



CONSEJO EDITORIAL

*Lic. Jorge Segura Román
Lic. Walter Alfaro Rodríguez
Lic. Carlos Ma. Jiménez Vásquez
Lic. Saúl Araya Matarrita*

DIRECCIÓN POSTAL

*San José, Costa Rica, Edificio Tribunales,
Unidad de Capacitación y Supervisión del
Ministerio Público, 2do. piso*

DIRECCIÓN ELECTRÓNICA

saraya@poder-judicial.go.cr

La corrección de pruebas estuvo a cargo
del Ministerio Público.



Imprimatur

Reglas para la publicación de artículos

1. Normativa del Reglamento para el Reconocimiento de la Carrera Profesional en el Poder Judicial, aplicable a publicaciones:

“Artículo 1. Se entiende por Carrera Profesional el reconocimiento de un incentivo económico, con base en el grado académico, cursos de capacitación, la experiencia profesional, las publicaciones, la labor docente en la Escuela Judicial, experiencia en organismos internacionales y la responsabilidad por el ejercicio de la función judicial, para los funcionarios y empleados que presten sus servicios en puestos que exijan como mínimo el bachillerato universitario.

Artículo 2. La Carrera Profesional tiene como objetivos básicos: (...) Fomentar el aporte intelectual de los profesionales judiciales mediante la producción de publicaciones relacionadas con su profesión.

Artículo 10. Los factores a reconocer por concepto del incentivo de Carrera Profesional son los siguientes: Grados académicos, estudios adicionales, cursos de capacitación, participación en cursos en condición de instructor, experiencia profesional, experiencia docente en la Escuela Judicial, experiencia en organismos internacionales, publicaciones y responsabilidad por el ejercicio de la función judicial.

Artículo 11. Los factores precipitados, para efecto de reconocimiento en la Carrera Profesional, se valorarán en puntos de la siguiente forma: (...) Cinco puntos por cada libro, hasta un máximo de 40 puntos. Un punto por cada ensayo, hasta un máximo de 20 puntos.

Artículo 17. Se reconocerá la autoría de libros y ensayos incluidos en publicaciones de reconocido prestigio en los casos que: Tengan relación con la especialidad del puesto; Hayan sido autorizados por un Consejo Editorial; No sean trabajos requeridos para la obtención de grados académicos o el cumplimiento de requisitos de estudio; Tratándose de publicaciones en otros idiomas, el interesado debe aportar la respectiva traducción al español. El profesional deberá indicar en su solicitud, si es el caso, lo señalado en el inciso c) anterior.

Artículo 30. El reconocimiento de los puntos asignados para libros y ensayos, si estos han sido escritos por más de un autor, se hará distribuyendo proporcionalmente el número de puntos correspondientes entre coautores, de acuerdo con las disposiciones de este reglamento.

Artículo 31. No percibirán lo correspondiente a horas instructor, docencia o publicaciones, quienes por la naturaleza de su trabajo, tales actividades se configuren como tareas propias del cargo, o bien, quienes reciban ya alguna retribución por estos conceptos”.

2. Artículos publicables: La Revista solo publicará aquellos artículos de investigación que tengan interés doctrinal en el área de las ciencias jurídicas penales o conexas.
3. Extensión: Se recomienda una extensión no menor a 10 páginas, ni mayor a 100, salvo que la propia naturaleza del artículo lo amerite.
4. Presentación y edición del texto: No deben destacarse palabras, expresiones ni párrafos completos mediante el uso de mayúsculas, subrayados, negrita, negrita con cursiva, texto a color, enmarcados u otras modalidades. Para destacar solo se admite el uso de cursivas, y excepcionalmente el de cursivas negritas.
5. Subtítulos: El artículo debe subdividirse en los apartados necesarios que permitan una mejor comprensión sistemática de su contenido.
6. Corrección del texto: Todo documento deberá tener correcta redacción y adecuada composición del texto. Es obligación del autor hacer su propia corrección de diccionario electrónico.
7. Índice: No es necesario aportar índices ni sumarios.
8. Bibliografía: El texto debe venir acompañado de la bibliografía citada (no de la consultada).
9. Anexos: No deben incorporarse anexos, salvo que sean indispensables para la consulta o comprensión de los contenidos del texto.
10. Envío de materiales: Pueden enviarse por correo electrónico o impreso a la dirección postal indicada en esta revista. En caso de que se envíen impresos, el documento deberá acompañarse de una copia en disquete.
11. Consejo Editorial: Los materiales aprobados serán publicados en el siguiente número de la Revista. En caso de que existan dos documentos pendientes del mismo autor, se le invitará a elegir. Los textos que no cumplan con los requisitos de publicación serán devueltos, tan pronto como sea posible, con las razones por las cuales se denegó el imprimatur. De todas las actuaciones se dejará copia en el archivo que para ese efecto lleva la Unidad de Capacitación y Supervisión del Ministerio Público de Costa Rica.
12. Responsabilidad por la publicación: Los puntos de vista de los artículos publicados son responsabilidad del autor.



Indice

	Página
<i>Política de persecución criminal del Ministerio Público. Una primera aproximación al tema.</i> Dr Roberto Bustamante.	7
<i>El derecho a la doble instancia y la casación costarricense.</i> Dr. Rónald Salazar Murillo.	13
<i>Mitomanías de la «política criminal» moderna.</i> Prof. Minor E. Salas.	41
<i>El papel de los medios de comunicación en la construcción social del fenómeno de la criminalidad.</i> Ms. Mario Alberto Sáenz Rojas.	49
<i>El sexismo en el tipo penal.</i> Lic. Saúl Araya M.	59
<i>Violencia de género y políticas públicas.</i> Lic. Jeannette Arias Meza.	77
<i>Control de la corrupción en el sistema costarricense.</i> Yara Esquivel Soto. (versión en inglés: The Costa Rican case)	83
<i>Algunos comentarios en torno al procedimiento abreviado.</i> Lic. Miguel García Martínez	101
<i>La responsabilidad médica surgida como consecuencia de la mal praxis.</i> Vanessa Dotti Dondi, Rodrigo Monge Umaña.	115
<i>Nociones para el abordaje práctico del delito de usurpación.</i> Celso Gambóia Sanchez.	141



POLÍTICA DE PERSECUCIÓN CRIMINAL DEL MINISTERIO PÚBLICO. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN AL TEMA

Dr. Roberto Bustamante Ampié (in memoriam)¹

La política criminal del Estado y la política de persecución criminal

Los Estados, antiguos o modernos, e incluso postmodernos, tienen como una de sus funciones la definición de una política frente al fenómeno de la criminalidad. Esta política reúne un conjunto de decisiones que, por su cotidianidad, en ocasiones pasan inadvertidas para los operadores que luego deben participar en su implementación. Para un trabajo como el presente es, sin embargo, de obligado paso, referirme brevemente a él.

La política criminal del Estado tiene como decisiones básicas, la definición de lo que debe entenderse como delito, la pena que debe imponerse para quienes se demuestre son responsables de ellos, así como la forma en que tal pena debe cumplirse. La política de persecución criminal del Estado, de la que el Ministerio Público es uno de sus operadores, es tan solo una parte de ese itinerario.

La política de persecución criminal del Estado involucra decisiones que tienen que ver con la priorización de los recursos que destina

el Estado para la persecución de los delitos. Está claro que en sociedades como las modernas no es posible que la decisión de lo que se persigue o no, en forma prioritaria, se lleve a cabo sin que medie una reflexión, que permita conocer el íter racional que condujo al operador a la decisión de que algo debe perseguirse en forma prioritaria, y que no. Por ello, la política de persecución criminal debe constituirse en un sistema coherente y dotado del máximo de relacionalidad posible.

La política de persecución criminal es indispensable, habida cuenta de que es materialmente imposible perseguir todos los delitos que se cometen en la Sociedad, no sólo por su número, sino también porque la intensidad con que se afectan los bienes jurídicos tutelados varía según las particularidades de cada caso concreto. Esto exige un nivel de reflexión en cada caso, que solo es viable en la medida en que se realice en aquellos casos considerados prioritarios.

Este subsistema depende de los insumos que recibe del macrosistema al que pertenece, éste es la política criminal del Estado. Para que se puedan definir prioridades de persecución,

¹-Doctor en Derecho Público y Filosofía Jurídica por la Universidad Autónoma de Madrid. Fiscal Adjunto de Capacitación y Supervisión del Ministerio Público de Costa Rica



es indispensable que los definidores de la política criminal del Estado, indiquen qué debe entenderse como delito, pues no puede perseguirse algo que no se constituya en tal. También deben estar definidas las prioridades en términos de mayor o menor reacción social, me refiero a que las penas varían en su intensidad según se entienda más o menos importante el bien jurídico tutelado por cada delito, de ahí que no se castigue de igual forma a todos los delitos; esta prelación también es de importancia para definir prioridades de persecución.

Otro aspecto por considerar, y que viene definido de antemano, es la cantidad de recursos materiales con los que se cuenta para la persecución de los delitos. Los legisladores aprueban los recursos con los que se financia el subsistema de persecución penal, de ahí que se definan prioridades en función de la mayor o menor cantidad de recursos destinados a ese fin.

Los operadores que participan de la política de persecución criminal se limitan al Ministerio Público, que es el gestor de esa política, y a los jueces, que son quienes resguardan la legalidad y constitucionalidad de las decisiones que adopten los representantes del Ministerio Público. Como vemos, se trata de un Órgano definidor y ejecutor y otro de control.

¿Quién define la política de persecución del Estado?

En términos estructurales, la política de persecución criminal es definida y ejecutada por un único órgano: el Ministerio Público; el control de esta actividad es función de la judicatura.

También participan en su elaboración, otros operadores del sistema judicial, como la víctima, los defensores del acusado, el mismo acusado y las partes civiles; sin embargo su parti-

cipación se produce en el marco de un complejo proceso que analizaremos más adelante.

Como es sabido, la representación del Ministerio Público es única para todo el país, lo que puede conducir al equívoco de creer que la política de persecución criminal debe definirse de manera universal, y con validez para todo el país. Esta idea errónea podría verse reforzada por la circunstancia de que el Ministerio Público tiene una fuerte estructura vertical.

Lo anterior debe descartarse. Lo cierto es que los fiscales actúan en su zona asignada, constituyéndose ellos mismos en los definidores y ejecutores de la política de persecución criminal, para los casos que son de su conocimiento. La manera en que esto ocurre es lo que abordaremos un poco más adelante, sin embargo conviene tener claro, desde ya, que los actores involucrados son todos y todas las fiscales del país, y no solamente el Fiscal General de la República, los Fiscales Adjuntos o cualquier otro grupo reducido de fiscales.

¿Cómo se articula la Política de Persecución Criminal?

Como señalé antes, el proceso mediante el que se define la política de persecución criminal es muy complejo, e involucra en su diseño, en primera instancia, a todos y todas las fiscales del país, y luego al resto de los operadores del proceso judicial. Su ejecución es prioritariamente responsabilidad de los fiscales, sin embargo, podrían detectarse algunas formas de influencia de parte de algún otro sujeto. Finalmente, su control está a cargo de los órganos jurisdiccionales.

El proceso mediante el que se diseña esta política se produce mediante el traslado al



lenguaje jurídico de los aspectos fácticos y cotidianos relevantes para su definición, que aporten las partes de cada proceso, y que es la labor del fiscal.

En efecto, el fiscal debe detectar en primera instancia cuáles son los bienes jurídicos que con mayor frecuencia o gravedad son presuntamente afectados, en el colectivo de causas que tienen bajo su conocimiento. Esto le permitirá priorizar la atención de las causas, ordenadas en función de su cantidad y gravedad de los hechos denunciados.

Este agrupamiento puede hacerlo el fiscal a partir del control estadístico que se ejecuta en la institución, pero también lo puede hacer utilizando instrumentos no formalizados, como foros en los que se discuta de estos temas con sujetos capaces de verter opinión.

Un segundo paso consiste en identificar las grandes líneas resolutorias que ese tipo de causas ha tenido en el despacho. Esto implica no solo tener presente los argumentos del fiscal al plantear su solución para el caso; interesan también las opiniones de los acusados, sus defensores, las partes civiles y las víctimas, que en ocasiones definen posiciones que son identificables en el registro de las actuaciones.

Interesa, finalmente, conocer la posición de los jueces y las juezas, pues son ellos y ellas, quienes controlan la legalidad y constitucionalidad de las actuaciones llevadas a cabo en el proceso, y particularmente de los fiscales y policías.

Una vez realizado lo anterior, lo que se lleva a cabo en muchas ocasiones en forma inconsciente, aunque lo deseable es que se haga en forma consciente, el fiscal estará en capacidad de pronunciarse acerca de cuál

debe ser, en su criterio, la escala de prioridades de atención a los delitos que se ponen en su conocimiento.

Al definir esa escala, el fiscal, debe tomar en consideración también los recursos de los que dispone, pues de su cantidad y calidad dependerá, en buena medida, la forma en que estructurará la atención de las causas.

Una vez establecido esto, que podríamos llamar un diagnóstico del estado de la cuestión criminal de la zona asignada al fiscal, procede a continuación la definición de las prioridades de atención. Al definir las, es fundamental atender a algunos principios y derechos constitucionales, que no deben ignorarse, a efecto de no cometer arbitrariedades. Me refiero entre otros, al derecho a la igualdad, al estado de inocencia, al derecho de defensa, al derecho a la tutela judicial efectiva o debido proceso, al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y al derecho a obtener una resolución adecuadamente fundamentada.

¿Cuál es el papel de los distintos representantes del Ministerio Público en el proceso de elaboración de la política de persecución criminal?

Para poder dictar una política, es requisito indispensable que quien la dicte tenga poder para hacerlo, de lo contrario, no tendría sentido tal labor. Desde la perspectiva jurídica, tal poder se traduce en la competencia del operador de dictar normas en un sentido u otro.

La política de persecución criminal se estructura por dos vías: una que va del legislador al aplicador, esto es de lo genérico a lo concreto, y otra que va de las personas involucradas directa o indirectamente con un



caso o un grupo de casos y hacia los aplicadores, esto es, de lo concreto a lo genérico.

El legislador establece un conjunto de prioridades que deben ser atendidas por los operadores procesales como el Ministerio Público, y que rigen la política de persecución. Me refiero a qué define la prelación de los bienes jurídicos, los modos de reacción frente a la comisión de un delito, la intensidad de esa reacción y los mecanismos mediante los cuales los operadores procesales pueden dar forma concreta a esa política de persecución: acusación, salidas alternas, etc.

Esta función solo puede ser cumplida por el legislador. Se trata de una programación *ex ante*, y por ello, solo puede ser estructurada en forma universal y orientada al futuro. Ninguna autoridad del Ministerio Público tiene competencia para definir políticas de persecución bajo esa forma, pues reitero, se trata de una función estrictamente legislativa. Actuar de otra manera implicaría despenalizar conductas o establecer diferencias que podrían eventualmente vulnerar el derecho a la igualdad.

Lo que sí pueden hacer los funcionarios del Ministerio Público es actuar frente al caso concreto. Una vez que se conocen los hechos denunciados, el fiscal, del rango que sea, debe distribuir sus recursos: humanos, materiales, de tiempo. De manera que esto determine en qué casos podrá realizar una investigación más o menos intensa, cuáles podrá resolver mediante un instrumento alternativo a la acusación, y en cuáles es preferible negociar con la defensa o ir a juicio.

Las autoridades del Ministerio Público, y con ello me refiero concretamente al Fiscal General de la República, los fiscales adjuntos y los fiscales de supervisión, solo pueden ejercer un

control *a posteriori* de la ejecución de las políticas de persecución construidas a partir del entramado conceptual definido previamente por el legislador. Se trata fundamentalmente de dos tipos de control: uno de carácter legal-formal, esto es que los instrumentos procesales de gestión elegidos sean correctamente empleados, y otro de carácter constitucional, en que se enjuicie la corrección de la fundamentación empleada, a la luz de derechos fundamentales como el derecho a la igualdad, el derecho de defensa y el derecho a la tutela judicial efectiva o al proceso.

Desde la perspectiva expuesta, adquiere importancia vital la posición de sectores sociales no representados dentro del proceso judicial, como las ONG, quienes en el marco de foros de discusión podrían hacer juicios valorativos o de fondo, desde su perspectiva no jurídica, de las actuaciones de los fiscales en sus áreas de interés, comentarios que siendo de conocimiento de las autoridades del Ministerio Público podrían contribuir a los juicios *a posteriori* que son parte de su responsabilidad.

La política de persecución criminal no es, entonces una segunda programación del tipo que hace el legislador, se trata más bien de la aplicación concreta de esa programación, de manera que no puede ser definida en términos abstractos, sino solo para el caso concreto. La Fiscalía General no es, entonces, una instancia más de legislación, sino un operador que contribuye en el control de las actuaciones de los representantes del Ministerio Público. No se le puede exigir más, porque no es posible un control previo de todas las aplicaciones que del derecho hacen sus subalternos.

Los órganos de supervisión (Fiscalía General, fiscales adjuntos y fiscales desupervisión), tienen que limitarse a analizar la forma en que



aplican los Institutos de ejercicio de la acción penal todos los representantes del Ministerio Público. De manera que si la fundamentación empleada se juzga adecuada, aunque no se comparta, deberá respetarse la posición del fiscal operativo.

El Fiscal General podrá, haciendo uso del complejo normativo diseñado por el legislador, enjuiciar la consistencia de la fundamentación desarrollada por el Fiscal operativo. Así por ejemplo, cuando se solicita la aplicación de un criterio de oportunidad, como el previsto en el inciso A) del artículo 22 CPP, el Fiscal General podrá analizar si el proceso intelectual con el que se construyó el concepto de insignificancia para el caso concreto es correcto o no lo es, o si el plan reparador aceptado por el fiscal en aplicación del artículo 25 CPP es razonable o no lo es. Se trata, en síntesis, de que los fiscales operativos den contenido concreto a un conjunto de conceptos jurídicos indeterminados, que se encuentran presentes a lo largo de toda la normativa procesal, y que el Fiscal General de la República, así como sus colaboradores inmediatos, evalúen la consistencia de dicho proceso de concreción.

Para lo anterior, el Fiscal General cuenta con instrumentos valiosos, como lo son: el sistema de derechos fundamentales previsto en la Constitución, los pronunciamientos jurisprudenciales relacionados con este (tanto de la Sala de Casación penal, como de la Sala de Jurisdicción Constitucional), los aportes de la doctrina penal y constitucional y el entramado doctrinal vinculado con la teoría del delito y la justificación de la pena.

¿Cuáles aspectos deben ser abordados por el Fiscal al fundamentar su decisión?

La fundamentación de cada decisión adoptada por el fiscal, en la que se concrete la política de persecución criminal, debe basarse en un conjunto de principios entre los que se encuentran los siguientes:

Principio de legalidad: Aunque parezca obvio, no se puede dejar de mencionar que los hechos bajo conocimiento de los fiscales deben ser típicos y antijurídicos, y solo se podrá reaccionar frente a ellos, en el marco de los límites fijados por el legislador.

Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos: Solo podrá fundarse la acción del fiscal en la protección de un bien jurídico tutelado, no caben aquí reacciones basadas en consideraciones moralistas o de índole similar.

Principio de culpabilidad por el hecho: Aun cuando no se le puede considerar como el fundamento del injusto, la culpabilidad es uno de los límites más importantes para la reacción del agente estatal, pues no se podría reaccionar más allá del grado de culpabilidad que tenga el sujeto activo respecto del hecho delictivo que se le atribuye.

Principio de proporcionalidad: Interesa que la actuación del fiscal responda congruentemente con los fines de la norma penal, y que no sobrepase los límites de la reacción que corresponde, en función del tipo de lesión ocasionada por el sujeto activo, al bien jurídico tutelado.

Además de lo anterior, el fiscal debe tener presente que la norma penal, tiene como función principal, la prevención de conductas futuras que puedan poner en peligro los bienes



jurídicos tutelados por el ordenamiento. De ahí que debe valorar para la conducta desplegada en el caso concreto cuál fue su grado de peligrosidad para el bien jurídico tutelado, de modo que la reacción prevenga la posibilidad de comportamientos futuros que puedan lesionar dichos bienes.

Tal prevención se despliega tanto en el orden general como especial. En lo que respecta al primero, la reacción debe ser proporcionada, de modo que no implique un exceso que pueda evitar la internalización de los valores del ordenamiento en la colectividad, por considerarla injustamente grave; o tan leve, como para que no cumpla con su función intimidatoria y genere cierto clima de impunidad.

Respecto de la prevención especial, debe valorarse si la reacción debe asumir la función de advertencia, resocialización o inculcación, según las características particulares del sujeto activo.

En lo que respecta a la culpabilidad, vale la pena reiterar que si bien no constituye el fundamento del injusto, lo cierto es que sirve como un límite para determinar que la reacción no sea desproporcionada respecto al hecho delictivo investigado. La culpabilidad no debe entenderse en el marco de una concepción retributiva de la pena sino a partir de la función motivadora de la norma.

La peligrosidad de la conducta del sujeto respecto del bien jurídico tutelado se evalúa ex ante, de modo que debe tenerse en cuenta el grado de evitabilidad del hecho. Esto quiere decir que debe establecerse si sería exigible para un sujeto medio tomar determinadas precauciones necesarias para no poner en peligro tal bien jurídico, o bien no realizar determinadas acciones voluntarias que efectivamente lo pondrían en peligro. Esto tiene importancia para el fiscal, pues

sabemos, que muchos casos reales contienen matices donde tal grado de exigibilidad de comportamiento del sujeto medio puede servir de fundamento para solicitar una mayor o menor reacción del aparato del Estado.

El bien jurídico no puede entenderse aquí como una realidad naturalística, como lo considera el positivismo, ni como un valor ético-individual, como lo considera el neokantismo. Aparece aquí más bien con un significativo social, esto es como un bien que es capaz de posibilitar o condicionar la participación en los sistemas sociales de cada individuo. Por este motivo, la apreciación del grado de peligrosidad de la acción ex ante, desplegada por el sujeto activo, es apreciable objetivamente, recurriendo al recurso de la exigibilidad de cierto comportamiento para el sujeto medio. La peligrosidad del hecho delictivo no depende de un juicio subjetivo del individuo sino que es un juicio de la sociedad, entendido como un criterio generalizador, estructurado a partir de un observador, que en este caso, es el fiscal.

Es importante señalar que el fundamento del injusto, y por ende la valoración que del hecho denunciado haga el fiscal, no depende de la lesión producida al bien jurídico sino de su objetiva puesta en peligro. Las dimensiones de esta lesión pueden servir como límite para la reacción del Estado y por ello son un buen medio de aproximación al tipo de solicitud que debe plantear el fiscal, pero no son el fundamento del injusto. Esto quiere decir que aun en ausencia de lesión al bien jurídico, si la conducta del sujeto activo fue peligrosa para el bien jurídico debe haber reacción del ordenamiento, esto debido a la necesidad de prevenir la posibilidad de que se realicen nuevas acciones peligrosas que en el futuro si lesionen bienes jurídicos, aun cuando esta reacción debe ser menos fuerte que si la lesión se hubiera producido efectivamente.



EL DERECHO A LA DOBLE INSTANCIA Y LA CASACIÓN COSTARRICENSE

*(Especial referencia a la condena de Costa Rica
ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos)*

*Dr. Ronald Salazar Murillo
Juez de Casación Penal¹*

I.- Planteamiento del problema

La Asamblea Legislativa de Costa Rica aprobó la Convención Americana de Derechos Humanos (CEDH) mediante Ley No. 4534 de 23 de mayo de 1970 y al tenor de lo dispuesto en el artículo 7 de la Constitución Política, tiene un rango superior a la ley ordinaria. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencia de 2 de julio de 2004 (caso Herrera Ulloa vs Costa Rica), condenó a Costa Rica por violar el derecho a la doble instancia contemplado en el artículo 8.2.h de la Convención y el derecho a un juez imparcial establecido en el artículo 8.1. Señala la sentencia que la casación costarricense no cumple con los parámetros de la doble instancia que exige el artículo 8.2.h de la Convención y le confiere seis meses de plazo para adecuar su legislación a las exigencias que indica en el fallo. Ante un pronunciamiento de tal naturaleza el Estado costarricense debe avocarse a dar solución al mandato vinculante de dicho Tribunal Internacional y en este artículo pretendemos abrir la discusión sobre el tema a fin de sugerir algunas posibles

soluciones para adecuar nuestra legislación para el cumplimiento de los derechos fundamentales, lo que implica una reforma trascendente del recurso de casación, lo cual viene sugiriendo la doctrina de los últimos tiempos. Es importante dejar establecido, desde ahora, que no abordaremos lo relativo a la libertad de expresión, sino las consecuencias que se derivan para el sistema procesal costarricense y el latinoamericano, que en la mayoría de los casos mantiene una casación como mecanismo de doble instancia.

II- La doble instancia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Los primeros instrumentos internacionales que se gestaron tanto a nivel mundial como regional, tales como la Carta Magna de 1215², el Bill of Rights de 1689 en Inglaterra³, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en Francia, la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre de 1948⁵, la Declaración Universal de Derechos humanos de 1948⁶, y

¹ Juez del Tribunal de Casación Penal

² Otorgada por Juan Sin Tierra el 17 de junio de 1215.

³ O Carta de los Derechos de 13 de febrero de 1689.

⁴ Adoptada por la Asamblea Nacional Constituyente de Francia el 26 de agosto de 1789 y aceptada por el Rey Luis XVI el 5 de octubre de 1789

⁵ Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá Colombia, 1948.

⁶ Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 (III), de 10 de diciembre de 1948.



la Convención Europea de salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales de 1950⁷, no contemplaron dentro de las garantías fundamentales del proceso la existencia de una doble instancia.

En los citados instrumentos internacionales se esbozaron y reafirmaron el derecho a la libertad, a no ser detenido en forma arbitraria y la inmediata revisión de la legalidad de la detención por un juez, el principio de legalidad penal y el derecho a un juicio público con las garantías de un juez imparcial, el derecho a la defensa, a ofrecer y confrontar la prueba de cargo para juzgar las acusaciones en materia penal, pero no se concibió en ese momento histórico la garantía del recurso como comprensivo del debido proceso. Este derecho será concebido y desarrollado en los convenios posteriores.

a.- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) surge en el contexto de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y entra en vigencia el 23 de marzo de 1976 al adquirir el número de ratificaciones necesarias.⁸

El pacto o convenio es el primer instrumento internacional que contempla el derecho al recurso como un elemento necesario e integrante de las garantías del proceso penal.

En el artículo 14.3 se establece que “Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:”*5.- Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.”*

b- Convención Americana de Derechos Humanos

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH o Convención) fue aprobada en el seno de la Organización de Estados Americanos, en la Conferencia de Estados Americanos el 22 de noviembre de 1969, y por haberse realizado en San José, Costa Rica también se le denomina “Pacto de San José de Costa Rica”.

Costa Rica suscribió el convenio regional y fue ratificado por la Asamblea Legislativa por ley No 4534 de 23 de mayo de 1970 y entró en vigencia en el año 1979. En el contexto de dicho Convenio se crea como órgano jurisdiccional la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH o Corte) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH o Comisión).⁹

En el artículo 8 de la Convención regula las garantías judiciales mínimas, estableciendo el inciso 1 el derecho al juez imparcial en los siguientes términos: “*Toda persona tiene*

7 De Roma del 4 de noviembre de 1950.

8 Adoptado y abierto a la firma y ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 2200 (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigencia el 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49.

9 El artículo 41 del Convenio establece como función esencial de la Comisión, la promoción y protección de los derechos humanos y como órgano consultivo. En los artículos siguientes se establece que las quejas por violaciones de derechos humanos deben presentarse ante la Comisión, que actualmente tiene sede en Washington, y luego de procurar un arreglo conciliatorio emite un informe o conclusión. Si no se produce un arreglo del caso, entonces puede elevarlo al conocimiento de la Corte, tal como se hizo en el caso de estudio. Así: SALAZAR R (2000) p. 194-195.



derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otra índole.”

En el artículo 8.2.h. se regula el derecho a la doble instancia de la siguiente forma: 8.2.- *“ Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se le presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.*

Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: h.- derecho de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior.”

c.- La doble instancia en la Constitución Política de Costa Rica

De la lectura literal de los artículos 39 a 42 de la Constitución Política no se establece en forma clara el derecho del perseguido penalmente a recurrir del fallo. El artículo 42 es el único que hace referencia expresa a que: *“ Un mismo juez no puede serlo en diversas instancias para la decisión de un mismo punto...”*¹⁰

Es importante tomar en cuenta que nuestra carta fundamental es de noviembre de 1949,

período en que el concepto de la doble instancia estaba poco desarrollado o no era concebido como derecho fundamental.¹¹ Precisamente hemos señalado que los distintos instrumentos internacionales de la época tampoco lo han contemplado expresamente, y es en el PIDCP y la CADH de 1966 y 1969 cuándo por vez primera se considera la instancia como un derecho fundamental.

La Sala Constitucional, haciendo una interpretación del contenido del debido proceso según la Constitución de Costa Rica, en la sentencia 1739-92 ha delineado los principales rasgos que lo componen. Al respecto ha señalado como uno de esos derechos el de la doble instancia cuando indicó:

“Si bien nuestra Constitución no consagra claramente ningún derecho a recurrir del fallo judicial en ninguna materia -en realidad el artículo 42 párrafo 1º lo único que establece es la prohibición de que un juez lo sea en diversas instancias para la resolución de un mismo punto, pero no la necesidad de la existencia de más de una instancia-, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que es, incluso a texto expreso, parámetro de constitucionalidad (arts. 48 constitucional, 1º, 2º incisos a) y b) y 73 inciso d) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), sí establece expresamente, en su artículo 8º, párrafo 2º, inciso h), entre derechos del imputado el de «h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior».

¹⁰ No coincidimos aquí con Francisco Castillo cuando refiere que de los artículos 41 y 42 constitucionales se deriva el derecho a impugnar. Es obvio que sí se contempla la doble instancia pero no como un derecho como parece interpretarlo. Ver: Castillo F, (1980) p. 32.

¹¹ El concepto derechos humanos y derechos fundamentales suelen utilizarse en forma indistinta, sin embargo se habla de derechos fundamentales cuando los derechos han sido positivizados a nivel interno en la Constitución, en tanto derechos humanos hacen más referencia a los derechos naturales que recogen declaraciones y convenciones internacionales. Ver en tal sentido Armijo (1998) p. 76.



La Sala, por su parte, ha tenido abundante ocasión de desarrollar jurisprudencialmente esa norma, de la que puede decirse en síntesis:

a.- Que consagra el derecho del imputado en causa penal por delito, específicamente, habiendo también fijado criterios todavía variados sobre su posible aplicación en otras causas penales, pero sí dejando claramente establecido que se trata de un derecho a favor exclusivamente del imputado, valga decir, del condenado en la sentencia, por delito.

En este sentido, pueden verse las sentencias # 282-90 de 17:00 horas del 13 de marzo de 1990 (expediente # 210-P-90), mediante la cual, en un recurso hábeas corpus, la Sala sencillamente desaplicó las limitaciones para recurrir en casación que imponía el artículo 474 inciso 1° y 2° del Código de Procedimientos Penales, otorgándolo al recurrente en el caso concreto; # 10-90), que anuló por inconstitucionales esas mismas limitaciones, esta vez con efectos erga omnes; así como, por centrarse, la #300-90 de las 17:00 horas del 21 de marzo de 1990 (expediente # 84-90), que declaró inconstitucional una interpretación reiterada del artículo 26 de la Ley de Pensiones Alimenticias, y reconoció el derecho a recurrir, además de contra el fallo, contra la fijación provisional de la pensión y otras resoluciones interlocutorias o de ejecución de sentencia capaces de causar gravamen irreparable al obligado, pero advirtiendo expresamente que lo hacía así en virtud de principios generales y no del artículo citado de la Convención Americana, por no tratarse de una condenatoria penal por delito.

b) Que, si bien el punto no es enteramente pacífico en la doctrina y jurisprudencia

comparadas, la Sala ha estimado que ese derecho a recurrir del fallo, cuya esencia consiste precisamente en la posibilidad de que un tribunal superior enmiende graves errores del de juicio, se satisface con el recurso extraordinario de casación, siempre y cuando éste no se regule, interprete o aplique con criterio formalistas -los que hacen de los ritos procesales fines en sí mismos y no instrumentos para la mejor realización de la justicia-, y a condición, eso sí, de que el tribunal de casación tenga potestades, y las ejerza, para anular o corregir los rechazos indebidos de prueba pertinente, los estrujamientos al derecho de defensa y de ofrecer y presentar prueba por el imputado, y los errores graves de hecho o de derecho en su apreciación, lo mismo que la falta de motivación que impida al recurrente combatir los hechos y razones declarados en la sentencia. En este sentido, téngase por reproducido aquí lo dicho en el punto G) supra especialmente sobre los principios de amplitud, legitimidad y valoración razonable de la prueba."¹²

La Sala Constitucional haciendo de aplicación directa la Convención suple la ausencia de regulación en la Constitución con la normativa internacional que vincula al Estado costarricense y que por virtud de la misma jurisprudencia de la Sala debe ser preferente cuando regula en forma más extensiva el ejercicio de un derecho fundamental.

d.- La doble instancia en el Código Procesal Penal

El Código Procesal Penal (cpp) vigente en Costa Rica a partir del 1° de enero de 1998, establece en el libro III, Título IV regula el recurso de Casación, el cual según el artículo

12 Sentencia de la Sala Constitucional de Costa Rica No. 1739-92 de las 11:45 hrs. de primero de julio de 1992.



445 procede por los siguientes motivos: “ El recurso de casación procederá cuando la resolución inobservó o aplicó erróneamente un precepto legal. Cuando el precepto legal que se invoque como inobservado o erróneamente aplicado constituya un defecto del procedimiento, el recurso solo será admisible si el interesado ha reclamado oportunamente el saneamiento o ha hecho protesta de recurrir en casación, salvo en los casos de defectos absolutos y los producidos después de clausurado el debate.”

El artículo 444 establece cuáles son las resoluciones recurribles en la siguiente forma: “Además de los casos especiales previstos, sólo se podrá interponer el recurso de casación contra la sentencia y el sobreseimiento dictados por el tribunal de juicio”. En los términos de la regulación, la sentencia que resuelve en forma definitiva una causa y de la cual deriva una condenatoria, necesariamente emana de un tribunal de juicio según los artículos 360 a 360 del cpp.

Es precisamente esta sentencia a la que la CADH le confiere el derecho de recurrir al imputado según el artículo 8.2.h mencionado

Sobre los requisitos de interposición del recurso, el artículo 445 dispone: “El recurso de casación será interpuesto ante el tribunal que dictó la resolución, dentro del plazo de quince días de notificada, mediante escrito fundado, en el que se citarán, con claridad, las disposiciones legales que se consideren inobservadas o erróneamente aplicadas y se expresará cuál es la pretensión.

Deberá indicarse, por separado cada motivo con sus fundamentos. Fuera de esa oportunidad no podrá aducirse otro motivo.”

De la lectura antes mencionada es importante señalar que la procedencia de la casación como recurso no contiene, en su desarrollo legal, requisitos extraordinarios que imposibiliten su ejercicio, aspecto que será importante reseñar cuando se confronte con la interpretación que han hecho los tribunales.

III-Cuestionamiento de la doble instancia en materia penal

La crítica a la casación costarricense por limitar la doble instancia no es algo novedoso, sino que tiene antecedentes que se remontan a 20 años atrás. Bajo la vigencia del Código de Procedimientos Penales de 1973, que impedía al imputado, al Ministerio Público y al actor civil recurrir el fallo en algunos supuestos¹³, generó múltiples acciones procesales, que para efectos ilustrativos vamos a reseñar en forma breve.

Es importante la referencia, dado que desde esa época se reclamaba, tanto a nivel interno como internacional, la violación de la CADH en cuanto el derecho a la doble instancia, no sólo por las limitaciones para ejercer el recurso, sino también por la interpretación rígida que hacía la Corte de Casación.

a.- Pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia

Esa particular forma de regulación – que restringía el acceso al recurso- fue cuestionada

¹³ El artículo 474 del cpp de 1973 sólo autorizaba la casación para el imputado cuando la pena impuesta por tribunal colegiado superaba los dos años de prisión o ciento ochenta días multa, o cuando la sentencia de juez unipersonal superara los seis meses de prisión, y las sentencias de sobreseimiento que impusieran medidas de seguridad o denegaran la extinción de la pena.



de inconstitucional ante la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (Corte Plena), que hasta 1989 fue el órgano que conocía en pleno acerca de las cuestiones de constitucionalidad de las leyes.

La Corte Plena en sesión del 22 de mayo de 1986 declaró sin lugar uno de los primeros recursos de inconstitucionalidad contra los artículos 447, 452, 458, 472.2 del Código de Procedimientos Penales de 1973, en el que se alegaba que las limitaciones de recurrir en apelación o casación una sentencia eran contrarias a los artículos 7, 33, 39 y 41 de la Constitución Política.¹⁴

Es importante señalar que se cuestionó en ese momento la vigencia de la CADH y la contradicción de la legislación interna con el tratado internacional, siendo que al respecto la Corte soslayó el punto indicando que no era un problema de constitucionalidad y señaló: *“...de haber alguna contraposición entre un tratado y una ley, no interesa distinguir cuál es anterior y cuál es posterior, porque siempre prevalecerá el tratado por tener “autoridad superior a las leyes”. Es claro que resulta más fácil de entender la solución del problema cuando el tratado es posterior a la ley, a base del principio contenido en el art. 129, párrafo 5º. de la Constitución Política, de que la ley posterior deroga a la anterior. Pero la verdad es que la solución es la misma aún cuando la ley común sea posterior al tratado a que se contrapone, porque éste siempre prevalece sobre aquella, por tener autoridad superior, lo que confirma la citada reciente reforma al artículo 2º. del Código Civil*

en el sentido de que “carecerán de validez las disposiciones que contradigan a otra de rango superior.”¹⁵

En sesión del 5 de junio de 1986 nuevamente la Corte Plena declaró sin lugar un recurso de inconstitucionalidad contra de los artículos 447, 463, 474.1 del cpp en cuanto no admite el recurso de apelación o casación contra las sentencias y en tal sentido contravenían los artículos 7, 11, 33, 39 y 42 constitucional.¹⁶

b.- Criterio de la Sala Penal

El criterio sostenido por la Corte Plena en las acciones de inconstitucionalidad también reflejaba en alguna medida la posición de la sala penal, luego denominada Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

Conociendo en alza, dicha Sala se cuestionó la vigencia del PIDCP y de la CADH y la derogación tácita que dichas normas imponían a los límites del recurso de casación. Se alegó en su oportunidad lo siguiente:

“ ...el derecho a recurrir el Fallo del juez o tribunal que describen los ordinales concernientes al tratado (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14, aparte 5) y a la convención (Convención Americana de Derechos Humanos, art. 8.2.h) es un derecho que posee en el plano legal un mayor alcance jurídico que la situación concreta y específica del art. No. 474 del cpp. Ante esta tesitura, no debe hacerse una interpretación restrictiva del artículo 474, ya que de lo

14 Ver: LLOBET (1987) p. 568.

15 Tomado de Llobet (1987) p. 575.

16 Llobet (1987) 575.



contrario se estaría ante una limitación al ejercicio de un poder conferido al sujeto en el proceso, como es el de recurrir del fallo ante el superior.”

La Sala, al resolver, indicó: “...Ahora bien, no comparte esta Sala el criterio del impugnante por cuanto, si bien es cierto que existe la norma enmarcada en el aparte h del citado art. 8° del pacto que los gobiernos de los países donde no existe ese derecho conforme al art. 2° de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, aludido por el recurrente lo ordena en los siguientes términos: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1° no estuviere garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades, y el citado artículo 1° expresa los Estados partes de esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella. Y en cuanto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el referido artículo 14, aparte 5, la frase final dice: “...conforme a lo prescrito por la ley”. Tal enunciación de ley no viene a ser otra que el cpp, concretamente el artículo 474, inciso 1), consagrándose el principio de taxatividad en dicha legislación procesal.”¹⁷

Según el criterio de la Sala III en el fallo de comentario, las normas constitucionales y el derecho de los tratados, son normas programáticas como bien lo hace ver Llobet, en el tanto el artículo 2° de la Convención lo que constituye es un compromiso del Estado de Costa Rica de crear las leyes necesarias para darle contenido al resguardo de los derechos ahí consagrados.¹⁸

Esta posición fue abandonada posteriormente con la jurisprudencia de la Sala Constitucional que ha considerado que las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos son de aplicación directa e inmediata “self-executing” por parte de los tribunales de justicia.¹⁹

Hemos apreciado la discusión que en su momento generó la limitación al ejercicio del recurso o instancia y para mejor ilustrar la situación es conveniente anotar que el cpp de 1973 entró en vigencia en 1975.

Por otro lado, el PIDCP entró en vigencia el 23 de marzo de 1976 y la CADH en 1978, de manera que son norma posterior. Sin embargo, el problema aquí no se trata, como lo abordó la Sala en aquella oportunidad, si es anterior o posterior, sino el rango y la naturaleza misma del derecho regulado.²⁰

Desde esa perspectiva, el PIDCP y la CADH por ser tratados o convenios internacionales tienen rango superior a la ley conforme

17 Sentencia No. 258 A de 14:20 hrs. de 23 de julio de 1985 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Citada por: Llobet (1987) pags. 577-578.

18 Ver: Llobet (1987) p. 557. Es importante agregar que este criterio también se mantuvo en esa época respecto a la libertad de expresión y la colegiatura obligatoria que exigía la ley del Colegio de Periodistas de Costa Rica, de tal forma que quienes ejercían sin estar autorizados fueron condenados por ejercicio ilegal de la profesión. El argumento esgrimido en esos tiempos era precisamente que las normas constitucionales y de los convenios, eran de naturaleza programática y no podían pasar a ser de aplicación directa al caso concreto, no existía una ley que regulara o desarrollara ese derecho.

19 Ver sentencia 282-90 de las 16:13 hrs. de 13 de marzo de 1990.

20 Ver Castillo, (1980), p. 32 sgts.



dispone el artículo 7 de la Constitución Política, de tal forma que aunque la ley que promulga el cpp fuera anterior, al ser posterior el convenio, la derogaba. Lo otro es que, aunque la ley que dio vigencia al cpp fuera posterior, no podría ir en contra de una norma superior como el convenio, que no imponía límites al derecho de recurrir.

Finalmente, hay que señalar que en tanto se trata de derechos fundamentales contenidos en el convenio, la ley solo puede desarrollarlos pero nunca restringirlos en contra de la norma superior.

Todas estas razones permiten afirmar que cuando alcanza vigencia el PIDCP y la CADH derogan en forma tácita la normativa del cpp que imponía limitaciones al recurso de casación.²¹ En consecuencia, el recurso de casación quedaba liberado de limitaciones objetivas.

c.- Acusación contra Costa Rica ante la CIDH

Ante la negativa a conceder el recurso de casación sin limitaciones, el Gobierno de Costa Rica fue acusado en 1984 ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión)²², órgano que ve en primera instancia todos los casos y dependiendo de la investigación decide si pasa el caso a conocimiento de la Corte como lo establece el artículo 41 de la convención.²³ Esto es así a fin de permitir al Estado acusado satisfacer la queja conforme a los mecanismos internos antes de encarar un proceso internacional.²⁴

La Comisión en resolución 26-86 (Caso 9328, Costa Rica, en sesión de 18 de abril de 1986 dispuso:

“ Declarar que el señor N.E.V.C. no tuvo oportunidad de ejercer el derecho que le reconoce el artículo 8º Inciso 2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos, lo cual constituye una violación de la Convención. 1- Recomendar al Gobierno de Costa Rica, que con arreglo a sus procedimientos constitucionales, y, en particular, a la letra y la doctrina el artículo 7º de la Constitución, adopte las medidas legislativas y de otro carácter que fueren necesarias para hacer plenamente efectiva la garantía prevista en el inciso 2), h del artículo 8º De la Convención Americana de Derechos Humanos, cumpliendo así con lo dispuesto en el artículo 2º de dicha Convención. 3.- Otorgar al Gobierno de Costa Rica un plazo de seis meses para que adopte tales medidas legislativas o de otro carácter. 4.- Disponer que en caso de que el Gobierno de Costa Rica, en el plazo de seis meses no hubiere adoptado las recomendaciones de la Comisión, referir el asunto a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a menos de que antes de que expire dicho plazo sea el propio Gobierno de Costa Rica el que decida someter este asunto a la mencionada Corte y al reclamante, advirtiendo que no están facultados para publicarla, hasta que no transcurra el plazo arriba indicado.”²⁵

21 LLOBET (1987) p. 557 y 574 reitera en varias oportunidades este mismo criterio.

22 Para el año 1986 se habían presentado tres quejas de parte de Noé Emilio Villalobos Calvo, Olivier Ugalde Miranda y Mireya Castillo Espinoza, todas alegando violación del derecho a la doble instancia por la regulación existente en el Código de Procedimientos Penales.

23 Ver: SALAZAR (2000) “Intervenciones Corporales...” p. 194.

24 SALAZAR (2000) p. 195.

25 Ver. LLOBET (1987) p. 576.



Este plazo se fue prorrogando a solicitud del Gobierno de Costa Rica y no se cumplió con lo ordenado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, lo que fue sacado a relucir en la nueva demanda como se analizará.²⁶

d-Opinión consultiva solicitada a la CIDH sobre proyecto de ley

El Gobierno de Costa Rica ante la recomendación de la Comisión formuló un proyecto de ley, el cual se tramitó ante la Asamblea Legislativa a fin de dar una nueva regulación al recurso de casación.

En dicho proyecto se establecía una mayor apertura del recurso de casación, concretamente se autorizaba el mismo para toda sentencia condenatoria y para los autos que denegaran la extinción de la pena o las sentencias que impusieran medidas de seguridad. Se creaba además con dicha reforma el Tribunal de Casación Penal.

La Comisión declinó pronunciarse sobre el mencionado proyecto, dado que se el artículo 30 de la Convención solo autorizaba consultas respecto de leyes y en este caso no era una ley sino solamente un proyecto.²⁷

e.- La apertura del recurso por vía constitucional

Ante la inminencia de una condena contra Costa Rica y la incapacidad de formularse un proyecto de ley que satisficiera el requisito de la doble instancia, la Sala Constitucional

declaró inconstitucionales las restricciones para acudir a casación por el imputado. Señaló al efecto:

«Que la norma invocada artículo 8.2 inciso h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, aprobado por Ley No. 4534 de 23 de febrero y ratificado el 8 de abril de 1970), es absolutamente clara e incondicionada en cuanto reconoce como derecho fundamental de todo ser humano, imputado en una causa penal por delito, el de recurrir del fallo (entiéndase condenatorio) para ante un superior.»

«Que, concretamente, el artículo 474 incisos 1) y 2) del Código de Procedimientos Penales al restringir el recurso de casación contra el fallo penal condenatorio a los casos de condena por dos o más años de prisión y otros, en juicio común o por más de 6 meses de prisión u otros, en el de citación directa, viola la norma invocada del artículo 8.2 inciso h) de la Convención Americana de los Derechos Humanos, por lo que deben tenerse por derogadas esas restricciones y por otorgado el recurso contra toda sentencia penal por delito sin ninguna excepción» (considerandos III, IV y V).²⁸

La Sala también se pronunció sobre la doble instancia señalando que:

“ IV.- En cuanto a este último punto, la Sala considera que el recurso de casación satisface los requerimientos de la Convención, en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor

²⁶ Ver opinión consultiva de la Comisión OC-12/91 de 6 de diciembre de 1991. Cfr. Párrafo 164 de la demanda.

