa que está de espaldas completamente a la situación política del país; la han educado y la están adiestrando para que no se interese, para que se interese únicamente en el entretenimiento, y en conseguir ciertas ventajas: es una masa que han educado para el oportunismo. Y bueno esa es la masa útil para ganar elecciones, un voto es un voto, de nada sirve que tengamos veinte mil personas con grandes luces, con una consciencia muy clara de la situación, con propuestas extraordinariamente interesantes y beneficiosas si ellos siguen manejando un grupo suficiente para seguir ganando, y ellos lo saben, entonces se burlan de los esfuerzos que hace la gente, se burlan de las críticas, se burlan de las acusaciones, tienen la solución. Entonces mientras no haya un cambio de esa situación vamos a seguir padeciendo esta desgracia.

En consecuencia, mis esperanzas no están puestas en lo que el azar nos depare, sino en la preparación laboriosa y constante de las condiciones que hagan factibles y duraderas la democracia y la justicia social. ¿Seremos capaces de educarnos y endurecernos para emprender las tareas que lleven a ese objetivo? Entonces podemos abrigar esperanza.