²⁷ Ver Opinión Consultiva OC-12-91 de 6 de diciembre de 1991, en la cual reiteran lo indicado en la opinión OC-6/86 sobre las posibilidades de emitir opiniones.

²⁸ Sentencia 282-90 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.



formalista sino que permita con relativa sencillez, al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida, en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado en especial los de defensa y al debido proceso.”

A la vez, la Sala aprovechó para dimensionar la declaratoria de inconstitucionalidad la cual llevó hasta el momento de su promulgación. Pero lo más importante del fallo es que confiere 15 días a los agraviados para ejercitar el derecho a recurrir.

El fallo señala:

“ La presente declaratoria de inconstitucionalidad es meramente declarativa, retroactiva a la fecha de promulgación de esas normas en los términos del artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. El derecho de recurrir en casación, que en esta sentencia se declara deberá ejercitarse dentro de los 15 días que establece el artículo 477 del Código citado, los cuales se empezarán a contar a partir de la fecha de publicación de la reseña de este fallo en el diario oficial «La Gaceta», salvo en el caso del recurso.”

Es importante acotar aquí que a partir de los fallos constitucionales en el mismo sentido, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal de Casación han ampliado en gran medida la casación, no solo valorando prueba, sino absolviendo ante el planteamiento de recursos por la forma. No obstante que esos aspectos no serán objeto de consideración para este examen, en que lo que interesa es examinar las dimensiones de lo resuelto por la CIDH.

IV.- Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica

El señor Mauricio Herrera Ulloa y Fernán Vargas Rohrmoser, acudieron ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos reclamando que el primero había recibido una condena injusta en los tribunales costarricenses y el segundo en representación del periódico La Nación, había sido condenado civilmente en forma solidaria al pago de daños y perjuicios. El proceso se tramitó bajo la denuncia el No. 12.367

Al periodista Mauricio Herrera Ulloa se le condenó por el Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José, por los delitos de Difamación en perjuicio de Félix Przerdborski, por haber hecho publicaciones en el periódico La Nación, sobre la base de reportajes de la prensa belga, que lesionaron el honor del perjudicado. El fallo además de imponer las sanciones penales condenó civilmente al periodista y al medio de comunicación a indemnizar una suma determinada por concepto de daños y perjuicios causados, además de retirar de la modalidad digital del periódico las noticias declaradas como lesivas del honor.²⁹

a.- Denuncia por violación a la libertad de expresión

En el reclamo presentado por las víctimas acusan al Estado de Costa Rica por violar el artículo 13 de la CADH que garantiza la libertad de expresión al haberle condenado por los artículos publicados en el periódico. Además, atacan que los artículos 152 y 149 del Código Penal Costarricense constituyen

29 Sentencia 1320-99 de las 14:00 hrs. del 12 de noviembre de 1999, del Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de San José.



limitaciones al ejercicio del derecho de libertad de expresión, dado que se le condenó porque: a) difundió noticias emanadas de prensa extranjera y b) no demostró la verdad sobre el contenido de las publicaciones extranjeras.³⁰ Luego, el numeral 149 que contempla la excepción de verdad es una limitación al ejercicio de dichas libertades.³¹

b.- Denuncia por violación de garantías judiciales

En los agravios relacionados con la violación de las garantías judiciales se reclamó que en el sistema costarricense el único recurso que tiene un sentenciado para cuestionar el fallo es el recurso de casación el cual no satisface el “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”, como establece el artículo 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos.³² Esto por cuanto “no es un recurso pleno, que no autoriza la revisión completa del caso en los hechos ni en el derecho, sino que se resuelve en diversos y complicados formalismos. Por ello además de las infracciones denunciadas, la sentencia condenatoria resulta violatoria del derecho a recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior, que se halla reconocido en el artículo 8.2.h. del Pacto de San José.”³³

Expusieron los demandantes que en una de sus partes la sentencia de la Sala señaló: “El

reclamo no es atendible: La propuesta de aplicar una ley sustantiva diversa, se asienta exclusivamente en la apreciación de los recurrentes mediante la cual se trata de desconocer los sucesos establecidos como ciertos en sentencia. Con tal labor inobservan el principio de intangibilidad de los hechos probados y pretenden de manera impropia, que la Sala valore la adecuación típica realizada a partir de lo que sería un recurso de casación por violación indirecta de ley sustantiva, la cual no tiene cabida en el sistema de impugnación vigente, pues ello permitirá suplantar tanto la valoración probatoria, como las consecuencias de orden sustantivo establecidas.”³⁴

Según los actores, ese y otros párrafos de la sentencia de casación revelan que la casación costarricense no permite una valoración de los hechos establecidos en la sentencia.³⁵

El segundo aspecto del reclamo se refiere a la violación del artículo 8.1 de la CADH que consagra el derecho a ser oído “por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial”. Atribuyen los demandantes que la primera sentencia del tribunal de juicio resultó ser absolutoria y la Sala conoció en casación y anuló el fallo señalando que no se encontraba suficientemente motivada la inexistencia del dolo en la

30 Punto No. 41 de la demanda.

31 Hemos señalado desde el inicio que no es de interés, por el momento, analizar la denuncia por violación de la libertad de expresión, sino los hechos denunciados y lo resuelto sobre las garantías judiciales

32 Párrafo No. 156 y 159 de la demanda.

33 Cfr. párrafo. Es importante señalar que la jurisprudencia penal ha ido ampliando cada vez más la casación como mecanismo de doble instancia, aspecto sobre el cual, tanto los demandantes como la misma pericia ignoran, no obstante por el fin perseguido no pasaremos a examinar esos aspectos.

34 En el caso la parte reclamaba la aplicación del principio de intangibilidad de los hechos probados que ha sido de aplicación reiterada y continua para rechazar la casación por el fondo. Ver: Sojo G “El recurso de casación...”, p. 37.

35 Párrafo 166 de la demanda.



figura acusada y ordenó el reenvío. Luego, al dictarse nueva sentencia por otro tribunal, se planteó la casación y fue conocida por la Sala, integrada por los mismos miembros que anulaban la sentencia absolutoria, que antes habían externado criterio con lo cual se vulneró el derecho a un juez imparcial.³⁶

c.- Demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Tal como lo establece el artículo 50 y 51 de la CADH, la Comisión aprobó el informe 64/02 mediante el cual recomendó al Estado costarricense dejar sin efecto la sentencia condenatoria contra Herrera Ulloa y las demás consecuencias civiles y penales del fallo, confiriendo un plazo de dos meses para cumplir las recomendaciones. Como Costa Rica no cumplió, entonces el 28 de enero de 2003 la Comisión sometió el caso a la jurisdicción de la Corte.

La demanda de la Comisión es por violación de la libertad de expresión contenido en el artículo 13 de la Convención y por infracción de los artículos 1 y 2 del Convenio, en cuanto al deber del Estado de respetar los derechos consagrados en la convención y de adoptar las disposiciones de derecho interno para asegurar el respeto de tales derechos.

Expresamente señala la Comisión que no demanda al Estado costarricense por la violación de los artículos 8 y 25 de la

convención que se refieren a las garantías judiciales, pero expresamente señala que no desconoce que en virtud del principio *iura novit curia* la Corte se encuentra en capacidad y plenitud de conocer los argumentos de las víctimas sobre tales alegaciones. Bajo esa premisa es que la Corte no sólo se pronuncia sobre la demanda e informa de la Comisión sino sobre las reclamaciones colaterales de las víctimas.³⁷

V.- Resolución de la CIDH sobre las cuestiones procesales.

El 2 de julio de 1994, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dicta sentencia en el caso sometido a su conocimiento, resolviendo todos los extremos de la denuncia en contra del Gobierno de Costa Rica.

a-Naturaleza y características de la doble instancia

La Corte señala que el recurso que establece la convención no se satisface con la sola existencia de un tribunal superior, sino que debe ser accesible, ordinario, eficaz y corrector. El primero de esos aspectos lo indica en la siguiente forma:

“ 159. La Corte ha indicado que el derecho de recurrir del fallo, consagrado por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculcado, ante el que

³⁶ Párrafo 157 y 183 del escrito de demanda.

³⁷ En este punto la Corte, echando mano a pronunciamientos anteriores, señala que no puede dejar desprotegidas las víctimas ante el alegato formulado y por ello conoce de tal alegación. Dijo la Corte lo siguiente: “[en] lo que se refiere a la incorporación de otros derechos distintos a los ya comprendidos en la demanda presentada por la Comisión, la Corte considera que los peticionarios pueden invocar tales derechos. Son ellos los titulares de todos los derechos consagrados en la Convención Americana, y no admitirlo sería una restricción indebida a su condición de sujetos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Se entiende que lo anterior, relativo a otros derechos, se atiene a los hechos ya contenidos en la demanda”. *Caso Maritza Urrutia, párrafo 134.*



éste tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto...”

Respecto de los demás aspectos indica el fallo que:

“De acuerdo al objeto de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h de dicho tratado debe ser un recurso ordinario, eficaz mediante el cual el juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias a derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de este recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, la corte ha establecido que no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos.”³⁸

En cuanto al aspecto de accesibilidad al recurso la sentencia reitera que “La posibilidad de recurrir el fallo debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho.”³⁹

También la Corte insiste en que el recurso a que hace referencia la Convención debe ser integral. “Independiente de la denominación

que se le de al recurso existente para recurrir el fallo, lo importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida.”⁴⁰

Aplicado lo anterior al caso concreto la Corte indicó que:

“167. En el presente caso, los recursos de casación presentados contra la sentencia condenatoria de 12 de noviembre de 1999, no satisficieron el requisito de ser un recurso amplio de manera tal que permitiera que el tribunal superior realizara un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas en el tribunal inferior. Esta situación conlleva a que los recursos de casación interpuestos por los señores Fernán Vargas Rohmoser y Mauricio Herrera Ulloa, y por el defensor de éste último y apoderado especial del periódico “La Nación”, respectivamente (supra párr. 95 w), contra la sentencia condenatoria, no satisficieron los requisitos del artículo 8.2.h de la Convención Americana en cuanto no permitieron un examen integral sino limitado

168. Por todo lo expuesto, la Corte declara que el Estado violó el artículo 8.2h de la Convención Americana en relación con los artículos 1.1 y 2 de dicho tratado, en perjuicio de Mauricio Herrera Ulloa.”⁴¹

El anterior pronunciamiento no contiene un análisis exacto y profundo de por qué razones estima que el examen del caso en sede de casación fue superficial o formal con

38 Párrafo 161 de la Sentencia. Este mismo punto fue desarrollado por la Corte en el Caso Baena Ricardo y otros de 28 de noviembre de 2003.

39 Párrafo 164 de la sentencia.

40 Párrafo 165.

41 Párrafos 167 y 168 de la sentencia.



detrimento de los derechos de las víctimas. A ese respecto debe acudir a complementar la decisión el peritaje rendido en el expediente por Carlos Tiffer Sotomayor, que en su experticia indicó que en Costa Rica “El recurso de casación no es un recurso pleno ni corresponde al derecho contenido en el artículo 8 de la Convención Americana. No permite una revisión integral del fallo tanto en los hechos como en el derecho. La revisión que hace el Tribunal de Casación Penal es muy limitada y se restringe exclusivamente al derecho. El recurso de casación deja por fuera tres aspectos importantes: la revalorización de la prueba; las cuestiones fácticas; y además está limitado solamente a las pretensiones de los motivos de las partes que lo invocan...”.⁴²

b.- El derecho al juez imparcial

La Corte deja establecido que el derecho a ser oído ante un juez imparcial que establece el artículo 8.1 de la Convención integra el debido proceso. Hace propios los criterios de imparcialidad desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en casos seguidos contra Finlandia y Reino Unido, en que se estableció que la imparcialidad tiene elementos objetivos y subjetivos que describe así:

“Primero, 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. Bajo el análisis objetivo, se debe determinar si, aparte del comportamiento personal de los jueces, hay hechos averiguables que podrán suscitar dudas respecto de su imparcialidad. En este sentido, hasta las apariencias podrán tener cierta importancia. Lo que está en juego es la confianza que deben inspirar los tribunales a los ciudadanos en una sociedad democrática y, sobre todo, en las partes del caso.”⁴³

De seguido la Corte señala que se demostró en el proceso seguido que las víctimas recurrieron la primera sentencia absolutoria la cual fue anulada porque “la fundamentación de la sentencia no se presenta como suficiente para descartar racionalmente la existencia de un dolo directo o eventual respecto a los delitos acusados”. Luego, cuando la causa se resuelve nuevamente y es condenatoria, es conocida en casación por los mismos jueces que integraron la Sala en el primer pronunciamiento y que según criterio de la Corte “habían analizado parte del fondo, y no sólo se pronunciaron sobre la forma” y por ello no reunieron la exigencia de imparcialidad que establece el artículo 8.1 de la Convención y por ello el Estado violó ese derecho de las víctimas.⁴⁴

42 Ver peritaje de la sentencia. La pericia concluye que el recurso de casación en Costa Rica sigue siendo formalista y limitado y sobre esa base experta la Corte hace el pronunciamiento. Respecto al peritaje rendido en la causa hay muchos aspectos que pueden comentarse que matizarían un tanto esas afirmaciones tan contundentes, al cual no nos avocaremos por ahora.

43 Corte Europea de Derechos Humanos, caso Pabla KY vs Finlandia de 26 de junio de 2004 y Morris vs Reino Unido de 26 de febrero de 2002. Estos fallos citados y aplicados por la Corte parecen tener un contenido demasiado amplio del concepto de imparcialidad, hasta llegar a la teoría de las apariencias.

44 Párrafos 1172-1175 de la sentencia. Cabe señalar que la Corte no señala en este sentido por qué razón es que considera que no obstante ser un pronunciamiento de forma el que anula el primer fallo, estima que se ingresó al fondo del asunto. Partimos de que se sustenta en la pericia rendida que así lo señala. Por otro lado, estimamos que el pronunciamiento es acorde con el concepto de imparcialidad que acoge la Corte, en que hasta las apariencias mismas entran dentro del criterio de imparcialidad, lo que debe ser objeto de interpretación cuidadosa, especialmente para otros casos, pues las consecuencias a futuro pueden resultar inmedibles.



c.- Orden de adecuar la legislación interna

Establecidas las violaciones en cuanto a las garantías judiciales en el caso concreto, resulta importante dejar establecido el elemento dispositivo para el Estado costarricense. O sea, qué efectos genera la sentencia respecto a las garantías judiciales.

En el párrafo 198 de la sentencia la Corte establece: " 198.- Por otro lado, este Tribunal considera que, dentro de un plazo razonable, el Estado debe adecuar su ordenamiento jurídico interno a lo establecido en el artículo 8.2.h de la Convención Americana, en relación con el artículo 2 de la misma. En términos similares en el párrafo 206 indica: " Conforme a su práctica constante, la corte supervisará el cumplimiento de esta Sentencia y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal aplicación a lo dispuesto en la misma. Dentro del plazo de seis meses contado a partir de la notificación de ésta Sentencia, el Estado deberá rendir a la Corte un informe sobre las medidas tomadas para darle cumplimiento a la misma."

En la parte dispositiva de la sentencia señala:

"5. Que dentro del plazo razonable, el Estado debe adecuar su ordenamiento jurídico interno a lo establecido en el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 2 de la misma, en los términos señalados en el párrafo 198 de la presente Sentencia."

En el dispositivo No. 12 se señala nuevamente que: " Que dentro del plazo de

seis meses contados a partir de la notificación de esta Sentencia, el Estado deberá rendir a la Corte un informe sobre las medidas tomadas para darle cumplimiento, en los términos señalados en el párrafo 206 de la misma."

De la transcripción de los apartados del dispositivo de la sentencia, se desprende con claridad que para efectos del sistema procesal costarricense y más allá del caso concreto, el Estado deberá adecuar su ordenamiento jurídico para ponerlo a tono con lo dispuesto en el artículo 8.2.h de la Convención y que se refiere al derecho al recurso en los términos concebidos y desarrollados por la Corte en el fallo.

Esto es de trascendental importancia, toda vez que no hace ningún señalamiento a seguir por el Estado respecto a la garantía de imparcialidad, ni tampoco sobre los aspectos sustanciales de la demanda y que tienen que ver con la libertad de expresión.

VI.- Implementación de medidas en cuanto a la doble instancia

Como se desprende de la lectura de la sentencia de la Corte, el mandato es para implementar un recurso que satisfaga las exigencias de una doble instancia.⁴⁵ Acorde con ello y como lo hemos señalado desde el inicio, este es un ejercicio académico para abrir la discusión sobre las consecuencias del fallo de estudio y las posibles medidas a implementar para cumplir con los términos de la Convención suscrita por nuestro país.

45 La Sentencia de la Corte no indica que deba crearse un recurso de apelación o casación, sino que indistintamente de la denominación, contenga los elementos necesarios para garantizar el derecho establecido en la Convención.



Para procurar una propuesta acorde con el fallo emitido, no puede perderse de vista que la Corte ha asentado su criterio sobre la base de dos sentencias anteriores del Comité de Derechos Humanos de la ONU contra España, en que se declaró que la doble instancia debe revisar integralmente el fallo y desde esa perspectiva el Estado español no garantizaba adecuadamente el derecho y por ello la denuncia fue acogida.⁴⁶

a.- La admisibilidad

La doble instancia en el sentido que lo señala la Corte, tiene que ser un recurso simple y sencillo que no puede tener cortapisas de admisibilidad que puedan frustrar el derecho. Señala el fallo que *“debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho.”*⁴⁷ Es importante señalar, que lo dicho por la Corte está en consonancia con lo que la Sala Constitucional resolvió al señalar que *“...el recurso de casación puede satisfacer los requerimientos de la Convención, en tanto no se regule, aplique, ni interprete con rigor formalista, sino que permita, con relativa sencillez, al tribunal de*

*casación examinar la validez de la sentencia recurrida en relación con el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado...”*⁴⁸

Es importante comentar, que tanto desde la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia como del Tribunal de Casación Penal, se ha venido aplicando un examen de admisibilidad en la casación, especialmente por defectos importantes en el planteamiento del recurso.⁴⁹ En el futuro no deberá revisarse esos criterios y hacer desaparecer la fase de admisibilidad de la instancia.

b.- La recepción de prueba

En virtud de que el examen de la segunda instancia debe garantizar *“un examen integral de la decisión recurrida”*, hay que admitir la recepción de prueba en la segunda instancia.

Estimamos que la doble instancia o segundo grado de conocimiento debe admitir prueba para integrar el fallo de primera instancia. En primer término debe aceptarse la prueba documental que tenga incidencia sobre los hechos sometidos a juicio.⁵⁰

46 No hay que perder de vista que la CIDH para resolver ha utilizado como antecedente, resoluciones del Comité de Derechos Humanos de la ONU en el caso *Gómez Vasquez contra España* resuelto el 20 de julio de 2000. En ese caso indicó el Comité que la revisión formal del fallo condenatorio, sin entrar a valorar íntegramente el material probatorio y la pena impuesta, violan el artículo 14 párrafo 5 del PIDCP. Este criterio es reiterado en Sineiro Fernández c: España.

47 Párrafo 164 de la Sentencia.

48 Sentencia 719-90 de las 16:30 hrs. del 26 de junio de 1990.

49 Ha sido constante el criterio de los Magistrados González y Arroyo en el sentido de que: «... el examen de admisibilidad del recurso de casación no puede ser hecho con un criterio excesivamente formalista, porque ello podría constituirse en una fórmula para denegar justicia. Además, es indispensable en nuestro país armonizar el sistema de casación adoptado en el Código Procesal Penal con los principios constitucionales costarricenses y la Convención Americana de Derechos Humanos, así como también dar cumplimiento a la jurisprudencia de la Sala Constitucional ... Por lo anterior, aún cuando la doctrina extranjera acentúe el aspecto formalista del recurso de casación, en nuestro sistema esa excesiva formalidad debe ceder ante otros fundamentales intereses jurídicos, como lo son el acceso a la justicia, es decir el que casación conozca de cualquier reclamo que formule quien se sienta agraviado en sus derechos fundamentales, y por ser el sistema de justicia penal de orden público. Desde luego, lo anterior no significa desconocer todos los requisitos formales exigidos por la ley, sino interpretar esas normas restrictivamente ...» Sala Tercera, resolución de mayoría N° 155 A de 10:25 hrs. del 12 de abril de 1991.

50 Esto por supuesto va en contradicción con la regulación del artículo 449 cpp que solo admite para demostrar la existencia de un vicio en el procedimiento.



También debe admitirse la prueba testimonial para casos excepcionales, como por ejemplo cuando haya alguna contradicción en lo efectivamente declarado por el testigo con relación a lo consignado en la sentencia por el tribunal y que no pueda ser suplido por las grabaciones.

No somos partidarios de que la doble instancia deba admitir prueba testimonial en forma abierta, sino para casos excepcionales, más que todo aclaratorios, como ejemplo en el caso de una declaración incorporada y que luego el testigo sea localizado.

El admitir prueba testimonial plena en la segunda instancia nos llevaría a lo que tantos autores han señalado, a hacer una segunda nueva primera instancia como lo señalaba Binding y que ha sido compartida en gran medida por Maier.⁵¹ Este último sin embargo ha variado su criterio y propone ampliar la casación autorizando como motivos de casación los mismos de revisión y con ello recibir todo tipo de prueba, lo cual nos parece casi una reiteración del juicio.⁵²

Pastor señala que la doble instancia debe admitir toda la prueba que sea necesaria para sustentar el cuestionamiento a la sentencia de primera instancia, o sea, admitiendo prueba sobre los hechos controvertidos por la parte, de manera que se pueda abrir una renovación parcial de la discusión de primera instancia.⁵³

Parte el citado autor, que habrá hechos incontrovertidos que no requieren reproducir

la prueba nuevamente, lo cual no compartimos y por el contrario aseguramos, que admitir tal apertura, en sus consecuencias, sería un nuevo juicio en la segunda instancia.⁵⁴

Nos parece más cercana a nuestro criterio la propuesta de Alonso Salazar, quien sugiere la recepción de prueba documental y la testimonial para casos esenciales,⁵⁵ no obstante no compartimos que sea el tribunal de segunda instancia quien deba ordenarlos casi de oficio en los casos que lo estime pertinente, porque ello revive la misma discusión de la prueba para mejor resolver del artículo 355 del cpp, en cuanto a la intervención del juez como investigador, lo cual compromete su imparcialidad.

Este aspecto estamos seguros que suscitará las más interesantes críticas o cuestionamientos, de manera que bienvenidos a este foro, no obstante creemos absolutamente necesario tales transformaciones para adaptar la doble instancia a la exigencias de la Convención y de la sentencia ordenatoria.

c.- Revaloración de la prueba

Uno de los aspectos que por naturaleza ha restringido la casación tradicional o clásica, es la imposibilidad para el superior en grado, de entrar a valorar prueba testimonial recibida por el tribunal ad quo con inmediatez y oralidad. Precisamente Binding criticaba que una sentencia emanada de un juicio con oralidad e inmediatez no podía ser revisada en segunda instancia, mediante un recurso

51 Sobre la discusión sobre este tema ver: Castillo (1980) pag. 35 sgts; PASTOR (2001) p. 135 sgts.

52 Maier Julio, "La impugnación del acusador...".

53 "Esta idea de la renovación parcial de la discusión de primera instancia sobre los hechos, realizada a través de la producción, también parcial, de prueba en el juicio de casación o recursivo, es un componente natural del derecho impugnatorio y una aplicación del principio de eventualidad de la etapa y de su consecuente, el principio tantum appellatum quantum devolutum..." Pastor (2001) p. 147

54 Pastor (2001) p. 147

55 Ver: Salazar A, "Una Nueva Visión del recurso de casación penal", Rev. Ciencias Penales.



como la apelación que autorizara revalorar la prueba, porque sería hacer prevalecer al juez peor informado sobre el mejor informado.⁵⁶

En este sentido la pericia rendida en el caso estudiado señala que uno de los elementos que deja por fuera el recurso de casación es la revaloración de la prueba. Indica que *“Costa Rica tiene que ampliar y desformalizar el mencionado recurso, variar su finalidad para convertirlo en un recurso que haga justicia en el caso concreto, sin sacrificar la oralidad”*⁵⁷

Es importante señalar que el sistema costarricense ha venido examinando el contenido de la prueba oral en las fases de debate cuando así lo solicitan las partes, a efecto de corroborar si lo transcrito en sentencia por el tribunal corresponde a lo realmente narrado por el o los declarantes. Esto se hace por la vía de las grabaciones que pasan a formar parte del expediente judicial.

También se ha admitido examinar lo transcrito por el tribunal como declaración de un testigo para determinar la coherencia de esa

declaración con las conclusiones extraídas por el juzgador.⁵⁸ Finalmente, hemos señalado que en el examen en casación de las causas resueltas por la vía del procedimiento abreviado, el tribunal de alzada puede valorar la prueba en igualdad de condiciones que el juez de primera instancia, lo cual constituye una revaloración de prueba.⁵⁹

Desde esa óptica, la propuesta viable sería que la segunda instancia valore la prueba cuando la misma es cuestionada, **en la medida que sea posible y con las limitaciones que son propias de la oralidad e inmediatez.**⁶⁰ En este sentido se ha pronunciado Luis Alonso Salazar, quien sobre el punto señala:

“El Tribunal de Casación no debe encontrar ningún límite para la valoración del razonamiento contenido en la sentencia impugnada, en el tanto su valoración no roce con los principios fundamentales del proceso de instancia única, ergo los principios de oralidad y la inmediatez hasta donde se puede permitir el reexamen de la cuestión por parte del Tribunal de Casación. No hay razón

56 Ver: Castillo (1980) p. 35; Pastor (2001) p. 161.

57 Pericia rendida por Carlos Tiffer Sotomayor. Sin entrar a valorar o cuestionar la pericia, sí es importante rescatar que la propuesta pericial es revalorar la prueba sin sacrificar la oralidad contenida en el fallo de instancia.

58 Especialmente el Tribunal de Casación ha entrado en múltiples oportunidades a considerar un examen de la transcripción del dicho de un testigo para conocer los agravios en esa sede. Esto obviamente no valoró la pericia rendida en este caso, sobre la que ha de dedicarse un estudio aparte.

59 Salazar (2003), p.

60 Nótese que lo ponemos, en negrita, subrayado y cursiva, porque sin duda es un tema altamente complicado, especialmente la aplicación en el caso concreto.

61 SALAZAR L.A. (2000) “El Mérito de la Especie Fáctica...”, p. 569. Hay que reconocer que el citado jurista ha sido uno de los primeros en proponer la ampliación de la casación costarricense. En apoyo de su postulado agrega: “Tales principios- oralidad e inmediatez – suponen que el tribunal sentenciador se proporcione él mismo una impresión propia de la prueba que no se sustituyan los verdaderos medios de prueba por sucedáneos, lo que supone una mejor garantía para la correcta investigación de los hechos. Lo anterior no roza a nuestro entender, con la implementación de un recurso de casación ampliado, puesto que no se trata de un nuevo juicio sino de una revisión amplia del que se llevó a cabo. O se trata pues como señala Hitters, que los hechos verificados permanecen firmes por la casación, sin variarlos en esta instancia, pues en realidad de la real determinación de su significado jurídico, se llega a determinar que la fijación de los hechos realizada por el a quo, no se sostiene y el Tribunal de Casación arriba a una conclusión diferente de la contenida en el fallo, puede incluso sustituir la fundamentación del fallo, por la que considere ajustada a las pruebas reproducidas por el juzgador, el error de la sentencia en tal supuesto, afecta a la fundamentación en cuanto a su racionalidad. Se trata pues de un problema epistemológico y no de apreciación subjetiva – incontrolable por el ad quen – como se indicó.” Cit. Pag. 569



para negar al Superior dar el correcto valor probatorio a aquellos elementos que sin depender de la oralidad e intermediación, reciben una valoración incorrecta por el a quo, como pueden ser las declaraciones testimoniales incorporadas por lectura, informes periciales, actas,; es decir, la prueba constante en el expediente.”⁶¹

En este sentido hay que señalar, que la nueva valoración de la prueba es para determinar si los razonamientos en que se funda el fallo se encuentran respaldados por la prueba que considera el a quo. Podría la casación examinar, verbigracia, si la credibilidad que deriva el tribunal de juicio en el dicho de un testigo es solamente por elementos inconducentes o por el contenido mismo de su relato, y en caso de ser lo primero podría declarar la existencia del vicio y entrar a hacer una nueva valoración del caso.⁶²

Tal como lo venimos planteando, habrá cuestiones de la prueba que resulta imposible revalorar en la sede de casación, por las limitaciones que impone la oralidad e intermediación, por ejemplo cuando el tribunal desecha un testimonio por el nerviosismo y el titubeo en muchos aspectos esenciales de su relato, o bien porque en todas sus respuestas fue influenciado mediante señas por la parte; aspectos que no quedan transcritos en el fallo y a veces la grabación no es suficiente.⁶³

d.- Examen de la especie fáctica

Los hechos probados son el resultado de las pruebas recibidas en la sede de juicio y desde

esa perspectiva, lo señalado sobre la obligación de revalorar la prueba implica, por vía indirecta cuestionar los hechos probados de la sentencia.

Esto hace desaparecer un principio de larga data en la casación cual es la intangibilidad de los hechos demostrados, que implica que en alzada no puede pretenderse la aplicación del derecho sustantivo sobre la base de hechos distintos del marco fijado por el a quo.⁶⁴

En una propuesta como la que pretendemos, la parte puede cuestionar la valoración de la prueba y con ello el efecto producido en la fijación de los hechos y aplicación del derecho. La constatación de los vicios por el superior permite hacer una nueva fijación de hechos y la aplicación de las consecuencias jurídicas que correspondan.

Esto por supuesto puede llevar en muchos de los casos a ordenar el reenvío en vez de proceder a resolver en esa misma sede el asunto y dependerá en gran medida, de la parte que ha formulado el recurso y de los elementos que varíen del pronunciamiento.

VII.- ¿Cómo implementar el cambio?

a.- Apelación o casación ampliada

Dos son las posibilidades que tiene el sistema para procurar el cumplimiento de lo ordenado por la Corte Interamericana. La decisión se mueve en torno a crear una apelación o bien una casación ampliada.

⁶² Hay que señalar que en muchos de los casos conocidos en sede de casación, tanto la Sala como el Tribunal, han entrado a valorar la prueba recibida por el a quo y variado el cuadro fáctico y el resultado del proceso. No obstante, estos aspectos fueron dejados de lado en la pericia rendida y de lo que se trata en este planteamiento es llevar a una aplicación general de esa valoración de la prueba.

⁶³ Esta valoración de prueba propia de la intermediación es de difícil revaloración por la casación. Un caso muy común es en delitos sexuales con víctimas menores de edad, cuya declaración sustenta en gran cantidad de casos una sentencia definitiva.

⁶⁴ Altamente criticado por la sentencia de la CIDH y que le permitieron afirmar que el conocimiento de la casación es formalista.



1.- Implementar el recurso de apelación

Una de las opciones es implementar un recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, con la suficiente amplitud para cumplir las exigencias del recurso, en cuyo caso no se requiere un control posterior de casación, salvo que por razones de naturaleza política se deseara mantener el control sobre algunos casos, especialmente los más graves.

Castillo es partidario de la apelación señalando que sí es compatible con los principios de oralidad e inmediación, siempre y cuando se le dé al juez la posibilidad de ordenar prueba para mejor resolver. Por otro lado, señala dicho autor, esos principios pueden ser atenuados en forma importante a través de la grabación en cassette o video del juicio o debate realizado.⁶⁵

Uno de los problemas más importantes que notamos es que el concepto de apelación conlleva una duplicación del juicio y mantenemos la crítica que sería una nueva primera instancia. Nos inclinamos más por la tesis de una casación ampliada con mayores poderes.⁶⁶

Al rechazar la creación del recurso de apelación, tomamos en consideración el retraso en la justicia que ello genera, pues no puede ignorarse que instaurar un recurso de apelación implicaría una tardanza

considerable de la justicia, pues luego de la apelación debería autorizarse la casación para uniformar la jurisprudencia; en cuyo caso se violentaría el principio de la justicia pronta que establece el numeral 41 constitucional. Por otro lado, la apelación tendería inevitablemente a repetir el juicio de primera instancia.

También, si en la actualidad es difícil realizar un debate oral y público por las enormes dificultades de localizar los testigos, entre otras, una apelación con audiencias de parte y pruebas haría que se discuta nuevamente todos los extremos del fallo, de manera que se renueva toda la discusión y el primer juicio pierda interés.

Un temor fundado sobre la experiencia particular de Costa Rica, nos señala que tendríamos una ausencia total de testigos para comparecer a hacer las aclaraciones o nuevas deposiciones, con lo cual se cargaría en forma excesiva a las víctimas. Finalmente, la apelación implicaría un costo inmanejable para el Estado en las condiciones actuales.⁶⁷

2.- Por una casación ampliada⁶⁸

La otra posibilidad es ampliar el recurso de casación en los términos antes propuestos, lo que acerca mucho más la casación con el recurso de apelación. Lo otro es que la casación pierde su concepción tradicional bastante en desuso por cierto y tiende a convertirse en un recurso ordinario y amplio a favor de la justicia.⁶⁹

65 Castillo Francisco, "Derecho de impugnación..." p. 37.

66 El profesor Castillo como tesis de subsidio también acepta la casación ampliada. *Ibidem*.

67 Estas apreciaciones por supuesto no están exentas de críticas, especialmente porque mezclan aspectos de la experiencia de quien las sugiere y que tienen un particular matiz de la práctica nacional.

68 Hemos señalado que la casación ha venido ampliando el ejercicio del recurso, a través de control del indubio pro reo, de la valoración misma de la prueba, etc, no obstante la CIDH indica que ello no es suficiente y por ello debe ser una amplitud mayor.

69 En todo caso, hay que reconocer que la casación ha venido dejando de lado los fines originarios de uniformidad de la jurisprudencia y de control de legalidad para orientarse hacia la tutela del derecho en el caso concreto.



b.- Reforma legal o Jurisprudencial

Las vías para implementar el cambio son dos: de un lado una reforma legislativa y la otra es por la vía jurisprudencial, pues tanto la Sala Tercera de la Corte como el Tribunal de Casación pueden interpretar la normativa y aplicar directamente lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por el escaso plazo que se ha dado a Costa Rica para implementar el recurso, las dificultades legislativas que podrían enfrentarse, y sobre todo, porque es apremiante definir los grandes lineamientos a seguir para los casos actualmente en trámite, nos inclinamos por resolver la obligación mediante pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales. Esto sin demeritar que la interpretación puede alcanzar el fin propuesto.

1.- La interpretación normativa

Una de las posibilidades a considerar es la interpretación directa por parte de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia o el Tribunal de Casación sobre el contenido y dimensión de los artículos 443, 445, 447 y 449 del cpp.

En cuanto al artículo 443 consideramos que no contraviene en nada el artículo 8.2.h de la CADH, toda vez que solo establece la procedencia o no de la casación planteada, sea por vicios de fondo que se regulan en el párrafo primero, o por vicios de forma que están en el párrafo segundo. Esta norma no requiere ninguna actualización, dado que aunque se interprete en forma amplia el recurso siempre su procedencia se genera por vicios de procedimiento (forma) o por la aplicación errónea de la ley sustantiva (fondo).

Respecto de los artículos 445 y 447 que regulan la interposición del recurso, deben interpretarse en forma amplia, conforme ordena la CIDH, lo que significa eliminar los requisitos de admisibilidad a la segunda instancia.

Sobre el artículo 449 sí requiere una interpretación más amplia que la que se ha venido dando, dado que restringe la admisión de prueba sólo "cuando el recurso se fundamente en un defecto de procedimiento y se discuta la forma en que fue llevado un acto". Sin embargo, la jurisprudencia ha sido restrictiva en el tanto ha derivado que sólo es viable admitir la prueba cuando se invoque actividad procesal defectuosa, no obstante, la norma indica claramente que puede aceptarse prueba cuando haya discrepancia entre lo consignado en el acta y lo realmente ocurrido. ¿A qué nos llevaría esto. A que puede recibirse prueba testimonial en la segunda instancia, en aquellos casos en que la parte cuestione lo declarado por un testigo en la audiencia de debate y que no conste debidamente en las grabaciones que se tienen en los despachos judiciales, o en la transcripción que hace la sentencia, lo cual es acorde con las reformas sugeridas.⁷⁰

Estimamos que el numeral 369 cpp conforme se encuentra redactado permite perfectamente establecer los vicios que puede contener una sentencia que dan lugar a casación, pues su amplitud contiene todos los supuestos que pueden ser objeto de recurso.

2.- La consulta judicial

La consulta facultativa de constitucionalidad se encuentra regulada el artículo 102 párrafo primero de la Ley de la Jurisdicción

⁷⁰ Es importante traer nuevamente a cuenta que hemos señalado la recepción de prueba como algo excepcional, y estos son algunos de los casos en que debe abrirse la segunda instancia.



Constitucional⁷¹, que autoriza a todo Juez a recurrir ante la Sala Constitucional cuando “*tuviere dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma o acto que deba aplicar*”, en cuyo caso debe ser la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia o el Tribunal de Casación quienes formulen la consulta respectiva.

Señala el artículo 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que “*Los funcionarios que administran justicia no podrán:*

1.- Aplicar leyes ni otras normas o actos de cualquier naturaleza, contrarios a la Constitución Política o al derecho internacional o comunitario vigentes en el país.

Si tuvieren duda sobre la constitucionalidad de esas normas o actos, necesariamente deberán consultar ante la jurisdicción constitucional

Tampoco podrán interpretarlos ni aplicarlos de manera contraria a los precedentes o la jurisprudencia de la Sala Constitucional”

Consideramos que este es el mejor mecanismo, pues permite a los tribunales aplicadores de la doble instancia, plantear a la sede constitucional todas las dudas sobre la futura aplicación de la sentencia de la CIDH y los múltiples inconvenientes que ello genera para el sistema de justicia.

La segunda opción es a través de la consulta preceptiva que establece el artículo 102

párrafo segundo de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, para los casos de procedimiento de revisión en que se alegue violaciones al debido proceso.⁷² Ante consultas de esa naturaleza el Tribunal Constitucional podría retomar los criterios de la CIDH y definir su aplicación en Costa Rica.

3.- Acción de inconstitucionalidad

También pueden las partes o interesados plantear directamente la acción de inconstitucionalidad contra las normas que regulan la doble instancia – casación penal – por estimar que son contrarias al derecho internacional del cual es parte Costa Rica. Entre los aspectos que podrían ser objeto de reclamo es la interpretación normativa y la aplicación que los tribunales que conocen los recursos le han venido dando en los últimos tiempos. Esto permitiría un examen suficiente por la Sala y podría invalidar formalmente y erga omnes las normas que restringen la instancia.

Un pronunciamiento de la Sala sobre el punto sería muy importante, sobre todo porque puede dimensionar los efectos de una declaratoria, como lo autoriza la Ley de Jurisdicción Constitucional. Esto es, ¿si la declaratoria tiene efectos retroactivos, hasta qué fecha?, o si bien, se confiere un plazo a quienes han sido afectados para reclamar la violación y obtener un nuevo pronunciamiento de la justicia penal.

71 “Artículo 102.- Todo juez estará legitimado para consultarle a la Sala Constitucional cuando tuviere dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma o acto que deba aplicar, o de un acto, conducta u omisión que deba juzgar en un caso sometido a su conocimiento.”

72 “Además, deberá hacerlo preceptivamente cuando haya de resolver los recursos de revisión a que se refiere el artículo 42 de la Constitución Política, fundados en una alegada violación de los principios del debido proceso o de los derechos de audiencia o defensa; pero esto solamente para los efectos de que la Sala Constitucional defina el contenido, condiciones y alcances de tales principios o derechos, sin calificar ni valorar las circunstancias del caso concreto que motiva el respectivo recurso.



4.- El hábeas corpus

Estimamos también viable la vía del hábeas corpus, toda vez que dicho recurso procede contra resoluciones y actos que vulneren la libertad, o bien constituyan un amenaza a la misma. Desde ese pedido la Sala Constitucional podría establecer nuevos parámetros para la doble instancia, con la limitación que no tiene la misma naturaleza que la inconstitucionalidad a que nos hemos referido.

VIII.- Sobre el derecho al juez imparcial: Consecuencias

La sentencia de la CIDH declaró que en el caso sometido a conocimiento se había violado el derecho al juez imparcial establecido en el artículo 8.1 de la Convención. No obstante que la Corte se limitó a resolver el caso concreto y no dispuso una obligación para el Estado costarricense de modificar su legislación, esto no debe llevarnos a ignorar la trascendencia del fallo en ese punto concreto. Por tal razón somos partidarios que el fallo constituye un llamado de atención que nos obliga a implementar algunos cambios en la forma en que hemos venido operando.

Las consecuencias que estimamos se derivan de ese punto resuelto tienen incidencia en varios sentidos:

a.- En los casos de anulación por forma o fondo

En el caso discutido ante la CIDH se estimó que la anulación de la sentencia por vicios de forma, por entrar a valorar la motivación del dolo implicaba externar criterio de fondo, en realidad el punto es altamente discutible, salvo que se considere que el dolo, al ser parte del tipo, necesariamente implicaría el examen de fondo de los hechos.

Este criterio así externado en la sentencia no es lo suficientemente claro, no obstante, lo que sí debe serlo es que en el futuro, los reenvíos o nulidades de sentencia, tanto por el fondo como por la forma, deben ser examinados cuidadosamente, a efecto de no incurrir en violación del artículo 8.1 de la CADH.

No puede negarse que en muchos casos resueltos en casación, a pesar del uso cuidadoso del lenguaje, o por la falta de recato o dificultad del caso, se emite una apreciación sobre el fondo, que incluso puede tener efectos hacia el nuevo tribunal que conoce del caso. Debe entonces analizarse caso a caso, sea que lo resuelto sea por fondo o forma, para no incurrir en la violación que advierte la CIDH.

Esto tiene importantes efectos en la organización administrativa: si una causa es anulada por la Sala Tercera de la Corte y regresa a casación, debería ser conocida por la Sala Suplente, pero si ésta anula nuevamente, no existe mecanismo legal para integrar otra Sala que conozca el caso. Luego, en el Tribunal de Casación es más sencillo al existir diversas integraciones posibles sin identidad de jueces.

b.-El reenvío para fijación de pena y beneficios

Retomando lo dicho por la CIDH, todos los casos en que la Sala Tercera o el Tribunal de Casación Penal anulen la pena o la negativa a otorgar algunos beneficios y ordene el reenvío no pueden ser conocidas por el mismo juez del tribunal de juicio que dictó la primera sentencia.

Esto que ha sido algo evidente y que llevó algunas inconformidades, ha llevado al Tribunal de Casación en varias ocasiones a determinar que en ese tipo de reenvío no debe ser el mismo juez el que resuelva.



El otro aspecto de importancia es que en segunda instancia no puede conocer la misma integración de la Sala o Tribunal de Casación que dispusieron la nulidad o ineficacia.⁷³ En este sentido, el Tribunal de Casación aplicó directamente el contenido de la sentencia de la CIDH y estimó la excusa presentada por dos jueces que habían anulado la pena impuesta en un caso y nuevamente les correspondió conocer la casación. Se dijo en esa oportunidad:

“En la Sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Herrera Ulloa vs Costa Rica, y que por los efectos del artículo 7 de la Constitución de Costa Rica resulta vinculante para los tribunales nacionales, se consideró como un elemento violatorio de la garantía del juez imparcial contenida en el artículo 8.1 de la Convención Americana, el que la instancia de casación que conoció y anuló una sentencia por vicios de forma, también resolvió en alzada el recurso de casación contra la sentencia producida en el reenvío. La sentencia de comentario, que es un importante elemento que nutre nuestros criterios de interpretación, fue un tanto más allá al acoger como propio el desarrollo del principio de imparcialidad por parte de la Corte Europea de Derechos Humanos, que incluso llega a extender incluso su configuración a las mismas apariencias jurídicas para mantener el rasgo de la objetividad del juez al conocer de un caso. Señaló el fallo de comentario: “Primero, 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. Bajo el análisis objetivo, se debe determinar si, aparte del comportamiento personal de los jueces, hay hechos averiguables que podrán suscitar dudas respecto de su imparcialidad. En este sentido, hasta las apariencias podrán tener cierta importancia. Lo que está en juego es la confianza que deben inspirar los tribunales a los ciudadanos en una sociedad democrática y, sobre todo, en las partes del caso.” (Corte Europea de Derechos Humanos, caso Pabla KY vs Finlandia de 26 de junio de 2004 y Morris vs Reino Unido de 26 de febrero de 2002. Transcrito en Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2 de julio de 2004). En el caso de estudio el tribunal que anuló la imposición de la pena que integraron los Jueces..., consideró que la motivación de la pena por parte de la jueza de instancia, no era suficientemente clara respecto de los elementos que disminuían la culpabilidad y reprochabilidad que eran ajenos al principio educativo que rigen las penas en materia penal juvenil. También en dicho fallo el tribunal cuestiona como elemento importante para motivar la pena ..., en lo cual deja ver un lineamiento sobre los aspectos que pueden llevar a motivar la fijación de la pena, lo que constituye eventualmente una valoración de fondo sobre la pena que hacen recomendable que dichos jueces no conozcan nuevamente del recurso planteado sobre ese extremo.⁷⁴

c.- Los casos de revisión

En los casos de revisión, que son planteados ante el mismo tribunal que resolvió en

⁷³ Esto tiene algunas excepciones que deben ser analizadas caso por caso. Si por ejemplo el juez no se pronunció sobre la pena a aplicar ni sobre beneficios pedidos, entonces no se observa vicios que impidan a la Sala o Tribunal conocer en segunda instancia. Pero esos casos deben examinarse en forma particular.

⁷⁴ Voto No 2004-820 de las 10:36 hrs del 12 de agosto de 2004.



casación, no parece que haya problema alguno con la imparcialidad del juez. Lo anterior porque los motivos por los que procede, según el artículo 408 cpp, no pueden ser reiterados en la sede de revisión, como lo indica el artículo 411 párrafo segundo del cpp, dado que la revisión no es una tercera instancia.

El único aspecto que podría suscitar problemas en la revisión, sería en los casos en que se reitera el motivo de casación en la revisión, pero se sustenta en nuevas razones o elementos de prueba⁷⁵, en cuyo caso sí sería conveniente que el tribunal que conoció en casación, no conozca la revisión, porque ya se pronunció, aunque ante un enfoque diferente, sobre el mismo punto.

d.- ¿Qué sucede con las sentencias firmes?

Uno de los problemas importantes que debe resolverse, es ¿qué sucede con todos los casos resueltos por casación y que han restringido el derecho a la doble instancia en los términos de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?

El profesor Castillo señala que todas las sentencias dictadas son nulas, incluso lleva el argumento de la ineficacia desde el mismo momento en que entró en vigencia la CADH, puesto que ese derecho fundamental deriva de la Convención.⁷⁶

No compartimos el criterio externado por el profesor Castillo, pero sí es claro que la jurisprudencia de la Sala Constitucional deberá dimensionar los efectos a fin de otorgar un

período determinado para todos aquellos que quieran plantear la revisión de su caso.

La revisión no implicará desde luego que el juicio oral deba repetirse, sino que, a lo que se puede aspirar sería a anular la sentencia producida en la sede de casación por ser violatoria del derecho a la doble instancia. Por ello, a lo que puede aspirar la parte es que su recurso sea conocido nuevamente por la segunda instancia.

Cuando se acoge la revisión y se declara la violación a la doble instancia y se dispone enviar el recurso para ser resuelto de nuevo, se suscitan algunas interrogantes ¿La sentencia dictada por el tribunal de juicio en ese caso no habría adquirido firmeza? ¿Será posible que muchos de ellos hayan prescrito? ¿Conlleva esto a que los presos deban ser puestos en libertad?. Estos son sólo algunas de las interrogantes que dejamos planteadas y esperamos que la discusión se amplíe y enriquezca.

IX.- Decisión político administrativa

De las opiniones expresadas sobre cada uno de los puntos contenidos en la sentencia de la CIDH, se desprende que la ampliación de la casación, como lo hemos planteado, implicará un aumento muy considerable del trabajo del tribunal de segunda instancia.

Con solo examinar que no será posible rechazar por inadmisibles el recurso por cuestiones formales, el ingreso de causas tendría un vertiginoso aumento. Este aumento de trabajo se manifestaría también en el

⁷⁵ Es una excepción que establece el artículo 411 del cpp, que autoriza la revisión por iguales motivos de casación, "salvo que se fundamenten en nuevas razones o nuevos elementos de prueba."

⁷⁶ Artículo del periódico La Nación.



tiempo que implicará resolver cada caso, pues como señala la Corte, una revisión no solo formal del fallo sino material implica un examen y revaloración de la prueba que sustenta lo resuelto. Hay que agregar a lo anterior que abrir la recepción de prueba, aunque sea documental y testimonial para casos muy excepcionales, va a generar un expectativa de tal naturaleza que las partes propondrán la que sea de interés en cada caso. Esto conlleva un ejercicio importante para elaborar el pronunciamiento, aunque se rechace finalmente esa prueba ofrecida.

Por último, nada despreciable será la avalancha de casos de revisión que puedan plantearse, alegando violación al debido proceso por restricción del derecho fundamental a la doble instancia. Sobre el mismo punto, en los casos en que sean declarables con lugar las revisiones, habrá que dejar insubsistente el pronunciamiento de casación y ordenar resolver de nuevo la causa.

Los anteriores aspectos de naturaleza administrativa implican necesariamente una nueva estructura organizativa de los tribunales de alzada y las soluciones no parecen del todo claras ni sencillas. Una primera podría ser ampliar en gran medida el Tribunal de Casación, dotándolo al menos de otro tanto de jueces y eventualmente ampliando su competencia, reservando un determinado tipo de procesos para ser conocidos por la Sala. Otra opción sería trasladar la segunda instancia – casación ampliada – al Tribunal de Casación reservándose la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, aquellos casos en que deba uniformarse la jurisprudencia.⁷⁷

En este caso el Tribunal debería tener una integración muy amplia en cuanto al número de jueces en forma inmediata y en el futuro hacer los ajustes conforme se requieran.

Las decisiones de esta naturaleza sí implican una reforma legal a la Ley Orgánica del Poder Judicial y al Código Procesal Penal, que deberá ser aprobada por la Asamblea Legislativa.

X.- Conclusiones

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido clara en señalar que la casación costarricense no satisface la exigencia de la doble instancia contenida en el artículo 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos y conmina al Estado ha adecuar su ordenamiento jurídico interno como establece la Convención.

La Corte no indica que lo correcto es establecer un recurso de apelación o casación, sino que la doble instancia sea un recurso ágil, accesible, desformalizado y que garantice un examen integral de la decisión recurrida. En consecuencia, se trata de ampliar el conocimiento y examen de la sentencia de primera instancia y la pena impuesta, de manera que no es solo un examen formal sino material de lo resuelto.

Lo anterior deja ver que no se trata de un simple ajuste en nuestro sistema, sino de un cambio sustancial en la doble instancia.

Para tal efecto consideramos que debe permitirse en segunda instancia el aporte de prueba documental y testimonial, esta última

⁷⁷ Esta propuesta ya estaba siendo considerada en el Tribunal de Casación, para evitar la jurisprudencia contradictoria.



para casos excepcionales y cuando haya contradicción entre lo consignado en la sentencia y la grabación del debate. Es imprescindible, para cumplir con lo ordenado por la Corte, que se haga una nueva valoración de la prueba, de los hechos y el derecho en la segunda instancia, lo que implica un cambio fundamental a la forma tradicional en que se ha venido resolviendo la casación costarricense.

Hemos sido claros en que esa revaloración del material probatorio debe ser solamente **en la medida que sea posible y con las limitaciones que son propias de la oralidad e inmediación**, cuyos efectos particulares deben irse estudiando en el desarrollo de la nueva instancia.

Estimamos que crear una apelación no es lo adecuado y nos inclinamos por ampliar la casación en los términos señalados, para lo cual, en principio no es necesario una reforma legal, sino que por vía de interpretación legal de parte de los encargados de la casación se puede llegar a iguales resultados. Deseable es sin embargo que la Sala Constitucional sea la que haga tal pronunciamiento para derivar

el efecto erga omnes y disponer la desaplicación de algunas restricciones al ejercicio del recurso. Además, dimensionar la incertidumbre acerca de los casos resueltos en violación de la Convención Americana.

La jurisprudencia penal debe reorientar el concepto de juez imparcial conforme los lineamientos que emanan de la sentencia de la Corte, disponiendo la separación para conocer dos veces un mismo caso cuando ello pueda vulnerar el derecho de la parte.

Finalmente, el cambio de paradigma genera un caudal mucho mayor de trabajo, lo que implicará necesariamente ampliar el Tribunal de Casación y eventualmente introducir una reforma a la competencia con respecto a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, lo cual requiere de una reforma legal.

Estimamos que las transformaciones propuestas adecuan la casación a la doble instancia y el derecho al juez imparcial, en los términos que lo establece la Convención Americana de Derechos Humanos. Esperamos que los planteamientos sean examinados y puedan contribuir a la discusión.



BIBLIOGRAFÍA:

ARMIJO S. Gilbert, (1998) **"La Tutela Constitucional del Interés Difuso"**, Unicef, San José, Costa Rica.

CASTILLO G. Francisco "Derecho de impugnación de la sentencia condenatoria y derechos humanos", en: **Revista de Ciencias Jurídicas**, No. 41, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, agosto, 1980.

LLOBET R. Javier (1987), **"Código de Procedimientos Penales Anotado"**, Imprenta LIL, San José, Costa Rica, 1987.

LLOBET Javier, "La Convención Americana de Derechos Humanos y el derecho a recurrir la sentencia condenatoria en el derecho costarricense", en: **Revista Uruguaya de Derecho Procesal/ 1**.

LLOBET Javier (2003) **"Proceso Penal Comentado"**, Editorial Jurídica Continental" segunda edición, San José, Costa Rica.

MAIER Julio, "La impugnación del Acusador ¿ Un caso de ne bis in idem?", en: **Revista de Ciencias Penales**, Asociación Costarricense de Ciencias Penales, San José, Costa Rica.

PASTOR R. Daniel (2001) **"La Nueva imagen de la Casación"**, Ad-hoc, Buenos Aires, Argentina.

SALAZAR M. Ronald (2000) **"Intervenciones Corporales y Tutela de los Derechos Fundamentales"**, Investigaciones Jurídicas S.A., San José, Costa Rica, año 2000.

SALAZAR M Ronald (2003), **" El Juicio Abreviado: entre el garantismo y la eficiencia en la justicia penal."**, Investigaciones Jurídicas S. A, San José, Costa Rica.

SALAZAR Luis A. **" El mérito -de la especie fáctica- de la sentencia penal en el Recurso de Casación"**, en: **Revista de Derecho Procesal**, No.3, Madrid, año 2000.

SALAZAR L. Alonso , **"Una Nueva Visión del Recurso de Casación"**, en: **Revista de Ciencias Penales**, Asociación de Ciencias Penales, San José, Costa Rica.

SOJO P. Guillermo, **" El recurso de casación penal por violación de la ley sustantiva"**, Investigaciones Jurídicas S.A., San José, Costa Rica.



MITOMANÍAS DE LA "POLÍTICA CRIMINAL" MODERNA

Prof. Minor E. Salas¹

*Los seres humanos son tan ingenuos
y están siempre tan dispuestos a obedecer
las necesidades de su tiempo, que alguien
que tenga la suficiente voluntad para engañar,
encontrará siempre a aquellos que desean
ser engañados.*

Niccolò Machiavello

Los conceptos tienen sus épocas de gloria, pero también de ruina. Cuáles de ellos logran la fama y el éxito entre académicos y cuáles pasan a aumentar los anaqueles del olvido, es una cuestión que no rara vez depende de circunstancias azarosas, del prestigio de las editoriales, de la fama de sus autores y de otras circunstancias no menos contingentes. La inteligencia y la cordura de los discursos académicos tienen poco o nada que ver con su difusión y éxito publicitario. Son los caprichos de nuestro entorno los verdaderos demiurgos y jueces de la fama de una idea. En una cultura donde los sinsentidos, al igual que los analgésicos, tienen mucho mayor fuerza que la sensatez, vale darle la razón a ANDRESKI: "Incluso la más superficial de las investigaciones en torno a las creencias humanas, revela que las personas no tienen una inclinación 'natural' a buscar la verdad, sino que más bien el absurdo y la oscuridad poseen para la mayoría de seres humanos un enorme poder de seducción".

En lo sucesivo nos gustaría concentrarnos en el estudio realista de una de esas palabras

en boga en el derecho penal actual, que sirve para encender los ánimos, embellecer los discursos y alagar a quienes la utilizan, pero sin comprometerse en mucho y sin decir prácticamente nada. Nos referimos a la nueva moda de la "política criminal". ¿En qué consiste esta nueva categoría de la dogmática penal? ¿Qué es lo que la hace tan atractiva en su uso? ¿Cuál es su significado real?

A pesar de que el lenguaje, tal y como lo sabemos desde MORRIS o desde BERGER y LUCKMANN, es una de esas realidades sociales que se objetivan adquiriendo una determinada autonomía e independencia respecto a nuestros gustos y preferencias, también es cierto que las personas no rara vez usamos el lenguaje a nuestro antojo y discreción. Existe, al final de cuentas, aquello que ZIPPELIUS certeramente denominaba "la libertad de definición" lingüística. En fin, cualquiera puede hablar de la "política criminal" en los términos que le venga en gana, asignándole a esa palabra los contenidos semánticos y pragmáticos que sus preferencias y preconcepciones

¹-Profesor de Derecho Penal y de Filosofía del Derecho en la Universidad de Costa Rica. Realizó sus estudios doctorales en el "Institut für die gesamten Strafrechtswissenschaften", Universidad de Múnich, bajo la dirección de CLAUD ROXIN.



metodológicas le dicten. El único riesgo que corre es, o bien no ser entendido o acaso embarcarse en discusiones estériles, cuyo propósito no es necesariamente el desarrollo de la disciplina, sino tan solo "estar al día" en las discusiones pedantes que abundan por doquier en la literatura jurídica actual.

En el trabajo científico resulta pertinente, no obstante, determinar el contenido lingüístico exacto de los términos que empleamos, de tal forma que seamos menos susceptibles a los "embrujo del lenguaje" (WITTGENSTEIN) y a las trampas de la retórica. Las distinciones analíticas no siempre han sido fieles compañeras de los juristas, quienes más bien se valen de términos vagos y lingüísticamente imprecisos, de la "magia verbal" (FRANK), de la retórica e incluso de la propaganda gremial para poder cumplir con su objetivo: darle al público el consuelo que este necesita para autoengañarse y hacer así de un mundo irracional algo racional, de un mundo cruel y cínico algo sensato y de un mundo palmariamente injusto algo que se aproxima constantemente a la Justicia y a la Verdad. Se olvida así, pues, que con estas actitudes se producen sacerdotes o brujos y no científicos.

El término hoy de moda entre penalistas - el de "política criminal" - es uno de esos anestésicos lingüísticos cuyo propósito fundamental parece ser a veces adormecer el espíritu de quienes lo escuchan e insensibilizar la mente a la disposición crítica y realista requerida para desenmarañar las mitomanías propias de un discurso jurídico ilusorio y artificial. Dentro del proceso de desmitificación, que es necesario emprender actualmente en torno al

concepto de "política criminal", se deben destacar al menos tres aspectos fundamentales, que constituyen las tesis principales de las cuales partimos en este ensayo y que son temas que, por lo general, son omitidos en las discusiones de los especialistas en la materia, quienes no rara vez prefieren conformarse con las típicas fantasías y engaños que el público quiere oír.

1) Primera tesis: Existen muy distintas políticas criminales, todas ellas contradictorias entre sí. Se debe recordar que la "política criminal" (si entendemos por esta, en un sentido muy amplio, aquella parte de la política general cuyo contenido es el fenómeno criminal de una sociedad) existe desde que existe el castigo como forma de control social. Quiénes hoy hablan de la política criminal como uno de los temas más progresivos de la dogmática, como la vanguardia del saber jurídico-penal, olvidan, no obstante, que también HITLER, MUSSOLINI y STALIN tenían sus "políticas criminales", las cuales, si de control se trata, fueron de las más "efectivas" en la historia de nuestro siglo.

Cuando en el año 1970 CLAUS ROXIN, a quien hoy se le rinde homenaje con este texto, publica su opus magnum "Kriminal-politik und Strafrechssystem", lanzando la tesis de que los principios y categorías de la política criminal deben "penetrar" (eindringen) en el sistema del derecho penal, no está haciendo más que postular una tesis de carácter muy general y vaga, que debe, a su vez, completarse en cuanto a su contenido pragmático y analítico se refiere. No puede olvidarse aquí que, independientemente de esa tesis de principio, lo cierto es que la política criminal siempre "pe-

2-Algunos textos concretos en este sentido son los siguientes: "Das Strafrecht ist vielmehr die Form, in der kriminalpolitische Zielsetzungen in den Modus des rechtlichen Geltens überführt werden", p. 40 O cuando dice: "...die einzelnen Deliktskategorien -Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit, Schuld - [müssen] von vornherein unter dem Blickwinkel ihrer kriminalpolitischen Funktionen [gesehen, entfalten und systematisiert werden]." p. 15.



netra" en las categorías del derecho penal, puesto que, tal y como certeramente vio HANS Kelsen desde hace mucho tiempo: "*El derecho está indisolublemente vinculado a la política*". Aun más, se podría decir que la totalidad del derecho penal no es más que política criminal aplicada. Pero de ser esto así, entonces ¿dónde reposa la originalidad de la tesis roxiniana? ¿Acaso es que nos encontramos aquí ante la confirmación de una mera verdad de Perogrullo? ¿A qué se debe, pues, la amplísima difusión internacional de esta idea?

El escrutinio analítico nos revela el carácter insuficiente de la tesis de ROXIN, si es que tomamos esta en su dimensión real. Se hace necesario precisar dos cosas que ROXIN, en todo caso, no aclara suficientemente:

- a) por un lado, ¿qué significa aquí que el derecho penal debe observarse y sistematizarse a la luz de la política criminal? y
- b) por otro lado, ¿qué significa eventualmente "política criminal"? ¿A qué tipo de política criminal se está refiriendo ROXIN?

a) En cuanto a la primera interrogante se refiere, su respuesta se insinúa parcialmente cuando uno se pregunta: ¿cuándo en la historia del derecho penal no ha sucedido que la política criminal influya sobre el contenido de los institutos penales? Una observación realista del devenir jurídico nos revela que durante toda la historia de la dogmática penal, esta ha estado siempre impregnada por las distintas concepciones político-ideológicas de su entorno. La idea de una dogmática jurídica que no esté influenciada por la política criminal, y más en general, por la política social de una comunidad, es una idea tan ilusoria como absurda.

Es ilusoria porque confunde lo que es con lo que debe ser y porque cierra así los ojos ante una realidad empírico-social que es dominada fundamentalmente por fuerzas económicas y políticas y no por el uso de programas racionales de planificación social o de esquemas prefabricados a *pia-cere* por los políticos criminales.

Es absurda porque no puede haber un derecho penal que no esté, directa o indirectamente, profundamente arraigado a las estructuras morales y a las preconcepciones ideológicas, religiosas y éticas de una comunidad. La idea de que la dogmática jurídico-penal puede o debe ocuparse exclusivamente del tratamiento "intra-sistemático" de determinados postulados, deducibles axiomáticamente a partir de otros postulados más básicos, sigue siendo una fantasía inalcanzable del saber jurídico. Esta tesis, que ha sido criticada con mucha razón por HANS ALBERT, con el nombre de "platonismo de las normas" es el último subterfugio de aquellos que ven en el Derecho un mero "Derecho en los libros" y no una realidad viviente y en constante cambio ("derecho en acción").

La concepción de una dogmática separada de la política, que aun pervive tercamente bajo la denominación de "normativismo jurídico", no merecería a estas alturas del siglo ser criticada, si no fuera por el hecho de que ella, en una u otra medida, sigue infiltrándose en los discursos de los juristas actuales. Un ejemplo claro de esto lo constituye la circunstancia de que en la dogmática jurídico-penal se hable, mediante un lenguaje artificiosamente rebuscado, de la tesis de que el sistema del Derecho penal debe estar condicionado por la política criminal, sin llegar nunca a detallarse analíticamente a cuál política criminal se está haciendo referencia y cuáles medidas de esa política criminal son las que hay que implementar.



b) En cuanto a la segunda pregunta arriba planteada (¿qué significa "política criminal"?) debe indicarse que es precisamente en este punto donde los análisis pecan mayormente por inexactos y confusos, incurriendo con frecuencia en el "Mito del significado único" (STEVENSON). La observación crítica de la realidad revela cómo es necesario distinguir al menos dos planos distintos en cuanto al concepto de política criminal:

"Política criminal" podría significar, en primer lugar, una disciplina encargada del estudio del fenómeno criminal de un ordenamiento jurídico. Este sentido del término es muy poco usual, pues el área del conocimiento jurídico que tiene la función arriba señalada es precisamente las llamadas "ciencias penales" (que incluyen el derecho penal sustantivo, el procesal-penal, la criminología, la sociología criminal, entre otras). Dado que este significado del término no es el corriente en las discusiones (pues incluso no existe en los currícula formales de las facultades de Derecho una asignatura con el nombre de "política criminal"), se hace necesario referirse a un segundo sentido de esa palabra.

- "Política criminal" puede significar, en segundo lugar, todo el conjunto de actividades (prácticas y teóricas) que se emprendan en un ordenamiento jurídico para controlar el fenómeno criminal. Es en este segundo sentido que vamos a utilizar el término en este ensayo.

Ahora bien, no se puede hablar, sin caer en exageraciones y simplificaciones absurdas, de una "política criminal" como actividad general y única de un Estado. Lo que existe en todo ordenamiento jurídico es, más que una "política criminal" sistemática y armónica, todo un conjunto de medidas político-criminales dispersas y que no dejan de ser, en gran medida, contradictorias entre sí.

Esta situación no puede ser de otra manera, pues al igual que no existe una planifica-

ción exacta en torno a los grandes problemas sociales de la comunidad, tampoco la hay respecto al problema de la delincuencia. Si uno no cierra los ojos ante lo que pasa en la vida cotidiana -dejándose llevar exclusivamente por las disquisiciones académicas- observará que las medidas contra el crimen suelen adoptarse en nuestros países de una forma desordenada y oportunista. Es aquí donde el espectáculo de los grandes delitos, el sensacionalismo televisivo, la propaganda política, el llamado a las emociones irracionales y el show escandaloso de los mass-media juegan un papel central. Quien afirme que detrás de todo este mare magnum de fenómenos sociales subyace una "política criminal" planificada no solo se está engañando a sí mismo, sino que también está haciendo apología de un ordenamiento jurídico cuyas bases teóricas escapan en gran medida a la racionalidad técnica.

2) Segunda tesis: La política criminal es parte de la política general y, por lo tanto, tan irracional como esta última. Un aspecto que quizás no sea frecuentemente enfatizado por los penalistas, pero que es de vital importancia para no incurrir en ilusiones en el análisis, evitando así el "Wiful Thinking" (HABA), propio de los apologetas acrícos del sistema penal, reposa en el hecho de que la política criminal es, en primerísima instancia, una parte de la política general de una sociedad determinada. Como tal, ella está sujeta a todos los vaivenes, azares y desafueros de la política social. Aún más, se puede decir que el ámbito de la política criminal es aún mucho más sensible a la manipulación, a la demagogia y al sensacionalismo que la política general.

Este aspecto resulta confirmado a diario por los medios de comunicación que hacen del derecho penal un espectáculo social y de la política criminal una carrera desenfrenada de los políticos por ganar los votos de un público



ávido de entretenimiento y de diversión. El lema pareciera ser aquí, al decir de POSTMAN, "divertirse hasta la muerte". Surge, entonces, la sospecha de que algunos políticos viven de los "escándalos" que producen los grandes casos de la justicia penal y sobre los cuales se estructura, en la realidad, la política criminal de nuestro entorno. No es, pues, en las Facultades de Derecho, ni en los pedestales de la Academia, donde nacen las soluciones contra la criminalidad social. Todo lo contrario: es en las discusiones parlamentarias, en el seno de los partidos políticos, en el cabildo de la "public opinion" y en los foros del sensacionalismo periodístico, donde se perfila y se amarra lo que muchas veces será finalmente la política criminal de un país.

Uno de los obstáculos para hacerle frente a un estudio realista de los fenómenos sociales, en particular al problema de la criminalidad, reposa en creer (o en dejarse engañar) que esos fenómenos sociales pueden estar sujetos a algún tipo de planificación racional y, por lo tanto, a algún tipo de control científico. Esta supuesta "ingeniería social" (expresión clara de ciertos "mitos tecnomorfos") pasa por alto nada más y nada menos que un hecho fundamental de las sociedades actuales, a saber: que las decisiones en materia del control de la criminalidad no pasan por el tamiz de la planificación tecnológica y de la discusión científica, sino más bien por el cristal de la politiquería, de las preventas, de los engaños a la ciudadanía, de la propaganda, del espectáculo y de la sofistería. Es de esta forma, tal y como se sabe desde HOBBS, MACHIAVELO o BODIN, en que se configura la política criminal real de un país.

3) Tercera tesis: El contenido fundamental de cualquier política criminal es un contenido mítico-simbólico. En tercer lugar, y para concluir este breve ensayo, debemos recordar que una de las paradojas irresolubles del derecho

penal, y por ello de toda política criminal, consiste en la circunstancia de que con ellos se busca fundamentalmente satisfacer necesidades emocionales contradictorias de la sociedad. Por un lado, se desea despertar sentimientos de seguridad jurídica, estabilidad social y justicia entre la población; pero por otro lado, se quiere reaccionar con flexibilidad y capacidad de adaptación ante los problemas y conflictos nacientes de la vida social. La política criminal, como una parte de la política social general, constituye, pues, un crisol simbólico de expectativas sociales contradictorias.

El carácter simbólico del derecho penal se hace particularmente visible en el proceso penal, en el cual se entremezclan en forma caótica toda una amplia gama de ideales y esperanzas contradictorias. La ilusión teológico-religiosa más infantil del universo jurídico consiste justamente en creer que a partir de este conjunto contradictorio de expectativas es posible reconstruir una "unidad" jurídica (la llamada "unidad del ordenamiento"). Lo cierto del caso, es que el llamado sistema del derecho penal y su política criminal de base son inevitablemente contradictorios. Ellos están dominados por múltiples fuerzas y factores de influencia, que tan sólo a un "metanivel" semántico y de forma artificial pueden afirmarse como "unitarios" o "sistemáticos".

En la práctica real del derecho penal, todas estas fuerzas permanecen entremezcladas las unas con las otras sin llegar a constituir nunca un sistema lógico-racional. Los institutos procesales son, tal y como se dijo, más que categorías lógicas, símbolos propios de las distintas expectativas sociales necesarias para otorgar a los ordenamientos jurídicos una cierta estabilidad y para generar en las personas el consuelo de que su entorno es, en última instancia, racional, justo y confiable. Sin una teología semejante de los símbolos jurídicos, no resultarían posibles ni un derecho penal ni su correspondiente política criminal. De



allí lo atinado de la definición que THURMAN W. ARNOLD nos ha dado de la ciencia jurídica:

"La ciencia del derecho puede ser descrita como un esfuerzo por construir un paraíso lógico detrás de las cortes judiciales, en las cuales ideales contradictorios son presentados como perfectamente coherentes. Las contradicciones son aquí reconciliadas de la única forma en que pueden conciliarse contradicciones lógicas; a saber, dándole a cada cual una esfera en la que pueda trabajar y ocultar así las inconsistencias en la oscuridad generada por montañas de libros que son asumidos por pura fe, pero raramente leídos."

Puesto de una forma provocativa -pero no por ello menos realista- se puede decir que el Derecho Penal y la política criminal, constituyen en realidad el "opio de las sociedades". Es a través de las leyes que se implementan en el ordenamiento jurídico-penal, mediante las cuales se otorga al pueblo el consuelo de que la justicia penal está haciendo algo y de que la política criminal del país está en plena acción. Ningún ciudadano viviría tranquilo y confiado en el ordenamiento jurídico si no le dijera (aunque sea mentira) que los tribunales de justicia penal castigarán al delincuente y que los diputados que él eligió, dictarán nuevas leyes para protegerlo del crimen. En la realidad lo que sucede es que los tribunales no rara vez liberan a los malhechores y los políticos promulgan leyes vacías que no tienen eficacia real alguna más allá de confortar a quienes creen ingenuamente que con leyes se soluciona el mundo.

Así, pues, y en honor al agradecimiento que me une con mi mentor, el Profesor CLAUS ROXIN, me veo en la necesidad académica de dejar plasmado en este pequeño "panfleto" contra la tesis roxiniana los puntos arriba indicados, que pueden resumirse, a título de conclusión, de la forma siguiente:

1. La noción de "política criminal" que se maneja con excesiva frecuencia en los escritos actuales de Derecho penal, es una noción semánticamente vaga y pragmáticamente inocua. La primera tarea de un análisis verdaderamente realista de ese concepto consiste precisamente en definirlo adecuadamente.

2. La afirmación roxiniana de que el "sistema del derecho penal" (en particular la teoría del delito) debe estar condicionado por la política criminal de un ordenamiento jurídico, es una afirmación confusa, pues deja de lado una pregunta fundamental: ¿Cuándo en la historia del Derecho ha sucedido que el sistema del Derecho penal no esté imbuido y marcado por la política criminal de un país? No se puede olvidar aquí que ya de por sí, el derecho (máxime el penal), es un componente esencial de la política general.

3. La política criminal como actividad de un Estado no es, al menos en la actualidad, una actividad sujeta a controles científicos. Por el contrario, las medidas político-criminales que se adoptan en la mayoría de nuestros ordenamientos jurídicos son medidas gestadas a la luz de circunstancias meta- y extrajurídicas. Dichas circunstancias tienen que ver, no rara vez, con el oportunismo inescrupuloso de los políticos, con su deseo por obtener votos, con el manejo sensacionalista y charlatán que se da de los delitos penales en los Mass-Media y con el ansia de manipular las masas para la obtención de objetivos estratégicos de la política general.

4. De allí que el contenido real de la política criminal es un contenido simbólico-mitologizante. Lo que buscan muchos ordenamientos jurídicos actuales con la implementación de ciertas medidas penales no es el control real de la criminalidad, sino más bien la demostración de que se está haciendo "algo". Este "hacer algo" equivale a



un engaño en un doble sentido: por un lado, el usuario de ese "derecho penal simbólico" se siente consolado por la circunstancia de que se están implementando normas que supuestamente van a proteger ciertos ámbitos de su vida. Pero, por otro lado, quienes promulgan las normas se sienten legitimados para decir que han hecho algo en contra del deli-

to, pues efectivamente han puesto en práctica ciertas normas (aunque estas sean inútiles).

En virtud de que la Revista Cuadernos de Estudio del Ministerio Público de Costa Rica me ha solicitado amablemente la autorización para publicar este ensayo, me parece pertinente aclarar dos aspectos finales que considero esenciales:

COLOFÓN

1. En primer lugar, me parece teóricamente muy importante aclarar que en el presente trabajo me he ocupado de un único aspecto o dimensión de la política criminal; a saber, de la dimensión estrictamente legislativa o parlamentaria (criminalización primaria). No me he referido, en ningún momento, a la dimensión de la política de persecución criminal (criminalización secundaria) que llevan a cabo órganos como el Ministerio Público, la Policía Judicial, o incluso la misma Judicatura en su actividad respectiva. Con otras palabras, estimo que un análisis más riguroso, analíticamente hablando, de la categoría de "política criminal" debe incluir también una discusión en torno a las políticas de persecución e investigación penales que se ejercen en un determinado contexto social.

Con lo anterior, no estoy diciendo que las políticas de persecución penal de nuestros órganos judiciales estén libres de los vicios y deficiencias que le he atribuido a la política criminal implementada, en un nivel primario, por el Poder Parlamentario. Sería necesario,

en todo caso, realizar un estudio más pormenorizado de cuál es la situación en ese nivel. En un estudio de esta naturaleza resultaría importante tratar de determinar el grado de participación real que tienen los órganos de persecución penal en la configuración de la política criminal general del Estado. Sería, igualmente, oportuno definir si eventualmente esa participación (sea ésta mucha o poca) no constituye una simple estratagema de legitimación del poder político. Recuérdese, en este sentido, que involucrar a los órganos del Poder Judicial (Ministerio Público, agencias policiales, Defensa Pública, Judicatura) dentro de los procesos de creación de la política criminal de un Estado, constituye una manera muy cómoda (y oportunista) en que el Poder Legislativo comparte los eventuales fracasos y descalabros que se sufran con la implementación real de las políticas criminales en cuestión. ¡Todo tiene una lógica, aunque esta sea siniestra!

2. La segunda aclaración que deseo efectuar es meramente formal. El presente ensayo fue un aporte que escribí originalmente para un



libro homenaje, cuyas referencias exactas son las siguientes: "Libro homenaje a Claus Roxin. La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica, coordinado por Miguel Ontiveros Alonso y Mercedes Peláez Ferrusca y publicado por el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), México

D.F., 2003, (2 tomos)." A raíz de que en ese libro lo que pretendía era exponer una posición personal (por humilde que esta fuera), entonces no he introducido en el artículo el aparato bibliográfico de rigor; lo cual, en otro contexto, sería lógicamente una omisión imperdonable.



EL PAPEL DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN LA CONSTRUCCIÓN SOCIAL DEL FENÓMENO DE LA CRIMINALIDAD¹

M. Sc. Mario Alberto Sáenz Rojas²

"En 1986, un diputado mexicano visitó la cárcel de Cerro Hueco, en Chiapas. Allí encontró a un indio tzotzil, que había degollado a su padre y había sido condenado a treinta años de prisión. Pero el diputado descubrió que el difunto padre llevaba tortillas y frijoles, cada mediodía, a su hijo encarcelado". "Aquel preso tzotzil había sido interrogado y juzgado en lengua castellana, que él entendía poco o nada, y con ayuda de una buena paliza había confesado ser el autor de una cosa llamada parricidio".

Eduardo Galeano. Patas arriba. Buenos Aires: Editorial Catálogos, 2003. Pág. 49.

Este trabajo se propone abordar dos ejes temáticos; en primer lugar, el objeto de estudio de la criminología, de conformidad con los aportes de las visiones críticas y, en segundo, la forma en que los medios de difusión de masas³ forman parte de dicho objeto de estudio, jugando un papel trascendental en la consolidación de una imagen sobre la criminalidad en nuestro país.

Pues bien, la así denominada Criminología Crítica ha señalado, mediante diversos autores que la representan, que su objeto de estudio ya no es el delito ni el criminal, sino el llamado "proceso de criminalización", el cual se dirige a determinar cómo y por qué ciertas personas y sus conductas llegan a ser definidas o catalogadas como "delincuentes" o "desviadas" (Baratta, 2002; Sandoval, 1989).

Dicho proceso se lleva a cabo mediante el "control social", entendido, según Sandoval (1989), como el conjunto de sistemas e instituciones reguladoras, con base en las cuales y por medio de procesos de socialización, así como de estrategias de selectividad y diferenciación, se posibilita la aceptación voluntaria, artificial o forzada, y el mantenimiento del "statu quo", sus valores e intereses; de modo que tal control se ejerza distintamente sobre las diferentes clases, sectores y grupos sociales. Igualmente, se ha planteado que este control social se produce en dos niveles diferentes pero complementarios: el control social formal y el control social informal.

Brevemente, se puede definir el primero de ellos como aquella instancia delimitada por la ley explícita, mientras que el segundo se

¹Este trabajo es una ampliación del ensayo elaborado para el curso de posgrado de "Sociología Criminológica", en la Maestría en Criminología de la Universidad Estatal a Distancia, durante el primer cuatrimestre de 2002.

²Psicólogo, Ministerio de Justicia. Apdo. Postal 1871-1100. E-mail: masaenz65@yahoo.com.

³En este sentido concuerdo con Guinsberg (1988) cuando dice: "Se utiliza medios masivos de difusión y no de comunicación como es lo habitual, por considerar que en su utilización presente no posibilitan lo segundo, sino se dedican a difundir verticalmente los mensajes emanados por las estructuras de dominación que los controlan" (p. 14). Nota al pie número 2.



refiere a las normas implícitas, normas que necesariamente remiten al proceso de socialización de las personas. En este sentido, Martín-Baró (1985) concibe la socialización como aquel proceso histórico caracterizado por variables de naturaleza psicosocial, mediante el cual el individuo se constituye como persona y, a la vez, como sujeto social, adquiriendo para ello un mundo de significaciones y valoraciones y desarrollando una identidad personal que, al mismo tiempo, es una identidad social.

Es importante rescatar que los medios de difusión de masas son aparatos ideológicos de Estado (Althusser, 1983) y que su acción se desarrolla con base en el consenso, asegurando las condiciones de armonía para que la infraestructura económica se perpetúe en el espacio y en el tiempo, facilitando de esta manera la reproducción de las relaciones de producción y constituyéndose en una agencia del control social informal.

De acuerdo con esta concepción estructuralista, "... ninguna clase puede detentar durablemente el poder del estado sin ejercer al mismo tiempo su hegemonía sobre y en los aparatos ideológicos del estado" (Althusser, 1983: 112). Lo anterior cobra sentido en la medida que, a criterio del mismo autor, el comportamiento es la materialización de la ideología en los sujetos. Entonces, ¿qué funciones específicas cumple la ideología en las formaciones sociales?

La respuesta a este cuestionamiento la sistematiza Martín-Baró (1985) de la siguiente manera:

- a- ofrece una interpretación de la realidad,
- b- suministra esquemas prácticos de acción,
- c- justifica el orden social existente,
- d- legitima ese orden como válido para todos,

- e- naturaliza lo que es histórico,
- f- ejerce en la práctica la relación de dominación social existente, y
- g- reproduce el sistema social establecido.

Mientras tanto, Solano (1999) considera que los medios de difusión de masas, son aparatos de hegemonía del Estado, utilizados por el capitalismo para alcanzar el conformismo y la sumisión activa de las clases subalternas, con lo cual se produce una interiorización creciente de la legitimación de las "democracias liberales".

Los anteriores aspectos mencionados nos ponen frente a la realidad de la visión de mundo que transmiten los medios de difusión y a cómo esta se convierte en incuestionable, lo cual sirve de base para la manipulación y la dominación ideológica y cultural.

En un reciente estudio efectuado por Fournier (1999), en el cual se comparó la victimización, las conductas violentas, las normas y actitudes violentas y la sensación de inseguridad en ocho distintas ciudades (San José, Madrid, Santiago de Chile, Cali, Caracas, Bahía, Río de Janeiro y San Salvador), se pueden concluir dos grandes aspectos:

- 1- de las ocho ciudades, San José es una en las que se reportaron menores índices de victimización y, contrariamente.
- 2- es una en las que se asoció con normas y actitudes más violentas, destacándose un elevado nivel de sensación de inseguridad, el cual no es concordante con la victimización reportada en la encuesta.

Cabe entonces preguntarse, ¿a qué se debe esta contradicción?

Una posible respuesta a esta interrogante es el así llamado "terrorismo informativo" de los medios de comunicación de masas, mismo que generalmente se asocia con un



estado de alarma pública debido a la carencia de informaciones adecuadas y afirmaciones equívocas en torno a la criminalidad (Carranza, 1994).

En este sentido, Arreaza (1978) efectuó un estudio en Venezuela, mediante el cual demostró que la prensa da un tratamiento diferencial a los delitos convencionales, especialmente a los violentos. Por otra parte, Ramos, Saltijeral y Saldívar (1995), determinaron en un estudio llevado a cabo en el Distrito Federal de México que la prensa escrita y, en especial la sección policíaca, está relacionada significativamente con la generación del sentimiento de inseguridad y del miedo a ser víctima de un hecho ilícito.

Ahora bien, "*... los medios de comunicación y la manipulación política deforman o construyen la realidad, de modo predominante, hasta imponer una concepción de los hechos, sobreentendida en su validez conforme al "sentido común", con rango de ideología interpretativa*" (Elbert, 1996: 32).

Para ejemplificar lo antes dicho, es interesante reseñar lo acontecido en New York en el año 1976, cuando los tres diarios más importantes de esa ciudad ("New York Times", "New York Daily News" y "New York Post") y cinco emisoras locales de televisión se abocaron a difundir informaciones sobre el incremento de crímenes en contra de personas adultas mayores. "Los receptores de dichas informaciones recibieron la impresión de que efectivamente dicho tipo de criminalidad se encontraba en aumento. Los informes de los medios de comunicación se extendieron por siete semanas, uniéndose a dicha información los medios de comunicación de todos los Estados Unidos de América. Los periódicos informaron constantemente durante los

meses de noviembre y diciembre de 1976, dándole una gran cobertura a un delito brutal tras otro.

Las encuestas de opinión en los Estados Unidos en mayo de 1977 indicaron que el 60% de los entrevistados consideraba que los crímenes en contra de ancianos iban en aumento diariamente. Igualmente el 50% de los encuestados que tenían más de 50 años, expresaron su temor de no encontrarse en la calle con la misma seguridad que un año antes. (...) Sin embargo, estudios criminológicos demostraron que en el periodo noviembre-diciembre de 1976 no se había producido ningún aumento de la criminalidad en contra de ancianos, más bien las estadísticas mostraban en lo relativo a los homicidios en contra de los ancianos una disminución del 19% en relación al año anterior. Resultaba que el 28% de las informaciones periodísticas se referían a las muertes en centros de ancianos, mientras que en realidad dichos homicidios representaban menos del 1% de las estadísticas oficiales" (Llobet, 1998: 13-14). Semejantes datos sólo son muestra de la distorsión y la exageración con que los medios de difusión tratan el tema.

Esto se vincula decididamente con el planteamiento de García-Méndez (1976), el cual se refiere a que la violencia individual e interna es objeto cada cierto tiempo de especial dedicación por los medios de difusión de masas, captando la atención del público en razón del volumen e intensidad de tal información; así pues, los medios eligen un hecho criminal para transformarlo en un caso especial, con la finalidad de:

- a- transformar en excepcional la violencia cotidiana, mediante la creación de estereotipos, ocultando la vigencia de la violencia estructural,
- b- perfeccionar los mecanismos de control social, consolidando el modelo de relaciones sociales que genera la violencia,
- c- afianzar la funcionalidad del delito en el seno del sistema social, y



d- producir la ocurrencia de nuevos hechos violentos, contribuyendo al fomento de la situación que se pretendía combatir.

De tal manera, la figura de quien delinque es proyectada a la comunidad como el "enemigo", estereotipo que permite ideologizar una realidad social y justificar psicosocialmente los planteamientos violentos como solución a la delincuencia. A este respecto: *"en la opinión pública se realizan, en fin, a través del efecto de los mass media y la imagen de la criminalidad que transmiten, procesos de inducción de la alarma social, que en ciertos momentos de crisis del sistema de poder son manipulados directamente por las fuerzas políticas interesadas (...) pero que (...) desenvuelven una acción permanente para la conservación del sistema de poder, oscureciendo la conciencia de clase y produciendo la falsa representación de una solidaridad que une a todos los ciudadanos en la lucha contra un común enemigo interno"* (Baratta, 2002: 218).

Ahora bien, en el caso particular de Costa Rica, llama poderosamente la atención que, si bien los delitos contra la propiedad se han incrementado, aquellos cometidos contra la vida humana han registrado un aumento en lo relativo a la agresión con arma; en cuanto a la tasa de homicidios dolosos, esta se ha mantenido relativamente estable, donde prácticamente 3 de cada 4 casos tienen como ofensor a una persona conocida de la víctima (Carranza, 1994; Carranza y Solana, 1997). Esta situación tiende a ser aun más patética cuando se analiza el caso de los homicidios de mujeres, pues existe una estrecha relación con la violencia doméstica (Carcedo y Sagot, 2001).

Lo anterior es una prueba contra la creencia generalizada y un tanto paranoide de un extraño que nos perseguirá o nos estará esperando en alguna calle o a la vuelta de la esquina para darnos muerte.

Sin embargo, en las encuestas anuales elaboradas por el Centro de Investigación en Matemática Pura y Aplicada de la Universidad de Costa Rica⁴, entre 1988 y 2001, la afirmación "Ya no nos sentimos seguros" registró opiniones mayoritariamente favorables a lo largo de esos 14 años, siendo la proporción más baja el 58,9% en el 2000 y la más alta el 82% en 1997 (Poltronieri, 2001).

En relación con lo anterior, Llobet (1998) refiere una encuesta efectuada en Costa Rica en el año 1993, misma que arroja una contradicción importante: mientras que habían ocurrido menos delitos de robo o asalto durante los cuatro meses previos, el 65% de los encuestados opinaba que se sentía menos seguro que como se sentía cuatro meses atrás.

Vale la pena reconsiderar el aumento en el caso del delito de agresión con arma, pues su magnitud no solo ha sido apreciable, sino también significativa, lo cual podría estar relacionado con el incremento en la portación de armas de fuego, así como en el número de víctimas de homicidio por este tipo de armas (Carranza y Solana, 1997). ¿Será acaso este aumento una reacción ante el sentimiento de inseguridad? Parece evidente que cuando nos sentimos inseguros tenderemos a defendernos.

En este sentido, en el estudio de Fournier (1999) ya señalado, San José resultó la se-

⁴ En adelante se referirá como CIMPA-UCR.



gunda ciudad⁵ en que se consideró legítimo tomar la ley en sus propias manos (38%), antecedida por Caracas con un 38,2%; asimismo, resultó la segunda ciudad donde se estimó que tener un arma en la casa la hacía más segura (24%) y la primera en la que se opinó que portar un arma da más seguridad (28,4%), seguida por Caracas con un 23%.

Paralelamente, en la encuesta anual elaborada por el CIMPA-UCR⁶, correspondiente al año 2001, se determinó que un 38,6% de la muestra estaba a favor de que las comunidades tomen la justicia en sus propias manos (Poltronieri, 2001). Mientras tanto, algunos otros datos del estudio elaborado por Fournier (1999), indican que los costarricenses justificaban matar a quien asustara a los vecinos (43,9%), detener a los jóvenes por su apariencia física (24,6%) y aplicar la tortura (14,9%).

Solo para ejemplificar, en un interesante estudio de Loría (2001) se destacan varios elementos relevantes que merecen reseñarse:

- 1.-entre 1993 y 1998 el porcentaje de casos de homicidio en que se utilizó arma de fuego aumentó en aproximadamente un 4%, destacándose que para 1998 más de la mitad de los homicidios fueron cometidos por este tipo de arma;
- 2.-entre 1989 y 1999 la cantidad de armas matriculadas ante el Ministerio de Seguridad Pública ascendió en un 192,74% para un total absoluto de 43.241 armas,
- 3.-entre 1996 y 1999 el 66,9% el total de armas matriculadas correspondió a personas físicas,;y
- 4.-entre 1989 y 1999 los permisos para la portación de armas por primera vez crecieron en un 92% para un total absoluto de 53.857.

Ya a mediados de la década anterior, se había mencionado que la alarma social causada por los medios de difusión de masas, con respecto al fenómeno de la criminalidad, buscaba desviar la atención de las clases subalternas en relación con los apremiantes problemas de carácter socio-económico vividos en y por nuestro país (Sáenz, 1995). A este respecto, se ha manifestado que: "*Las campañas de ley y orden, no persiguen de manera general, otra cosa además que desviar la atención de las causas socioeconómicas de aquellos comportamientos que atentan contra los valores de la cultura oficial. Al empeoramiento de las condiciones mínimas de existencia de amplios sectores de la población, se responde, no creando condiciones favorables a un mejor reparto de la riqueza y de las oportunidades de acceso a la educación, cultura y deporte, sino mediante un aumento de la represión. Con ello no sólo se desvía la atención de los verdaderos problemas que aquejan a la sociedad si no que se crea uno adicional: el del mantenimiento del aparato represivo que crece día con día*" (Rivero, citado por Llobet, 1998: 66).

A finales de la década de los noventa, una encuesta de opinión pública señalaba que los costarricenses consideraban como el principal problema del país el rubro "inseguridad ciudadana/delinuencia" con el 54,9% de la muestra, esto a pesar que solo un 26,9% refirió que algún miembro del hogar hubiera sido víctima de algún delito en los últimos 12 meses, señalando entre las medidas que debe adoptar el Estado, el aumento en la severidad de las penas (31,5%) y el incremento en el número de policías (18,2%), como las más importantes (Chinchilla, 1999).

⁵ Recuérdese que en esta investigación se compararon las siguientes ciudades: San José, Bahía, Río de Janeiro, Cali, Caracas, San Salvador, Madrid y Santiago de Chile.

⁶ Centro de Investigación en Matemática Pura y Aplicada de la Universidad de Costa Rica



Aun más grave resulta lo anterior, cuando se aprecia que San José es la cuarta ciudad en que se justifica la pena de muerte con un 40,4% (Fournier, 1999), precedida por San Salvador (58,1%), Santiago de Chile (44,2%) y Cali (42%); mientras tanto, según la encuesta del CIMPA-UCR, para el año 2001, 30,4% de la población se manifestó a favor de reestablecer la pena de muerte en el país (Poltronieri, 2001).

"El público de los medios es, mayoritariamente, captable para la "ceremonia del chivo expiatorio", en la cual se ofrenda al delincuente como exorcismo frente a ciertas formas de conducta desviada ..." (Elbert, 1996: 32). Y, precisamente, en nuestro país los medios de difusión continúan este proceso; de tal manera, en la recién citada encuesta de opinión (Chinchilla, 1999), los costarricenses calificaron los problemas socio-económicos (pobreza, falta de vivienda, desempleo, etc.) en niveles significativamente más bajos que la seguridad ciudadana y la delincuencia, y así, se ven justificadas las salidas o propuestas draconianas que se dirigen a la represión formal.

Empero, además de la difusión de noticias, la televisión emite una serie de programas adicionales en que se justifica la violencia de los "buenos" y se castiga la que procede de los "malos", donde inclusive, muchas veces los "buenos" terminan cometiendo más acciones ilegales que los "malos"; esto no sólo provoca en las personas una desensibilización en torno a la violencia, sino que, además, permite que la misma sea justificada e imitada en lo relativo a la "resolución" de conflictos (Levine, 1997). En este sentido se comenta que "los medios también "trabajan" con singular eficacia las ideas de seguridad individual, extirpación del mal y la justificación de excesos represivos (explícita o subliminalmente) por crueles o indefendibles que fuesen" (Elbert, 1996: 32).

Entonces, aplicando el análisis de los suplicios y las penas en la época clásica, cabe mencionar que los medios de difusión, especialmente la televisión, cumple, abierta o metafóricamente, una función "... de reproducción casi teatral del crimen en la ejecución del culpable, los mismos instrumentos, los mismos gestos. Ante los ojos de todos, la justicia hace repetir el crimen por los suplicios, publicándolo en su verdad y anulándolo a la vez por la muerte del culpable" (Foucault, 1991: 50). Ejemplo de esta aplicación son series televisivas como "Walker Texas Ranger" o las inmemoriales películas de "James Bond", entre muchas otras producciones de Hollywood, o el manejo de la desaparición y muerte de la niña Kattia González ocurrida hace algunos meses.

En este punto, surge otra interrogante: ¿por qué los medios de difusión de masas contribuyen a la perpetuación del estereotipo del delincuente, por qué de una u otra manera magnifican el fenómeno de la criminalidad y por qué no denuncian los comportamientos socialmente dañinos que corresponden a los sectores sociales dominantes?

Pues bien, la respuesta se resume en una sola palabra: PODER. Al respecto, "el poder permite a quien lo posee imponer su voluntad a los otros (...), y ello pasando por encima de motivaciones personales y razones sociales, a las que incluso llega a moldear (Martín-Baró, 1996: 92). Siguiendo al mismo autor, el poder puede influir en la acción humana, imponiéndole una dirección concreta a esta; o bien, constituyendo el mundo de las personas y determinando los elementos que conforman esa misma acción.

Esto nos pone ante la dinámica cotidiana de nuestra formación social capitalista de orden periférico-dependiente. En ella, "los medios



no son buenos ni malos en sí, sino instrumentos del marco social o de los grupos que los controlan. Es decir, que su función ideológica dependerá del tipo de poder que actúe sobre ellos, y por tanto de los fines de su utilización" (Guinsberg, 1988: 152).

Es así como la clase social dominante busca de diversas formas perpetuar su condición de dominio sobre las clases subalternas y, precisamente, los medios de difusión de masas se constituyen en importantes negocios en los que se movilizan cantidades impresionantes de dinero, lo cual no solo refuerza su posición de dominio económico, sino también de dominio cultural-ideológico (Arreaza, 1978); de hecho, para citar solo un ejemplo, González (1988) demuestra cómo el periódico *La Nación* dedica alrededor de un 40% de su espacio a la publicidad. Aunado a ello, resulta evidente que los medios generalmente son propiedad de los representantes de esa clase dominante⁷, la cual está interesada en que no se criminalicen ciertos comportamientos socialmente dañinos, pues sería desleal contra sus propios integrantes.

De esta manera, se desvía la atención de las clases subalternas con respecto a la situación de opresión, se culpabiliza al delincuente común, quien es visto como un enemigo del sistema y, como resultado, clases subalternas y clase dominante "unen" esfuerzos contra este "enemigo interno". Así, la clase dominante no solo detenta el poder sino que, además, utiliza la manipulación ideológica para perpetuar su condición de dominio sobre las clases subalternas, de donde provienen tradicio-

nalmente los delincuentes comunes. Igualmente, en este contexto los medios se conforman en agencias del sistema penal.

De los aspectos hasta aquí señalados se desprende la necesidad de contemplar a los medios de difusión de masas en la definición de una política criminal que pretenda ser abarcadora de la realidad social y tener efectos perdurables y eficaces.

A este respecto, para Hassemer (1999) el moderno derecho penal, en lo que denomina "dialéctica de lo moderno", se ha alejado aceleradamente del punto central del derecho penal "clásico", cuyas ideas básicas eran la certeza, la subsidiariedad y la lesividad. De esta manera, se exagera la idea de prevención, lo cual obstaculiza el desarrollo de los principios de igualdad y tratamiento igualitario. Como parte de los efectos de los medios masivos de difusión cabe señalar que: "*Los límites normativos del derecho y del derecho procesal penal en un Estado de derecho se debilitan ante el extendido sentimiento de amenaza y la extendida esperanza de que se puede con la ayuda del derecho penal afrontar con eficacia estas nuevas amenazas ...*" (Hassemer, 1999: 50).

Metafóricamente hablando, no cabe duda de que, si bien los medios de difusión no son quienes encienden la hoguera, lo cierto es que atizan el fuego; de ahí la relevancia de contemplar a los medios de difusión como parte de un modelo alternativo de política criminal, pues "*una sociedad que dispone, por un lado, de poderosos medios de comunicación y, por*

⁷ Los lectores interesados pueden referirse al texto de González (1988), Cuadro N° 4 ubicado en el Anexo, páginas 56 a 58. En este se presenta la lista de accionistas del periódico *La Nación*, constituyéndose una tarea fácil el identificar a integrantes de familias de mucho renombre, tanto en el plano económico como en el social.



otro, está vivamente interesada, en tanto valora estos medios, en la comunicación del fenómeno de la violencia, no necesita experimentar la violencia en su propio seno, para poderla percibir en toda su omnipresencia; basta sólo con contemplar el ejercicio de la violencia en el mundo que nos rodea" (Hassemer, 1999: 79-80).

El mismo autor (Hassemer, 1999) señala como consecuencias de esta situación las siguientes:

- a- la violencia atraviesa con mayor intensidad que otros tiempos la percepción social y cultural de las personas;
- b- una excesiva posibilidad de teatralizar la violencia y de politizarla,
- c- los medios de difusión le otorgan gran relevancia al tema de la violencia e informan sobre ella de manera selectiva; y

- d- la amenaza de ser víctima de la violencia termina siendo una especie de regulador con respecto a la ejecución de una política criminal.

Esto lleva a la sociedad a estructurar una política criminal centrada en la criminalización, en lugar de optar por la alternativa minimalista de la descriminalización, dirigiendo su mirada hacia un proyecto penal simbólico con el que se pretende solucionar los problemas sociales y asumiéndose la "seguridad ciudadana" como un bien jurídico por tutelar. Para finalizar, solo resta mencionar algunos ejemplos recientes de esto: la ley aprobada el año anterior en la que se castiga con prisión algunas contravenciones, el proyecto de penalización de la violencia contra las mujeres y el llamado proyecto de ley "Kattia y Osvaldo", el cual fue promovido por una emisora de televisión nacional.



BIBLIOGRAFÍA

- Arreaza, E. (1978). "El caso de la página roja"; **Capítulo Criminológico** (6): 23-115.
- Althusser, L. (1983). **La Filosofía como arma de la revolución** (13ª edición). Traducción de Óscar del Barco, Enrique Román y Óscar Molina. México D. F.: Siglo xxi editores.
- Baratta, A. (2002). **Criminología crítica y crítica del derecho penal**: introducción a la sociología jurídico penal. Traducción de Álvaro Búnster. Buenos Aires: Siglo xxi editores.
- Carcedo, A. y Sagot, M. (2001). **Femicidio en Costa Rica 1990-1999**. San José: Consejo Directivo de Violencia Intrafamiliar del Sector Salud - EM Asesores.
- Carranza, E. (1994). **Criminalidad: ¿prevención o promoción?** San José: Editorial de la Universidad Estatal a Distancia.
- Carranza, E. y Solana, E. (1997). "Seguridad frente al delito en Costa Rica. Estado de la Nación", 1996; en: Sánchez, C. (compiladora). **Sistemas penales y derechos humanos**. San José: Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia (CONAMAJ).
- Chinchilla, L. (editora) (1999). **Seguridad ciudadana y sistema penal: Perspectiva de la sociedad civil** (Memoria del Foro). San José: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).
- Elbert, C. A. (1996). **Criminología Latinoamericana: Teoría y propuestas sobre el control social del tercer milenio** (Parte Primera). Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Foucault, M. (1991). **Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión** (19ª edición). Traducción de Aurelio Garzón. México D. F.: Siglo xxi editores.
- Fournier, M. V. (1999, ma.). "La violencia en Costa Rica. Un problema estructural"; **Revista de Ciencias Penales** (16): 51-63.
- García-Méndez, E. A. (1976). "Política criminal y medios de comunicación de masas" **Capítulo Criminológico** (4): 350-360.
- González, J. (1988). **Comunicación social y dominación ideológica** (2ª edición). Heredia: Editorial de la Universidad Nacional.
- Guinsberg, E. (1988). **Control de los medios, control del hombre**. México D. F.: Pangea editores - Universidad Autónoma Metropolitana Xochimilco.



Hassemer, W. (1999). **Persona, mundo y responsabilidad: Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal**. Barcelona: Tirant lo Blan Alternat.

Levine, M. (1997). **La Violencia en los medios de comunicación: Cómo afecta al desarrollo de los niños y adolescentes**. Traducción de Marcela de Narváez. Bogotá: Grupo editorial Norma.

Llobet, J. (1998). Prólogo, en Edgardo Rotman **La Prevención del Delito** (p. p. 7-66). San José: Editorial Investigaciones Jurídicas.

Loría, M. A. (2001). "Costa Rica: Diagnóstico de armas de fuego"; en Fundación Arias para la Paz y el Progreso Humano (editora). **El arsenal invisible: Armas livianas y seguridad ciudadana en la postguerra centroamericana**. San José: Impresora Obando.

Martín-Baró, I. (1985). **Acción e ideología: Psicología Social desde Centroamérica** (2ª edición). San Salvador: UCA editores.

Martín-Baró, I. (1996). **Sistema, grupo y poder: Psicología Social desde Centroamérica II** (3ª edición). San Salvador: UCA editores.

Poltronieri, J. (2001). "Fundamento teórico-metodológico del estudio de la opinión pública"; en: Manuel Araya, Isabel Avendaño, Guillermo Carvajal, Nora Garita y Jorge Poltronieri. **Estado de la opinión pública costarricense: Un análisis de los principales temas de conflicto** (p. p. 1-45). San José: Editorial CIMPA, Universidad de Costa Rica.

Ramos, L.; Saltijeral, M. T. y Saldívar, G. (1995, jun.). El miedo a la victimización y su relación con los medios masivos de comunicación; **Salud Mental** 18 (2): 35-43.

Sáenz, M. A. (1995, set.). "La inseguridad ciudadana: Los aportes de Ignacio Martín-Baró y la Criminología Crítica"; **Revista de Ciencias Sociales** (69): 29-41.

Sandoval, E. (1989). **Sistema penal y criminología crítica**. Bogotá: Editorial Temis.

Solano, M. A. (1999). **Legitimación del Estado en la conciencia cotidiana**. San José: Editorial de la Universidad de Costa Rica, Editorial Tecnológica de Costa Rica.



EL SEXISMO EN EL TIPO PENAL

Lic. Saúl Araya M.

Fiscal Auxiliar Unidad Capacitación y Supervisión

*"Pensemos en cuántos monumentos
hay al soldado desconocido
y cuántos a la ama de casa, conocida o no".
Facio y Fries, Género y Derecho*

I. INTRODUCCION

El tema derecho penal y género adquiere un matiz crítico porque crítica es la situación de cualquier grupo excluido por el poder. Por el poder de nombrar, por el poder de decir, por el poder de decidir por otros. Cuando el discurso con derecho a nombrar tiene fuerza coercitiva sobre los demás discursos que existen, coexisten o sobreviven en la realidad de un colectivo, ese discurso –ese poder- debe ser examinado para decantarlo –denunciarlo- mediante una lectura vertical, descodificadora de sus entramados conscientes y subconscientes, evidentes o subterráneos. El examen de la línea patriarcal y sexista que ha caracterizado a todos los códigos penales latinoamericanos, dada nuestra herencia sociojurídica moralizante¹, es el leit motiv de este texto, pero ahora enmarcado en la observación de nuestro Código Penal actual –que data de 1972- y el proyecto de Código Penal –de algún modo adormecido en alguna gaveta del legislativo-. Los instrumentos de regulación de las acciones humanas, como instrumentos de nombramiento e identificación de conductas malqueridas

–llámanse tipos penales en el acerbo técnico de los controladores normativos- cumplen una función que va más allá de la de nombrar: denotan, desidentifican, invisibilizan y controlan, buena razón por la que han sido denunciados por intelectuales humanistas –sin que importe su género- pero especialmente por quienes han perdido el temor de señalar a sus nombradores, y por lo mismo a sus desnombradores. Aun las codificaciones penales posteriores a la adopción de los más importantes instrumentos internacionales protectores de derechos humanos –desde 1948- acusan una evidente discriminación en perjuicio de la mujer. Esta discriminación solo ha pervivido bajo el alero de un arcaico positivismo prejuiciado, moralizante, religiosista y cientificista –tan científico como las teorías del determinismo biológico femenino, que prohijan el control sobre la mujer y sobre su cuerpo. A ese modelo ideológico responde también el derecho penal como instrumento y brazo -armado- de sumisión y homogenización, mediante los elementos descriptivos

¹ "...¿Qué dirían las ventanas, tu madre y su hermana, y todos los siglos de colonialismo español, que no en balde te han hecho cobarde, qué diría Dios...?". Silvio Rodríguez. La propiedad privada y el amor.



—objetivos, subjetivos, normativos— del tipo penal. Eso de controlar no es nada personal, pues el control, viaja en todas las direcciones; en materia de género *lo personal es político* (Facio, p.29) y la sexualidad se convierte en ideología.

II. LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES RECIENTES

Los derechos de las mujeres son un derecho humano sin más, aunque hayamos necesitado más de 6000 (léase seis mil) años para decirlo.² En el cenit del siglo XX, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se abrió un importante filón de reconocimiento a los derechos humanos de las mujeres, pero redactado desde la perspectiva de que los derechos humanos son derechos de hombres, lo que llevó a algunas autoras a manifestar que dicho instrumento debe ser descodificado “con ojos de mujer”.³ Aparte de los instrumentos genéricos -*Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre* (1948) *Convención Americana sobre los Derechos Humanos* o *Pacto de San José*, (1969)- forman parte del régimen de interpretación otros instrumentos específicos, tales como: *Convención sobre los derechos políticos de la mujer* (7 de julio de 1954), *Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios* (9 de diciembre de 1964), *Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer*

(Asamblea General de la ONU, 7 de noviembre de 1967), *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (Asamblea General de la ONU, 3 de setiembre de 1981), *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer* (Asamblea General de la ONU, 20 de diciembre de 1993) y la *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer* o *Convención de Belem do Pará* (5 de marzo de 1995). Instrumentos que a la larga, en el manejo cotidiano de la resolución jurisdiccional, son interpretados -tanto en Latinoamérica como en nuestro país- como un régimen *supletorio*, cuando en realidad deberían utilizarse como un *conjunto de principios rectores*, a los cuales debe ir y regresar toda interpretación jurisprudencial, si quiere preciarse de ser una crítica sana. En lo que a nuestro país toca, vale reconocer que en Costa Rica se protegen los derechos humanos como bien jurídico específicos (art. 373 del Código Penal) y como manifestación de ello el derecho a la no discriminación por razones de sexo, lo cual es un logro de presiones feministas y humanistas.

III. SEMIOLOGIA JURIDICA DEL DISCURSO PATRIARCAL

Si ha de creerse a Miralles⁴, la personalidad autoritaria valora todo lo masculino, porque ella misma es agresiva, dura y violenta, rechazadora de todo lo femenino, lo que

2 En este sentido afirman Facio y Fries: “Conceptualmente, las diferencias entre los sexos no implican desigualdad legal. Es posible concebir a mujeres y hombres como legalmente iguales en su diferencia mutua. Pero ese no ha sido el caso, al menos en los últimos 5 ó 6 mil años”. Facio, Alda y Fries, Lorena. “Feminismo, género y patriarcado”. *Género y Derecho, Colección Contraseña, Estudios de Género, American University, Serie Casandra. En: Antología de Sociología Criminológica, San José, UNED, 2002, p.21.*

3 Acosta Vargas, Gladys. “La mujer en los códigos penales de América Latina y el Caribe Hispano”. *En: Antología de Sociología Criminológica, San José, UNED, 2002, p. 621*

4 Miralles, Teresa. “El control informal”. *En: Antología de Sociología Criminológica, San José, UNED, 2002, p. 37.*



lleva a una intolerancia hacia los que no son igualmente fuertes y poderosos, mediante una desvalorización de lo diferente, rechazable en tanto vulnerable: la mujer, su emocionalidad, su pobreza, su falta de conocimiento, su inferioridad, su equivocidad, su degradabilidad, su sumisibilidad, su corporeidad. Cuando se las ama es porque se las domina, si se las desprecia es porque se han agotado en su uso como objeto; si se las controla es porque son instrumentos de gratificación, razón por las que deben ser siempre obsequiosas, si se pretenden mujeres; como reza la cancioncita: “*porque una mujer que no sabe querer, no merece llamarse mujer; una mujer... debe ser coqueta y ardiente, debe darse al amor con frenético ardor, para ser...una mujer*”. Cuando se las canta es porque el discurso mélico permite entretejer la semiología de su dominación –la cultura se aprende mediante la repetición musical acrítica; la escuela lo sabe bien-, y aunque la canción sea de despecho, el macho cantor respeta intrínsecamente el derecho de la mujer a elegir (siempre que elija a otro y no a otra). Lo que el discurso oficial no perdona es su cuestionamiento del patriarca.

El control del género (como actitud, comportamiento e interrelación), del sexo (como marcador biológico) y de la mujer (como resultado socio-histórico-cultural de la interacción sexo/género) inicia con una concepción biologista, reduccionista y determinista, puesto que es el primer patrón gnoseológico androcentrista en la apreciación de “lo otro”. Dicho de un modo más simple: que en principio nos viéramos como diferentes, pues sí, sí lo somos; pero que necesitemos seis mil años

de interrelación para no ver más que la diferencia, implica no un problema del método aplicado en el conocimiento del objeto (lo correcto aquí es decir *sujeto*) sino una negación del objeto (*sujeto*) mismo, propio de toda construcción del significado de lo cognoscible desde una perspectiva del poder. De ahí, al control social informal (familia, escuela, trabajo, Estado) hay un paso, donde el prejuicio moral, religioso y social es la urdimbre que teje la trama. El control formal se encarga del resto: el derecho civil es la primera aproximación a la mujer (en tanto objeto de regulación); el derecho de familia prolonga la dominación (hasta hace poco, por disposición de ley predominaba el criterio del varón en la toma de decisiones)⁵; y el derecho penal cierra como colofón de la textura jurídica con una mueca burlona, al lograr por la vía coercitiva la invisibilidad pública de la mujer como centro de imputaciones jurídicas (derechos y obligaciones); esto último, diz que para protegerla presentándola como inimputable por ser lo que es –mujer, objeto vulnerable-; o semiinvisibilizándola, diz que para protegerla, asumiéndola como parcialmente imputable en ciertos delitos contra la vida que ella reproduce, como adelante veremos.

La ideología del sistema punitivo permite que nazca el paradigma, cuando el derecho penal hace de ella una periferia del androcentrismo penal y la hace visible en el derecho penal solo para efectos de hurgar en su sexualidad, en su femineidad, a efecto de *tutelar* el honor del varón; o bien cuando la saca del secuestro jurídico y la visibiliza como imputable por acciones que afecten –o puedan

5 A penas hace 12 años o menos nuestro Código de Familia (art. 140) indicaba que en caso de que existiera opuesto interés entre los padres en el manejo de la autoridad parental o patria potestad, se hacía lo que decidiera el padre. Actualmente indica que en caso de interés contrapuesto los hijos serán representados por un curador especial, o bien el tribunal decidirá (art. 151). Ley N°7142 del 2 de marzo de 1990.



afectar- el decoro, la moral o las buenas costumbres de una sociedad o de un grupo que ha sido estructurado sobre valores que ignoran la visión de mundo de ella.

Los ideologemas patriarcales (constructos con codificación y significado jurídico específico que tienden hacia el logro sistemático de un objetivo) que hacen posible la hiperestructura penal, ubican a la mujer en un plano de inferioridad, en una penumbra eclíptica, necesariamente menos que secundaria. La interacción simbólica de elementos determina etiquetamientos inquitables, dicotómico-positivistas, donde una parte se empodera y tiene el derecho de nombrar -y por lo tanto de desnombrar- en tanto monta una estructura relacional discriminatoria, montada sobre valoraciones de la personalidad de las que no se puede o es muy difícil huir, que se fundamentan a su vez en parámetros nunca expresados, subyacentes, subconscientes, subliminales, subterráneos, subhumanos, y por lo mismo difíciles de controlar en el discurso horizontal: se vale menos si se es mujer que si se es varón. Así, en materia puramente punitiva, los elementos descriptivos del tipo, llamado técnicamente *tipo objetivo* en la teoría del delito, se encargan de ubicar a la mujer en el lugar que le corresponde según la visión del grupo dominante, a saber, como *objeto* de referencia normativa, como depósito del honor de quien la nombra y si, por alguna razón, ha de aparecer como sujeto, siempre quedará ubicada dentro de una *situación irregular*, en la que él condicionará su ontolo-

gía, su axiología y su deontología: si existe, qué valor tiene en el conjunto como debe ser.

IV. LOS TIPOS PENALES SOSPECHOSOS⁶

Según la sistemática tipológica o jerárquica de los bienes jurídicos en la codificación penal, se presentan como tipos sospechosos, por discriminatorios o porque contienen una oculta codificación semiojurídica de orden sexista:

A) En los delitos contra la vida: el homicidio calificado (112 C.Pe.), en el que la actual terminología utiliza la expresión “manceba o concubinario” como calificante del resultado muerte de la compañera o el compañero de vida. En este caso, la expresión entrecomillada descalifica moralmente la relación, dado el valor semiótico que históricamente se ha dado a los términos “manceba” y “concubinario”.⁷ El tipo penal utiliza el elemento objetivo “vida marital”, porque liga la protección de la mujer a un espacio temporal –dos años anteriores a la perpetración del hecho- lo que va más allá de la experiencia costarricense, porque en nuestro país las parejas no casadas tienen una vida conyugal estable aun antes de ese período, durante el cual ya han procreado, o incluso inician la vida en común cuando ya traen hijos. De este modo, la visión moralizante nos educa para pensar que solo se es pareja cuando ha transcurrido el tiempo que la ley dice (dos años), antes de lo cual no hay “protección penalizadora”, lo que significa tener relegada la relación de pareja mientras no se haya hecho por los cánones religioso-legales (la protección de la pareja de hecho es una conquista reciente y hecha a

6 En adelante se usará la abreviatura “C.Pe.” para indicar el Código Penal de 1970 (vigente) y así diferenciarlo del Proyecto de Código Penal, para el cual se usará la abreviatura “Pro”.

7 El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (DRAE) define mancebía como: “casa de prostitución”. El Diccionario Jurídico Espasa, publicado en Madrid, 1993, refiriéndose al concubinato, cita a Estrada Alonso: “La unión adulterina entonces, puede perjudicar al matrimonio, por lo que en los conflictos con las uniones no matrimoniales a la familia fundada en el matrimonio debe darse trato preferencial”.



regañadientes de grupos conservadores). La mujer que se une a su pareja fuera del ámbito ortodoxo de la formalidad, de algún modo no tiene *tanto honor* como la que se casa, de ahí que esta última está protegida por el tipo penal desde que firmó la formalidad o desde que el símbolo religioso le dio la bendición (si la matan al día siguiente, se comete homicidio calificado), en tanto que la otra, la libertina, que menospreció los ítemes formales del grupo social, no será protegida sino hasta que pasen dos años de *estabilidad matrimonial*.

¿Por qué se sostiene, entonces, una propuesta como el tipo feminicida? Porque en este último se busca proteger a la mujer porque es mujer y no porque es consorte; porque es persona que quiere y tiene voluntad para tomar decisiones – como vivir en pareja- y no porque es un objeto de gratificación que se somete a los cánones formales para tomar la decisión de vivir en pareja, único modo de aceptación social. El feminicidio nace por la desidentificación que la normativa hace de las decisiones que la mujer puede tomar; y la normativa la desidentifica porque solo la protege cuando toma decisiones según lo que los cánones formales prevén para ella, es a saber, según lo que la convención del grupo ha acrisolado sobre lo que es una mujer (su ontología) y sobre lo que vale (su axiología) y sobre lo que debe ser (su deontología).

Véase bien que el tipo penal solo la protege cuando cumple *ciertos requisitos*, en este caso el transcurso del tiempo. Pero ese transcurso del tiempo a nadie le importa en realidad: no es importante si la matan un día antes de los dos años o al día siguiente, puesto que ontológicamente el hecho homicida ya se dio y el asunto siempre es repugnante; sino que mediante la figura “transcurso del tiempo” lo que se busca es darle una menor protección por no haberse acogido al alero de

las bendiciones jurídicas –y litúrgicas- del matrimonio oficial.

¿Cuál es la diferencia entre una mujer muerta a manos de su marido, al día siguiente del matrimonio, y la mujer muerta a manos de su compañero de vida al día siguiente de su primer día de convivencia? Ninguna, excepto el acta notarial donde consta el hecho jurídico, aunque ni siquiera se haya presentado al Registro Civil para su publicitación y efectos ante terceros. Al fin y al cabo, la unión *libre* (la matrimonial no parece serlo) ni siquiera es oponible a terceros, y la mujer, al poder ser pretendida por otros hombres *libres* –a veces no tanto- es menospreciada por el sistema jurídico, dada la falta de publicidad y de oponibilidad, puesto que las uniones libres no se anotan en el Registro Civil para los efectos de ley (publicidad registral y oponibilidad ante terceros); así para el sistema jurídico, una unión no registrada significa, de algún modo, una mancha para la mujer, puesto que al no haber oponibilidad puede ser de cualquiera que la pretenda, y eso es deshonesto, puesto que una mujer honrada solo es de uno (de un varón), aunque la sociedad esté fundada sobre otros presupuestos sexuales, un tanto más subterráneos, y aunque los efectos jurídicos del *contrato* matrimonial no aparezcan tanta oponibilidad como la ley supone. A falta de éxito con la normativa de familia había que disponer un segundo aparejo (a dos puyas no hay vaca brava) y así nació el tipo penal que castigaba el adulterio, pero solo el de la mujer. No es sino hasta hace poco que en Argentina por ejemplo, el adulterio de la mujer era castigado con cárcel y no había disposiciones sobre divorcio con esa causal. En Estados Unidos aun se discute el punto.

En el homicidio especialmente atenuado (113 C.Pe.) las expresiones “*madre de buena fama*” y “*deshonra*” son sospechosas, dada la



subjetividad propia de ese elemento normativo. De hecho, se disminuye la penalización de la mujer por dar muerte a su hijo (lo cual es calificado en el artículo 112) solo en atención a valoraciones sexistas como las indicadas, puesto que la buena fama y la mala fama se ganan o se pierden según la apología que hagan los varones, y la *deshonra* de la mujer se utiliza como fenomenología propia de la *honra*, honra que está circunscrita únicamente a las actuaciones sexuales de la mujer y gira en torno a la percepción que de ella tenga el varón.

A este respecto, el Proyecto (art. 109) prevé la atenuación del homicidio abortivo cuando la mujer se vea "*impulsada por alteraciones en su estado anímico que las circunstancias hagan explicable*", con lo cual quiso hacer frente a la deuda sexista que tenía el viejo tipo penal (la madre "de buena fama" y la actuación para evitar la "deshonra"), y cerró las posibilidades que el sistema de justicia tenía de hurgar en la privacidad de la mujer para determinar la existencia de la *buena fama* o de la *honra*. No obstante, la propuesta del proyecto se mantiene dentro de las concepciones deterministas biologicistas, si no se pudiera demostrar que las alteraciones psicopatológicas de la personalidad son propias y exclusivas de las mujeres en condiciones puerperales, lo cual es admitido usualmente por la doctrina médico científica; esta última admisión científica encuentra oposición en algunas opiniones criminológicas que se oponen al positivismo científico que encuentra en la biología de la mujer una

oportunidad para *protegerla*, como una concesión graciosa de un sistema androcéntrico incluso en sus hallazgos científicos, pero que la desprotege en otros campos (caso de la unión libre, que se comentara en el párrafo anterior). La crítica nace, no porque se proteja a la mujer que se halla en un estado que pueda ser comprobado médicamente, sino porque se la visibiliza en todo lo que aparezca como *sujeto vulnerable* u objeto de protección, pero se la invisibiliza en todo lo que sean derechos de igualdad frente al varón. Así, la concesión por aquí disimula la negación de por allá, que es la que estructuralmente importa.⁸

Todos los abortos resultan sospechosos del pecado de sexismo, porque no permiten una discusión amplia de la disposición de la mujer sobre su propio cuerpo, el cual se considera propiedad del hombre en primera instancia, y en última de la sociedad, construida a su vez por ideologemas androcéntricos.

El aborto sin consentimiento de la mujer (118 C.Pe.) resulta examinable porque penaliza más fuertemente (hasta 10 años de cárcel) al autor o autora de un aborto (ser humano viable) sin consentimiento de la mujer, en relación con la penalización con que se castiga al mismo tercero si diera muerte a un niño o niña (ser humano existente, o sea, un homicidio) por razones de *honor*, a saber, "*para ocultar la deshonra de la madre de buena fama*" (hasta seis años de prisión, según el tipo 113:3 C.Pe.).

8 Todavía en mis oídos resuenan las palabras que tanto me impresionaron cuando oí decir que a Juanita, la amiguita de juegos de alameda urbano marginal, la habían "*deshonrado*"; aun percibo el imponderable valor que el niño-adolescente que había en mí le diera a un hecho cuyo significado no conocía, pero que podía sentir como algo muy malo, indecoroso y estigmatizante que le podía pasar solo a las mujeres y del que, de algún modo, yo estaba a salvo; estaba a salvo gracias a una sociedad que había diseñado algunos ideologemas por los que fortuitamente yo salía beneficiado, si bien me enneguecía respecto de otros, susceptibles de ser descubiertos solo al tenor de la observación de la exclusión y el marginamiento propio en otras áreas en las que el poder se manifiesta. Después habría de saber que, Juanita y yo no éramos diferentes, ambos habíamos sido deshonrados por una desigual distribución en el derecho a nombrar.



El honor sigue siendo un punto de referencia en la axiología punitiva, porque de todos modos es menos lesivo para la gnoseología jurídico-penal dar muerte a un ser humano viable (causar el aborto), por parte del abuelo, el tío, el cuñado, el padrastro, o cualquier tercero o tercera, siempre que sea *cometido para ocultar la deshonra de la mujer*. En clave de varón vale más la honra que la vida, pero como la honra de la mujer solo es parte de la axiología en referencia al catálogo de valores del varón, si este estima que la pérdida de la virginidad no es un disvalor, o que la penetración no tiene significación cultural, entonces la mujer no habrá perdido nada. El reproche sociopunitivo al abuelo, tío, cuñado, padrastro o padre homicidas del bebé viable es mucho menor (una quinta parte) del reproche a quien causare igual daño, siempre que no sea por razones de honor. ¿De cuál honor? ¿Del honor de quién?

El aborto honoris causa, descrito en el tipo 120 C.Pe. penaliza a la mujer angustiada que causa su propio aborto cuando lo haga para *ocultar su deshonra*. Leído de otro modo: primero se le educa para que descodifique el mundo en clave de varón (que se angustie por eso, que sienta vergüenza de sus propias elecciones si no son las que hubiera hecho el hombre); segundo, se le enseña a generar culpa por la acción de ella si con la misma afecta el control del macho; tercero, se le introyecta el sentimiento de que es mejor dañar la vida que vivirla sin la aceptación del varón; cuarto, se le penaliza por haber actuado en consecuencia con el ideologema patriarcal. Así, el sistema penaliza los resultados que él mismo ha condicionado culturalmente.

Hemos corrido de lugar al bien jurídico protegido por estos tipos penales, bien jurídico máximo que hace rato ha dejado de ser la vida para colocar en su sitial al honor. Si se

trata de proteger este último bien jurídico, la penalización por atentar contra la vida ajena ha decaído hasta un quinto de su postulación como valor jurídicocultural. Para este momento ya hemos construido una premisa silenciosa en el mercado de los valores jurídicos, expresable matemáticamente: la sexualidad vale cinco veces más que la vida porque, si se mata *porque sí*, se recibe una pena privativa de libertad de hasta 10 años, en tanto que si se mata *por la honra* la pena llega como máximo hasta 2 años, a saber, una quinta parte del máximo que le tocaría a la primera motivación. Y no es que se estén pidiendo encierros, que ni penan ni encierran: se está develando el eje vertical que vertebraba el discurso patriarcal oculto en todos los castigos normativamente admitidos.

Las mismas lesiones y homicidio pasionales han sido objeto de numerosas discusiones forenses. Cuando los profesores de derecho penal nos proponían a los estudiantes de Derecho un ejemplo de emoción violenta, siempre recurrían a la manoseada verbigracia del hombre que entra a su casa y encuentra a otro con su mujer, en su *propia* cama (la cama siempre es del varón, incluida la mujer como su aditamento), entonces mata a la mujer. Nunca alguien me respondió por qué en las verbigracias no se mata al hombre, ni tampoco por qué la acción en que el hombre mata a la mujer se debe interpretar como atenuada. Los profesores decían que es "obvio" que *las circunstancias lo hacen explicable*, y así lo creíamos nosotros, los destinatarios de las admisiones culturales, los estudiantes, sentados en esas cuarenta sillas que luego podrían ser cuarenta estrados desde los cuales, de algún modo, se dictaría justicia para las mujeres y para los hombres. Nadie preguntó: *¿cuáles circunstancias hacen explicable esa muerte?*, pues para esas finisecularidades del XX, nadie habría respondido: porque el honor del patriarca



es la circunstancia que todo lo explica. Estábamos sentados en el paradigma de los *por supuestos* androcéntricos, con todo y su ceguera paradigmática: he ahí la invisibilización *del otro*, o con mejor precisión, *de la otra*.

La historia forense está llena de casos en que los hombres se han lesionado y dado muerte por defender el honor “*de sus mujeres*”, pues para eso hasta hace poco en Costa Rica había tipo penal que protegiera esos *bienes* jurídicos (piénsese en los famosos *duelos* caballerescos); pero no hay tipo penal para considerar a las mujeres que se maten por el honor de “*sus hombres*” (véase Acosta, p. 645). De algún modo, seguimos la tradición judeocristiana de que *la mujer es del hombre, pero el hombre no es de la mujer*.⁹

De ahí que la doctrina en materia de género y derecho penal recomiende la utilización de causales genéricas de atenuación sin contenido sexista (la emoción violenta no es propia de la mujer sino de cualquier ser humano) y no la redención mediante causales de atenuación *propias de mujeres*, como son las aplicables a homicidios, abortos, abandonos y lesiones. Las atenuantes obedecen a dos dicotomías de un mismo paradigma: por una parte, el reduccionismo biologicista (a título de *capitis diminutio*), y por otro la glorificación de la mujer.

El proyecto de Código Penal hace un esfuerzo al situarse por encima de algunas de

estas críticas, toda vez que su art. 115 evita las referencias al honor de la mujer y mantiene la atenuante basada en un “*estado anímico que las circunstancias hagan explicable*”, lo cual vacía de referencia sexista a la conducta punible. Queda en pie, en dicho proyecto de Código, la indisponibilidad de la mujer sobre su propia reproducción. Asimismo es de reconocer que los y las juristas responsables de este proyecto han evitado referencias al “*puerperio*”, “*síndrome posparto*” u otras concepciones psicopatológicas o trastornos de la conducta ubicadas dentro del paradigma reduccionista biológico.

B) En los duelos como delitos contra la vida: En el proyecto, los duelos fueron derogados. Obviamente ya eran un dinosaurio jurídico; no respondían a la protección de la vida sino del honor caballeresco, a menudo motivado por discusiones sobre la posesión de la mujer, lo cual daba motivo a desacreditaciones públicas del varón. En estos tipos la figura del combatiente irregular era precisamente la que legitimaba socialmente los duelos, cuando castigaba al *combatiente* que faltara a las condiciones ajustadas por los *padrinos*; o bien la del duelo con *alevosía*, que castigaba al padrino de un duelo que usara cualquier género de *alevosía* en la ejecución del mismo (arts. 136 y 137 C.Pe.). ¿*De dónde viene esta herencia sociojurídica? ¿Por quién combatía Don Quijote –comprometiendo de paso la integridad física de Rocinante- sino por el honor de Dulcinea?*

⁹ A esta concepción ya se había adelantado varios siglos Pablo de Tarso, santo de la cristiandad, cuando educaba a sus seguidores enseñándoles en sus epístolas que la mujer es la gloria del varón y el varón la gloria de Dios. Y estas raíces van más lejos, pues en los escritos judaicos se enseña a orar cada día, diciendo: “Señor, gracias por no haberme hecho mujer” («Gracias, Dios, por no haberme hecho un gentil, una mujer o un esclavo», en: *Menahoth* 43 b-44 a). En algún escrito de un periódico leí un artículo de una dama muy simpática que firmó: “*Fulana Con Tal*”, y añadió una pequeña explicación como nota al pie, que decía: “Estoy cansada de firmar *Fulana De Tal*, pues yo no soy de él. Hasta la fecha, he estado con él en todo lo que he podido”. Otras desmitificaciones las aprendí cuando oí criticar el viejo dicho de que “*Detrás de todo gran hombre hay siempre una gran mujer*”. *Ni detrás ni delante. Al lado.*



C) En la penalización del aborto: la cual asume criterios de clase, pues las mujeres pertenecientes a sectores sociales más desfavorecidos no pueden viajar a otros países para lograr el objetivo sin sufrir una pena; las menos favorecidas recurren a prácticas pseudoclínicas que ponen en peligro o dan cuenta de sus vidas. Incluso, hasta antes de 1982 en nuestro país se consideraba¹⁰ una contravención el anuncio de procedimientos o sustancias destinadas a evitar *el embarazo*, con lo cual la mujer no podía disponer de su propio cuerpo según el principio de consentimiento informado. Esta norma tenía una antigüedad de veinte años (había sido dispuesta en la ley N°6726 del 10 de marzo de 1982) pero fue reformada por ley N°8250, del 10 de mayo del 2002, la cual no entró en vigor sino hasta a partir del 10 de noviembre del 2003). Lo que ello tiene de interesante es que el castigo se dirige “a quien comerciare o anunciare procedimientos, instrumentos, medicamentos o sustancias destinadas a provocar el aborto” (art. 381 inciso 4), con lo cual el legislador asume una protección al bien jurídico vida como concesión a la presión de grupos moralistas y religiosos.

D) En el abandono de recién nacido, *por causa de honor*: Disminuye la penalidad para la madre que abandone a un recién nacido de no más de 3 días *para ocultar su deshonra*, y la penaliza si resultare la muerte del mismo, con reclusión de 1 a 4 años; una vez más se hace patente la existencia de un sutil discurso vertebral montado sobre apreciaciones en que la honra es más importante que la vida. De modo que la tutela benigna que recibe esta acción no es en razón del honor femenino (deshonra), más bien, en lectura descodificadora

de género –y de humanidad- debe leerse en *razón del honor masculino*. La violación al principio de proporcionalidad es clara: si esa misma mujer ofende la vida de un feto, le pueden corresponder de 3 a 10 años de cárcel; si ofende la vida de un niño ajeno de menos de tres días de nacido, le corresponden de 12 a 18 años; si se asume que el niño estaba solo y nadie podía protegerlo, alguien podría defender la tesis de la alevosía, y subir la privación de libertad de 20 a 35 años (aunque pueda admitirse que es ensañante abandonar a un niño de esa edad a sabiendas de que morirá irremediabilmente); pero si la ofensa a la vida es por razones de honor, el honor resulta ser más importante que la vida, porque, al fin y al cabo, *para qué vida sin honor*. Esa lectura de la vida en términos de sexualidad, que al fin y al cabo es la médula del bien jurídico, termina siendo un surrealismo jurídico.

E) En los delitos sexuales: Este campo es prolijo para la crítica. Particularmente la doctrina le reprocha a estos tipos penales que el lenguaje dominante del tipo penal erotiza el cuerpo de la mujer a propósito de la dominación que subliminalmente busca, de modo que:

- La condición sistemática de delitos de acción pública (perseguidos oficiosamente sin denuncia de la víctima), en los que la necesidad de denuncia de la víctima es solo residual, demuestra que se persigue la conducta porque el cuerpo se ve como un destinatario de la norma. La mujer no tiene disposición sobre su honra ni sobre su cuerpo, porque lo que es suyo –su cuerpo, su sexualidad, su producto- no es tanto suyo como de toda la colectividad. ¿Y qué es la colectividad sino el ámbito donde se refleja el poder del varón?

10 Ya no, en corrección a Acosta, quien cita el antiguo art. 374 inciso 6 del C.Pe.



¿Y qué es el cuerpo sino el objeto destinatario del castigo?

- Siempre que se describe al sujeto pasivo de las agresiones sexuales se habla de la víctima. La asignación del género del artículo –género femenino- no es ideológicamente inocente, porque cumple una función justificadora del mito (la víctima es siempre la persona vulnerable). Solamente las reformas a partir de 1999 hacen menos uso de estos denotadores jurídicos con contenido sexista, pues el inciso 3 del art. 156 (objeto de esa reforma) no emplea la palabra víctima. Estas evidencias propias de la semiología jurídica son descodificables en términos de ideología. Y de algún modo el legislador ha hecho caso de las advertencias de las criminólogas y los criminólogos en cuanto al sexismo en el lenguaje jurídico, puesto que la redacción de normas más actualizadas comienza a evidenciar un tratamiento más elaborado y más cuidadoso del discurso normativo.

Las regresiones o los alargamientos de la semiología sexista, sin embargo, aun tienen su nicho: el artículo 158 del Código Penal vigente indica que la violación se agrava cuando es realizada por los siguientes sujetos (todos connotadores de masculinidad): *el encargado de la educación, ministros religiosos, profesionales o cualquier miembro de la Fuerza Pública*.

A partir de la Ley N°159 del 17 de agosto de 1999 el legislador fue más cuidadoso en

utilizar el término *persona menor de edad* en vez de *víctima*, como puede verse también en la regulación del proxenetismo (169, donde se habla de “persona ofendida”) o de la trata de personas (172), donde el elemento descriptivo del sujeto pasivo ya no habla de *víctima*, sino de *personas de cualquier sexo*. Ello no es una curiosa regalía. No obstante, el Proyecto, en algunos tipos, mantiene la terminología “la víctima” para el sujeto destinatario de las desviaciones sexuales; y “el autor” para referirse a quien tiene la capacidad –¿penetrante?- de lesionar la sexualidad de otro.

Se le abona al Proyecto que admite los términos subjetivos “tío, tía”, “hermano, hermana”, en abierto respeto al principio de plenitud del tipo. Obviamente esa concesión implica que el jurista se percató de que los términos tienen fuerza connotadora semánticojurídica –alguien debió habérselo dicho- pero no por ello evitó los de “ministros religiosos” (también hay ministras religiosas), “el encargado de la educación” (pudo haberse utilizado “la persona encargada de la educación”), “miembro” de la Fuerza Pública (también hay “miembras”, aunque este término podría connotar un doble valor semifonético para más de uno o una, lo que lo volvería cacofónico o malsonante)¹¹ en cuyo lugar pudo haberse usado “personal, funcionario, representante de la Fuerza Pública”. ¿O será necesario descubrir, muy escondido en la criminología histórica costarricense, un eje

11 Más allá del tono jocosos que he querido imprimirle a esta expresión, es obvio que el poder connotador del lenguaje ha determinado que muchas categorías semánticas estén referidas solo al varón; tal es el caso de miembro/miembra, fiscal/fiscala, juez/jueza, notario público/notaria pública (estas últimas hasta hace poco admitidas por la costumbre pero iniciadas con los rechazos y resistencias de siempre) hombre público/mujer pública. Al fin y al cabo, nuestra cultura semántica tiene una experiencia de muchas centurias, de lo cual hace fijación el DRAE, donde yegua se define por residualidad como “la hembra del caballo”, de modo que si el caballo (el macho) no existe, la yegua (la hembra) no puede ser definida. Más allá de cualquier consideración de simplismo correctivo ortodoxo, todo sustantivo puede ser expresado en nuestra lengua para significar su lado femenino, masculino, ambiguo, epiceno, neutro o cualquiera



vertical y sordo, según el cual las mujeres no formaban parte de la Fuerza Pública en la época de la redacción del Código Penal, y como no tenían autoridad personal, tampoco podían tener autoridad pública, y por lo mismo no era pensable que pudieran abusar de ella?

- Las penalidades de los delitos sexuales rompen el equilibrio punitivo de otros bienes jurídicos igualmente valiosos o más valiosos, lo que determina espacios jurídico-sociales altamente protegidos; no gratuitamente estamos hablando de los relacionados con el cuerpo de la mujer. Esa protección no se da por designación directa del tipo, el cual ahora incluye al varón como destinatario de las violaciones por parte de mujeres, sino por la residualidad que queda: al fin y al cabo las violaciones serán siempre, en la perspectiva androcéntrica, cosas que les suceden a las mujeres, solo que para la "ley", el hombre resulta indirectamente afectado cada vez que se afecta el cuerpo de la mujer. Fue con la reforma indicada en el párrafo anterior que se replanteó el viejo tipo de violación (art. 156, castigado de 10 a 16 años en el tipo básico, y de 12 a 18 años en

los tipos calificado y agravado) y el del famoso *estupro* (art. 159, castigado de 2 a 6 años de prisión, o de 4 a 10 si sobreviene la calificante), tipos con los que se hacía gala de un categorema semiojurídico: solo el varón podía violar o estupro porque era el único con capacidad penetrante. La mujer era sujeto pasivo de esta delincuencia y las agresiones sexuales que recaían sobre los hombres, aunque fuese mediante la introducción de partes del cuerpo o de objetos, solamente constituían abusos deshonestos (2 a 4 años de prisión), aunque los daños y estigmas físicos y morales fuesen infinitamente mayores que el de una violación o estupro. La reforma al tipo estupro significó un avance hacia un código asexuado, pero data tan solo de hace cinco años (17 de agosto de 1999, por ley N°7899).¹²

- La violación dentro del matrimonio ha sido un camino espinoso para que sea admitido por la jurisprudencia patria, dadas las concepciones machistas sobre el llamado *débito conyugal*.
- El bien jurídico tutelado en los diversos reportos (163 a 166 C.Pe.) asume que únicamente

otro. La riqueza de la lengua solo ha cedido ante la pobreza epistemológica de una cultura sometida por los miedos morales del grupo históricamente dominante. Es tan simple el quid discriminativo del asunto, es tan revelador que, casualmente, es en los sustantivos que comportan un acceso a posiciones de poder donde se muestra la característica defectiva (incapacidad de la lengua para prever una nomenclatura femenina para puestos, ejercicios, estatus, mandos, gerencias, jefaturas, autoridades) de algunos sustantivos cuando por primera vez se quieren usar para aplicárselos a la acción, pasión o actuación de la mujer. Así, no es "normal" o no es "correcto" utilizar términos como: la gerenta, la fiscal, la jefa policial, la jueza, la choperera, la árbitra; pero sí lo son: la empleada, la lavandera, la costurera, la ama de llaves, etc. El sexismo en el lenguaje es tal que muchas palabras de género femenino, sirven para expresar menosprecio por la sexualidad de la mujer y su toma de decisiones respecto al modo de ejercer su sexualidad. Ejemplos: ser un "zorro" es ser astuto, ser una "zorra" es ser prostituta; ser un "perro" significa que el varón es un "don Juan" con las mujeres; pero ser una "perra" es ser una prostituta; en el mismo sentido, un "don Juan" es un sujeto que tiene "suerte" con las mujeres, en cambio "doña Juana" solo es la conserje o la señora de la limpieza. Ser "un cualquiera" es ser Fulano, Mengano, Zutano o Perencejo, pero ser "una cualquiera" es ser una prostituta. Si se hace referencia a un "callejero" todos entenderán que se habla de un "hombre de la calle", pero si se expresa "una callejera", se trata de una prostituta. A un hombre se le disminuye la fuerza física y sus arrestos cuando se le llama "hombrezuelo", pero si a una mujer se le llama "mujerzuela", se le está diciendo prostituta. Curiosamente, un "hombre público" es probablemente un Presidente de la República o un sujeto con un alto puesto gubernamental, pero una "mujer pública" es una prostituta. Un hombre "de la vida" es un varón de gran experiencia, pero su homónima una "mujer de la vida" es una prostituta. He ahí es por qué de la importancia de nombrar, pues en ello va la visión cultural del grupo. La primera forma de desidentificar es desnombrar. La segunda es distorsionar el valor que el grupo le da a un miembro de él mediante un señalamiento descalificador.

¹² Corrección necesaria al texto de Acosta, p. 653, quien cita el anterior elemento descriptivo "mujer honesta".



los hombres tienen fines libidinosos, por lo que solamente la mujer es sujeto pasivo de la libido del varón. Dichos tipos penales igualmente parten de la petición de principio de que solo las mujeres pueden ser engañadas (*quando mediare engaño*, requiere el tipo penal), aun cuando pudieran darse las causales del 156, que son extensivas a este tipo de delincuencias: que sea menor de 12 años, que esté incapacitado para resistir, o que se emplee contra él violencia corporal o intimidación. Contrario sensu, el niño o adolescente varón tampoco es engañable, y por lo mismo no es sujeto pasivo de esta conducta. El hombre no puede ser raptado porque admitirlo social y jurídicamente –normativamente- va contra su autoestima, vigor y fuerza para la resistencia, las cuales se presumen por ergonomía (le vienen de natura). El presupuesto ideológico del androcentrismo es claro: *un hombre raptado no es una víctima: es un conquistador pasivo, es un «don Juan».*

- El rapto impropio (art. 164 C.Pe.) mantiene la misma estructura del viejo estupro: se *apela a la honestidad de la mujer* para poder finiquitar el juicio de tipicidad o procedimiento de subsunción. El tipo objetivo comienza a echar mano de un presupuesto del sistema sexista de conductas desviadas: *si las mujeres quieren que se castigue a los hombres por privarlas de su libertad* (un bien muy bien visto) *que al menos tengan honestidad*. Y honestidad en los términos en que lo aprecian la moral, las buenas costumbres, el decoro, la religión, los medios de comu-

nicación, algunos grupos de presión, la opinión publicada y la apreciación de un buen padre de familia. ¿Y de cuál honestidad estamos hablando sino de la de mujeres pre o adolescentes, las cuales, dada su situación irregular “no saben consentir”? Aquí la *manus* protectora del varón comienza a hacerse sentir en la libertad sexual de la mujer desde *doncella*, como un elemento axiológico de la escala androcéntrica. Se asume que las mujeres de esa edad *no saben consentir*, aunque tengan capacidad de formarse un criterio y el sistema internacional de derechos les acuerde un *interés superior*, que para algunos y algunas es algo que los adultos sí saben, pero los “menores” no.¹³ De todas formas, también será penalizado el rapto con fines de matrimonio, aunque la unión pudiera celebrarse, siempre que el autor (recordemos que no está permitido ser autora) *no haya intentado ningún acto deshonesto*.¹⁴ Vaya otra vez el elemento normativo del tipo, que permite que la sexualidad de las personas sea discutida en términos de moral. Para cerrar el círculo de protección sexual, el artículo 166 C.Pe. prevé que el rapto es delito de acción pública. Y si se cree que el surrealismo acabó, léase el art. 175 C.Pe., donde se comprobará que la persecución penal se extiende ya no solo al autor sino *a los ascendientes o descendientes por consanguinidad o afinidad* (véase que no limita el grado de ascendencia o descendencia, ni siquiera en la relación afín), *al cónyuge, a los hermanos y a cualesquiera otras personas que cooperaren por cualquier acto directo a la*

13 Al respecto véase Araya M. (Saúl), “Conciliación penal y Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA)”, *Revista de Ciencias Penales*, Costa Rica, Año 12, N°17, marzo 2000, p. 105, punto IV.3

14 El rapto implica una limitación a la mujer para disponer de su libertad y de su sexualidad; solo exculpable si se cumple el mito del final feliz (Acosta, p. 657).



perpetración de los delitos correspondientes a esta sección, y cuya participación no haya sido tipificada expresamente, los que serán reprimidos con la pena de los autores. Aquí la proporcionalidad de la teoría de la acción, la imputación, la autoría y la participación sufre un vuelco, pasando a una imputación objetiva, en delitos que son de propia mano (como los raptos), a menos que se admita que las niñas y adolescentes se puedan fugar con dos sujetos a la vez, ambos con opción de matrimonio, si atendemos al art. 175 en relación con el 165.

E) En la función del artículo 93 del Código Penal respecto a los delitos sexuales: Extingue la pena el perdón que otorguen los jueces *al condenado* (previo juicio de culpabilidad con grado de certeza, a saber, previa estigmatización por ofender la concepción de honor sexual de la colectividad), en los casos de aborto honoris causa, aun cuando esa muerte la haya producido cualquier miembro de la familia, *siempre que sea con tal de salvar el honor de la familia* (la cual se asocia en torno al interés del masculino que la domina). En esta norma se permite a la mujer hacerse eco del honor del varón (pater familiae) dado que ese es el honor destinatario de la protección tutelar. Lo mismo puede decirse de la muerte del feto si es producto de violación, lo que en buena praxis sigue manteniendo la vertebración oculta del discurso de que la vida humana es menos importante que el honor (del varón).

También es perdonable el autor de rapto, estupro (aquí falló la reforma sistemática) o abusos deshonestos, si la persona ofendida lo solicita. Y como no se limita el perdón para calificantes o agravantes, todo el trabajo *del grupo* por perseguir al *delincuente*, en justo pago de su mal accionar, queda relegado a una pena de banquillo, porque de todos mo-

dos la pena es el proceso, y quizá ya pagó con el susto. Aunado a lo anterior, el delincuente sexual –porque así lo ve *la sociedad* y así fue declarado con autoridad de cosa juzgada- puede manifestar *su intención* de casarse con la ofendida mayor de quince años (no dice si cuando sucedió el hecho perseguido o si cuando ya está en negociaciones postjuicio) y ello extingue la eventual pena.

La lectura es evidente: *el matrimonio honra*, porque la mujer se honra toda vez que tenga un hombre que la tutele; a la mujer, en tanto objeto poseíble, la honra la posesión. La mujer no ha dejado de ser un objeto de tutela, todavía no ha llegado a ser un sujeto de derechos y obligaciones, y si su condición es menor de dieciocho años, su identidad se le vuelve menos descubrible. Adicionalmente -porque aquí las historias cuesta que acaben- el Patronato debe consentir por la mujer mayor de 15 años (aunque nunca limitara esa edad hacia arriba, probablemente porque no se le ocurrió a nadie que cuando ya tuviera 18 años el Patronato no contaba), siempre que *todas las circunstancias del caso indiquen que la oposición al matrimonio, por parte de quien ejerce la patria potestad, es infundada e injusta*. ¿Y quién normalmente resulta ser la oposición sino el pater familiae, precisamente porque le han afectado su honra? ¿No es mejor prevenir toda esta práctica cultural propia del medioevo o de un suburbio victoriano, con un mejor uso de la denuncia particular, o de la autocomposición, o del estudio sicosocial tanto de la persona agredida como de la presunta agresora, o con una adecuada escucha del verdadero interés superior de la niña o de la adolescente? ¿No es mejor hacer una crítica responsable de nuestra percepción del honor y de la sexualidad de las personas, a efecto de que ello se refleje en el tipo penal? ¿O preferimos que el tipo penal se modifique para que sea *un zapato chino* en la apreciación



cultural del grupo? Hemos tasado, pesado, medido y contado las acciones humanas que calificamos de desviadas, y las hemos dosificado en tractos de persecución. El panóptico no ha salido de nuestras estructuras mentales, mucho menos de las normativas, de las que son su fiel reflejo.¹⁵

En el Proyecto, el perdón judicial corresponde al art. 84. De los antes mencionados solo permanece como extintor de la pena el caso de *la mujer que haya causado su propio aborto si el embarazo ha sido consecuencia de un delito contra la libertad sexual*. Han desaparecido todas las menciones al honor y otras especies de origen sexista o discriminatorio de género. El cambio de nomenclatura es un cambio de visión paradigmática, y la norma sigue protegiendo la libertad de autodeterminación sexual. Bien por el Proyecto, porque evidencia palmariamente una visión omnicomprensiva por parte de quienes han trabajado en él; muestra un esfuerzo de descodificación, de desaparadigmización, de lectura vertical, de dotación de identidad de grupos sistemáticamente excluidos.

En el Proyecto, la aparición de los delitos sexuales en la *sistemática típica* del Código Penal (ubicación jerárquica de bienes jurídicos de mayor a menor importancia) aparecen primero los delitos contra el honor (porque el varón emana honor), y después los delitos

sexuales, los cuales están solamente antes que los delitos contra la familia, la cual es más importante que la libertad, cuyos tipos penales le siguen, para aparecer inmediatamente después los delitos *contra la propiedad*. En tanto que los delitos contra los derechos humanos (discriminación racial o sexual, delitos de carácter internacional, terrorismo, genocidio, tráfico de menores, comercio de órganos, crímenes de guerra y de lesa humanidad) aparecen *al puro final* de la sistemática, donde supuestamente están los bienes jurídicos de menor rango. Esto también tiene su lectura.

En el Proyecto se puede observar una abismal diferencia con respecto al Código Penal, pues los bienes jurídicos aparecen en el siguiente orden: *vida, salud, libertad* (en esta última familia jurídica se ubica toda la sistemática de delitos sexuales como acciones contra la libertad sexual, en la que desaparece la violencia terminológica de nomen iuris tales como “violación” para dar lugar a “agresiones sexuales”, “delitos contra la libertad sexual o contra el desarrollo de la sexualidad”), *ámbito de intimidad, dignidad* (en vez de honor), *deberes y derechos familiares* (no solo deberes, en los que se tipifica, por primera vez en nuestro país, la violencia doméstica en sus variadas formas), *humanidad*, para luego seguir con el *patrimonio, el orden socioeconómico* y otros cuya ubicación es digna de comentarios que exceden la bondad –o maldad– de este artículo.

15 El régimen contravencional tampoco escapa, pues se hace depositario de lo que considera el “pudor” femenino: prevé como faltas al orden sociojurídico actuaciones que considera ofensivas a las buenas costumbres, la moral, la reputación, el decoro, la honra u otros términos de valoración altamente normativo-sociocultural, pero no porque proteja a la mujer, sino al sentimiento de “honra” que le han enseñado que tiene (prolongación de la adecuación de género a la persona con sexo femenino), lo cual obedece a la dicotomía paradigmática glorificación y protección. Aunque tanto antes de la reforma del 10 de mayo del 2002 ya se preveía que el sujeto destinatario de estas faltas fuese una persona de uno u otro sexo, el sujeto destinatario de la etiqueta siempre ha sido el varón, lo que se demostraría con la simple frecuencia estadística.



V. CONCLUSIONES

El enfoque patriarcal ha ligado la conducta de las mujeres a conceptos como *buenas costumbres, buena fama, honestidad, pudor, deshonor, buen padre de familia* (el cual es mejor que las *buenas madres de familia*, terminología que solo hereda la discriminatoria visión de mundo del arcaico derecho romano). Maternidad, sexualidad y dependencia son características de la mujer como objeto de represión o como objeto de tutela.

No obstante, el siglo XX fue testigo de una “internacionalización” de la normativa en materia de derechos humanos, que obligó a potenciar y actualizar los derechos de las mujeres mediante legislaciones locales que superaran el doble discurso propio del positivismo heredado del iusnaturalismo racionalista: por un lado la etereidad de la declaración constitucionalista de derechos, garantías y principios protectores -que no pasaban o no pasan del desideratum- y por otro la aplicación al caso concreto que cotidianamente los niega o los deroga mediante la desaplicación en la práctica, crítica que fundadamente hiciera Ferrajoli (p. 621).

La eliminación de todas las discriminaciones –contra todos los seres humanos- es una responsabilidad del Estado y debe convertirse en un lineamiento rector de las políticas locales, en lo que a Costa Rica se refiere. De ahí que el discurso del represivismo como primera respuesta reactiva del aparato estatal

(penalización del femicidio, de la violencia doméstica, del acoso sexual y de otras formas de maltrato a la mujer) no constituye una visión alternativa al machismo sociojurídico.¹⁶ La adopción de medidas legislativas debe responder a la sistemática de todo el ordenamiento jurídico, por lo que la aparición de una sanción no debe ir aparejada al desmedro de las garantías ni del principio intervención residual del derecho sancionatorio. La pretensión de castigar conductas *desviadas* en perjuicio de la mujer no puede legitimar el castigo de la discriminación con más discriminación, sino que ha de potenciar la reflexión y revisión de las pautas culturales que motivan esas apariciones.

La revisión de las codificaciones penales latinoamericanas no debe permitirse distorsiones de los instrumentos internacionales, por lo que una propuesta de Proyecto de Código Penal costarricense debe ser crítica de la discriminación –de toda discriminación-, y ha de ser sensible a la tipificación de conductas que limiten la capacidad de la mujer para decidir sobre su cuerpo, sus derechos reproductivos, su sexualidad, su libertad e integridad, su rol en familia (más allá del de *princesa* o *esclava*).

Algunas autoras, como Acosta, propugnan por reformas legales que, si bien hagan frente a la discriminación contra la mujer, solo en casos estrictamente necesarios establezcan tratamientos preferenciales en condiciones específicas. Ello sin perjuicio de comprender que el superabundante normativismo que pretende una huida hacia el derecho penal no es la

16 La penalización del acoso sexual, la violencia doméstica y el femicidio (a pesar de la existente calificación del homicidio) vienen a ser una proposición de mano dura, acorde al rigor del modelo de seguridad ciudadana, pero divorciadas de una realidad en que al varón, desde los primeros balbuceos, se le enseña a ser machista, sexista y discriminatorio, donde la mujer es víctima y cómplice en un sistema de control informal, que luego formaliza el reproche en términos de represión de libertad; ello no exculpa al varón, quien asume una posición facilista –dentro del comportamiento culturalmente condicionado- para justificar su falta de reflexión sobre la desigualdad de género. El Proyecto de Código Penal no sanciona el femicidio (vid. art. 107).



panacea para el abordaje de las problemáticas socioculturales, pues más bien abulta las condiciones de control social, formal e informal. Las conquistas del feminismo humanista no deben pretender, como bien lo dicen Alda Facio y Lorena Fries, más que una paridad de condiciones dentro del todo social.

Con todo, el Proyecto de Código Penal debe estar atento a las manifestaciones sexistas vertidas en la norma, en todas sus manifestaciones: atenuantes basadas en condiciones biológicas femeninas, comisión de delitos contra la vida, tutela de la mujer y su colocación en una *situación irregular*; agravantes del castigo para el varón cuando la mujer es sujeto pasivo, siempre que estriben solamente en el honor del varón o en una protección paradigmática de la mujer; protecciones ficticias de la familia cuando en realidad solamente se protege el honor del *pater familiae*, penalización de las anulabilidades matrimoniales, deshonras maternas en los abortos, entre otros. Un estudio de la frecuencia estadística de muchos de esos tipos penales en los últimos diez años, demostraría su inutilidad práctica (como sucedió con los duelos como delitos contra el honor, los cuales no protegían la vida ni la integridad física sino que legitimaban la pervivencia de un arcaico concepto del honor del varón).¹⁷

Coincido con la autora de repetida cita, Gladys Acosta, en el sentido de que *“un derecho penal moderno no puede estar construido en función de la protección de concepciones moralistas o de ideas religiosas, sino de las relaciones sociales entre los individuos. Por eso, los bienes jurídicos protegidos deben ser la*

integridad personal y la libertad sexual, y no la honestidad o las buenas costumbres” (Acosta, p. 678).

No obstante los merecidos reconocimientos que encuentro en dicha autora, considero que no resultan compatibles con un derecho penal garantista algunas manifestaciones de Acosta, como la siguiente: *“Ciertamente hay avances en los códigos más recientes como el de Perú, que ha incorporado en el artículo 170 una definición más amplia del delito de violación: “El que con violencia o grave amenaza obliga a una persona a practicar el acto sexual u otro análogo”, dejándole al juez apreciar los actos que deben ser considerados como violación. Sin embargo, aun es insuficiente como protección”*, (destacados ajenos a la autora) en tanto constituyen tipologías penales abiertas, dada la extensiva carga valorativa como elemento normativo del tipo objetivo y el obvio encargo al juez para que llene el tipo con su experiencia sociocultural o con la presión del momento; ello roza definitivamente con los instrumentos elementales del garantismo jurídico-penal, tales como el principio de legalidad y su correlato de tipicidad, la exigencia de construcción de tipos penales cerrados (evitando, por supuesto, caer en el voyerismo del art. 159 del Código Penal, que usualmente se respira cuando se analiza este tipo penal con estudiantes recién salidos de la adolescencia) y la función limitadora y garantizadora del tipo, entre otros.

La terminología sexista del elemento objetivo del tipo, cuando se refiere al sujeto activo del derecho penal: *“el que diere muerte”, “el que violare”* (por su connotación de masculinidad)

17 Derogados por Ley N°8250 del 10 de mayo del 2002.



en vez de *"quien violare"* (que parece estar menos contaminado de sexismo), constituye una manifestación de semántica andro-centrista: el varón es el que se debate en la agonía de la vida, pues es el centro de todas las imputaciones jurídicas.

En el Proyecto no se mantienen tales indistinciones; más bien se nota un esfuerzo sistemático del legislador (probablemente de las filólogas o los filólogos con formación de género), por evitar el manejo de *"el que"* y variarlo a *"quien"*. En los casos en que la acción exige que el elemento descriptivo del tipo sea realizado por una mujer, así debe expresarse, pues el elemento descriptivo de autor debe ser preciso.

En el Proyecto solamente se encuentran *gazapos sexistas* cuando se habla de *"el autor"* en violaciones (art. 164 Pro), o *"la víctima"* en relaciones sexuales con personas menores de edad (art. 166 Pro); en estos casos, la liberación terminológica pudo haber sido más patente con el uso de *"persona ofendida, agredida, afectada"* u otros términos notablemente asexuados.

El tipo penal debe leerse críticamente. Hay que desentrañar la cultura patriarcal y

androcéntrica; el bien jurídico tutelado ya no puede seguir siendo masculinizado. La creación del tipo penal, su obsolescencia y rechazo deben permitir la participación de la mujer, de sus entramados organizativos y de sus grupos de presión por el derecho a ser vistas y respetadas. *"Los códigos penales están cargados de elementos arcaicos en materia del tratamiento a las mujeres"*, denuncia Gladys Acosta (p. 625), por lo que el derecho penal debe tener permanentemente ante sí la perspectiva de género en los derechos humanos, si quiere preciarse de humanista y democrático, o si quiere renunciar a arcaísmos heredados de la colonia y de mucho más atrás. Ello tampoco puede ir en desmedro del garantismo, del derecho penal mínimo o de la reacción punitiva como *ultima ratio*.

Por supuesto que no se prohijan aquí las tendencias de *"vuelta a la tortilla"*, que proponen una especie de castigo social del varón por todos sus pecados históricos, puesto que tales propuestas de paso olvidan el entretejido humano que a todos nos cobija por igual, mujeres u hombres, niños, niñas y adolescentes, sometidos bajo el mismo designio histórico y cultural del abuso del poder y la falta de igualdad de oportunidades.



VI. BIBLIOGRAFIA

- Acosta Vargas, Gladys. *"La mujer en los códigos penales de América Latina y el Caribe Hispano"*. En: Antología de Sociología Criminológica, San José, UNED, 2002.
- Facio, Alda y Fries, Lorena. *"Género y Derecho"*, Colección Contraseña, Estudios de Género, American University, Serie Casandra. En: Antología de Sociología Criminológica, San José, UNED, 2002.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón*, Madrid Ed. Trotta, 2001.
- Miralles, Teresa. *"El control informal"*. En: Antología de Sociología Criminológica, San José, UNED, 2002.
- Real Academia Española de la Lengua. *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid, Espasa-Calpe, 1992.
- Fundación Tomás Moro. *Diccionario jurídico Espasa*. Madrid, Espasa-Calpe, 1993.



VIOLENCIA DE GENERO Y POLÍTICAS PÚBLICAS

*Licda. Jeannette Arias Meza
Fiscal Oficina Atención a la Víctima*

La violencia de género ha acompañado a la humanidad como parte de su historia. Desde la antigüedad y como mandato bíblico las mujeres eran consideradas propiedad de su esposo o padre, quienes ejercían plenos derechos sobre ellas. Estas nociones cambiaron poco a lo largo de los siglos. La "ley del pulgar", implementada en Inglaterra según el common law, permitía que el esposo golpeará a su cónyuge con un látigo nunca más grueso que su propio dedo pulgar, paradójicamente, esta fue una ley de protección a la mujer para evitar que fuese golpeada con un instrumento más fuerte. Generalmente las mujeres no poseían ningún legal o derechos y carecían de protección legal contra el abuso físico.

En los E.U.A. no fue sino hasta 1870 en que por primera vez emanó de una Corte una resolución que cuestionara el castigo físico a las mujeres por parte de sus esposos. Hasta 1973 en Costa Rica existió el depósito de mujer casada; en el año 1973, con la promulgación del Código de Familia, se eliminó la norma contenida en el Código Civil que estipulaba como causal de divorcio el adulterio de la mujer y el concubinato escandaloso del hombre. Recientemente, en 1999, fue eliminado del artículo 159 del Código Penal el elemento "mujer honesta" del antiguo delito de estupro. Y aun subsiste el de "mujer de buena fama" del artículo 113 del Código Penal.

Partiendo de la premisa de que como sociedad hemos avanzado hacia una creencia

consensual de que debe existir una respuesta a la violencia de género, dicha respuesta debe partir, ante todo, de una revisión de las políticas públicas encaminadas a atacar este flagelo, enfocándola como un asunto de salud pública. La violencia de género es probablemente uno de los campos que más ha desafiado a las autoridades y cuestionado la efectividad de la intervención estatal.

Estas políticas públicas deben basarse en una serie de consideraciones o principios rectores, entre ellos podemos citar los siguientes:

1. Las víctimas de violencia de género requieren un abordaje global. Propiamente en violencia doméstica, dadas las circunstancias complejas en que se desenvuelven las víctimas, estas tienen necesidades tanto legales como no legales. De manera que requieren dos tipos de intervenciones, un grupo de ellas busca remover el riesgo causado por el agresor, mientras que el otro tipo de intervención es para brindarle seguridad y estabilidad a la madre y sus hijos. Este segundo tipo de intervenciones incluyen la provisión de vivienda transitiva, servicios de apoyo, transporte, cuidado infantil, entrenamiento para trabajo, pensión alimentaria para los hijos, custodia de menores y regímenes de visitas cuidadosamente estudiados, ayuda para mujeres por parte de grupos de apoyo y consejería. La habilidad del sistema y particularmente del sistema judicial, para responder a algunos de estos problemas



"no legales" le permitirá en última instancia obtener una adecuada respuesta a los "problemas legales".

2. El Estado es responsable de dirigir las políticas públicas pero no es el responsable absoluto de solucionar el problema, sino la sociedad como un todo; de ahí que la participación a nivel comunal en la conformación de entidades privadas que brinden servicios de apoyo, así como la creación de espacios de reflexión y discusión del tema, son imprescindibles. Debe existir una interacción entre Gobierno y organizaciones no gubernamentales. En este punto se debe resaltar como necesidad imperiosa, que las políticas públicas estén dirigidas a motivar e incrementar la participación de la sociedad civil en la prevención y abordaje de la violencia de género.

Los líderes de la comunidad y sus instituciones deben unirse para dar respuestas a la violencia de género, de modo que ofrezcan una ayuda significativa para las familias, incluyendo protección para las víctimas cuya integridad física esté en peligro, mediante la provisión de albergues y vivienda transitoria; apoyo adecuado tanto social como económico, y acceso a servicios respetuosos de las diferencias culturales. Una respuesta por parte de la administración de justicia, propiamente en violencia doméstica, es fundamental pero por sí misma no va a solucionar el problema; se requiere de una acción conjunta a nivel interdisciplinario e interinstitucional para brindar una solución efectiva.

3. A pesar de que la violencia de género afecta a mujeres de todas las clases socio-económicas y étnicas, algunas mujeres, como las inmigrantes y las que se encuentran en estado de pobreza, resultan particularmente

vulnerables cuando son enfrentadas a la violencia,; para ellas deben existir servicios especiales que cubran sus necesidades.

4. Se debe involucrar a las sobrevivientes de violencia de género en la formulación de políticas y desarrollo de protocolos. El sistema judicial y las diversas instituciones que las asisten deben considerar las perspectivas de estas cuando pretendan implementar leyes, revisar políticas o procedimientos, o desarrollar planes de acción. La opinión de las sobrevivientes de violencia de género es fundamental para lograr una mayor efectividad por parte del sistema judicial y de las comunidades a fin de mejorar los servicios que se brindan.

5. Debe existir un eficiente sistema de monitoreo y evaluación de los servicios que se proveen a víctimas de violencia de género; las evaluaciones deben estar diseñadas para revelar las formas de mejorar la efectividad individual y colectiva de los servicios. Las estrategias de evaluación más útiles involucran dimensiones tanto cuantitativas como cualitativas, dentro de lo cual se debe incluir la visión que tiene la víctima del sistema judicial. Como usuaria primaria del sistema, sus opiniones y observaciones son fundamentales para cuantificar el éxito. Algunos parámetros para la implementación de las evaluaciones son:

- definir un criterio claro de éxito;
- retroalimentarse de las experiencias de las víctimas en cada etapa del proceso judicial;
- conducir una encuesta de satisfacción de víctimas a nivel nacional;
- anotar y considerar todas las quejas de las víctimas de violencia de género;
- abordar las necesidades de capacitación que requieran los profesionales que laboran con víctimas.



Existirá éxito cuando a través de la revisión de los programas podamos contestar positivamente a los siguientes indicadores:

- ¿Existe la posibilidad de albergue a largo plazo y en crisis para las familias en peligro?
- ¿La mujer víctima de violencia intrafamiliar y sus hijos, tienen acceso a apoyo económico y servicios diversos?
- ¿Existe disposición de servicios médicos gratuitos cuando ello sea requerido?
- ¿Existen grupos de apoyo y educativos y servicios de salud mental para menores testigos de violencia?
- ¿Existen programas de intervención para agresores que incluyan contenidos sobre paternidad responsable?
- ¿Existe disposición de centros de desintoxicación y rehabilitación cuando ello sea necesario?
- ¿Conoce la ciudadanía cómo reaccionar ante una situación de violencia intrafamiliar ocurrida en el seno de su comunidad?

A la luz de las anteriores consideraciones, deben ser parte de las políticas públicas:

1. Que la administración de justicia responda a la violencia de género como una seria conducta delictiva en todos los casos.
2. Que todos los poderes del Estado aseguren que exista una adecuada provisión de recursos humanos y materiales destinados a casos de violencia de género.
3. Que los datos sobre casos de violencia de género sean sistemáticamente recolectados y analizados para proveer una noción actualizada y precisa del abordaje que se hace de los mismos y la respuesta del sistema.
4. Incentivar a la comunidad para que esta se apropie del problema de violencia de

género y se convierta en parte de la solución del mismo.

Principios rectores en atención a víctimas de violencia de género:

1. Responder equitativamente, con respeto y compasión a todas las víctimas: las instituciones públicas y privadas deben proveer la misma calidad de servicio a todas, sin importar su trasfondo étnico, edad, estatus socioeconómico, discapacidad u orientación sexual.
2. Proteger a las víctimas de una ulterior victimización: ello mediante el otorgamiento de medidas de protección, la fijación de medidas cautelares, facilitación de albergues, vigilancia policial, educación a víctimas para evitar que sean nuevamente victimizadas.
3. Referir a la víctima a servicios en crisis y de apoyo tan pronto como sea posible después de la victimización: estos deben ser servicios gratuitos e interrelacionados. Toda comunidad debe tener un mecanismo para reunir a los administradores de diversas instituciones así como representantes comunales, en aras de llenar las lagunas en los servicios para coordinar múltiples intervenciones y para desarrollar acuerdos interinstitucionales y protocolos de atención. Debe existir un control cruzado entre los servicios.
4. Los servicios de apoyo deben ser continuos a lo largo de todo el proceso: ello mediante una unión entre la comunidad, el sistema de justicia e instituciones de servicios.
5. Informar detalladamente a las víctimas cuáles son sus derechos en el proceso judicial; empoderar a las víctimas para que tomen parte en el proceso, indicarles qué pueden



esperar del proceso y las posibles consecuencias del mismo. Facilitarles información sobre la prisión preventiva, su procedencia o no, medidas cautelares, medidas de protección, los posibles recursos dentro del proceso tanto de ella como del imputado. Comunicarle a la víctima de cambios en el estatus del ofensor. Así mismo cuando legalmente la víctima cuente con la posibilidad de no continuar con el proceso judicial o abstenerse de acceder los servicios a su favor, dicha decisión también debe ser respetada.

6. Proveer de oportunidades para permitir a las víctimas que asistan a otras víctimas y para que contribuyan con el sistema de justicia.
7. Crear servicios de ayuda transversales, para ello se recomienda:
 - conformar coaliciones locales de grupos que brinden servicios para que guíen el planeamiento, operación y evaluación de los servicios a víctimas;
 - formalizar la colaboración entre las instituciones que brindan servicios, la administración de justicia y la comunidad; ningún programa por sí mismo posee los suficientes recursos o pericia para desarrollar una respuesta integral;
 - crear centros comunales de asistencia a víctimas.
8. Promover y optimizar la colaboración de asistentes voluntarios.
9. Cultivar relaciones productivas y responsables entre el sistema de justicia, las instituciones de servicios y los medios de comunicación y así fomentar que la prensa respete los derechos y dignidad de las víctimas de violencia de género durante la cobertura de los reportajes.

10. Diseñar una base nacional de datos para notificaciones y comunicaciones de víctimas.

11. Apoyar a profesionales que sirven a víctimas mediante el establecimiento de un programa de certificación nacional y la provisión de capacitación.

12. Involucrar a:

- Profesionales en asistencia
- Aquellos que dan la primera respuesta ante la violencia (policía y servicios médicos de emergencia)
- Investigadoras (es)
- Fiscales
- Abogadas defensoras (es)
- Juezas (es)
- Servidores sociales y de salud
- Miembros de la comunidad, voluntarios, asociaciones comunales
- Patronos
- Víctimas
- Educadoras (es)

El entrenamiento es efectivo cuando existe una política pública clara y un protocolo de abordaje preestablecidos. Así mismo los programas de entrenamiento interinstitucionales que permitan compartir las experiencias y fortalezas de cada institución, los métodos como consulta interdisciplinaria e interinstitucional de cada caso son ideales.

13. Conformación de equipos de revisión de casos fatales: Michael A. Town, juez de la Corte de Circuito de Honolulu, Hawai, ha acuñado el término de daño o efecto jurigénico, en contraposición o teniendo como referencia el término daño iatrogénico, utilizado en medicina y que consiste en un peligro inadvertido (incluyendo la muerte o lesiones) causado por el tratamiento o la intervención médica.



Tales daños son generalmente evitables y atribuidos a un defecto en el sistema y no puramente al resultado de un error humano específico. Igualmente, acontecen daños causados por el sistema de justicia, que desembocan en un resultado de muerte o lesiones. La falla desafortunada en la posibilidad de registrar y corregir tales errores ha sido abordada tan sólo recientemente.

Efecto o daño jurigénico incluye esos daños no anticipados causados por el sistema de justicia. Tales daños podrían incluir el otorgar la custodia de un menor a una persona violenta, requiriéndoles a los menores víctimas someterse a entrevistas y audiencias innecesarias, resultando en un trauma emocional reiterado para los mismos. No obstante ser estos daños no intencionales y resultado de fallas en el sistema, son tan reales como cualquier

consecuencia anticipada y deben ser reconocidos y ampliamente discutidos.

De manera que, la solución a la violencia de género radica en moldear una sociedad que escoja ser no violenta, justa y libre de opresiones, por supuesto que para hacer esta escogencia, primero debemos enseñarle que existe tal alternativa a través de la educación.

Por último, a las autoridades administrativas y judiciales, a las instituciones no gubernamentales y a las comunidades nos corresponde asegurar que todas las víctimas, en todos los casos y en todas las competencias territoriales, sean tratadas de manera justa y compasiva, teniendo siempre presente que la carencia de recursos no es una excusa para la inercia sino una demanda para la creatividad.



CONTROL DE LA CORRUPCIÓN EN EL SISTEMA COSTARRICENSE¹

Licda. Yara Esquivel Soto
Fiscal Auxiliar Delitos Económicos

En noviembre de 2003 se realizó en Tokio, Japón, la Sexta Capacitación Internacional sobre el Control de la Corrupción en el Sistema de Justicia Criminal, organizada por el Instituto de las Naciones Unidas para la Prevención del Crimen y el Tratamiento de los Ofensores en Asia y el Lejano Oriente, UNAFEI por sus siglas en inglés. En esta ocasión, Costa Rica fue invitada a participar, junto con otros trece países, por lo que se solicitó la presentación de una ponencia que brindara un vistazo general sobre los mecanismos con los que se cuenta para la prevención y represión de la corrupción en nuestro sistema legal.

I. Desarrollo histórico

La lucha contra la corrupción en nuestras instituciones públicas no es reciente. Es posible encontrar sus primeros esbozos desde antes de la fundación de la República, cuando en 1823 la Asamblea Nacional Constituyente emitió un decreto llamado de "Independencia Absoluta", el cual señalaba que:

"Las expresadas provincias, representadas en estas Asambleas, son libres e independientes

*de la antigua España, de México y de cualquiera otra potencia, así del antiguo como del nuevo mundo, y no son, ni deben ser el patrimonio de familia alguna."*²

Con esa afirmación, por primera vez en la historia del país se puso de manifiesto la necesidad de independencia estatal, no solo de potencias extranjeras, sino de personas particulares que pretendieran lucrar con las riquezas nacionales. Además, se hizo referencia a una verdadera separación de los bienes del Estado y los bienes de sus ciudadanos.

Ese espíritu de transparencia en el ejercicio del poder se concretó el 2 de julio de 1823, cuando la Asamblea Constituyente declaró la división del gobierno de la Federación en tres poderes: Ejecutivo, Legislativo y Judicial, división que se ha mantenido, respaldando el sistema de pesos y contrapesos³.

Llama la atención cómo las diversas constituciones y leyes promulgadas en el desarrollo político del país se preocuparon por incluir normas legales tendientes a prevenir y reprimir la corrupción de nuestros gobernantes. Así, la Ley

¹ Una versión del original en inglés puede encontrarse al final de este texto.

² DE LA CRUZ (Mladimir), Historia General de Costa Rica, tomo III, Euroamericana de Ediciones, San José, 1987, pp. 146.

³ Véase supra, nota 1, p. 1.



Fundamental de 1825 señalaba la responsabilidad de todo funcionario público por el abuso en el ejercicio de sus funciones. Estos serían juzgados por el Congreso. Por su parte, los miembros del Poder Ejecutivo serían juzgados por la Corte Suprema de Justicia y los del Poder Legislativo por un Tribunal nombrado por el Consejo de Diputados⁴.

En el primer estatuto político se estableció que si la Junta o sus Comisiones se excedían en sus facultades, incurrirían en un crimen de acusación popular y cualquier ciudadano podía "ejercer la acusación" ante el alcalde de la vecindad. El segundo estatuto político señaló a los miembros de los supremos poderes la obligación de rendir cuentas de sus operaciones ante la Asamblea o Congreso⁵.

Posteriormente, la Constitución Política de 1848 estableció que Costa Rica sería gobernada por un Presidente, ya no un Jefe de Estado, el cual era responsable por el abuso en el ejercicio del cargo. Asimismo, los secretarios de Estado estaban obligados a rendir un informe anual ante el Congreso. Esta Constitución dedicó todo un capítulo a la responsabilidad de los funcionarios públicos y al modo de exigirla. La acción por este tipo de delitos se declaró popular⁶.

Esta línea se mantuvo en la Constitución Política de 1871, la cual describió a los go-

bernantes como depositarios de la autoridad y no como dueños ni superiores de ella, por lo que la facultad para acusar a un funcionario público por infringir la Constitución era popular. Desgraciadamente, el peso de los individuos frente al Estado se estableció de manera desproporcionada y la Carta Fundamental por sí misma no sentó las bases para desarrollar el anterior principio, sino que tuvo que hacerlo a través de las leyes. Por eso, se le permitieron al Poder Ejecutivo abusos y arbitrariedades⁷.

Incluso en 1917, la Constitución Política impuesta por la dictadura de Federico Tinoco Granados estableció que la soberanía residía en la nación, de la que emanaban los poderes públicos, los cuales eran limitados y debían ejercerse con arreglo a lo prescrito por la Carta Política⁸.

La Constitución Política de 1948 se mantuvo a la altura de sus predecesoras. Así, el artículo 11 señala: "*Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad y no pueden arrogarse facultades que la ley no les concede. Deben prestar juramento de observar y cumplir esta Constitución y las leyes. La acción para exigirles la responsabilidad penal de sus actos es pública*"⁹.

Hans Kelsen, en su Teoría Pura del Derecho, estableció que para encontrar la validez del ordenamiento jurídico positivo es neces-

4 *Ibid.*

5 Véase supra nota 1, p.1.

6 *Ibid.*

7 *Ibid.*

8 Véase supra, nota 1, p. 1.

9 Constitución Política de 7 de noviembre de 1949, San José, Investigaciones Jurídicas, 2003, art. 11.



rio remitirse a una norma presupuesta dentro del pensamiento jurídico, es decir, la norma fundamental: la Constitución Política¹⁰. Así, al elevarse a rango constitucional un principio como el señalado por el artículo once, el constituyente dejó claro su compromiso en contra de la corrupción en las instituciones gubernamentales.

II. ESTADÍSTICAS

En el año 2003, Costa Rica fue calificada como número 50 de 133 en el Índice de Percepción de Transparencia Internacional, compartiendo su lugar con Corea del Sur y Grecia. Países como Uruguay, Chile y Cuba obtuvieron una mejor calificación. Esto fue desalentador, pues el año anterior el país había sido calificado en el lugar número 40 de 102. Este índice es publicado anualmente con el fin de monitorear los avances o retrocesos de cada país miembro en cuanto a la forma en que es percibido a nivel internacional en su lucha contra la corrupción. De esta manera, los países percibidos mundialmente como menos corruptos ocupan los primeros puestos, y aquellos percibidos como más corruptos ocupan los puestos más altos.

Por otra parte, de acuerdo con el Estado de la Nación, para el año 2001 los casos recibidos en el sistema judicial se incrementaron en un 17.8%, alcanzando más de 900.000 asuntos. Esto resultó en un exceso de carga para los jueces, a quienes se les distribuyó un

total de 894 casos cada uno, a un promedio de 17.8 casos por semana, o 3.5 casos por día¹¹. Tal aumento podría haberse generado en las reformas sufridas por el Código Penal, cuyo capítulo sobre los delitos sexuales amplió la gama de conductas punibles entre los años 1999 y 2000, así como la inclusión de delitos cometidos por medios informáticos, promulgados en el año 2001.

En la Fiscalía de Delitos Económicos y Corrupción, se recibieron 1644 denuncias durante el año 2000, las cuales se distribuyeron entre 10 fiscales. Eso se tradujo en 164.4 casos para ser investigados por cada fiscal sin la ayuda de una policía especializada. Ese año se concluyeron 144 casos con 11 acusaciones. Treinta y cinco personas fueron llevadas a juicio y condenadas¹².

La estadística del control político ejercido por la Asamblea Legislativa tampoco resultó alentadora. En cada sesión existe un período de una hora destinado a la discusión de asuntos de interés público, llamado la "Hora de Control Político". En el año 2001, casi el 70% de estas sesiones fue suspendido (112 de 161), con la finalidad de discutir otros asuntos, tales como proyectos de ley. Durante las sesiones que sí se sostuvieron, un tercio de los diputados no participó, y otro tercio participó solo una vez¹³.

En lo que se refiere a las comisiones parlamentarias, durante ese año, solo cuatro

10 KELSEN (Hans), *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*, Editorial Nacional, México, 1974.

11 Proyecto Estado de la Nación

Estado de la Nación en Desarrollo Humano Sostenible, (octubre 2002)

12 Véase supra, nota 11, p. 4.

13 Véase supra, nota 11, p.4.



comisiones presentaron sus reportes, aunque ninguna de ellas generó una resolución. Estas fueron la comisión que evaluó los costos y beneficios de los certificados de abono tributario, la que estudió y evaluó el funcionamiento del Depósito Libre Comercial de Golfito, la que analizó la situación de la Caja Costarricense del Seguro Social y la comisión sobre precursores químicos e importación de acetona, permanganato de potasio y otras sustancias. De esas, las dos últimas mantenían investigaciones pendientes al final de ese año. Además de estas, también investigaban la comisión para la investigación sobre la compra de energía eléctrica a generadores privados realizada por el ICE, la que investigó la licitación y contrato de gestión interesada del Aeropuerto Internacional Juan Santamaría y la comisión que analizó la situación del Sistema Financiero Cooperativo. Dos de esas comisiones estaban dedicadas a analizar temas relacionados con la corrupción¹⁴.

Ese año se intentó crear cuatro comisiones que no se concretaron. Se propuso adherir una comisión a la investigación sobre el sistema financiero cooperativo y el caso de la deuda de Coopemontecillos R.L. con el BICSA. También se quiso crear una comisión especial para la investigación de las irregularidades acaecidas en el Registro Público. Se propuso la creación de una comisión para la investigación de las actuaciones en materia tarifaria del Regulador General. También se pensó en una comisión para la investigación de los trámites de obtención, trasposos y titularidad de las con-

cesiones del espectro radiofónico nacional y otra para el análisis del funcionamiento de las sociedades anónimas laborales del ICE. Todas ellas estaban relacionadas con temas relativos a la corrupción¹⁵.

III. CONTROLES PREVENTIVOS

A. Instituciones parlamentarias

La Asamblea Legislativa puede ejercer control sobre el Poder Ejecutivo a través de dos instituciones diferentes.

Las comisiones parlamentarias, creadas por la misma Constitución (artículo 121, inciso 23), son utilizados por el Congreso para investigar cualquier asunto que considere de interés¹⁶. En ese sentido, la Asamblea Legislativa cuenta con absoluta discreción para elegir los temas que deberán investigar. Si bien tienen libre acceso a todos los departamentos gubernamentales, su control es más esencialmente político, con el inconveniente de que quienes las integran no siempre cuentan con conocimientos legales o económicos.

Por otra parte, nuestra Constitución también creó otro órgano auxiliar del Congreso, dirigido a controlar las acciones del Poder Ejecutivo. Se trata de la Contraloría General de la República (artículo 183), creada para observar la ejecución del presupuesto, examinar y aprobar los presupuestos municipales y analizar las cuentas gubernamentales¹⁷. Para ello,

14 Ibid.

15 Ibid.

16 Véase supra, nota 8, p.

17 Ibid.



la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en su artículo 21, establece la posibilidad de conducir auditorías financieras y operativas en las instituciones públicas¹⁸.

B. Monitoreo del Presupuesto

La Constitución creó la Tesorería Nacional como centro de operaciones para la Administración Pública¹⁹. Opera bajo el principio de caja única, el cual establece que todos los ingresos estatales deben ser incorporados dentro de una única cuenta, de donde pueden ser emitidos a sus diferentes destinos, de acuerdo con la ley del presupuesto²⁰.

El presupuesto es un documento elaborado por el Poder Ejecutivo, que luego es enviado al Congreso, donde se convierte en ley. Para eso se creó la Oficina de Presupuesto. Cada año, los presidentes de cada rama gubernamental deben enviar a esa oficina sus proyectos presupuestarios para el año siguiente²¹.

El documento final es dividido en dos: la primera parte incluye los ingresos y egresos previstos para el año siguiente, mientras que la segunda establece las inversiones pretendidas. Una vez que los proyectos son aprobados, el Poder Ejecutivo debe enviar ambos documentos a la Contraloría General de la República para ser evaluados, y esta debe enviarlos de vuelta

al Congreso para su aprobación. La Oficina de Presupuesto entonces ejecuta la Ley de Presupuesto, bajo el ojo acucioso de la Contraloría General²².

C. CONTRATACIÓN

La experiencia ha demostrado que la corrupción incrementa la inversión pública, básicamente porque resulta un buen negocio. Un ejemplo común es la construcción de una carretera con material de bajo costo, cancelado como si se tratara de material de alta calidad. Si se trata de una calle muy transitada, se deteriorará rápidamente y se convertirá en un peligro de accidente. Esto lleva a un nuevo contrato para la reparación de la carretera y el ciclo vuelve a dar inicio.

Es interesante notar que, de acuerdo con el Estado de la Nación, durante el año 2001 la inversión social en Costa Rica aumentó en un 2.7%, lo cual es superior al crecimiento de población para ese mismo año. Eso quiere decir que la inversión per capita aumentó en 6%. Extrañamente, los niveles de pobreza no decrecieron²³. Tanto el reporte anual del Defensor de los Habitantes como el reporte anual de la Contraloría General de la República apuntaron a la falta de mecanismos de control como responsable. Esto lleva a creer que pudo darse alguna desviación de fondos.

18 Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, Investigaciones Jurídicas S.A., San José, 1996.

19 Véase supra, nota 8, p. 4.

20 Ley de la Administración Financiera de la República, EDITEC Editores S.A., San José, 1997.

21 Ibid.

22 Véase supra, nota 7, p. 21.

23 Véase supra, nota 11, p. 4.



1. *La Ley General de Contratación Administrativa*

La emisión de contratos entre compañías públicas y privadas, o que involucran fondos públicos, fue regulada cuidadosamente con la intención de prevenir la desviación de fondos. Para ello, se creó la Ley de Contractación Administrativa, la cual pretende que la actividad contractual se desarrolle bajo los principios de equidad, libre mercado y publicidad. Cada procedimiento debe iniciar con la decisión fundada del órgano competente para promover el concurso. El participante debe pagar una garantía de cumplimiento de 5% a 10% una vez cerrado el contrato.

Las siguiente personas tienen prohibición de participar en estos procedimientos:

- a) El Presidente, vicepresidentes, ministros, Viceministros, diputados, magistrados, Contralor General de la República, Subcontralor General de la República, Procurador General, Subprocurador, Defensor de los Habitantes, Tesorero Nacional, Subtesorero Nacional, Proveedor General y Subproveedor General.
- b) Presidentes ejecutivos de las instituciones involucradas.
- c) Compañías propiedad de los funcionarios mencionados.
- d) Sus parientes hasta el tercer grado.
- e) Compañías en las que dichos funcionarios sean dueños del 25% o más de las acciones o que ocupen puestos gerenciales.
- f) Personas que participen como asesores en cualquier etapa del procedimiento.

2. *Ley de Concesión de Obra Pública*

En lo que atañe a la contratación de obras públicas específicamente, esta ley se encarga

de todo lo relacionado con los procedimientos a seguir. Su propósito no es solo disminuir el riesgo de contratación corrupta, sino que también se dirige a la eficiencia y calidad de los trabajos.

Las concesiones de obra pública son contratos administrativos a través de los cuales una institución selecciona a una persona pública o privada para diseñar, planear, financiar, construir, conservar, remodelar o reparar cualquier propiedad inmueble.

Para ello, se creó un Consejo Nacional de Concesiones, auxiliado por una secretaría técnica, a cargo de la contratación de los estudios técnicos requeridos para determinar la factibilidad de los proyectos. Por su parte, el Consejo garantizará la transparencia, oportunidad y legalidad de los actos llevados a cabo por la Secretaría. También aprobará o improbará las concesiones y firmará los contratos.

IV. INSTITUCIONES DE CONTROL REPRESIVO

A. *La Fiscalía de Delitos Económicos y Corrupción*

Esta Fiscalía fue creada a mediados de la década de los noventa, cuando arrancó como una oficina con dos escritorios que ocasionalmente investigaba casos relevantes de corrupción. En la actualidad, consta de trece fiscales y siete auxiliares judiciales, con asiento en la provincia de San José.

La misión de esta oficina es la investigación de importantes casos de delitos económicos o de corrupción en todo el territorio nacional, con atención a la complejidad de los mismos: alto número de imputados, alto



número de víctimas, criminalidad organizada o participación de funcionarios públicos.

Sin embargo, la investigación de este tipo de delitos se ha vuelto cada vez más complicada. El exceso de trabajo excede la capacidad de la Fiscalía. Mientras los criminales cuentan con las ventajas de la tecnología para delinquir a través de medios novedosos y sofisticados, los fiscales de Delitos Económicos y Corrupción, al igual que los fiscales del resto del país, deben trabajar con computadoras obsoletas, acceso limitado a internet o líneas telefónicas restringidas. Los delincuentes de cuello blanco no son simples ladrones, son individuos preparados, con educación universitaria y un amplio conocimiento del mundo. Los fiscales de Delitos Económicos se ven forzados a tomar tiempo lejos de sus familias y utilizar sus propios recursos para educarse en las nuevas formas del crimen organizado.

B. La policía judicial

Una policía especializada fue creada para asistir a los fiscales en la investigación criminal. Bajo la dirección y control de la fiscalía, esta policía está encargada de la investigación de delitos de acción pública, tales como los casos de corrupción. Se espera que señale a sus autores y partícipes, y que recolecte la evidencia necesaria para sustentar una acusación.

Durante años, la Fiscalía de Delitos Económicos y Corrupción trabajó con los investigadores de la Unidad de Fraudes, lo cual volvía el trabajo más difícil, básicamente porque forzaba a los fiscales a planear sus operativos únicamente cuando dicha unidad no fuese requerida por los fiscales de fraudes. Además presentaba el riesgo de que no se conocía a la gente con la que se trabajaba, lo cual faci-

litaba la presencia de extraños en los operativos y la fuga de información. Finalmente, forzaba a los fiscales a realizar el trabajo de los investigadores, pues no se contaba con personal suficiente para ello.

A inicios de octubre del año pasado se creó la Unidad de Cuello Blanco para trabajar con la Fiscalía de Delitos Económicos y Corrupción, lo cual se tiene como un gran avance en la investigación de estos casos.

Esta unidad funciona como parte de la Unidad de Fraudes del Organismo de Investigación Judicial, y en estos momentos la Fiscalía de Delitos Económicos se encuentra realizando los ajustes necesarios para trasladar un alto porcentaje de sus causas a esta policía especializada, bajo la modalidad de dirección funcional. Ello permitirá que los fiscales se dediquen a la resolución de casos y atención de audiencias y debates, mientras que la policía se dedica a su investigación.

C. La Jurisdicción de la Función Pública

Sin embargo, la legislación de un país debe ir acorde con sus necesidades y recursos. La creación de la Jurisdicción de la Función Pública, que entró en vigencia el 17 de mayo de 2003, resulta alarmante. Se pretende concentrar todos los casos de corrupción en una única sede. Los fiscales e investigadores de cada provincia continuarán recibiendo e investigando los casos de corrupción en cada una de sus ciudades. Sin embargo, una vez que se formule la acusación, debe ser presentada, de acuerdo con el artículo segundo, ante un juzgado especializado, ubicado en la ciudad de San José. De ahí en adelante, la Fiscalía de Delitos Económicos y Corrupción debe encargarse de las audiencias preliminares y posteriormente de los debates.



Para paliar los efectos de esta ley, mediante artículo diez de la sesión 18-03 del 12 de mayo de 2003, el Consejo Superior de la Judicatura acordó recargar en el Juzgado Penal y en el Tribunal Penal de Goicoechea los procesos relacionados con delitos funcionales. En el caso del Ministerio Público, se crearon dos nuevas plazas de fiscales auxiliares de delitos económicos y corrupción, y una nueva plaza de auxiliar judicial. Sin embargo, si tomamos en consideración que en el año 2002 se denunciaron aproximadamente mil seiscientos casos de corrupción, y que únicamente se cuenta con trece fiscales especializados que deben compartir siete auxiliares judiciales, no es difícil prever el resultado.

Por otra parte, las víctimas de todo el país se verán forzadas a desplazarse hasta San José, viéndose obligadas a asumir sus propios gastos. Esto retrasará los juicios, violentando el principio de justicia pronta y cumplida garantizado por la Constitución Política. Peor aún, se convertirá en un obstáculo al acceso a la justicia, el cual es también un imperativo constitucional.

V. ANÁLISIS

Cuando se trabaja con elementos tan inestables como los seres humanos, es imposible presentar una solución al problema. Más que imposible, resulta pretensioso. Aun así, se ha identificado una serie de problemas en el sistema costarricense que podrían inducir a la corrupción.

Dentro de un análisis sociológico, existen dos teorías que pretenden explicar la delincuencia económica. La primera es la llamada asociación diferencial, y fue propuesta por Sutherland²⁴ en 1939, quien partió del concepto de subculturas, y concluyó que la corrupción es el producto de un proceso de aprendizaje e interacción con otros miembros de la sociedad. La conducta criminal sería entonces aprendida de una interacción cercana dentro de un proceso de comunicación. Un individuo actuaría de acuerdo con su conocimiento a raíz de un exceso de definiciones favorables para la violación de la ley, contrapuestas a un número de definiciones desfavorables a esa violación. La segunda es la teoría de la anomia, referida a ciertos estados de carencia de normas en una sociedad. El sociólogo estadounidense, Robert Merton, partió del hecho de que la delincuencia es normal en una sociedad, pero agregó un elemento novedoso a la ecuación: existe un desfase entre los fines sociales y los medios para obtenerlos. Merton propuso una teoría de conducta derivada, en la que señaló que ciertas sociedades impulsan a algunos de sus miembros para escoger una actitud disconforme, generando en el individuo una discrepancia entre sus aspiraciones sociales y los medios para alcanzarlas.

Ambas teorías tienen un elemento en común. Concluyen que un individuo es llevado al crimen cuando tiene una aspiración que no puede satisfacer por sus propios medios. Sin embargo, se presenta una solución: violar la

24 Así citado por CRUZ CASTRO (Fernando), «Discriminación e Ineficiencia en la Persecución del Delito Económico: La Inevitable Perversión del Sistema Penal», Revista de Ciencias Penales, número 9, diciembre 1994



ley – volverse corrupto – le permite alcanzar esa aspiración. La decisión es hecha cuando, después de sopesar sus opciones, el individuo concluye que la violación le traerá mayores beneficios que perjuicios. Transgrede la ley porque sabe que no será descubierto.

En una respuesta legal: ¿qué se puede hacer para mostrar a estos individuos que serán descubiertos en su intento de violar la norma?

La emisión de nuevas leyes no es la respuesta. Fácilmente se aprecia que en Costa Rica existen leyes para todo, pero no siempre se aplican con éxito. Esto se debe principalmente a que existen serias inconsistencias entre la ley y las instituciones creadas para implementarla.

A partir de las teorías sociológicas expuestas, no cabe duda de que el individuo conoce la ley, y aún así decide violarla. Esto es porque las instituciones creadas para su implementación no trabajan apropiadamente, tal y como lo demuestran las estadísticas del Estado de la Nación.

El problema es que la solución sugerida no siempre es factible: deben asignarse más recursos para combatir la criminalidad de cuello blanco. La realidad debe ser acorde con el tipo de institución pretendida por la ley. Crear normas y departamentos para prevenir y reprimir la corrupción sin proveerlos de los recursos necesarios para llevar a cabo sus funciones es como crear una mente sin cuerpo.

En relación con las investigaciones, debe tomarse en consideración una serie de aspectos. Se sugiere la formación de equipos de investigación que incluyan un fiscal, un investigador y un contador, los cuales deben trabajar de cerca y estar integrados por profesionales seleccionados cuidadosamente. La educación constante es imperativa: el crimen ha trascendido las fronteras y la Fiscalía también debe hacerlo. El conocimiento de nuevos idiomas no debe ser considerado como una ventaja, sino una exigencia. Una nueva generación de aplicadores del derecho debe ser creada, de forma tal que cuando un individuo deba enfrentar la discrepancia entre sus aspiraciones sociales y los medios para alcanzarlas, la elección se vuelva evidente.



The Costa Rican Case

The fight against corruption in our public institutions is not new. It started in one way or another even before the foundation of the Republic, when in 1823 the National Constituent Assembly passed a bill called "Absolute Independence", which pointed out that the then fledgling provinces represented in the Assembly were not subject to the influence of any colonial power or any family. This expressed for the first time the need for a state to be completely independent, both from outside powers as much as powerful individuals.

That spirit for transparency was evidenced when the Assembly declared the division of the Federal Government into three bodies: Executive, Legislative and Judicial. Thus maintaining and respecting the checks and balances system. Several laws were created through the years in order to prevent and diminish the corruption in our government. Further along, the Economic and Corruption Crimes Office has investigated several corruption cases, especially since the 1980's. No one has escaped this: Presidents, Ministers, Congressmen and other public employees have been under investigation for their actions.

Nevertheless it was not until a couple of years ago that finally our vast Constitution included an article that solidified that fight. In June 2000 it was reformed to include an article which reads:

Article 11: "Public servants are simple trustees of authority and thus may not be attributed with faculties which the law does not grant them. They are required to fulfill the duties imposed by law and must take an oath to observe and follow this Constitution and the law. The action to demand any criminal responsibility for their behavior is public."

According to Kelsen's pyramid, this principle should legitimize an entire mechanism that already existed. A mechanism that included control institutions, as well as procedural laws, created to prevent and repress the loss or misdirection of funding. All of these pre-existed, but it was not until a few years ago that they were constitutionally validated, clearly showing an increase of corruption cases as well as a strong concern related to this issue.

But the Constitution also establishes other principles intended to prevent corruption, like article 30, which guarantees free access to administrative departments to the civil community, in order to obtain information of public relevance.

Also, by constitutional mandate, congressmen are not allowed to contract directly or indirectly with any government institution (article 112). And as for the President, Ministers and every other public servant with access to public funds, they have the obligation to declare their assets at the beginning of their term.

I. STATISTICS

This year, Costa Rica ranked number 50 out of 133 countries in the Corruption Perception Index for International Transparency, sharing this place with South Korea and Greece. Countries such as Uruguay, Chile and Cuba were better rated. This is discouraging, because last year the country ranked 40 out of 102.

On the other hand, according to the State of the Nation Report for the year 2001, 17.8% more cases were received in the judicial system, reaching over 900.000 cases. This resulted in a work overload for the judges, who received



a total of 894 cases at an average of 17.8 cases per week, or 3.5 cases per day.

On the side of the prosecutors, specifically from the Economic and Corruption Crimes Office, in the year 2000, 1644 complaints were received and distributed among 10 prosecutors (which was the total of anti corruption prosecutors for that year). That translated into 164.4 cases to be investigated by each prosecutor without the aid of a specialized police. That year, 144 cases were closed, out of which 11 indictments were filed. Also, 35 people were tried and condemned.

The analysis of the Political Control exercised by Congress didn't come up better. In every session, there is a period of one hour destined to discuss public interest matters, named "Political Control Hour". In the year 2001, nearly 70% of these sessions were suspended (112 out of 161), in order to discuss other issues, such as law bills. During the sessions that were actually held, about one third of the Congressmen never participated, and another third participated only once.

In regard to the Congressional Commissions, during that year four commissions presented their reports and five were still investigating. There was an attempt to create six more commissions, but only two succeeded. None of the reports generated a resolution.

II. PREVENTIVE CONTROLS

A. Congressional institutions

Congress can maintain control over the Executive Branch through two different types of institutions.

The first is the Congressional Commissions, created by the Constitution (articles 23 and 24),

which state that Congress is entitled to form investigative commissions to attend any matter that it may consider of interest. These commissions have free and absolute access to every government department. But this is more of a political control, influenced mostly by each party's interests and the public opinion, with the inconvenient that the investigators do not always have legal or economic backgrounds.

On the other hand, the Costa Rican Constitution also created an organ intended to control the actions of the Executive Branch, as an independent auxiliary to Congress. It is called the Republic's General Controller Office (article 183). It was created to observe the budget's execution, to examine and approve Municipalities' budgets and to analyze government accounts. It also has the obligation to send an annual report to Congress. To achieve this, the law that regulates this organ, Organic Law of the Republic's General Controller Office, article 21, establishes the possibility to conduct financial and operational audits of other government institutions.

B. Budget monitoring

The Constitution created an office called the "National Treasury", which is the center of operations for the Administration. It operates under the "Single Cash Desk Principle", which states that all of the government's resources must be incorporated directly into the country's budget, from where they can be issued to their destinations, according to the budget law.

The budget is a document elaborated by the Executive Branch, and it is later submitted to Congress, where it becomes a law. Therefore, a specialized office was created: the Budget Bureau. Every year, the presidents of



the Executive, Legislative, Judicial and Electoral Branches must present projects for their own budgets for the following year.

The resulting document is divided in two: the first part includes incomes and expenses foreseen for the following year, while the second part establishes the investments intended. Once the projects are approved, the Executive Branch must send both documents to the Republic's General Controller's Office, which, in turn, must send them back to Congress with its own prognosis, where they are approved or rejected. The Budget Bureau then executes them, under the watchful eye of the Republic's General Controller's Office.

C. Public contracting

Experience has shown that corruption increases public investment, mainly because it is good business. A common example would be the construction of a road with low quality, cheap materials that are paid as if they were high quality material. If this is a highly transited freeway, the road will soon deteriorate and become an accident hazard. This would lead to a new contract to repair the road, and so the cycle begins again.

It is interesting to notice that – according to the “State of the Nation Report” – during the year 2001, public social investment in Costa Rica increased 2.7%, which is higher than the population growth reported for that same year. This means that the investment per capita increased in 0.6%. Oddly enough, poverty levels did not decrease. Both, the annual report of the Ombudsman's Office as well as the annual report of the Republic's General Controller, pointed to the lack of control mechanisms. This leads to believe that some leakage may have taken place.

1. Administrative Contracting Law

The issuance of contracts between private companies and public institutions, or that involve any amount of public funding has been regulated carefully, with the hope to prevent leakage of funds. For this purpose, “The Administrative Contracting Law” was created. It intends the activity to develop under the principles of efficiency, equality, free market and publicity. Every procedure must begin with the founded decision of the competent organ to promote the contest. The participant must pay a compliment guarantee of 5% to 10% once the contract is sealed.

The following people are prohibited to participate in these procedures:

- g) The President, Vice Presidents, Ministers, Vice Ministers, Congressmen, Supreme Court Judges, Supreme Electoral Judges, the General Controller and Deputy Controller, the Attorney General and Deputy Attorney General, the Ombudsman, the National Treasurer and Deputy National Treasurer, the National Supplier and Deputy Supplier.
- h) Presidents and managers of the institutions involved.
- i) Companies in which any of the above mentioned servers own stock.
- j) Their relatives up to the third degree.
- k) Companies in which relatives of the above mentioned servers own 25% or more of the stock, or in which they occupy managing positions.
- l) People who have participated as advisors in any stage of the procedures.



2. General Law of Public Works Concession

When it comes to the contracting of public works, specifically, there is a law which regulates the procedures to be followed: the "General Law of Public Works Concession". It not only pretends to diminish the risk of crooked contracting, but it is also directed to the efficiency and quality of the works.

Public Works Concessions are administrative contracts through which the contracting institution appoints another (public or private person), to design, plan, finance construct, conserve, remodel or repair any public landed property.

For this, a National Concessions Council was created, aided by a Technical Secretariat, in charge of contracting the technical studies required to determine the feasibility of the project. In turn, the council will guarantee the transparency, opportunity and legality of the acts performed by the secretariat. It will also approve or reject the concessions and sign the contract.

III. REPRESSIVE CONTROLS

Our Criminal Code has dedicated an entire chapter to crimes committed against the "duties of the public function". The following is just a brief summary of some of the conducts described in this chapter:

A. Authority abuse

"The public servant who, abusing his/her position, may order or commit any arbitrary act violating someone else's rights, will be sanctioned with three months to two years of prison".

B. Acceptance of bribery

"The public servant who may accept any unlawful advantage or who may accept the promise of such an advantage in order to perform one of his/her duties will be sanctioned with six months to two years of prison".

"The public servant who may accept any unlawful advantage or who may accept the promise of such an advantage in order to perform an act against his/her duties will be sanctioned with six months to two years of prison".

The person who offers the bribery will be sanctioned with the same punishment.

C. Incompatible negotiations

"The public servant who, directly or through a third party or through simulated actions, may take interest in any contract or operation in which he/she intervened as a consequence of his/her position will be sanctioned with one to four years of prison".

D. Illegal ruling

"The judicial or administrative servant who may dictate resolutions against the law or who may establish them on false premises will be sanctioned with two to six years of prison".

E. Public embezzlement

"The public servant who may subtract or distract money or goods which administration, perception or custody were appointed to him/her because of his/her position will be sanctioned with three to twelve years of prison".



IV. LAW ENFORCEMENT INSTITUTIONS

A. The Economic and Corruption Crimes Office

This office was created in the mid 1990's, when it started evolving from a two desk office with two prosecutors that occasionally investigated important corruption cases. Today, it consists of thirteen prosecutors and seven clerks with national jurisdiction, located in the capital, San José province.

The mission of this office is to investigate important corruption and economic cases all over the country, attending to the complexity of the cases: high number of defendants, high number of victims, organized crime or government officials.

Up until today, several important cases have been uncovered, investigated and taken to trial successfully.

Two years ago, on June 20th, 2001, the board of directors of Banco Anglo, the oldest public bank in the history of the country, was sentenced to prison for committing embezzlement against the bank. In 1993, the Board of Directors of this bank agreed to buy a company named "Commercial Values Storehouse", or AVC, by its initials in Spanish, which was a private company that belonged to the Lopez Brothers, two Chilean businessmen established in Costa Rica. They paid an over price of four hundred million colones, which, at the time, translated into more than four million dollars. In October of that same year, they agreed to acquire Venezuelan debt bonds for fifteen million dollars and four days later for twenty two million dollars. In May 1994 they acquired bonds for five and a half million

dollars. With these actions they technically broke the bank, which a few months later had to be shut down by the government. This represented a loss of sixteen thousand million colones, translated into one hundred and sixty million dollars. This investigation was the first step towards fighting corruption.

But more investigations spurred. On the year 1997, former Minister of Labor, Farid Ayales, was investigated for corruption. Due to Nicaraguan immigrations he came up with what he called the "Station Working Card", which allowed immigrants to work legally in the country. For this, he created a foundation in charge of collecting five dollars per person for issuing the card. This association kept the money in a private bank account for days, earning interests, before it was put into the government's bank accounts. For this, on July 26, 2000, he was sentenced to serve eight years in prison.

Also, in November 26, 2000, former Minister of Transportation, Bernardo Arce, was sentenced to serve three years of prison, converted into five years of parole. He was found responsible for public embezzlement, in a case related to an irregular conception of exploitation permits of mineral resources in a property named "Tajo don Jaime", located in Sarapiquí, a small community in the province of Heredia. Arce was part owner of the property and was benefited from the sale of the material, which was eventually bought by the Transportation Ministry to build a road.

Finally, on August 1st, 2003, Heber Di Bella, Technical Secretary for the Public Compensation Fund, was sentenced to serve twelve years in prison, also for public embezzlement. The Social Compensation Fund was created with public resources with an eighty



million colones annual budget, which translates today into approximately two hundred thousand dollars. It was created to fight poverty, by locating people of extremely poor economic resources with debts to government institutions.

They would perform a social analysis of the candidate and, if they qualified, the government would compensate their debt. The Commission Coordinator, Jorge Martínez, along with the Technical Secretary, agreed to distract funding through private associations created to supposedly apply those same funds. These associations were ran by, Jorge Martínez's brothers. Four hundred and sixty million colones were distracted in this manner, which would translate into more than one hundred and fifty thousand dollars.

But prosecutors in Costa Rica are having a bad time. The burden of work exceeds our capacity. While delinquents have the advantage of technology to commit their crimes through new and sophisticated means, Economic and Corruption Crimes Prosecutors still have to work with outdated computers, limited access to the Internet or restricted telephone lines. White-collar criminals are not simple thugs, they are prepared individuals with a college education and a broad knowledge of the world. Economic and Corruption Crimes Prosecutors are forced to spend their own resources and take time away from their families in order to train themselves in the new ways of organized crime.

B. The judicial police

A special police force was created to assist prosecutors in crime investigation. Under the direction and control of the Prosecution, this police is in charge of investigating public action felonies, such as corruption cases. It is expected to find

their authors and participants, and to gather the evidence required to file an indictment.

For years, the Economic Crimes and Corruption Office had to work with detectives from the Frauds Unit, which made work more difficult, mainly because it forced to plan operations at times when they weren't working with the Frauds Prosecutors. Also, it posed a danger just recently discovered: because they weren't our own police we didn't know the people we were working with, allowing the presence of strangers in our operations and facilitating the leakage of information. Finally, because we didn't have enough investigators to work with, it forced us to do their job.

Starting October of last year, the White Collar Unit was created to work with the Economic Crimes and Corruption Office.

C. The Public Function Jurisdiction

But a country's legislation should go accordingly to the country's needs and resources. An alarming issue that has just been called to attention is the creation of the "Public Function Jurisdiction", issued on May 17, 2003. This law intends to hold all corruption in a single courthouse in the capital city of San José. The prosecutors and detectives in each province will continue to receive and investigate corruption in their cities. However, once the indictments have been formulated, they must be presented – according to article two – in one single courthouse, established in San José, home to the five judges specialized in corruption. Then, the Economic and Corruption Prosecutors are in charge of attending to the preliminary hearings and later, the trial.

If we take into consideration that last year alone there were nearly one thousand and six



hundred open corruption investigations, and that there are only thirteen Economic and Corruption Prosecutors, and five judges, doing the math is really quite simple.

On the other hand, victims from all over the country will have to transport themselves to San José, in most cases assuming the costs of this transportation. This will most likely delay trials, violating the principle of quick justice, guaranteed by our Constitution. Even worse than this, is that it will also become an obstacle to the access to Justice, which is also a Constitutional imperative.

V. ANALYSIS

When dealing with such unstable elements as human beings it is impossible to come up with an answer to a problem. More than impossible, it would be pretentious. Even so, several problems have been spotted in the Costa Rican system that may be inducing corruption.

In a sociological analysis, there are two theories that intend to explain white-collar delinquency. The first is called “differential association” and was proposed by Sutherland²⁵ in 1939, who departed from the concept of subcultures, and concluded that corruption is the product of a learning process and interaction with other members of society. Criminal conduct, then, would be learned from close interaction within a process of communication. An individual would act upon this knowledge due to an excess of favorable definitions to the violation of the law as opposed to the number of unfavorable definitions to this violation. The second is the theory of “anomia”, which refers to certain states of lack of rules in a society. The American

sociologist, Robert Merton, departed from the fact that delinquency is normal in a society, but he added another element to the equation: there is a gap between social ends and the means to obtain them. Merton proposed a theory of deviated behavior, in which he pointed out that certain societies push some of its members to choose a non settling attitude over a settling one, thus, generating in the individual a discrepancy between his/her social aspirations and the means to obtain them.

Both theories have one element in common. They conclude that an individual is driven to crime when he/she has an aspiration that he/she can not fulfill by his/her own means. However, a solution arises: breaking the law – becoming corrupt – can allow him to achieve this aspiration. The decision is made when – after weighing his/her options – he/she realizes that the violation would bring upon him or herself more benefits than harm. This means that he/she breaks the law because he/she is certain not to be caught.

In a legal response, what could be done to show these individuals that they will get caught in their attempt to violate the law?

The issuance of more laws is not the answer. It is easily appreciated that in Costa Rica there are laws for everything, but they are not always applied in the best manner. This is mainly because there is a serious inconsistency between the law and the institutions created to enforce it.

From the sociological theories exposed, there is no doubt that the individual knows the law, and still, he or she chooses to violate it. That is because the institutions created to enforce it are not working properly, just as the State of the Nation’s statistics show.



The problem is that this suggests a solution that is not always feasible: more resources must be assigned to fighting white-collar criminality. The budget should go accordingly to the kind of institution intended by the law. Creating laws and departments to prevent and repress corruption, but not providing them with the necessary resources to carry on their tasks is like creating a mind without a body.

Specifically regarding prosecutors and investigators, several aspects must be considered when planning an investigation, such as defining the sources of information, analyzing in detail the topics to be investigated,

and avoiding publicity or information leakage. Teams should be formed so that they would include a prosecutor, a detective and an accountant. These teams must work very closely and the professionals who constitute them must be carefully selected. Constant training is imperative: crime has transcended the country's frontiers and so must we. Learning new languages shouldn't be considered a plus, but they should be known as a must. A new generation of law enforcers must be bred, so that when an individual must face the discrepancy between his/her social aspirations and the means to obtain them, the choice becomes obvious.



ALGUNOS COMENTARIOS EN TORNO AL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Lic. Miguel A. García Martínez.
Fiscal de Casación Penal

A) Sobre la naturaleza y constitucionalidad del Procedimiento Abreviado

La Constitución Política, en su artículo 39, establece: "A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por *autoridad competente*, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y *mediante la necesaria demostración de culpabilidad...*". Por su parte el artículo 42 de la Constitución, establece: "...Nadie podrá ser juzgado más de una vez por el mismo hecho punible...".

La necesidad de sentencia firme implica la existencia de un "juicio previo" y, por ende, la necesidad de haberse respetado el debido proceso, un requisito esencial a los fines de imponer en forma legítima una sanción; de no haberse respetado el debido proceso y el derecho de defensa es posible plantear un procedimiento de revisión (Art. 42 *ibídem*).

El "Procedimiento Abreviado" no es una salida o medida alterna al procedimiento o proceso penal, como lo son la conciliación o la suspensión del proceso a prueba, dispuestas a los fines de solucionar el conflicto, en los términos del artículo 7 del Código Procesal Penal, pues el abreviado es precisamente eso, un "procedimiento", aunque de carácter "especial" (diverso del ordinario), *en el que el acusado renuncia a ejercer su derecho procesal al contradictorio o debate*.

El procedimiento penal no tiene por fin institucional descubrir la verdad, cualquiera que esta sea, sino determinar si es posible que el juzgador logre un convencimiento sobre la "verdad" de la acusación, fundamentándose en las pruebas y en una explicación racional, o si ello no es posible dentro de reglas preestablecidas, acorde con lo expuesto por el artículo 39 de la Constitución Política.

Por ser considerado un derecho procesal el ejercicio del contradictorio o debate y no una garantía (como el principio de inocencia y demostración en juicio de la culpabilidad), puede ser sujeto de renuncia o de ser administrado conforme a los intereses defensivos, según mejor le convenga a la parte; puede suceder lo mismo en un juicio oral, en el que el imputado no ofrece prueba de descargo, no interroga a los testigos, no discrepa la prueba documental y acepta el cargo; lo que sucede es que en el procedimiento abreviado el imputado anuncia de antemano (antes de la apertura a juicio) su intención de renunciar a ese derecho de ejercer el contradictorio y el debate; a cambio de ello, *en una decisión consensuada con el Ministerio Público (y querellante) y con el actor civil (ley 8146 del 26 de noviembre de 2001)*, a cambio obtendrá un beneficio consistente en el rebajo de pena o sanción que se llegue a pactar (Entre otros voto: 214-f-99 del Tribunal de Casación).



Se ha criticado la constitucionalidad del procedimiento abreviado, puesto que no median en el mismo la inmediatez, la oralidad, del juicio ordinario. No obstante, nuestra Constitución lo que exige es "...demostración en sentencia (juicio) de la culpabilidad...", esa es la garantía esencial; recordemos que la Constitución es del año 1949 y que en el Código Procesal de 1910, el procedimiento o juzgamiento era completamente, por escrito, de tal forma que la exigencia de una sentencia firme (*la que es culminación de un juicio previo*) no implica la necesidad de un juicio o procedimiento oral, la misma es previa a la promulgación del Código de Procedimientos Penales de 1973. Incluso, actualmente es dable pensar que utilizándose el procedimiento ordinario pueden ventilarse casos en donde lo único que media es prueba documental, no por ello el mismo es inconstitucional, esto no conlleva a que no se pueda valorar la prueba incorporada por lectura y llegar a un fallo, condenatorio o absolutorio. La palabra "juicio" implica o denota un procedimiento (conjunto de reglas), a seguir por el Juez, para poder llegar a verter un pronunciamiento según el cual *se tienen por demostrados los hechos de la acusación (y solo si se han respetado dichas reglas se puede tener como válida o eficaz dicha conclusión)*. Por lo que, debemos concluir, la circunstancia de que no medie inmediatez, oralidad, contradictorio, dada la renuncia del indiciado a su derecho al procedimiento ordinario, no hace inconstitucional el procedimiento abreviado, o el juicio y la sentencia que se rinda como conclusión del mismo.

¿Cuándo se puede afirmar que se puede tener algo por demostrado? ¿Cuándo la

prueba recopilada es suficiente para ello? La respuesta es de fundamental relevancia, puesto que la Constitución establece que se requiere demostración en juicio de la culpabilidad para imponerse en forma legítima la pena. La misma es simple, tal aseveración implica que en caso de existir una duda (racionalmente fundada) no se puede tener por acreditada la hipótesis acusatoria (puesto que la prueba establece la posibilidad de la existencia de una hipótesis fáctica alterna a la acusación), o bien cuando la hipótesis acusatoria, por medio de la prueba, se considera, ha sido refutada. El medio para demostrar (verificar la hipótesis acusatoria) es la prueba.

La solución a la determinación de cuándo la prueba es suficiente para tener por demostrada la hipótesis acusatoria, se encuentra en la teoría de las llamadas pruebas legales negativas, según la cual en esa lucha de iguales, corresponde al fiscal la carga de la prueba, y ella debe permitir determinar, más allá de toda duda razonable, la responsabilidad del acusado.¹

"...Para ser aceptada como verdadera, la hipótesis acusatoria no solo debe ser confirmada por varias pruebas y no ser desmentida por ninguna contraprueba, sino que también debe prevalecer sobre todas las posibles hipótesis en conflicto con ella, que deben ser refutadas... Cuando no resultan refutadas ni la hipótesis acusatoria ni las hipótesis en competencia con ella, la duda se resuelve, conforme al principio *in dubio pro*

¹ "...no todo razonamiento hipotético debe conducir necesariamente a crear un juicio de duda en el ánimo de los juzgadores, cuando se busca la aplicación del *in dubio pro reo*. La duda debe ser cierta, esencial, fundada, es decir, sustentada en el análisis de los elementos probatorios, y de tal magnitud que no permita realizar una conclusión cierta en uno u otro sentido..." Sala Tercera. Voto: 75-f-92. "...la resolución fundamentada en la duda debe exponer la apreciación probatoria de los juzgadores, que los lleva a dos o más posibilidades alternativas de conclusión, de las cuales no es posible escoger una descartando a las demás con certeza razonable..." Sala Tercera. Voto: 512-f-94.



reo, contra la primera. Este principio equivale a una norma de clausura sobre la decisión de la verdad procesal fáctica que no permite la condena mientras junto a la hipótesis acusatoria permanezcan otras hipótesis no refutadas en competencia con ella. Por eso, mientras la hipótesis acusatoria prevalece solo si está confirmada, las contrahipótesis prevalecen con solo no haber sido refutadas, no desmentidas, ...". (Ferrajoli, Pág. 151).

Debemos concluir que: dada la existencia de la duda razonable se debe absolver, pues la misma implica que no se pueden tener por demostrados los hechos acusados. Esta es también una garantía constitucional (a la que no renunció, ni podría renunciar el acusado, consecuencia misma del principio de inocencia).

B) Posibilidad de que el Juez de sentencia absuelva por la duda; o bien declare espuria prueba esencial y, ante ausencia de pruebas, se pronuncie por la duda

Con preocupación he leído en el Boletín Jurisprudencial de la Unidad de Capacitación del Ministerio Público, número ocho, lo siguiente:

"Sumario....Abreviado: El Tribunal de Casación ha señalado que en los casos en que el juzgador de juicio estima que existe duda sobre la comisión de un hecho delictivo, al conocer una solicitud de procedimiento abreviado, debe rechazarlo y devolver la causa al Juzgado Penal para que se conozca sobre la admisión de la acusación o se corrijan los defectos detectados, pues de lo contrario se

violaría el debido proceso al no permitirle al Ministerio Público discutir en el plenario a esa entidad si realmente la prueba es lícita o no, y si con base en ella se puede acreditar la comisión del delito y la participación del imputado....".

¿El Tribunal de Casación ha señalado que, en los casos en que el juzgador de juicio estima que existe duda sobre la comisión de un hecho delictivo, al conocer una solicitud de procedimiento abreviado, debe rechazarlo y devolver la causa al Juzgado Penal para que se conozca sobre la admisión de la acusación o se corrijan los defectos detectados?² El Tribunal de Sentencia, en nuestro criterio, si considera que existen dudas sobre la comisión de un hecho delictivo, lo que debe hacer, por imperativo constitucional y legal es proceder a absolver al imputado; decir que no resuelve el asunto porque duda, constituye un non liquet, lo que consideramos abiertamente ilegal; o también, mejor aún, se podría afirmar que si resolvió el caso (consideró que no se podía tener por demostrada la hipótesis acusatoria), al ser devuelto el asunto ya podría alegar el imputado que el juez de sentencia estableció que había duda (debe privar, según el debido proceso, el in dubio pro reo), ya que un juez de sentencia, al que correspondía verter el fallo, se pronunció en ese sentido, no pudiendo ser juzgado dos veces por los mismos hechos (art. 42 de la Constitución Política).

Diferente es el caso en el que se vislumbra que los hechos acusados son en realidad de una entidad de gravedad mayor a la acusada (el Ministerio Público pactó por hechos que

2- La misma Sala Tercera de la Corte, en voto: 546-98, estableció: "Si el Tribunal estima que hay dudas sobre la existencia del hecho punible, o sobre la participación del imputado en los mismos, a pesar de la aceptación de los cargos, lo que corresponde no es el dictado de un sobreseimiento o una absolutoria, sino el rechazo del procedimiento abreviado para que mediante el trámite ordinario se investigue a fondo lo ocurrido, y se llegue a la solución que conforme a derecho corresponda".



no correspondían a lo ocurrido y con una calificación legal diversa y de menor gravedad), lo que no es lícito; o bien los hechos acusados son de menor gravedad a los posibles hechos realmente acaecidos (sobre todo por ser cuestiones que pueden incidir en un vicio de voluntad del defensor y encartado al pactar), no pudiendo modificarse los hechos acusados o la calificación legal. Salvo estas hipótesis, u otras que afecten los requisitos de procedibilidad del procedimiento abreviado (como la duda fundada acerca de la voluntad libre e informada del acusado) en principio, no existe "tubería de regreso" en nuestro proceso penal, no puede ordenarse devolver el asunto, salvo casos excepcionales, al Juez Penal para que se pronuncie sobre la acusación (lo que ya hizo), o para que se corrijan defectos esenciales de la misma (conforme se afirma en el fallo de comentario, en forma errónea).

La sentencia 141-2002, de veintidós de febrero de 2002, de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, al respecto, es muy clara: el artículo 15 del Código de Procedimientos Penales se refiere al saneamiento de defectos formales, no sustanciales, no es dable permitir al Ministerio Público variar el cuadro fáctico sobre el cual se prepararía la defensa del encartado, lo que no se contempla en el artículo 347 íbidem, retrotraer la causa a una etapa ya precluida; los hechos acusados no podrían ser corregidos.

En nuestro criterio, repetimos, si los que se acusaron no se tuvieron por demostrados, sino que existe duda en el juez de sentencia (o la prueba es insuficiente para tener por demostrados los mismos), lo propio es absolver. Es claro, palmariamente, que no es posible y más bien violenta el debido proceso, el que el juez de sentencia en un abreviado,

ante la duda sobre la comisión del hecho delictivo o de su existencia, proceda a afirmar que como duda no resuelve el asunto, lo devuelve. El sumario que comentamos también indica que: "...se violaría el Debido Proceso al no permitirle al Ministerio Público discutir en el plenario a esa entidad si realmente la prueba es ilícita o no y si con base en ella se puede acreditar la comisión del delito y la participación del acusado-..."; quiere decir, el sumario de marras, que no sólo cuando exista duda en un procedimiento abreviado sobre la existencia del hecho y participación del acusado el Juez de sentencia debe devolver a la fase precluida (al Juez Penal) para que se pronuncie, de nuevo, "...sobre la admisión de la acusación o se corrijan los defectos detectados..."; sino que también que en caso de que el Juez de sentencia encuentre que la prueba esencial, que se le adjunta en el abreviado es espuria, tampoco puede dictar la absolutoria, sino que debe devolver el asunto para que se conozca en un contradictorio, pues "...se violaría el Debido Proceso al no permitirle al Ministerio Público discutir en el plenario... si realmente la prueba es ilícita o no y si con base en ella se puede acreditar la comisión del delito y participación del acusado...". Lo que en realidad violenta el debido proceso, en mi criterio, es la disposición expuesta en el sumario de la resolución del Tribunal de Casación. No es posible que al juez de sentencia, al que le toca resolver y determinar si se puede tener por demostrada la culpabilidad (juez natural), se le impida establecer si una prueba es espuria o no y si, ante la ausencia de pruebas (por haberse declarado espurias pruebas esenciales), no puede tenerse por demostrada la culpabilidad del imputado (surgir la duda) y, por tanto, absolverlo. Para eso es juez de sentencia (que equivale a decir juez de juicio). Afirmar que un juez de sentencia de un proceso abreviado,



al encontrar que existe en su criterio prueba espuria esencial, no puede fallar y debe devolver el expediente a fases precluidas, para que se discuta en un procedimiento ordinario y contradictorio si la prueba es espuria, o no, es un contrasentido (precisamente el debido proceso establece la necesidad de que el juez valore si la prueba es lícita).

No se viola el debido proceso si el Ministerio Público no pudo llegar a discutir en el plenario o contradictorio si la prueba era espuria o no, ya él solicitó el procedimiento abreviado, además le queda el recurso de casación, en caso de que estime que la sentencia pretirió ilegítimamente prueba.

Lo afirmado dentro del sumario, se repite, dentro del Boletín Jurisprudencial, donde se consigna lo dispuesto en el voto:

"RECHAZO DEL ABREVIADO EN CASO DE DUDA. TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL. Voto: 217 de las once horas del ocho de marzo del dos mil dos. ...Efectivamente esta Cámara ha establecido que en los casos en que el Juzgador de juicio estima que existe duda sobre la comisión de un hecho delictivo, al conocer una solicitud de proceso abreviado, debe rechazarlo y devolver la causa la Juzgado Penal para que se conozca sobre la admisión de la acusación o se corrijan los defectos detectados...Así si el juzgador duda con respecto a la responsabilidad penal del imputado, no obstante la aceptación de los cargos del mismo, lo procedente es rechazar el procedimiento abreviado." Tampoco es posible agregarle nuevos hechos a los que se mencionan en la acusación, de modo que ello

altere el grado de responsabilidad del imputado o lo exima de la misma...

En la sentencia impugnada el Tribunal de Mérito absuelve, justificando la decisión en el in dubio pro reo, a partir del cuestionamiento de la validez de la prueba ajena a la aceptación de los hechos formulada por el imputado al solicitar el procedimiento abreviado. Con lo anterior están violentando las normas que invocan los representantes del Ministerio Público, pues no se ha permitido discutir en el plenario a esa entidad si realmente la prueba es ilícita o no, es decir, se le está limitando la intervención al órgano acusador, lo que resulta un vicio absoluto, máxime lo sorpresivo de la medida....".

Se ha mal entendido la naturaleza del procedimiento abreviado, y no se han unificado criterios jurisprudenciales; debe observarse que la sentencia de comentario es posterior a la sentencia de la Sala Tercera 141-2002 que comentamos. Interpretan, al parecer, que como en el procedimiento abreviado no existe controversia, o contienda, y se cuenta incluso con la aceptación de los hechos por parte del acusado, ya por ello, no cabe que el juez de sentencia resuelva el caso afirmando que existe una duda razonable sobre las cuestiones de hecho, pues en tal hipótesis debe devolver el asunto y solo puede condenar o absolver atendiendo a criterios de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad³ (nada más alejado de la realidad). Supóngase, que el juez de sentencia determina que toda la prueba esencial es espuria, que lo único con que cuenta es con la aceptación del hecho por el indiciado, no es posible que, en dicha hipótesis, se afirme que el juez natural del

3- "...Podría incluso dictarse una sentencia absolutoria, por estimarse que los hechos acusados por el Ministerio Público y aceptados por el imputado son atípicos, no son antijurídicos o el comportamiento del mismo no fue culpable. (continúa en la siguiente página)



asunto no debe fallar, producir un non liquet; es evidente que la sola aceptación de los hechos por parte del acusado, que es con lo que quedó, es insuficiente para tener por demostrada su culpabilidad (puesto que es posible que el mismo se estuviera auto inculmando, existe una hipótesis alternativa fáctica posible, no desmentida) y, por tanto, ante la duda, debe dictar una absolutoria.

La renuncia al contradictorio no implica, ni podría implicar renuncia a la garantía de que solo podría ser condenado si se demostrare en juicio la culpabilidad, que en caso de duda debía ser absuelto; ni se renunció a la garantía del juez natural; ni renunció a la garantía de no ser juzgado dos veces por lo mismo.

Nada más alejado de la realidad que afirmar que se violentó el debido proceso y, concretamente la posibilidad del Ministerio Público de discutir en una fase plenaria (en un contradictorio) si la prueba era espuria o no (Luego de la devolución al juez penal el Ministerio Público no podría decir: "...ya no respetaremos el trato que hicimos con el imputado, el abreviado, con el consecuente rebajo de pena, tenemos que ir a plenario o procedimiento oral, porque el juez de sentencia afirmó que la prueba era espuria, o es posible que así lo fuera, o que había duda sobre la existencia del hecho con la prueba que se le facilitó, aspectos que deben ser dilucidados en el contradictorio; se podrá corregir el error, agregando si es del caso nuevas pruebas; deberá soportar el acusado tener ahora que ir a un

Por su parte, en otra sentencia, contradictoria del Tribunal de Casación Penal, se afirma que sí es posible aplicar el principio in dubio pro reo, pero extrañamente limita las hipótesis en que se debe aplicar. Voto: 5-f-99 "...el juez de juicio podría absolver en aplicación del principio in dubio pro reo, siempre que la prueba aportada sea la totalidad del material probatorio y de celebrarse un juicio oral no se incorporaría otro medio de prueba adicional. Cuando no exista solvencia en la prueba, como sería el caso de tener que evacuar testimonios, interrogar peritos o cualquiera otra forma de insuficiencia probatoria que impida fundamentar correctamente la sentencia, el proceso abreviado debe rechazarse...". Nos preguntamos ¿cuando la prueba no es solvente o insuficiente y se considera necesario evacuar testimonios o interrogar peritos? La respuesta no es otra que cuando hay duda. La valoración por el juez de sentencia, necesaria a efectuarse según esta resolución, en el sentido de que puede dictar sentencia absolutoria por la duda, solo en el caso de que la prueba aportada sea la totalidad de las pruebas posibles y que no es dable pensar que, si se realiza el contradictorio, se podrían allegar nuevas pruebas, que eliminen la situación de duda no corresponde a ser efectuada por un juez de sentencia (eso es propio para pedir y dictar el sobreseimiento obligatorio, de la fase preliminar). Según el artículo 355 del Código Procesal Penal, la prueba para mejor resolver, es de carácter excepcional, además solo es utilizable, en mi criterio en el procedimiento ordinario (corresponde aplicarlo cuando nuevos hechos o nuevas circunstancias se presenten, en el abreviado no existirán las mismas); además el ordinario no está diseñado o pensado para evacuar pruebas sobre el fondo de la cuestión (ajenas a los requisitos de procedibilidad), pues ello la convertiría en un juicio oral; también la inclusión oficiosa de nueva prueba violenta la autonomía de voluntad de las partes (que pactaron conocedores de la prueba con que se iba a resolver). Si el Juez considera que con la prueba que se le aporta existe duda, pero la misma podría ser evacuada o solventada con otra prueba más (a los efectos de destruir la (s) hipótesis alterna (s) posible (s), por lo que no resuelve y debe remitirse el asunto al Juez penal, para que a su vez se vaya a un contradictorio, donde se evacuará la prueba, nos parece que incumple su deber y violenta el debido proceso, puesto que la hipótesis alternativa fáctica posible, basta que exista y no esté desmentida, no es menester que esté demostrada). Si el juez falla, por la duda, diciendo que la prueba es insuficiente, que existe duda, la que se pudo haber solventado si se hubiese aportado y ofrecido "X" medio probatorio, de carácter esencial para averiguar la verdad real, en mi criterio actúa conforme al debido proceso. La preterición de prueba no podría ser alegada por el Ministerio Público en casación con éxito. Al solventar en forma no permitida el Juez las falencias de la parte, se convertiría en tal, quiebra el principio de objetividad; además por lo que llevamos dicho no es dable la recepción de pruebas, con la oralidad, etc. lo que desnaturalizaría el procedimiento. Nemo auditur propriam turpitudinem suam allegans (Nadie puede alegar su propia torpeza). Considero que el Fiscal debe hacer una prognosis valorativa, de previo a acceder al procedimiento abreviado, sobre el éxito de la gestión. Si no la hizo, o la hizo en forma errónea (la prueba aun no era suficiente y existían hipótesis alternativas fácticas en competencia con la hipótesis plasmada en la acusación, aunque no demostradas), no debe esperar que el juez de sentencia enmiende la plana, que le sea devuelto el asunto, dada con la afirmación que es posible que se recaben otras pruebas y que el resultado puede ser diverso en el contradictorio, esto quebranta el principio acusatorio e imparcialidad del juez (que procede a subsanar las falencias de la parte); si el juez considera que la prueba es insuficiente para tener por demostrada la culpabilidad que diga por qué y que absuelva.



procedimiento ordinario, se hayan corregido por un juez los errores del acusador y que ahora la pena mínima que debe soportar es mayor, esto es un absurdo); ya las partes llegaron a un acuerdo, la acusación definitiva y sobre la que debe pronunciarse el juez de sentencia estaba efectuada, no es posible retrotraer el proceso a fases precluidas; no hay tal sorpresa o perjuicio irreparable para el Ministerio Público, para discutir si la prueba no debía ser eliminada, o podía ser valorada, queda el recurso de casación, también queda dicho recurso para discutir si se cometieron yerros al valorar la prueba y si la duda no esta fundamentada.

Debemos concluir, reiterando, que: es la anulación de la sentencia, por los motivos dichos, por parte del Tribunal de Casación, lo que violenta, en nuestro criterio, el debido proceso; en el nuevo juicio (por orden del Tribunal de Casación contradictorio y demás) el acusado podría alegar un non bis in ídem, pues ya el juez natural, "de sentencia", dijo que había duda, o como en este caso, que había prueba espuria y absolvió, pero que se declaró ineficaz el fallo por que el Juez de sentencia, según el Tribunal de Casación, no puede hacer esa valoración (por el contrario, es un deber del juzgador basar su resolución en prueba lícita, establecer dicha circunstancia, pues de lo contrario se violentaría el debido proceso).

Aún estimando que el juez de sentencia que duda, rechazando el procedimiento abreviado, no dicta una sentencia (lo que imposibilita a las partes acudir a Casación o revisión por no haber dictado ningún fallo); estimamos que tal

proceder violenta el debido proceso, y produce una ineficacia absoluta, porque de haberse seguido el procedimiento regular, a que tenía derecho el acusado, la pena máxima a imponer por el juez hubiese sido la que se pactó expresamente en el abreviado (pudiendo incluso el juez disminuirla discrecionalmente), y no la nueva pena que se llegare a imponer con el procedimiento regular al que se obligó a las partes a acudir. De igual forma, la necesaria utilización del juicio común, deja muy mal parado al Ministerio Público y a la misma defensa ante el imputado (se siente traicionado). La experiencia nos ha mostrado asuntos en donde se habían pactado ocho años en un procedimiento abreviado, y el rechazo por parte del Juez, alegando duda, produjo un juicio ordinario donde a ese mismo imputado se le impusieron veinte años.

C) ¿Posibilidad de utilizar como prueba las declaraciones o versiones de los testigos rendidas ante el Ministerio Público, o la policía judicial, para tener el juez de sentencia por demostrada la culpabilidad en proceso abreviado?

Existe una especie de política, o una creencia, casi generalizada, en el sentido de que en asuntos similares al caso que apuntamos no puede el juez de sentencia fundar la condenatoria en las declaraciones o versiones de los testigos rendidas ante la policía, o ante un Fiscal⁴.

Caso: Una noche, en la vía pública, X es ultimado por B, hecho que observaron: Fulano, Mengano y Sutano; quienes son vecinos del

4- "...Suficiencia de la investigación: La investigación debe aportar los medios probatorios (documentos, dictámenes periciales, evidencia física y cualquiera otro distinto a la prueba testimonial a menos que se hubiera recibido como prueba anticipada) de los que puedan derivarse elementos de juicio suficientes para admitir el proceso abreviado y para el dictado de la sentencia por el juez de juicio...". Tribunal de Casación Penal. Voto: 5-f-99.



lugar y conocían a ambos. La policía fue llamada al lugar de los hechos, entrevistaron a todos los posibles testigos y determinaron que: Fulano, Sutano, Mengano, vieron los hechos, ellos manifestaron versiones que resultan coincidentes en que B le disparó a X, en el pecho, sin motivo, y salió luego corriendo. El cuerpo presentó un orificio de bala en el pecho y el cadáver fue recogido del lugar conforme lo dispone la ley, con acta de levantamiento. La policía presenta un informe al respecto a la Fiscalía y además presenta al detenido B. El detenido B desea un abreviado, acepta los cargos. El fiscal accede a la solicitud, procede a hacer la acusación, menciona que se cuenta como prueba con el informe policial, el acta de levantamiento del cuerpo, piden audiencia preliminar y se acuerda por el juez penal acceder al procedimiento abreviado y remitir el asunto para lo correspondiente. O bien el fiscal entrevistó al denunciante Mengano y a los testigos Sutano y Fulano.

En el caso concreto, si omitimos del informe policial dichas entrevistas, no podría contar el juez de juicio con prueba para tener por demostrados los hechos acusados, solo tendría la aceptación de cargos del indiciado, el acta de levantamiento del cuerpo, un informe policial que menciona que se hicieron unas entrevistas y se logró mediante las mismas identificar al autor de los hechos. Pruebas insuficientes para tener por demostrada la culpabilidad, por lo que el juez de juicio debería absolver (no es dable que proceda a devolver el expediente a los fines de que se corrija la investigación o que se consigan otras probanzas, o que se rechaza el procedimiento abreviado porque existe duda).

¿De donde ha salido esa creencia, esa moda, de considerar que las entrevistas que

el fiscal realiza, o la policía, no pueden ser utilizadas como prueba?

Ciertamente la versión de los testigos, que consta en un informe policial, o en un documento preparado por el fiscal, lo que contiene es la declaración de testigos y sería introducir, por vía indirecta, prueba testimonial, pero no observamos que prohibición hay en ello, la policía dice en un informe o documento que Fulano, Mengano y Sutano, dijeron:... o el fiscal afirma que entrevistó a tales personas y que ellas manifestaron:... Si fueran personas con derecho de abstenerse de declarar, que no se les recibió su manifestación de conformidad con la Constitución y la ley, el contenido de dichas declaraciones (al igual que si constaran en un dictamen médico), no pueden ser utilizadas; pero ese no es el caso que nos ocupa.

El principio general, dispuesto por el Código Procesal, es que: "*Podrán probarse los hechos y las circunstancias de interés para la solución correcta del caso, por cualquier medio de prueba permitido, salvo prohibición expresa de la ley*" (art. 182).

Por su parte, el artículo 234, *ibidem*, reza: "*Otros medios de prueba. Además de los medios de prueba previstos en este Código, podrán utilizarse otros distintos, siempre que no se supriman las garantías y facultades de las personas...La forma de incorporación se adecuará al medio de prueba más análogo de los previstos...*".

Queda, por tanto, claro el principio general de que todo se puede probar por cualquier medio lícito (aunque el medio no esté contemplado).

El artículo 286 inciso f) establece claramente que es una atribución, válida, de la policía



judicial el entrevistar a los testigos presumiblemente útiles para descubrir la verdad; si al practicar esas entrevistas no se violentaron los derechos fundamentales o garantías, en principio, el documento en que constan dichas entrevistas puede ser utilizado como prueba salvo que existiera una prohibición legal expresa en contrario (y no la hay).

Pareciera derivarse la existencia de una "prohibición expresa en contrario" (y de aquí arranca la creencia casi generalizada de la que hablamos) a partir de lo establecido por el artículo 276 *ibídem*, que indica: "No tendrán valor probatorio para fundar la condena del acusado las actuaciones de la investigación preparatoria, salvo las pruebas recibidas de conformidad con las reglas de los actos definitivos e irreproducible y las que este Código autoriza introducir en el debate por lectura".

No obstante, estimamos que el artículo precedente, en modo alguno esta excluyendo la posibilidad de que el juez de juicio del procedimiento abreviado pueda fundamentar su fallo en lo expresado por los "testigos" a la policía judicial. Nótese que este artículo directamente establece que pueden fundar la condena los documentos que pueden ser introducidos al debate "por lectura", es decir se refiere, específicamente al juicio oral (en el juicio abreviado no existe la lectura) y, aunque estimáramos que también hace referencia al procedimiento abreviado, dentro de esos documentos o pruebas válidas y susceptibles de ser utilizados, se encuentran, precisamente, los informes policiales. El artículo 334 *ibídem*, dispone: "Excepciones a la oralidad", "Sólo podrán ser incorporados a juicio por su lectura:

...B) La denuncia, la prueba documental y los peritajes, los informes, las certificaciones y las

actas de reconocimiento, registro, inspección, secuestro, requisas, realizadas conforme a lo previsto por este Código...Cualquier otro elemento de prueba que se incorpore por lectura al juicio no tendrá valor alguno, salvo que las partes manifiesten expresamente su conformidad". Es decir este último artículo tampoco está fijando, de forma expresa, la imposibilidad de utilizar otras pruebas en el procedimiento abreviado, e incluso, en la hipótesis del juicio oral, deja abierta la posibilidad de incorporar por lectura, o tener por válidas, otras pruebas si las partes expresan su conformidad.

Reiteramos que los artículos 276 y 334 claramente establecen la posibilidad de utilizar como prueba (elemento de convicción) los informes policiales, si dentro de ellos se encuentran versiones o manifestaciones de los testigos, no por ello es dable desechar dicha información, incluso en los juicios orales, o en el procedimiento ordinario. Ciertamente dichas versiones no pueden equipararse a pruebas testimoniales; constituyen información que consta en un documento, que es prueba y debe ser valorado (son prueba referencial, indirecta, la policía afirma que Fulano dice). Pues, con mayor razón, no observamos por qué, en un juicio o procedimiento abreviado, no se puedan utilizar las mismas. Que sepamos, jurisprudencialmente, no se ha establecido en ningún momento que no se pueda utilizar como elemento de convicción la información brindada como entrevista contenida en un informe policial, lo que sucede es que la valoración de dicha prueba es menester realizarla conforme a las reglas del recto pensar y de conformidad o en confrontación con el resto de los elementos probatorios y, en especial, con los testimonios y demás probanzas en que sí existió inmediatez (en las hipótesis de juicios orales), los que en



principio tendrán una mayor relevancia sobre aquellos (por ejemplo: no podría restarse credibilidad a un testimonio que se escuchó en la audiencia de viva voz, con la ventaja de la inmediatez, tan solo porque en un informe de la policía se afirma que otra persona dijo otra cosa, sería menester mandar a llamar a la otra persona mencionada en el informe para escucharla en juicio).

Si la policía judicial está facultada para entrevistar posibles testigos, también y, con mayor razón, el fiscal. Si bien es cierto el documento que podría presentar el fiscal conteniendo las entrevistas realizadas no es un informe policial, por lo que no estaría dentro de las posibles hipótesis de pruebas recabadas en la fase preparatoria susceptibles de ser incorporadas a juicio por lectura, según los numerales expuestos, por no existir prohibición expresa de ley en contrario (por que nos encontramos en un procedimiento abreviado, diverso del juicio oral), no vemos qué obstáculo puede haber en su utilización. Y aun estimando que, a contrario sensu, debía estar expresamente dispuesta la posibilidad de fundar la condena en tales pruebas, el artículo 334 (interpretado en concordancia con el artículo 2 ibídem) establece la posibilidad de que tenga validez dicho documento o probanza si existe conformidad expresa de todas las partes, por lo que podría el Fiscal, y así se sugiere para evitar posibles problemas, antes de acordar o solicitar el abreviado, contar por escrito y en forma previa con dicha aquiescencia (podría pensarse, que aunque la misma no conste, claramente el indiciado, asesorado de su defensor al solicitar el procedimiento abreviado, informado y conocedor de la prueba existente que hay en su contra por el fiscal, pidió el mismo, consintió la utilización de las mismas en el procedimiento abreviado, por

tanto la misma es eficaz). Considerar la ley de la forma expuesta, posibilita una mayor accesibilidad a las peticiones de los imputados que desean optar por un procedimiento abreviado, puesto que de otra forma, si solo se cuenta por ejemplo con entrevistas de testigos por el Fiscal, o por la policía (lo que sucede en la mayoría de los asuntos) y la aceptación de los hechos por parte del acusado, se podría pensar, como al parecer viene sucediendo, que con tales elementos no podría el juzgador tener por fundada en forma válida la demostración de culpabilidad con base en dichos elementos (de ahí el temor de muchos fiscales de acceder al procedimiento abreviado que se les solicita, pues existe inseguridad jurídica al respecto).

Conforme vamos afirmando, según nuestro caso hipotético inicial, es posible utilizar en el procedimiento abreviado las manifestaciones o versiones de posibles testigos que recopiló la policía judicial y que constan en el informe (son diligencias para buscar o identificar posible prueba para un posible futuro juicio oral, pero además constituye el informe prueba por sí, válida, susceptible de ser incorporada incluso al juicio oral); si no se pretende, ni se persigue, la realización del juicio oral, con las ventajas de la intermediación, etc., no vemos por qué no se pueda utilizar esta información para formar la convicción del juzgador en un procedimiento abreviado. Si lo que constan son versiones recopiladas por el fiscal, por no encontrarse taxativamente dispuesta la posibilidad de utilizar dichas probanzas en la fase oral (procedimiento ordinario), es menester concluir que la prohibición expresa no existe para el procedimiento abreviado y, además, se podría utilizar (incluso en juicio oral) si existe la conformidad expresa de las partes y del juez (que no se hayan violado derechos fundamentales, etc.).



Se reitera que afirmar, como se ha hecho por algunos, que no es posible fundar el fallo en las entrevistas dichas (y la admisión de los hechos del acusado), implicaría a que no se utilizara el procedimiento abreviado en gran cantidad de asuntos. En nuestro caso concreto hipotético, por ejemplo, deberíamos hacer el juicio oral y público, para llamar a los testigos (no se podría siquiera hacer un anticipo jurisdiccional de prueba, pues ello es para hipótesis restringidas *numerus clausus*). Siguiendo esta tesis, que pareciera dominante, el juez de juicio del procedimiento abreviado, al recibir el asunto, si estima que no puede utilizar la versión que los tres testigos dieron a la policía (o las entrevistas de los testigos del fiscal, incluso pese a la conformidad de las partes) y solo cuenta con la aceptación de los hechos por el acusado, (por ende no hay prueba), debe proceder a dictar absolutoria; se reitera hasta la saciedad que no es dable proceder a rechazar la solicitud de aplicación de tal procedimiento abreviado, en una especie de *non liquet*, pues si bien la ley establece la posibilidad de rechazo, ello es en los casos en los que faltan los requisitos formales de admisibilidad. Por ejemplo: se duda de la aceptación de los hechos en forma libre del imputado, la pena acordada no es clara, no puede afirmar que, por ejemplo, esa prueba es insuficiente por no haberla escuchado de viva voz, o decir a priori que es mejor que se escuche en juicio la prueba. Ello implicaría devolver el asunto a fases precluidas, el juez penal debería proceder a declarar ineficaz el auto que acordó a aprobó la utilización del procedimiento, el fiscal y el defensor dejar sin efecto la solicitud de abreviado, el fiscal se vería obligado a solicitar apertura a juicio, el imputado se vería perjudicado al tener que soportar el juicio oral y una mayor penalidad, etc.). Mucho menos

es permitido, como vimos, que el juez de sentencia afirme que existe duda con la prueba que se le proporciona, y que por ello es menester realizar un juicio oral (quebrantando así el principio de *in dubio pro reo*).

En caso de que el juez de Juicio dictara absolutoria, considerando que no existe prueba con la que se pudiera tener por acreditada la acusación (conste que la prueba que debe valorar es la que se le presenta para resolver), debe fundamentar su resolución; no puede preterir la utilización de prueba válida y lícita; ya observamos que la misma lo es (omitir valorar dichas entrevistas es desechar parte de la información que, válidamente, se le hace llegar). Para ello está el recurso de casación.

Una cuestión diversa a la utilización o admisión de la prueba, o su validez, es el de la suficiencia o insuficiencia del material probatorio para tener por demostrada la culpabilidad. Debe informar por qué considera que la prueba es insuficiente. La prueba será suficiente, se repite, cuando no exista una alternativa hipotética fáctica posible, si existe una duda razonable debe absolver (la duda debe ser fundamentada, no es cualquier duda la que da lugar a la aplicación del principio *in dubio pro reo*, sino aquella que deriva de la prueba o de elementos de convicción, pero si toda la prueba (en nuestro hipotético caso las tres versiones de posibles testigos en juicio) establece que el imputado fue el autor del hecho y, aparte de eso, en forma libre y voluntaria el acusado lo admite, no se observa obstáculo alguno para que el juez forme su convicción de certeza y tenga por demostrada su culpabilidad. Se reitera que si bien es cierto no es posible tener por demostrada la culpabilidad del acusado contando tan solo con su aceptación del hecho, es lo cierto que dicha aceptación también puede entrar a



formar parte de los elementos de convicción o pruebas en su contra, nótese que, por ejemplo, al indiciado, al ser indagado, se le informa que lo que diga puede ser incluso utilizado en su contra, si decide declarar, (art. 92 del Código Procesal Penal); además lo actuado será controlado en la fase intermedia y por el juez de sentencia, con las correspondientes instancias y recursos con que se ve protegida la aceptación de cargos se comprende la posibilidad de utilización.

Concluimos que esa "moda" o "creencia" generalizada de que no se puede utilizar en forma válida las entrevistas de los testigos por la policía o por el Fiscal, para tener por demostrada la culpabilidad, por parte del juez de sentencia, en el procedimiento abreviado, no tiene razón de ser. Lastimosamente no conocemos, pese a que esa práctica generalizada se nos informa es corriente, un caso concreto en el que se haya presentado el correspondiente recurso de casación.

D) Sobre la necesidad de efectuar una audiencia oral a los efectos de garantizar un control jurisdiccional sobre la desición del imputado

Resulta también algo preocupante la apreciación del Tribunal de Casación en el sentido de que es necesaria la realización de una audiencia oral, a los efectos de que se de un adecuado control jurisdiccional a la aceptación libre e informada por parte del acusado de los hechos, de la relevancia de su renuncia a ejercer el contradictorio en el sentido de que conocía las pruebas que había en su contra y que se utilizarían.

No otra cosa puede concluirse del siguiente párrafo que citamos supra, del voto: 378-

2002. "...Para esta cámara, la forma idónea en la que el Juez Penal podrá comprobar que la solicitud del abreviado por las partes, y específicamente por parte de la persona acusada, se basa en el debido conocimiento de lo que el mismo implica, y de que la aceptación de los hechos para la aplicación de este procedimiento, es voluntaria, libre de presiones externas de cualquier índole, que puedan afectar su decisión, es con la realización de la audiencia oral...Sin dicha audiencia, difícilmente podría el juzgador garantizar lo que le corresponde...En todo caso, aún en el supuesto de que se asumiera que la audiencia oral no es imperativa, sí debe el juez de la etapa intermedia garantizar esa libertad e información, lo que debe motivar, al momento de resolver la solicitud planteada por las partes. Sin que en este caso tengamos dicha garantía, dada la omisión apuntada, y que no se subsana en forma alguna, con la simple referencia que hace el juez de la etapa intermedia, al admitir el procedimiento abreviado, sobre el acuerdo..."; y luego se afirma que, sin el control jurisdiccional no se cumple el debido proceso. Es decir, se afirma, que si bien la ley no dispone, de forma obligatoria, la realización de una audiencia oral en la fase intermedia, si no se realiza la misma, no podrá motivar el Juez Penal en su resolución de forma adecuada si la aceptación del acusado fue libre e informada (lo que constituye precisamente el presupuesto de procedibilidad), pues para ello no es suficiente que se remita al acuerdo efectuado en el Ministerio Público.

Es cierto que la celebración de la audiencia oral es el medio más idóneo para la constatación de la existencia de los presupuestos de procedibilidad, pero de ahí a asegurar que su no realización implica una ausencia de control jurisdiccional, que no es



suficiente motivación que se tengan por cumplidos los requisitos de procedibilidad por la referencia al acta efectuada por el Ministerio Público, el defensor y el imputado, es otra cosa.

En efecto, en estos casos la ley no establece la necesidad de que el juez penal efectúe una audiencia oral (Art. 316 a 319). Nada impide que, en nuestro criterio, en los documentos aportados, o por medio de ellos se verifique, la existencia de los presupuestos fácticos de procedibilidad (nótese que el juez de sentencia, que resolverá también sobre el fondo del asunto, que es más relevante aspecto que la forma, lo hace sobre la base de la prueba documental que se le aporta y a la aceptación que consta en el acta).

Es más el artículo 374 del Código Procesal establece: "*Trámite inicial. El Ministerio Público, el querellante y el imputado, conjuntamente o por separado, manifestarán su deseo de aplicar el procedimiento abreviado y acreditarán el cumplimiento de los requisitos de ley...*". Es decir, se le pide por ley a las partes, de previo, que prueben el cumplimiento de los presupuestos fácticos de procedibilidad. Continúa el numeral: "...Se escuchará a la víctima de domicilio conocido, pero su criterio no será vinculante..." ; es decir el juez penal, si no consta el parecer de la víctima, deberá llamarla y tomar su versión al respecto (pero no es necesario realizar la audiencia oral a que alude el 316, ni se establece la necesidad de llamar al indiciado para entrevistarle y verificar lo ya consignado por escrito). Termina diciendo el numeral de comentario: "...Si el tribunal estima procedente la solicitud, así lo acordará y enviará el asunto a conocimiento del tribunal de sentencia...". Por lo que resulta claro que es a las partes (con la solicitud efectuada, pruebas adjuntas, la acusación, el acta o acuerdo, etc.), a las que les corresponde

probar el cumplimiento de los requisitos de ley, debiendo escucharse a la víctima y, sobre esta base, resolver, así lo que dispone la ley.

Nos concede razón, además, el hecho de que la falta de prevención de la posibilidad de abstención, garantía que contiene el artículo 36 de la Constitución Política, dentro de un procedimiento abreviado, no constituye una infracción al debido proceso, siempre y cuando, la misma le haya sido efectuada de previo al acuerdo:

"...En la actividad procesal necesariamente desarrollada previa al pacto en que se acuerda la solicitud del procedimiento abreviado, al momento de recibir declaración al imputado, si se le debe hacer la advertencia que hecha de menos el recurrente (artículo 92 del Código Procesal Penal...). El procedimiento abreviado en cambio ni siquiera tiene definida una fase de debate oral propiamente tal, similar a la del juicio común donde pueda ser necesario prevenir al imputado que le asiste el derecho a abstenerse de declarar. El acto de prevención no se trata tampoco de un trámite que deba llevarse necesariamente a cabo ante la autoridad que ha de resolver el caso ni tampoco ante algún funcionario público que ejerza, de hecho o de derecho poder sobre el imputado...El legislador exige solamente la existencia de un proceso abierto en donde, en el momento procesal establecido, el imputado valore su situación junto con su defensor y decida si estima más adecuado a sus intereses manifestarse en el sentido de admitir los hechos según le pide, para obtener a cambio un trámite más acelerado y ventajas en el momento de la sanción; la participación activa del imputado, se dirige entonces libre y voluntariamente a colaborar en el proceso mediante la aceptación de los hechos acusados con el fin de obtener una ventaja para sí. Ese pacto llevado a cabo con el Ministerio Público



es el antecedente necesario para la existencia del procedimiento abreviado, de modo que éste último nace jurídicamente como efecto precisamente de -entre otras condiciones- la aceptación de cargos que hace el imputado... Es más, la única manera que tienen tanto el imputado de desdecirse del pacto por deseo en contrario, como él mismo o el propio Tribunal para desvirtuarlo por posibles vicios esenciales (como sería por ejemplo que se hubiera concluido con la coacción o engaño) es mediante las declaraciones o manifestaciones que haga el interesado...". Voto de la Sala Constitucional 425-2000.

¿Que pasa si el imputado es llamado a una audiencia oral, preliminar, no se presenta, o bien se presenta pero no quiere declarar? No se puede interpretar que su silencio implica una manifestación en contra de lo que ya, por escrito, se ha solicitado.

No encontramos la ratio de la exigencia del voto del Tribunal de Casación, en el sentido de que debe realizarse la audiencia oral (esto solo vendría a erigirse en una traba y hacer más lento el procedimiento). Si ya constan

todos los requisitos "acreditados por las partes", si no existe duda fundada o motivo razonable alguno para dudar de la buena fe de las mismas (existe una presunción iuris tantum de que las partes litigan de buena fe, en cumplimiento de su deber legal y moral, según lo ha resuelto claramente la Sala Tercera en sus resoluciones), o para dudar de lo que se afirma, en el sentido de que el imputado toma la decisión en forma libre y sin presiones, de manera informada (asesorado por su defensor, conociendo de las pruebas), no se justifica la necesidad de que se deba verificar lo por ellas establecido y "acreditado" (al indiciado luego se le notificará que se aceptó el procedimiento, podría oponerse, informar al juez de sentencia, previo a la misma, que cambió de criterio o que en el trámite se suscitó alguna irregularidad).

En conclusión, nada obsta para que el control jurisdiccional sobre el cumplimiento o acreditación de los requisitos de procedencia, puedan y deban ser verificados por el juez de fase intermedia y el juez de sentencia, sin necesidad de realizar audiencia oral alguna, atendiendo a lo consignado por las partes en los documentos y haciendo referencia a ellos.



LA RESPONSABILIDAD MEDICA SURGIDA COMO CONSECUENCIA DE LA MALPRAXIS

Licda. Vanessa Dotti Dondi

Lic. Rodrigo Monge Umaña

INTRODUCCIÓN

El fin esencial de la medicina es el preservar la salud del ser humano. Sin embargo, en la consecución de tal meta, el ejercicio de la profesión médica no es irrestricto, siendo que el médico debe dar cuenta de las consecuencias perjudiciales de sus actos. En el ejercicio de su profesión, el médico puede incurrir en una falta, sea dolosa o culposa, que provoca un daño a su paciente, dándose origen así a la noción de responsabilidad médica.

En este trabajo, nos abocaremos al análisis de la responsabilidad médica surgida a consecuencia de «mal praxis» o culpa médica. Describiremos consecuentemente, cuál es el fundamento jurídico de la responsabilidad médica, en qué consiste la responsabilidad culposa y su distinción de la dolosa. De interés para la investigación es dar una visión general sobre el tema, a fin de que el operador jurídico tenga una herramienta con qué auxiliarse cuando deba resolver un caso en donde se denuncia a un médico por mal praxis.

Enfocados en ese objetivo, estudiaremos además en qué consiste la relación médico-paciente, sobre la que se enmarca la responsabilidad médica, además de señalar y explicar con claridad cuáles son los elementos que integran la responsabilidad culposa. Asimismo, se estudiarán cuáles son las repercusiones que en el ámbito civil y penal pueden devenir como producto de la actuación culposa del galeno.



CAPITULO I: GENERALIDADES

A. CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD MEDICA Y DE MALPRAXIS

Como parte de la vida en sociedad, los hombres deben interactuar entre sí a fin de subsistir y coexistir, entablándose entre ellos las más variadas relaciones. En ocasiones, los actos humanos producen consecuencias perjudiciales para los otros, siendo que resulta imprescindible, a fin de mantener la pacífica coexistencia de la sociedad, que los sujetos afectados sean indemnizados.

Es así como surge la noción de responsabilidad, la cual puede definirse genéricamente como la obligación que tiene el ser humano que vive en sociedad de asumir las consecuencias de su actuar. Todo aquel que produce un daño está obligado a repararlo.

El Derecho viene a regular la forma en que debe operar la reparación de daños, garantizando así justicia y equidad para el autor de ellos, tanto como para las víctimas. El hombre debe responder por sus acciones cuando estas interfieren negativamente (impidiendo o estorbando) el goce de bienes jurídicos que el Derecho reconoce a terceros.¹

En Costa Rica, el derecho a obtener reparación está expresamente garantizado en la Constitución Política, en el artículo 41, estableciéndose además que el Estado debe tener los mecanismos idóneos para que se pue-

dan resolver los conflictos que en razón de ello puedan surgir. Así, el numeral 41 de la Constitución señala: «Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias y daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerseles justicia pronta y cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.»

Cualquier actividad del individuo circunscrita dentro del ámbito de su oficio o profesión, puede dar pie a la responsabilidad. La práctica de la medicina y demás ciencias afines no se exime de la eventual generación de implicaciones lesivas para alguna persona, específicamente a nivel de su salud física o mental y en el área patrimonial.

La medicina se define como el conjunto de conocimientos científicos y actividades técnicas destinadas a lograr el diagnóstico, curación y prevención de las enfermedades, «... es el arte y la ciencia que cuida de la salud del ser humano. Es arte porque debe efectuar acciones para cumplir con sus fines, es ciencia porque necesita un cúmulo de conocimientos para ejercerla.»² El médico es quien se haya legalmente autorizado para ejercer la medicina.

Se concluye así que la profesión del médico gira en torno a uno de los valores fundamentales de la persona: la salud.

La Constitución Política lo contempla además como derecho esencial, de forma directa

¹ Ver CREUS, Carlos, *Esquema de Derecho Penal*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 1

² VELEZ CORREA, Luis Alfonso, *Ética Médica*, Corporación para las Investigaciones Jurídicas, Medellín, 1996, p. 64



o indirecta en los artículos 21, 33, 40, y 73.³ La Sala Constitucional ha señalado respecto al derecho a la salud lo siguiente:

« En cuanto al derecho a la salud ... si bien nuestra Constitución Política no contempla en forma expresa este derecho - aunque sí se preocupa de regular expresamente los aspectos con ella relacionados; catalogados como parte de los derechos constitucionales sociales, como el derecho a la seguridad social-, no se puede negar su existencia, por ser derivado directo del derecho a la vida protegido en el artículo 21 de nuestra constitución, que éste - el derecho a la vida- es la razón de ser y explicación última del derecho a la salud. La conexión existente entre ambos es innegable, el derecho a la salud tiene como propósito fundamental hacer efectivo el derecho a la vida, porque éste se protege únicamente la existencia biológica de la persona, sino también los demás aspecto que de ella se derivan. Se dice con razón, que el ser humano es el único ser de la naturaleza con conducta teleológica, porque vive de acuerdo a sus ideas, fines y aspiraciones espirituales, en esa condición de ser cultural radica la explicación sobre la necesaria protección que, en un mundo civilizado, se le debe otorgar a su derecho a la vida, en toda su extensión, en consecuencia, a una vida sana. Si dentro de las extensiones que tiene este derecho está, como se explicó, el derecho a la salud o de atención a la salud,

ello incluye el deber del Estado de garantizar la prevención y tratamiento de las enfermedades.»⁴

Cabe responsabilidad al médico que en el ejercicio de su arte comete actos u omisiones involuntarias o voluntarias contra las reglas legalmente establecidas, y produce un daño en la salud, vulnerando el derecho fundamental a la salud. Debe así el galeno responder ante las autoridades humanas competentes y legalmente constituidas por los perjuicios provocados a un paciente.

«El ordenamiento jurídico impone al médico la obligación de responder por las consecuencias dañosas de su actuación profesional»⁵

Bajo esta perspectiva, se pueden distinguir dos tipos de responsabilidad, la dolosa y la culposa. La primera, se caracteriza por la presencia del dolo, de la intención o voluntad de obtener un resultado. Habrá responsabilidad dolosa, por ejemplo, en el ámbito penal, en caso de delitos cometidos por médicos, tales como la eutanasia activa, la práctica de abortos fuera de los supuestos de exculpación, la omisión al deber de auxilio, la divulgación del secreto profesional, o la expedición de falsas certificaciones.⁶

A diferencia de la responsabilidad dolosa, la culposa se da por una falta al deber de

³ Dicen los mencionados artículos de la Constitución Política:

Artículo 21: "La vida humana es inviolable."

Artículo 33: "Todo hombre es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana".

Artículo 41: "Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.

⁴ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, voto 1915-92.

⁵ VARGAS ALVARADO Eduardo. Medicina Legal, San José, Editorial Trillas, 2000, p. 432.

⁶ Ver PORTERO LAZCANO, Guillermo, Responsabilidad penal culposa del médico, en Revista Latinoamericana de Derecho Médico y Medicina Legal, volumen 6(2), diciembre 2001, volumen 7(1) junio 2002, p. 90.



cuidado en la que incurre el profesional médico y no hay en él esa intencionalidad de causar un efecto dañoso sobre el paciente, pero se da. Es esta forma de responsabilidad la que interesa en esta investigación y que se deriva como consecuencia de la llamada «malpraxis.»

La malpraxis es aquel tratamiento malo, erróneo o negligente aplicado por un profesional en ciencias médicas o de la salud, que genera un daño, sufrimiento innecesario o muerte del enfermo, debido a ignorancia, negligencia, impericia o no seguimiento de las reglas establecidas.⁷ Es «un error involuntario vencible, un defecto o falta de aplicación de métodos, técnicas o procedimientos del actuar profesional que como resultado afecta la salud o la vida del paciente»⁸

La responsabilidad médica a título de culpa, se origina en el derecho a reparación que tiene la persona que ha padecido un daño, ocasionado por una acción u omisión de índole culposa del profesional en medicina o ciencias médicas afines. Cabe al experto médico una sanción represiva o una reparadora, o ambas, según se encause la vía de reparación que se adopte. Si se acredita su responsabilidad en sede penal, el profesional médico deberá afrontar una pena a consecuencia de su actuar u omisión culposa; en la vía civil, deberá indemnizar económicamente al damnificado.

B. RELACIÓN MEDICO-PACIENTE COMO PRESUPUESTO SOBRE EL QUE DESCANSA LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Para que haya responsabilidad médica, necesariamente debe existir una relación entre el médico y el paciente.

La relación médico-paciente consiste en «el intercambio de información entre el médico y el paciente y que este tiene suficiente conocimiento para tomar una decisión con respecto a sus opciones de atención médica»⁹

Dicho nexo se da cuando una persona (el enfermo) acude, motivada por una alteración en su salud a otra (el médico), quien está en capacidad de orientar o sanar, de acuerdo a su preparación y al tipo de padecimiento que el primero presente.¹⁰

Se concluye así que el paciente y el galeno están unidos en una relación que se caracteriza por ser humana, profesional, de fe y jurídica. Es humana porque entre ellos se da una interacción social. Es profesional porque ambas partes se necesitan mutuamente, una para aplicar su arte y la otra para ser sanada. Es de fe, porque el aquejado deposita su confianza, esperanza y convicción en el médico para solucionar o mitigar su dolencia. Por último, el ligamen es también jurídico porque las acciones de los involucrados producen efectos jurídicos.

7 Ver LAZCARIZ JIMÉNEZ, Gerardo, *Mala Praxis, Responsabilidad del profesional en medicina en Revista de Medicina Legal, de la Asociación de Medicina Legal de Costa Rica.*

8 TIFFER SOTOMAYOR Carlos, *Mala praxis médica y sus consecuencias penales, en Revista de Ciencias Penales de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, año 13, número 19, agosto 2001, p.44.*

9 FALLAS MATA (Eduardo), *Responsabilidad civil médica en caso de mala praxis. Tesis de graduación para optar por el Título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Latina de Costa Rica, 1999, p.30.*

10 Ver LAZCARIS JIMÉNEZ (Gerardo), *op. Cit.*



La relación médico-paciente inicia cuando este último busca al primero a fin de obtener una cura para su padecimiento. Corresponde al galeno levantar la historia clínica del doliente con base en los síntomas que describa, los signos que perciba y los resultados de los exámenes físicos y mentales correspondientes, a fin de emitir un diagnóstico del mal y aplicar un tratamiento, sea quirúrgico o terapéutico, para recuperar la salud del afectado, contando siempre para tales efectos con su consentimiento informado.

Este enlace se sustenta en una serie de deberes y obligaciones entre las partes, las cuales a continuación se detallan:

1) DERECHOS Y DEBERES DEL MEDICO

a) Ética médica en general

Aparte de las normas de naturaleza jurídica que regulan el desempeño de la actividad médica, el profesional está sujeto a otras reglas de carácter ético, que también le son de acatamiento obligatorio.

Al respecto, Simpson, señala: *«En todos los países, la práctica médica se controla por algunas leyes y normas de tipo gubernamental. Además, la manera en que los médicos llevan a cabo su trabajo profesional también se controla por medio de un «código de conducta», el cual no está impuesto por la ley, pero que se acepta por un acuerdo voluntario de la profesión. Este código, mismo que controla el comportamiento profesional por medio de una*

*autorregulación, en general se conoce como «ética médica» y se ha utilizado por varios siglos. Se encuentra en un constante proceso de modificación por las circunstancias cambiantes; pero básicamente expresa la percepción pública y la auto imagen profesional de lo que constituye la práctica médica de buena reputación... Naturalmente, la definición de lo que es contra la ley varía de un país a otro, pero los principios más significativos de la ética médica son universales y los formulan no sólo las asociaciones nacionales, sino las organizaciones internacionales, como la asociación médica mundial.»*¹¹

Con SIMPSON¹², podemos mencionar otros como obligaciones éticas de los médicos, en general las siguientes:

- El médico debe mantenerse dentro de los más altos y estrictos cánones de conducta que rigen su desempeño profesional.
- El ejercicio libre e independiente del juicio profesional del médico hacia los pacientes está por encima de sus intereses y beneficios personales.
- El paciente es el centro del universo médico, alrededor del que giran todos los esfuerzos de los médicos, quienes deben actuar solo lo mejor para el enfermo al momento de proporcionarle atención.
- Debe el profesional médico brindar un servicio médico competente con compasión y respeto a la dignidad humana.

¹¹ SIMPSON, Cedric Keith, *Medicina Forense*, México, Editorial El Manual Moderno, 1999, p. 189.

¹² *Ibid.* Pp. 191-192.



- El médico debe actuar con honestidad hacia los pacientes y colegas, respetar sus derechos y guardar las confidencias de sus enfermos.
- El médico debe certificar solo lo que ha verificado de modo personal y debe ser prudente al divulgar hallazgos o nuevas técnicas de tratamiento por medio de vías no profesionales.
- El médico debe actuar de manera razonable y cortés hacia los otros, buscando el beneficio del paciente.

b) Derechos del médico dentro de la relación:

Como derechos del médico citamos los siguientes¹³:

1. Cobro de honorarios: en la relación en estudio, el médico brinda al paciente un servicio a cambio de una contraprestación, sean los honorarios o un salario. Sin embargo, el galeno no puede desatender a un enfermo si este no tiene para pagar sus honorarios. Es un deber moral del galeno prestar los servicios aun en ausencia de retribución.
2. No atención médica: A pesar de que el médico tiene la obligación moral y social de atender un paciente, este puede negarse a hacerlo argumentando razones personales, profesionales o religiosas, salvo que se trate de un caso de emergencia o de peligro para la salud de la población, en donde tiene el deber de prestar sus servicios por razones de humanidad.

c) Deberes del médico:

Como obligaciones del médico están¹⁴:

1. Deber de elaborar la historia clínica del paciente: el médico tiene que dejar constancia en un expediente de cada una de las consultas sostenidas con el paciente. La historia clínica es el instrumento con el cual el médico elaborará el diagnóstico, fundamentará el pronóstico y consignará el tratamiento y evolución del paciente. Debe contener los resultados del interrogatorio de los antecedentes hereditarios y personales, enfermedad y estado actual del enfermo y los estudios de los informes dados por el laboratorio y otros exámenes complementarios. La historia clínica es de esencial importancia en la práctica médica para hacer constancia de cualquier acto que se presente en la relación con el usuario de su servicio. Debe ser redactada por el médico en forma clara y responsable y ha de ser individual para cada paciente.
2. Deber de asistencia al paciente: el médico se debe al paciente, quien es la razón que justifica su existencia y se le han de prestar todas las atenciones.
3. Deber de emitir un diagnóstico y aplicar un tratamiento: el médico tiene la obligación de determinar el carácter de una enfermedad y clasificarla, mediante el estudio de los síntomas y signos, a fin de establecer el tratamiento adecuado al padecimiento.
4. Deber de informar: el médico tiene que informar al doliente de todas las incidencias

¹³ Ver ARAYA VEGA, Alfredo y otro. *La Responsabilidad médica en la legislación costarricense, sus implicaciones en el ámbito civil y penal*, San José, Tesis de Graduación para optar por el Título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2001, p. 68-69

¹⁴ Ver ARAYA VEGA, Alfredo y otro, *op. Cit.*, p. 69-85.



de su enfermedad. El paciente tiene el derecho a conocer qué enfermedad padece, qué pronósticos se han hecho en relación a ella, cuales son las posibilidades de tratamiento y de curación. En caso de que la noticia vaya a afectar el estado anímico del aquejado, deberá darla a los familiares.

5. Deber de derivación del paciente: consiste en la obligación de remitir al paciente por referencia a un especialista, debido a que el médico no tiene los conocimientos ni la práctica necesarios para tratar el padecimiento.
6. Deber de expedir un certificado médico: el certificado es un documento mediante el cual el médico da fe sobre el estado de salud de una persona en un momento determinado, debido al conocimiento que él tiene.
7. Deber de confidencialidad: El médico debe mantener en secreto todo cuanto llegue a conocer de su paciente; sin embargo, podrá revelarlo en los siguientes casos de excepción: cuando cuente con el permiso de la persona o su representante legal; cuando se haya de comunicar alguna información a miembros de un equipo médico a efectos de procurar el bienestar del paciente; cuando se le tenga que dar explicaciones a algún familiar cercano, con autorización del enfermo, por requerimientos legales o para proteger la salud pública.

2) DERECHOS Y DEBERES DEL PACIENTE

a) Derechos del paciente

Enumeramos como derechos del paciente ¹⁵:

1. Derecho a acceder a los servicios médicos y a recibir la atención adecuada, sin que esta le sea restringida por motivos de raza, riqueza, religión, nacionalidad o cualquier otro factor discriminante.
2. Derecho a ser informado: Quien se ve aquejado de una enfermedad tiene pleno derecho a saber en qué consiste su afección, cuál es el tratamiento para combatirla o mitigarla, si el procedimiento para mejorar su estado de salud será invasivo o no, cual será su duración, sus riesgos, beneficios, alternativas y opciones, las partes de su cuerpo que podrán afectarse. En este sentido, dicha información debe exponerse al paciente en forma clara, con vocabulario sencillo, a fin de que comprenda; el médico debe asegurarse de que aquel captó y comprendió la explicación. En el ejercicio de su derecho a ser informado el enfermo tiene la opción de buscar otras opiniones con respecto a su mal.
3. Consentimiento informado: El médico no puede actuar sin el consentimiento del paciente. *«Ninguna persona tiene que aceptar algún tratamiento médico a menos que lo pida. Si desea atención médica, tiene que otorgar su consentimiento. Este permiso para el diagnóstico y tratamiento es necesario ya que de otra manera el médico podría ser acusado de ataque, si es que toca, o incluso intenta tocar a una persona que no lo desea»* ¹⁶

Este consentimiento puede ser tácito o expreso. El tácito se da con el simple hecho

¹⁵ Ver ARAYA VEGA, Alfredo, *op cit.*, pp. 13-64.

¹⁶ SIMPSON, Cedric Keith, *op. cit.* p.195.



de que el afectado acuda al galeno, pues implica que aquel está dispuesto a ser examinado y tratado. Este consentimiento solo cubre los métodos clínicos básicos del examen, como por ejemplo, la elaboración de la historia clínica, la observación, la palpación y la auscultación. El consentimiento expreso es la autorización manifiesta de someterse a un procedimiento quirúrgico de mayor complejidad que un examen clínico ordinario.¹⁷

Por su parte, el consentimiento informado es la expresión de la voluntad jurídica del paciente, quien acepta o rechaza someterse a un tratamiento o intervención, una vez informado y entendido de todas las implicaciones de su enfermedad y de la medicación aplicable a su caso concreto.

El consentimiento informado tiene que ser manifiesto y legítimo; para que sea válido y eficaz, la persona debe tener voluntad para consentir y ser libre para hacerlo, sin sujeción a presiones de algún tipo. También debe ser concreto, y limita al médico a actuar solo respecto a lo que se le describió al paciente en cuanto al empleo de una técnica o tratamiento y sus consecuencias.

Si el paciente no puede dar su consentimiento, lo puede hacer por él un familiar cercano, o su representante legal; en casos de enfermedad o perturbación mental, cabe la posibilidad de que una institución médica o una autoridad legalmente señalada lo otorguen. No obstante, en situaciones de urgencia extrema, el médico deberá actuar sin el con-

sentimiento del enfermo o de quien en su defecto deba prestarlo, a fin de salvar la vida o resguardar la integridad física del paciente.

El hecho de que el doliente haya conferido su consentimiento informado no excusa que el médico incurra en responsabilidad por faltar a sus deberes de cuidado en el ejercicio de su arte o ciencia. «... en toda actuación médica, para que no haya responsabilidad, debe estar presente un consentimiento previo y un actuar diligente del profesional»¹⁸

4. Derecho a rechazar el tratamiento: El paciente es quien decide si acepta o no el tratamiento, pues lo normal es que prive el derecho de libre determinación.
5. Derecho de confidencialidad: a este respecto, el galeno debe ofrecer privacidad y guardar secreto de la información que el paciente le confíe, lo cual está en estricta correspondencia con la obligación de secreto profesional.

b) Deberes del paciente:

Dentro de la relación en estudio, corresponde al paciente¹⁹:

1. Obligación de informar adecuadamente sobre lo que padece.
2. Obligación de no autocalificar su padecimiento ni automedicarse: debe ser el facultativo en medicina quien determine cuál es la enfermedad del paciente y recomendarle cuál es la mejor medicación para curar tal padecimiento.

¹⁷ IBID, p. 196.

¹⁸ ARAYA LOPEZ, Alfredo, op. Cit., p.39.

¹⁹ Ver ARAYA VEGA, Alfredo, op. cit. p. 64-68.



3. Obligación de cancelar al médico que ejerce liberalmente su profesión los honorarios por la asistencia prestada; en caso de los servicios públicos de salud, toda persona que contribuya en tal régimen está exenta de pagar al médico por trabajo.
4. Obligación de cumplir con la prescripción médica: el paciente debe apegarse y seguir estrictamente el tratamiento recetado por su médico a fin de sanarse. En caso de que no cumpla a cabalidad la recomendación del galeno, el enfermo asume las consecuencias, eximiéndolo así de responsabilidad.

C. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD MEDICA POR MALPRACTIS

Como hemos explicado antes, cuando un profesional médico incurre en malpraxis, debe responder por su actuar si a consecuencia de ello se origina un perjuicio para el paciente.

Para determinar la existencia de una mala práctica deben concurrir cuatro presupuestos básicos, los cuales dan fundamento a la responsabilidad, ellos son: el acto médico, la falta médica o culpa, el daño y, por último, la relación de causalidad entre la falta cometida y el daño provocado.

1. El acto medico:

A través del acto médico se persigue la promoción de la salud de los seres humanos. El acto médico puede recaer en forma directa sobre el ser humano, cuando va encaminado al propio sujeto enfermo, pero también puede dirigirse en forma indirecta cuando lo que

se busca es el mejoramiento de las condiciones de salud en general de la población, sea a través de labores preventivas de enfermedades, estudios, experimentaciones científicas, etc., que persiguen lograr respuesta y solución para los males de salud.

Dentro de la relación médico paciente, el acto médico está constituido por toda clase de tratamiento, intervención o examen con fines diagnósticos, profilácticos, terapéuticos o de rehabilitación llevados a cabo por un médico o bajo su responsabilidad ²⁰

El acto médico está dirigido a diagnosticar, curar o aliviar una enfermedad, a preservar directa o indirectamente la salud o a mejorar el aspecto estético de una persona.

Debe ser necesario, idóneo, preferente y el más eficaz en el caso concreto. Se busca lograr un óptimo grado de salud al menor riesgo o perjuicio posible para el paciente.

El acto médico es el que define la responsabilidad del galeno para con su paciente, sea por acción u omisión. La responsabilidad que implica un buen desempeño de su arte y en defecto de este la obligación de indemnizar los daños causados. ²¹

El acto médico debe darse en estricto apego a la *lex artis*. La *lex artis* «es el estricto acatamiento a disposiciones de orden médico, técnico y aun de aquellas reglas que sin estar mencionadas expresamente forman parte de la veterata consuetudo y que deben gravitar ostensiblemente como indicadores de la conducta médica. La valoración que se haga de tales reglas señalará responsabilidad o no,

²⁰ Ver LAZCARIS JIMÉNEZ, Gerardo, *op. cit.*

²¹ Ver ARAYA VEGA Alfredo, *op. cit.* p. 5



reputándose como insustituibles y de estricto cumplimiento para la neutralización de cualquier imputación a título de culpa, cuando no de dolo». ²²

Portero Lazcano, citando a Romero Casabona define la *lex artis* como un conjunto de reglas, técnicas o procedimientos aplicables a situaciones semejantes, pero a pesar de esto siempre ha de ir referido al caso concreto por las diferencias que puedan presentarse con la situación típica prevista por las ciencias médicas, de forma tal que el contenido de la *lex artis* es variable según las diversas circunstancias con que se encuentre el facultativo, por ejemplo, lugar, material, personal auxiliar, estado del enfermo, etc. ²³

Entre las premisas que integran la *lex artis* podemos citar ²⁴ :

- a) la idoneidad profesional: el profesional que lleve a cabo el acto médico debe tener y dominar los conocimientos del arte y ciencia que practica, y en caso de requerirse una intervención corporal, también debe contar con el equipo adecuado en óptimo estado de funcionamiento, así como un lugar apto para ejecutarla, pues la ausencia de estas condiciones podría generar responsabilidad.
- b) Estudios y análisis previos: también, para desempeñarse en apego a la *lex artis*, debe el facultativo realizar estudios y análisis a fin de hacer diagnóstico sobre la patología de su paciente y las acciones para contrarrestarla. Esta obligación admite una ex-

cepción en el caso de emergencias cuando, por ejemplo, la condición de gravedad de un enfermo amerite de urgencia una intervención corporal a fin de salvar su vida.

- c) Empleo de técnicas y tratamientos convenientes o innovadoras con aceptación universal: el médico debe echar mano de técnicas cuyos resultados satisfactorios en beneficio del paciente estén debidamente comprobados y acreditados por la comunidad médica, también cuando las aplique, ha de hacerlo en estricto seguimiento de los protocolos establecidos.
- d) Consentimiento del paciente, por sí o por representante: El consentimiento es la aprobación que da el enfermo de someterse a un tratamiento o intervención a fin de sanar o paliar su afección, previo conocimiento de cuál es el mal que le aqueja, sus consecuencias, los beneficios y riesgos del tratamiento o intervención recomendada, y las otras alternativas existentes. El consentimiento informado debe solicitarse al paciente o su representante, previo a la realización del acto médico, salvo casos de urgencia.

2. La falta medica o culpa

La culpa o falta médica es un elemento esencial para delimitar la responsabilidad en el ejercicio de la medicina.

Alfredo Araya Vega, citando a Alvaro Cordero Iaranella, señala que "... *actúa culposamente quien omite, pudiendo realizarlo, aquel*

²² SPROVIERO, Juan, *Mala praxis. Protección jurídica del médico*, Buenos Aires, Editorial Abeledo- Perrot S.A., 1994, p 181.

²³ PORTERO LAZCANO, op. cit. pp. 93-94.

²⁴ Ver SPROVIERO, Juan, op. cit. pp. 181-187.



comportamiento que hubiera evitado la producción de un resultado dañoso. Es decir, en última instancia, el error consiste en no evitar lo que a través de nuestra diligencia debimos y pudimos evitar; (...) o sea que su error consiste en no hacer uso de la evitabilidad que las circunstancias le ofrecen para que el resultado dañoso no se realice. La evitabilidad se convierte en una característica esencial de la culpa.

Una segunda característica de la culpa es la previsibilidad, que es la posibilidad que tiene el sujeto de prever el daño que puede ocasionar con su conducta. Pero esta característica solo puede ser cuestionada si la producción del resultado es evitable ya que, si es inevitable, el preverlo ya no tendrá la misma importancia jurídica al no estar dentro del dominio del agente.

Se determina un comportamiento culposo cuando al suceso real, con todas las circunstancias en que se produjo, se compara con otro suceso hipotético, en el cual al introducirle las variaciones de lo realmente ocurrido no se presenta el mismo resultado. (...) "En la previsibilidad del resultado de la conducta radical, en opinión de Carrara, la esencia de la culpa ya que el derecho sanciona a quién puede prever el resultado y no lo hace, o a quién habiéndolo previsto, actúa de todas maneras con la esperanza de poder evitar el daño".²⁵

Con respecto a lo anterior somos coincidentes con el autor citado dado que nuestra legislación actual establece que la culpa funciona ante un acto, evitable y previsible, por tanto, al no tomar las consideraciones y precauciones respectivas, un médico actúa en

forma culposa, de modo tal que a pesar de no querer causar el daño ocasionado, lo comete.

La culpa puede ser conciente o inconsciente. En la culpa conciente el agente se representa la posibilidad del hecho dañoso; sin embargo, actúa confiado en que no se producirá debido a que cree que sus capacidades le ayudarán a evitar el daño. Por otro lado, en la culpa inconsciente el sujeto no se representa el posible daño que puede causar con su accionar.

Son generadores de la culpa en casos de malpraxis la impericia, la negligencia, la imprudencia e inobservancia de normas o reglamentos establecidos. De seguido, procedemos a dar contenido a estos conceptos.

a) La impericia:

La pericia es la experiencia y habilidad que se tiene en una ciencia o un arte. En el ejercicio de su profesión el galeno debe contar con una serie de conocimientos y destrezas, ajustados a lo que impone la ciencia médica y su práctica.

El doctor Eduardo Vargas Alvarado en su libro Medicina Legal refiere con respecto a este tema lo siguiente: *"Impericia es la ignorancia inexcusable, significa una actuación con ausencia de conocimientos fundamentales, incluye la falta de actualización en los avances de medicina".²⁶* Con respecto a este punto, Alfredo Araya Vega nos refiere que la impericia *"... no solo consiste en actuar a sabiendas de la ineptitud técnica o física, si no también ejercer la profesión sin estar al día con las*

²⁵ ARAYA VEGA Alfredo y otro, op. cit. p.

²⁶ VARGAS ALVARADO, Eduardo, op. cit. p. 433.



nuevas técnicas, los nuevos métodos en fin los nuevos conocimientos de la ciencia médica."²⁷

Ante este tema, es claro que en todas las áreas profesionales, pero en especial las referidas a la medicina, se deben mantener actualizados los conocimientos, dado que día con día se descubren nuevas técnicas, las cuales son más beneficiosas para el ser humano; un profesional en esta rama debe estar muy bien capacitado desde sus estudios universitarios y aun más cuando se encuentre ejerciendo la profesión, dado que todos los días tiene la vida de una persona en sus manos; si un profesional en medicina, al tener un paciente, se percató de que sus conocimientos no son lo suficientemente amplios para poder atenderlo y tratarlo, lo correcto es que lo remita de forma inmediata al profesional correspondiente, parte de esta educación recae indudablemente en las universidades tanto privadas como estatales, los cuales deben procurar graduar los profesionales que realmente estén debidamente capacitados para ejercer su puesto, así mismo el Colegio de Médicos y Cirujanos, así como la Caja Costarricense de Seguro Social deben estar siempre vigilantes de que sus médicos estén siempre al día, con las técnicas y métodos más nuevos y efectivos.

b) La negligencia

Se determina como negligencia *"la omisión o demora inexcusable en la actuación del médico, o una actuación perezosa con falta de celo y constancia profesional"*.²⁸ Así también, la negligencia consiste en *"una conducta*

omisiva, contraria a las normas que imponen un actuar presto, solícito, ávido, en fin, por evitar la realización de un resultado dañoso o peligroso. (...) no solamente se conforma por la omisión, es decir, por dejar de hacer algo, sino también por el modo de ejercer la conducta que origina el resultado, en el tanto en que se obra de una manera distinta de cómo debería obrar".²⁹

Es negligente quien deja de hacer o cumplir con lo que prescribe la experiencia común.

Con respecto al punto de la negligencia es claro que la acción omisa o tardía con resultado dañoso al paciente, así como la falta de motivación o pereza por parte de los médicos origina que muchos casos de malpraxis sean orientados por estos puntos, ya que, como lo vemos día a día, cuando alguna persona se presenta a los servicios de medicina de los hospitales nacionales, muchas veces los médicos no le prestan la atención debida al paciente, ya sea por carga laboral, presión o simple pereza, desatendiendo en muchos casos a las personas que solicitan la ayuda; ya que muchos médicos, a la hora de atender un paciente, se preocupan más por la parte económica por la salud de la persona que tienen en sus manos.

c) La imprudencia

La imprudencia es *"... una conducta culposa positiva, en un actuar desmesurado, en exceso, apresurado o irreflexivo que provoca un resultado dañoso por no haberse tomado las precauciones que en el sentido común indica, o*

27 ARAYA VEGA, Alfredo, *op. cit.*

28 VARGAS ALVARADO, Eduardo, *op. Cit.* p. 433

29 CORDERO IARANELA, Alvaro, citado por ARAYA VEGA, Alfredo y otro, *op. cit.* p. 218 - 219.



bien por haber actuado con cierta laxitud subestimando las posibles consecuencias dañosas”.³⁰, con respecto a este punto el doctor Eduardo Vargas Alvarado indica que la imprudencia es “la actuación temeraria o precipitada”.

El médico debe determinar con suma cautela qué método va a emplear, utilizando todos los mecanismos existentes para llevarlo a cabo: pruebas, historia clínica, etc., pues actuar rápido o con desdén, puede producir el resultado dañoso, al pensar que la utilización de un método o técnica es más beneficiosa que otro, situación que el juez debe valorar ante un posible juicio por malpraxis, ya que el médico en todo momento tiene la intención de curar y no producir lesiones o muerte; en casos de emergencia la prudencia es determinante para poder llevar a buen fin el método que se va a utilizar.

d) La inobservancia de normas y/o reglamentos

*El doctor Vargas Alvarado define la observancia como “la obligación del médico de respetar las reglamentarias generales, así como los reglamentos internos o específicos de la institución y las normas del servicio donde trabaja, este deber incluye los principios éticos de la medicina y los derechos de los pacientes.”*³¹

Julián Solano Porras indica que “en cuanto a la inobservancia de reglamentos, se comprende todas las disposiciones de carácter general dictadas por las autoridades competentes en la materia de que traten”; dichas ór-

denes normativas son las dispuestas en la ley General de Salud, Reglamento de Hospitales Nacionales, Estatuto de Servicios Médicos, entre otros”. Así mismo indica que “pese a existir omisión reglamentaria pura y simple, cuando no se produce daño en la salud del paciente no se conforma mal praxis en el sentido en que la concebimos”.³²

Todo médico, en su actuar, siempre debe respetar todas las órdenes giradas por parte de los jefes de la Caja Costarricense del Seguro Social, del Ministerio de Salud, así como del Colegio de Médicos de Costa Rica. Si como consecuencias de incumplir estos lineamientos se produce un daño en la salud de una persona o la muerte, el médico será responsable de mal praxis. Sin embargo, si el resultado no provoca daño no habría responsabilidad culposa.

3. EL DAÑO

Otro factor importante para acreditar la responsabilidad médica es la existencia de un perjuicio al paciente ocasionado por el actuar culposo del médico. El daño implica un menoscabo de integridad corporal la salud del asistido, que afecta sus condiciones de vida. El daño debe ser real y efectivo pues sin él no hay responsabilidad médica. El perjuicio debe ser consecuencia directa del acto médico culposo.

4. RELACION DE CAUSALIDAD

Para determinar si hay responsabilidad, por último debe presentarse un nexo causal entre

30 Arava Vega, Alfredo y otro po.cit. pag.213-214.

31 VARGAS ALVARADO, Eduardo, op. cit. p. 433

32 Julián Solano Porras, citado por ARAYA VEGA, Alfredo y otro, en op.cit., p.224 – 225.



la falta cometida y el daño generado. «La culpa para que exista debe haber creado un daño propio o haber agravado un estado anterior y es este daño y sólo este que deber ser tomado en cuenta»³³

D. Eximentes de la responsabilidad culposa

No toda actuación médica en la que se produzca un daño al paciente le es imputable al galeno. Dentro de una intervención médica, pueden surgir ciertos riesgos, algunos previsibles, otros no, y se dan a pesar de que el profesional no haya faltado a sus deberes de cuidado.

Los riesgos previsibles o típicos, son complicaciones que se presentan siempre en determinadas patologías y se conoce cómo se producen. Los riesgos imprevisibles o atípicos, son aquellos que suceden de forma infrecuente, su aparición no está pronosticada.

«El médico sólo estará obligado a poner los medios necesarios para prevenir los riesgos típicos, de lo contrario no sería posible ejercer la medicina ya que la totalidad de riesgos potenciales ante una intervención es tan elevado que no sería operativa la prevención de todos ellos»³⁴

Las complicaciones que surgen en una intervención, no previsibles, a pesar de que se ha actuado con la debida diligencia y observancia de reglamentos, es lo que se conoce como iatrogenia. Carlos Tiffer la conceptualiza como «aquella situación que comprende los efectos inevitables de la actuación profesional del médico y de los medios que emplea, esto

por cuanto, en el ejercicio profesional de la medicina existe un margen de fatalidad o riesgo, como en cualquier acto humano.»³⁵

Cuando se presenta la iatrogenia, el médico actuó con prudencia, diligencia, competencia y en apego a la reglamentación; sin embargo, el resultado no querido e imprevisto se produce por razones ajenas a él, y dicho resultado está enmarcado dentro del mínimo porcentaje del riesgo inevitable que existe cuando se ejecuta un acto médico.

La iatrogenia no es punible, y se considera como un caso fortuito, consecuentemente, exime de responsabilidad al médico a quien no se le puede achacar y no puede sancionarse ya que no constituye un actuar típico, pues por ser un hecho imprevisible (aun utilizando una conducta diligente) deviene inevitable.

CAPITULO II: RESPONSABILIDAD PENAL Y CIVIL DE LOS MEDICOS

A. RESPONSABILIDAD PENAL

En el presente trabajo nos hemos dedicado únicamente a determinar la responsabilidad penal y civil de los especialistas en medicina, surgida a consecuencia de la malpraxis, por tanto nos referiremos exclusivamente al actuar culposos de los médicos y las repercusiones civiles de la misma actuación, tratando de definir y delimitar las acciones culposas, así como los delitos y los tipos de responsabilidad de los galenos, dado que consideramos que la actuación del médico, con base en sus principios

33 PAGUAGA LOPEZ, Max y otro. Consideraciones generales sobre la responsabilidad, Tesis para optar por el grado de especialista en Medicina Legal, Universidad de Costa Rica, 1999, p. 59.

34 PORTERO LAZCANO, Guillermo, op, cit. p. 93.

35 TIFFER SOTOMAYOR, Carlos, op, cit. p. 50.



de formación ética y moral, debe estar dirigida a salvar la vida, manteniendo los estrictos controles que se requieran para llevar a buen término un tratamiento u operación; así el actuar del médico siempre debe ser curar y en caso de que actúe con el fin de producir una lesión o matar, el mismo actúa con dolo; nos encontraríamos ante una nueva situación jurídico penal, la cual nunca podría encuadrarse dentro de los términos de la malpraxis, sino dentro de los delitos de homicidio o lesiones, según sea el caso.

1. Fundamento

Se presenta la responsabilidad penal cuando nos encontramos con obligaciones de forma punitiva que toda persona debe asumir como consecuencia de la inobservancia de comportamientos prohibidos por la ley penal, los cuales normalmente son de carácter privativo de libertad, y protegen valores sociales, vida, libertad sexual, patrimonio, etc.

La responsabilidad penal de forma culposa se da *“cuando, sin intención de dañar, mas sin proceder con la diligencia debida, se causa un resultado dañoso y tipificado por la ley penal. Se distingue también, en este campo, entre culpa lata, leve y levísima. Se distingue asimismo entre culpa consciente e inconsciente, dependiendo de que el agente se represente o no de las consecuencias perjudiciales que puedan derivarse de sus actos, por mucho que confíe en que no se produzcan y no tomándolas por ello en cuenta»*.³⁶

Asimismo con respecto a este punto, *“... la visión jurídica de la culpa se puede asimilar a la acción u omisión de determinada conducta, que de haberse tenido en cuenta no se hubiese producido.”*³⁷

El doctor Eduardo Vargas Alvarado en su libro Medicina Legal indica, con respecto a la responsabilidad penal: *“La responsabilidad profesional del médico constituye una forma de responsabilidad culposa, es decir, de aquella en que se causa un daño sin existir la intención de producirlo”*.³⁸

Con el fin de definir la malpraxis, nos referiremos a las definiciones de cada una de las palabras que la componen estableciendo como: mal (filosofía), lo que es malo en el orden ético-moral, lo que causa daño, sufrimiento o miseria; y como praxis, término procedente del griego clásico, que significaba originalmente la acción de llevar a cabo algo. En una acepción más general, significa ‘práctica’, ‘actividad práctica’ o el conjunto de ‘actividades prácticas’ que realiza el ser humano,³⁹ por tanto ante la definición misma de la palabra podemos concluir que con respecto a la malpraxis es una acción u omisión que se realiza produciendo como resultado un daño o sufrimiento culposos.

Dentro de la responsabilidad penal se debe determinar con claridad cuándo se actúa con dolo o culpa; determinar este punto es muy importante, dado que no se debe, confundir uno con el otro; nuestra propia legislación

³⁶ “La Culpa Médica”. www.medicinaymalpraxis.com.ar/culpa_médica.htm

³⁷ «Mal (filosofía).» Enciclopedia® Microsoft® Encarta 2001. © 1993-2000 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

³⁸ VARGAS ALVARADO, Eduardo, op. cit. p 433.

³⁹ Enciclopedia Microsoft, Encarta 2001, Microsoft Corporation.



penal en su artículo 31 define levemente lo que se refiere al dolo indicando "... obra con dolo quién quiere la realización del hecho tipificado, así como quién la acepta, previniéndola a lo menos como posible...", por tanto no es importante entrar en detalles en este tema debido a que, como se indicó anteriormente, la actuación del médico en la malpraxis no puede ser dolosa sino del tipo culposa.

2. Delitos relacionados con un actuar culposo, derivados de la malpraxis medica

A) De los delitos

Las siguientes figuras penales, si bien es cierto no son exclusivas de la profesión médica, es nuestro criterio que a título de culpa se relacionan con el tema tratado, dado que pueden nacer a la vida jurídica por la actuación de un médico en sus funciones propias y las cuales el médico no tenía la intención de realizar, pero debido a la actuación negligente, con impericia, imprudente, o la falta de observar normas o reglamentos establecidos, el galeno produce la muerte del paciente, del feto o produce una lesión al paciente.

Homicidio culposo

Establece el artículo 117 de nuestro Código Penal: "Se le impondrá prisión de seis meses a ocho años al que por culpa matare a otro. En la adecuación de la pena al responsable, el tribunal deberá tomar en cuenta el grado de culpa y el número de víctimas, así como la magnitud de los daños causados. En todo caso, al autor del homicidio culposo se le impondrá también inhabilitación de uno a cinco años para el ejercicio de la profesión, oficio, arte o actividad en que se produjo el hecho..."

Este delito se produce al darse como resultado la muerte del paciente, la cual como se ha indicado anteriormente, está relacionada con el daño y el nexo causal de una con la otra, siendo que por parte de la legislación penal de Costa Rica, se determina además de la pena privativa de libertad, la inhabilitación de la profesión al autor responsable.

Aborto culposo

Reza el artículo 122 del Código Penal: "Será penado con sesenta a ciento veinte días de multa, cualquiera que por culpa causare un aborto".

Esta figura penal refiere propiamente a que debido al actuar del médico se produce la muerte del feto, evitando la vida del nuevo ser.

Lesiones culposas

En el artículo 128 del Código Penal se establece que "Se impondrá prisión de hasta un año, o hasta cien días multa, al que por culpa causare a otro lesiones de las definidas en los artículos 123, 124 y 125. Para la adecuación de la pena al responsable, el Tribunal deberá tener en cuenta el grado de culpa, el número de víctimas y la magnitud de los daños causados.

En todo caso, al autor de las lesiones se le impondrá también inhabilitación de seis meses a dos años para el ejercicio de la profesión, oficio, arte o actividad en que se produjo el hecho...."

En este artículo se hace referencia a las lesiones leves, graves y gravísimas, en las cuales las lesiones e incapacidades son diferentes, según el daño ocasionado; por tanto, a la hora de ser valorado por un juez, se debe determinar con claridad qué tipo de incapacidad se



presenta, además de delimitar el delito en su forma dolosa para luego referirnos a la culpa en el actuar médico; siendo así, nos permitimos transcribir dichos artículos del Código Penal, como ilustración de las diferencias de cada uno.

Lesiones gravísimas

“Artículo 123: Se impondrá prisión de tres a diez años a quien produzca una lesión que cause una disfunción intelectual, sensorial o física o un trastorno emocional severo que produzca incapacidad permanente para el trabajo, pérdida de sentido, de un órgano, de un miembro, imposibilidad de usar un órgano o un miembro, pérdida de la palabra o pérdida de la capacidad de engendrar o concebir”.

Lesiones graves

“Artículo 124: Se impondrá prisión de uno a seis años, si la lesión produjere una debilitación persistente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o de una función o si hubiere incapacitado al ofendido para dedicarse a sus ocupaciones habituales por más de un mes o le hubiere dejado una marca indeleble en el rostro”.

Lesiones leves

“Artículo 125: Se impondrá prisión de tres meses a un año, o hasta cincuenta días multa, al que causare a otro un daño en el cuerpo o en la salud, que determine una incapacidad para el trabajo por más de cinco días y hasta por un mes”.

B) Causas de justificación en la actuación médica

Con respecto a este tema el doctor Eduardo Vargas Alvarado indica “... esta rama del derecho contempla autorizaciones o permisos para realizar la acción prohibida solo a manera de excepción, estas autorizaciones se les denomina como causas de justificación, excluyendo la responsabilidad penal como la civil”.⁴⁰

En las causas de justificación se valoran los bienes jurídicos tutelados, colocando los de mayor valor sobre los de menor valor. Como las de la actuación médica lo son el estado de necesidad, el consentimiento del derecho habiente, el cumplimiento de la ley, en todo momento el médico debe de tratar de preservar la vida.

Estado de necesidad

El estado de necesidad nace al existir un bien jurídico que se coloca en peligro y debe realizarse una acción para salvar uno de los dos bienes jurídicos; según la doctrina existen dos tipos de estado de necesidad: el exculpante y el justificante; en el primero se valoran dos bienes jurídicos de igual valor, pero en el justificante se comparan dos bienes de diferente valor: uno de menor valor y otro de mayor valor, pero para que se presente este estado de necesidad deben dar los siguientes comportamientos “a) El mal que se quiere evitar debe ser inminente (actual, inmediato); b) no ha de haberse podido evitar por otros medios; c) el mal que se ocasiona debe ser menor que el que se quiere evitar; d) quien produce el mal ha de ser ajeno a la situación de nece-

40 VARGAS ALVARADO, Eduardo, op. cit., p. 435.



alidad creada (si no responde por su acción, por dolo o culpa); e) el individuo no ha de estar jurídicamente obligado a soportar el mal (ej., en razón de su empleo o por imposición de una norma legal: bombero, marino, etc.).⁴¹

Como se indicó, el médico no puede ser el causante de este estado de necesidad ya que de serlo no podría ampararse a esta causa de justificación.

Consentimiento del derecho habiente

Con respecto al consentimiento de la víctima o paciente se dice: *“El consentimiento solo tienen relevancia cuando recae sobre el bien jurídico del que el paciente puede disponer y de conformidad con la Lex Artis, De lo contrario estaríamos ante un delito culposo”*.⁴²

Este consentimiento puede presentarse de diferentes maneras ya sea de forma escrita y firmada por el paciente, verbalmente, o ante la imposibilidad de estas, por medios idóneos y certeros de la aceptación del tratamiento por parte del usuario; así mismo para seguridad del médico dicha aceptación debe constar en la historia clínica del paciente, ya que por posibles reclamos futuros este debe demostrar que le hizo las advertencias del caso al paciente, o a sus familiares acerca de los posibles riesgos del tratamiento u operación.

Debe dejarse claro que al someterse a un proceso médico no se exonera la posible responsabilidad del médico; únicamente lo que hace el paciente es autorizar la aplicación de

dicho tratamiento, así también en casos de que el paciente indique no querer someterse a determinado tratamiento el médico debe respetar la voluntad de este, pero dejando claro siempre en el expediente que al paciente se le explicaron las consecuencias de no utilizar el método indicado.

Lo anterior, “está condicionado por el interés de quien tiene un derecho disposición sobre él, excluye la antijuridicidad. En síntesis, no hay conducta antijurídica - y por lo tanto daño injusto-, cuando el propio damnificado ha consentido la conducta que ocasionó el daño”.⁴³

Cumplimiento de la ley

El Dr. Vargas Alvarado indica que “no comete ninguna acción punible quien actúa en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho”.⁴⁴

Así mismo un médico que actúa amparado en una orden judicial, no puede ser responsabilizado por su actuar, dado que cumple una orden legalmente ordenada.

C) Causas de exculpación en la actuación médica

Debemos referirnos, además de la causas de justificación, a las causas de exculpación en las cuales primero definimos la culpa; consistente en la actuación de una persona que debió y debe actuar conforme a derecho y sin embargo no lo hizo, comprendiendo dentro

41 Molina Arrubla Carlos Mario, *Responsabilidad Penal en el Ejercicio de la Actividad Médica*, 1998, Biblioteca Jurídica Dike, pág. 113

42 Vargas Alvarado, Eduardo, op. Cit. Pag. 435

43 Arava Vega, Alfredo y otro op.cit. Pag. 256

44 Vargas Alvarado, Eduardo, op. Cit. Pag. 435



del reproche la posibilidad del sujeto de haber actuado de otra forma y un incumplimiento del mandato de comportarse como el ordenamiento penal, civil y social obliga, suponiendo que el agente activo conoce que su acción no es correcta tanto social como jurídico penal.

*“En la responsabilidad del médico, la fuerza mayor, el hecho de un tercero y la culpa del paciente excluye la causalidad, de modo que el médico no es responsable cuando se pruebe uno de estos tres aspectos. Las predisposiciones y las complicaciones son previsibles para el médico exoneran al médico de responsabilidad; no por ser causas que excluyen la causalidad sino por que su presencia cuando no es imputable al médico se configura como iatrogenia y por lo tanto no culpable”.*⁴⁵
Los eximentes de culpabilidad son:

Caso fortuito:

Elemento esencial del caso fortuito lo constituye la imprevisibilidad o inevitabilidad, siendo que la persona, pese a tener todos los cuidados necesarios, actuando como un buen padre de familia por un evento externo a él, produce un daño o lesión.

En el ámbito médico, cuando el galeno no ha contribuido a que el caso fortuito aparezca, no se puede hablar de culpa o dolo, no siendo responsable, así mismo si el médico no actuó como buen padre de familia y no guardó los procedimientos requeridos o técnicas exigidas, no actuando de forma diligente, estaríamos ante un hecho culposo en el cual no hay eximente de responsabilidad.

Fuerza mayor:

Esta causa se presenta al suceder un hecho de la naturaleza, por lo tanto es inevitable, siendo que el daño producido no es efecto de la conducta realizada por el médico, sino la ocasionada por un evento inevitable.

Hecho de la víctima:

Cuando es el propio paciente quien por su propio actuar se ve perjudicado y se produce un daño, el médico no es responsable en la vía penal ya que esta materia indica que la responsabilidad penal es personal.

Hecho de un tercero:

Es la acción u omisión que realiza una persona que no es el médico acusado, debido a esta acción u omisión del tercero se produce un daño a la víctima, como única causa del daño; la responsabilidad recae sobre este tercero y no sobre el médico.

Error médico: (iatrogenia)

Lo constituye la actuación médica realizada de forma correcta y sin culpa, en la cual se produce un resultado dañino a una persona. *“Iatrogenia es el estudio de los efectos nocivos o patógenos que se originan en el que hacer médico, tanto de diagnostico como terapéutico, debido en última instancia a una necesidad o una información deficiente, pero no culpable al médico.”*⁴⁶

⁴⁵ Araya Vega, Alfredo y otro, op, cit. Pág. 249

⁴⁶ Araya Vega, Alfredo y otro, op, cit. Pág. 249



Este punto ya fue tratado antes como uno de los eximentes de la responsabilidad médica.

B. Responsabilidad civil

1. Fundamento

Como responsabilidad civil, debemos indicar que es la que se origina cuando se da una relación contractual o extracontractual mediante la cual el patrimonio del deudor haga frente a un incumplimiento de un contrato o la realización de un daño en caso de no existir contrato.

Con respecto a este punto Alfredo Araya Vega indica “... en la modernidad, la responsabilidad civil significa asumir características de un acto o una conducta o como lo ha señalado Bustamante Alsina, comporta siempre un deber de dar cuenta a otro del daño que se le ha causado, la responsabilidad civil debe reparar el daño producido, por que quién sufre un daño lo que quiere es indemnización, que se le vuelva al lugar que como estaba lo dañado, y tratándose del caso en particular de los daños del médico al paciente ..., es reparar económicamente la salud o la vida del paciente.”⁴⁷

En este concepto es muy acertado lo referente a la malpraxis médica y a la reparación de daños que solicitan normalmente los pacientes por este tipo de casos.

En la responsabilidad civil el médico va a responder al paciente por los daños ocasiona-

dos en su salud o en la vida de una persona. El artículo 1045 del Código Civil, indica el deber de cualquier persona de reparar el daño ocasionado a otra persona por dolo, culpa, impericia, negligencia, refiriéndose en todo momento a la reparación pecuniaria que se solicita por la vía judicial.

En nuestra legislación, el proceso de responsabilidad civil se puede llevar conjunto al proceso penal, siendo que por medio de una acción civil resarcitoria, al dictar una sentencia penal ya sea absolutoria o condenatoria, el juez deberá referirse también a la reparación y a la responsabilidad civil del médico.

Para que se dé este tipo de responsabilidad debe darse un hecho que modifique o transforme una situación anterior no necesariamente de naturaleza ilícita. Este hecho puede ser realizado por parte de quién debe asumir la responsabilidad del daño a través de un tercero o a través de cosas tanto animadas como inanimadas. En el caso del ejercicio de la medicina o profesiones afines este hecho lo constituye el acto médico.

También se exige en la responsabilidad civil extracontractual o contractual una actuación culposa que genere un daño. “La culpa contractual requiere la preexistencia de una obligación específica entre la partes (un contrato, un acto unilateral o establecido por ley. La culpa extra contractual en cambio consiste en la violación del deber genérico de no dañar a nadie, deber que incumbe a todos, para el cual no es necesaria la preexistencia de una específica relación obligatoria”.⁴⁸

47 ARAYA VEGA, Alfredo, op. cit. p. 250.

48 VARGAS ALVARADO, Eduardo, op. Cit. Pág. 433.



El daño es el menoscabo que se produce en un patrimonio, sea en su aspecto económico (material) o afectivo (moral). El nexo causal es la necesaria e imprescindible relación de causa-efecto, entre el hecho y el resultado dañoso.^{49 -50}

2. Tipos de responsabilidad civil

a) Responsabilidad civil contractual

Para definir la responsabilidad civil contractual indicamos que es la originada por un contrato específico, en el cual una de las partes incumple y la otra solicita el pago de los daños ocasionados por el incumplimiento; esta relación contractual puede ser expresa o tácita tal como lo ha establecido el Código Civil en su artículo 1008, como nos refiere el Lic. Alfredo Araya en su tesis en el sentido que la relación médico paciente se da por acuerdo de voluntades, siendo que luego de una información previa el paciente expresa su voluntad y consentimiento para que el médico realice el acto médico.

b) Responsabilidad civil extracontractual

Con respecto a responsabilidad debemos indicar que es la originada luego de que una persona le cause un daño a otra sin existir contrato previo entre ambas; en nuestro ordenamiento civil se encuentra contemplado en el artículo 1045 del Código Civil toda persona que cause un daño, deberá repararlo junto con los perjuicios.

En el ejercicio de la medicina, este tipo de responsabilidad se presenta en aquellos en que no hay contrato, por ejemplo en la prestación

de servicios hospitalarios públicos; en este supuesto los deberes y obligaciones del médico en cuanto al ejercicio de su profesión son los mismos, exista o no contrato, por lo que puede responder de igual manera tanto en el ámbito contractual como en el extracontractual.

Conforme a lo anterior, en el presente trabajo consideramos que en el actuar médico se pueden presentar los dos tipos de responsabilidad civil, tanto la contractual como la extracontractual, debido a que cuando un paciente le solicitó un médico con anticipación la realización de un tratamiento u operación nace una relación contractual entre las partes, siendo responsable el médico en caso de ocurrir algún daño en la salud del paciente; dicha relación nace, a nuestro criterio, en ámbito privado de la salud, pero en casos de emergencia o relaciones hospitalarias lo que surge es una relación extracontractual con el médico, así mismo dicha responsabilidad es solidaria con la Caja Costarricense del Seguro Social.

CONCLUSIONES

Finalizado este estudio, podemos concluir que así como cualquier otra actividad, el ejercicio de la medicina implica responsabilidad, pues todo el que causa un daño está en la obligación de repararlo.

La responsabilidad en la que incurre un profesional en las ciencias médicas puede ser dolosa o culposa. Será dolosa cuando el médico actúe con dolo, es decir con intención o voluntad de obtener un resultado.

49 Ver MOLONA ARROBOLA, Carlos Mario, *op. Cit.* Pág. 68.

50 Ver RIVERO SANCHEZ, Juan Marcos, *Responsabilidad Civil*, tomo II, segunda edición, Editorial Ediciones Jurídicas Areté, 2001, página 70.



La responsabilidad culposa es lo que se conoce como malpraxis, y se produce debido a un actuar incorrecto del médico, capaz de provocar un daño al paciente. En este caso, el médico incurre en una falta al deber de cuidado que le impone el ejercicio de su profesión.

Para que la responsabilidad médica por culpa se dé, debe existir una relación entre el médico y el paciente, delimitada por una serie de obligaciones y derechos entre ambas partes. Son elementos imprescindibles para acreditar una malpraxis un acto médico y una falta debida a un actuar culposo es decir imprudente, negligente, con impericia o por no seguir la reglamentación correspondiente.

Esta falta tiene que producir un daño en el paciente, el cual tiene por fuerza que ser consecuencia del acto médico culposo.

En nuestro país, las actuaciones médicas no están regulados por un fuero especial, por lo que se deben aplicar las reglas generales de la responsabilidad penal y civil, para ser reclamadas.

La responsabilidad civil puede ser contractual o extracontractual y se basa en la obligación genérica de reparación de daños por parte de aquel que los cause y dentro de ella se pretende que el afectado reciba una indemnización económica por el mal sufrido; la responsabilidad no es personalísima ya que puede ser solidaria.

La responsabilidad penal en cambio, busca sancionar al médico mediante la imposición de una pena, sea de multa, privativa de libertad o una inhabilitación para el ejercicio de su profesión, y responde a la necesidad estatal de sancionar aquellas conductas que afectan bienes jurídicos tutelados en el ordenamiento penal; como la vida y la integridad física y psicológica del ser humano.



BIBLIOGRAFÍA

Libros

- Creus, Carlos, Esquemas de derecho penal, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1993.
Espasa, Diccionario Consultor Espasa, Editorial Espasa, España, 2000.
Molina Arrubla, Carlos Mario, Responsabilidad penal en el ejercicio de la actividad médica, Colombia, Biblioteca Jurídica Diké, 1998.
Rivero Sánchez, Juan Marcos, Responsabilidad civil, Tomo II, San José, Ediciones Jurídicas Areté, 2001.
Roxin, Claus, Derecho penal, parte general, España, Editorial Civitas, 1997.
Simpson, Cedric Keith, Medicina forense, México, Editorial El Manual Moderno, 1999.
Sproviero, Juan H, Mala praxis, protección jurídica del Médico, Argentina, Editorial Abeledo – Perrot, 1994.
Vargas Alvarado, Eduardo. Medicina legal, San José, Editorial Trillas, 2000.

Tesis

- Araya Vega, Alfredo Gerardo y otro, La responsabilidad médica en la legislación costarricense, sus implicaciones en el ámbito civil y penal, San José, Tesis de Graduación para optar por el Título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2001.
Bastos Villegas, Max y otro, Efectos civiles de la mala práctica médica. El contrato de seguros como medio de reparación. San José, Tesis de Graduación para optar por el Título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1996.
Fallas Mata, Eduardo, Responsabilidad civil médica en caso de mala praxis, San José, Tesis de Graduación para optar por el Título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad Latina de Costa Rica, 1999.
Fernández Mora, Cristian y otra, La teoría de los riesgos en los delitos culposos. San José, tesis de Graduación para optar por el Título de Licenciado en Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2003.
Paguaga Lopez, Max y otro, Consideraciones generales sobre la responsabilidad médica, Tesis de Graduación para optar el grado de Especialista en Medicina Legal, Universidad Costa Rica, 1999.

Revistas

- Castro Vindas, Silene y otro, La responsabilidad del médico derivada del fenómeno de la mala praxis, en Cuadernos de Estudio del Ministerio Público de Costa Rica. 2002.
Lazcares Jiménez, Gerardo, En mala praxis, responsabilidad del profesional en medicina, Revista de Medicina Legal.
Portero Lazacano, Guillermo, Responsabilidad penal culposa del médico, Revista Latinoamericana de Derecho Médico y Medicina Legal, volumen 6 (2) diciembre del 2001, volumen 7 (1) junio 2002.



Tiffer Sotomayor, Carlos, "Mala praxis médica y sus consecuencias penales". Revista de Ciencias Penales de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 19, agosto 2001.

Leyes

Constitución Política de Costa Rica.
Código Penal de Costa Rica.
Código Civil de Costa Rica.
Ley General de Salud.

Páginas de Internet

La culpa médica, en www.medicinaymalpraxis.com.
Russo, Gerardo, Mala praxis médica, www.medicinaymalpraxis.com.
Veloso de Franca, Genival, Política de prevención del riesgo de mala praxis, www.arrakis.es

ANEXO

LOS DIEZ MANDAMIENTOS PARA EVITAR LA MAL PRAXIS MEDICA

Los diez mandamientos recomendados por el Doctor Gerardo Russo con el fin de evitar que a los médicos en su vida profesional se le presenten casos de mal praxis son:

1- EL ENFERMO NUNCA ES OBJETO. "ES SUJETO"

Acá creo convendría denominarlo sujeto activo, es decir partícipe necesario de su tratamiento y de las decisiones que esto conlleva. Por lo tanto se lo debe tratar como tal.

2- NO MENTIR

Entre los médicos legistas decimos que para mantener una mentira se necesitan diez. En las declaraciones y escritos nunca se debe incurrir en este error. Se debe escribir todo tal cual ocurrió. Ejemplo: Si el cirujano operó con personal no capacitado debe ponerlo, de lo contrario deberá mentir la enfermera, el anestesista, el cardiólogo, la mucama etc. para sostener esta mentira. Todos serán condenados por falso testimonio.

3- SER PRUDENTE

Sensato, con buen juicio. Significa tener el criterio adecuado y una conducta médica que surja del razonamiento y la información.

4- ADQUIRIR PERICIA

Todo médico debe formarse, acreditar su formación y demostrarla con hechos (por sus frutos lo conoceréis. San. Mateo 15-20)



No debe hacerse lo que no se sabe. No se debe efectuar una práctica en un lugar que no sea adecuado.

5- SER DILIGENTE

Cuidadoso. Esmerado. Poner los medios necesarios para prestar un servicio. Estar verdaderamente al servicio del enfermo considerándolo un TODO.

6- DEJAR CONSTANCIA

Todas las edades fueron caracterizadas por algo. La edad de piedra, la edad de los metales etc. Hoy vivimos la edad del "PAPEL". En la Justicia lo que no está escrito NO EXISTE.

7- RECONOCER LOS LIMITES

Significa que el médico abandone su soberbia. Sepa decir NO SE o NO PUEDO.

8- INFORMAR POR OBJETIVOS

Es un método que consiste en ir informando al enfermo y sus familiares en forma escalonada o por etapas. Definir claramente los procedimientos que se van a utilizar. Por ejemplo: La cirugía y sus riesgos. Luego, hablar de las complicaciones. Cuando aparezca la complicación informar cómo se la combatirá y cómo los familiares pueden colaborar.

9- HACER SENTIR A LOS FAMILIARES COLABORADORES

Recordar que el veinte por ciento de los juicios es inducido y fomentado por los familiares. Cuidarse especialmente de los que no viven con el enfermo y son de otra ciudad.

10- COBRAR LO JUSTO

Es una consigna muy importante y el aspecto más difícil. No se debe cobrar de más ni tampoco de menos. Cobrar de más produce en el otro un sentimiento de estafa. Cobrar de menos genera desconfianza y no permite al médico disponer de los recursos suficientes para capacitarse y equiparse (por lo tanto no tiene qué ofrecer al enfermo).

Con referencia a la relación médico- paciente y ante los embates de la reducción economicista de tal relación es necesario que la comunidad de médicos pueda dar una respuesta creativa e ingeniosa a los mismos, con el propósito de no caer en la "medicina defensiva"; para esto una de las posibilidades es la de trabajar en grupos transdisciplinarios en donde la inclusión de las especialidades afines y de la psicología en todos los ámbitos sea una constante, y que ayude al médico a salirse de su soledad del consultorio y lo convoque a compartir la experiencia y decisiones en forma grupal, si esto se realiza como una gimnasia diaria resultaría en mejores y mayores beneficios para los actores de este drama.. por un lado el enfermo y su núcleo familiar y por otro lado los médicos, que se sentirán más apoyados en su tarea y en la toma de decisiones no fáciles en la mayoría de los casos en donde les toca actuar".⁵¹

51 Russo Gerrdo, *Mala Praxis Médica, La nueva Industria Del Juicio*, www.medicinaymalpraxis.com



NOCIONES PARA EL ABORDAJE PRACTICO DEL DELITO DE USURPACION

Lic. Celso Gamboa Sánchez

Fiscal Auxiliar de II Circuito Judicial de la Zona Atlántica

Desde mucho tiempo atrás era manifiesto que la carestía de vivienda fue el precedente que estimuló gran cantidad de invasiones a inmuebles, situación que con el paso de los años se ha modificado; y hoy día tenemos gran cantidad de personas que hacen del despojo ilegítimo de inmuebles su "modus vivendi". Es así como, en nuestro país, una vez que se ha instado en el Ministerio Público o bien el querellante por su cuenta (situación que me gustaría ver en crecimiento), se trata de someter a reproche el despojo de la posesión, surgen una serie de pensamientos diversos tanto en el fiscal, juez o la víctima, que dan como resultado la mal llamada "amplitud" del delito y su corolario es que se haga poco común conjugar los criterios en cuanto a la persecución en las diversas jurisdicciones. Esta situación, debe ser corregida de inmediato, para evitar que germine una falsa expectativa que se genera en el usuario a la hora de incoar ante la sede represiva, recordemos que es harto conocida la gran cantidad de casos en donde se indaga esta delincuencia por años y que terminan en absolutorias por falta de tipicidad en la conducta desplegada por el sujeto activo, situación que genera un malestar comprensible en la ciudadanía.

Ahora bien, la principal tarea a desarrollar es tratar de clarificar los problemas de interpretación que han emanado a raíz de la asiduidad con que los tribunales de justicia

conocen las conductas que se envuelven dentro de la concepción del tipo penal de la usurpación y a la vez, permitir que el abordaje a este tipo de casos se realice mediante una política uniforme, para que permita que desde el primer día el operador tenga claros los elementos típicos para determinar de inmediato si merece ser perseguida en la vía penal.

Nuestro Código Penal en su artículo 225 protege la posesión real y efectivamente ejercida sobre un inmueble, y es aquí donde debemos empezar a recordar los elementos básicos de la posesión, (ya que en el presente estudio no se pretende explicar las maneras de despojo que taxativamente contempla el citado artículo (engaño, clandestinidad, uso de la fuerza, amenazas, etc.), pues estos aspectos casuísticos deberán ser analizados a la luz del caso real presentado ante los tribunales), con los cuales el operador no tendrá dificultad en discernir cuándo debe amparar al sujeto pasivo, de allí entonces que debemos tener claro el concepto como tal; veamos:

Cosa inmueble en el prisma de la ley penal

El delito de hurto, abarca como "mueble" todo aquello que puede ser movable y transportable; en consecuencia, para desenmarañar el concepto de inmueble debemos buscar en lo



contrario, o sea las cosas que presenten características de inmovilidad, de modo que será inmueble, para fines de la usurpación, toda cosa que no sea susceptible de transportarse de un lugar a otro, por estar efectivamente quieta y firme en un determinado sitio., eso si sin olvidar la usurpación del agua, variante de usurpación que no será ventilada en el presente estudio ya que los inmuebles por accesión física han constituido en la práctica la mayoría de los casos sobre usurpación.

Sujeto Activo

Necesariamente esta condición la ocupará cualquier persona física que no goce de la posesión, tenencia o cuasiposesión, ya que es imposible que alguien se despoje de lo que ya tiene; recordemos que el artículo 225 habla de privar a otro. Así las cosas, sujeto activo es quien comete despojo a otro del goce efectivo material de un inmueble, estando su acción dirigida a convertirse en poseedor, tenedor o cuasiposeedor, debiendo, eso sí, proceder como se señala en los acápites del numeral 225 del Código Penal.

Sujeto pasivo

Es el titular del interés, ya sea poseedor, tenedor o cuasiposeedor de un inmueble. No pueden ser sujetos pasivos quienes solamente tienen derecho a la posesión pero no poseen, a la tenencia y no tienen o a la cuasiposesión y no cuasiposeen, ya que si lo que existe es solamente un derecho que no se ha ejercitado materialmente, el tipo penal no se configura y estas personas deberán ejercitar el reconocimiento de ese derecho en sede diversa a la represiva.

Elementos de la posesión.

La posesión requiere de dos elementos para considerarse perfecta; el primero es el elemen-

to externo y objetivo ("corpus") y otro interno ("animus"); el corpus señala una relación entre la persona y el inmueble, entretanto que el animus la voluntad de ejercitar el dominio sobre la cosa. Es claro que la posesión se prueba mediante el "corpus" pues el "animus" no se puede ver; sin embargo es detentar o ejercer actor propios que señalen a terceros que la posesión se ejerce (ej. cercar, cortar malezas, mantener ganado, etc.), así las cosas, al tenerse una noción clara y precisa de los elementos constitutivos de la posesión se tendrá un prisma óptimo para la solución de conflictos.

La posesión y el dominio

Debemos recordar que no todos los casos son iguales y en muchas oportunidades el operador se enfrentará a problemas particulares que podrían desviar su atención de los elementos supra indicados, sobre todo por la confusión que se presenta en cuanto a la posesión y el dominio, recordemos que a menudo el propietario es poseedor, por lo que posesión y dominio se ejercen simultáneamente; sin embargo, cuando se presentan por separado, hay ocasiones en las que hasta quien es titular del derecho a la posesión puede ser sujeto activo del delito que nos ocupa.

De lo anterior obtenemos la siguiente conclusión, que no es nada nueva y viene de nuestro ordenamiento civil, cual es que "un título válido no da sino un derecho a la posesión de la cosa y no a la posesión misma"; por lo tanto el que tiene derecho a ser poseedor y carece de dominio, no puede utilizar vías de hecho para tomar la posesión de la cosa, sino que deberá demandarla por vías legales pero no deberá ser atendido en la sede penal pues no ha sido despojado.



Posesión y tenencia

Para reconocer la posesión no es necesario que el sujeto tenga la cosa, por eso también se distingue entre el que tiene efectivamente una casa, pero reconoce a otro la propiedad, por lo tanto esta persona es un simple tenedor de la cosa y debe considerarse un representante de la posesión del propietario el cual, en ejercicio del "animus" de poseer, ha entregado la tenencia a otro para que en su lugar ejerza posesión sin perderla él mismo, así tenemos el caso del inquilino, que es la persona que tiene la cosa por disposición del propietario y esta es una forma de ejercer actos posesorios, aunque, como ya señalé, en casos determinados el inquilino puede ser sujeto pasivo del delito por parte del propietario que toma vías de hecho para recuperar la tenencia.

Posesión que debe ser protegida por la ley penal

Para brindar la efectiva protección por parte de la ley penal, debe considerarse la actitud de quien señala ser sujeto pasivo respecto al inmueble del cual dice haber sido despojado. Así las cosas, considero que el amparo que

da la ley penal a la posesión se configura desde que se tiene el "corpus", ya que si solo se tuviere el elemento subjetivo "animus", no podría despojarse a nadie de algo de que materialmente no goza, por lo tanto queda por fuera la elemental finalidad de ostentar o de tener derecho a poseer, si no se tiene la cosa para ser despojado, ya que se requiere el goce real y efectivo para que por medio del "ius puniendi" estatal se trate lo relativo a su conservación. Es así como la objetividad del delito de usurpación redunda en el uso y goce pacífico del inmueble, en cuanto es ocupado por un sujeto que lo mantiene bajo su esfera de custodia. Esto no solamente protege su interés particular, sino el público, relacionado con la necesidad de mantener el orden social, a la vez como con lo referente a la posesión, el amparo o protección de esta, ocurre desde que se adquiere el corpus. Lo que podría pasar en casos particulares es que, independientemente del modo de adquisición de la posesión, indiferentemente que fuera por actos legítimos o no, el delito protege toda clase de posesión con prescindencia incluso de su legitimidad, eso sí, sin caer en el absurdo de proteger la posesión de quien ha despojado mediante conducta típica.



Poder Judicial
Departamento de Publicaciones e Impresos
B. 28852