

PRESENTACIÓN

Esta edición de la Revista Judicial enfatiza aspectos de Derecho Público, particularmente Urbanístico, relacionado con anteriores publicaciones, aparecen nuevos conceptos sobre el Plan Regulador. También en Derecho Constitucional, el importante tema de la interpretación ocupa nuestras páginas. En Derecho Penal se estudia el punto neurálgico de todo el sistema penal: el bien jurídico y el controversial tema de la prueba ilícita. En materia de expropiaciones se analiza la valoración de bienes por tribunales internacionales.

La **Profesora Dra. Olga Nidia Fallas** colabora una vez más con **"Formación del Plan Regulador General"** trabajo donde analiza los artículos 12 y 15 de la Ley de Planificación Urbana N° 4240 de 15 de noviembre de 1968 y sus reformas. La autora se refiere al procedimiento de formación del Plan Regulador y a sus etapas: aprobación, adopción formal y publicación. Comenta su eficacia jurídica y las diversas teorías existentes, todo lo cual enfoca a la luz de la jurisprudencia constitucional.

El **Lic. César Hines Céspedes** participa con **"La Interpretación Constitucional"**. El autor comenta los

diferentes tipos de normas constitucionales, el sentido de la expresión "jurisprudencia" y el papel renovador de ésta. Critica, desde su perspectiva una sentencia de la Sala correspondiente, concluyendo que es necesario meditar sobre las consecuencias que una resolución constitucional puede tener en la vida social de nuestro Estado, pues la seguridad jurídica, como derecho fundamental debe ser protegida.

Ofrecemos **"La protección del bien jurídico"** del **Lic. Eddie Alvarado Vargas**, especialista en Ciencias Penales. El distinguido colaborador conceptúa el bien jurídico como el área de la vida que se tutela; sostiene que la elección de los métodos influye sobre el sentido y alcances del bien jurídico. Destaca su significación y trascendencia dinámica y evolutiva que, en la práctica, depende del mecanismo de tutela que se haya de dar para la realización del valor, el cual es también cambiante.

El **Lic. Edwin Salinas Durán**, especialista en Ciencias Penales, participa con **"Valoración de la prueba ilícita por el Juez Penal"**. El autor trata las diversas corrientes y las distintas teorías doctrinales y judiciales sobre la

prueba ilícita. Analiza su tratamiento en la Casación Penal y en la jurisprudencia de la Sala Constitucional, así como por parte del Juez Penal. El autor incluye referencias a la doctrina del Tribunal Constitucional español y de los tribunales alemanes, lo mismo que información sobre disposiciones legales en países como Italia y Brasil. En sus conclusiones se pronuncia por la prioridad de los valores fundamentales de la personalidad y del debido proceso, cuyas reglas, considera, permiten únicamente la introducción de la prueba que se considere legítima.

El Dr. Edgar Nassar Guier colabora con **"La valoración de bienes nacionalizados por una jurisdicción internal"**. El tema se centra en la determinación del "quantum" de las indemnizaciones que deben pagarse a las personas afectadas por las expropiaciones en la República Islámica. Analiza el Tratado de Amistad entre Estados Unidos e Irán. Comenta algunas resoluciones donde se ha aplicado

el principio de plena reparación. En sus conclusiones acepta la tesis de que la indemnización debe tomar en cuenta el valor de mercado y el "carácter generador de ganancias" de las empresas.

El Psicólogo Andrés Umaña di Palma nos brinda **"La reincidencia en Costa Rica"**. El distinguido colaborador analiza los cambios en el paradigma jurídico y sus efectos en la aplicación de las penas.

Continuamos con nuestra Sección **"La Ciencia al Servicio de la Justicia"**, bajo la coordinación, del Dr. **Alfredo Sanabria Sánchez**.

El Centro Electrónico de Información Jurisprudencial, dirigido por la **Licda. Cecilia Sánchez**, ofrece, como de costumbre, la Sección **"Jurisprudencia"**.

Dr. Víctor Pérez Vargas

SUMARIO

	Pág.
PRESENTACIÓN	5
Dr. Víctor Pérez Vargas	
 SECCIÓN I: ESTUDIOS	
Formación del plan regulador	9
Dra. Olga Nidia Fallas	
La interpretación constitucional	15
Lic. César Hines Céspedes	
La protección del bien jurídico	29
Lic. Eddie Alvarado Vargas	
Valoración de la prueba ilícita por el Juez Penal.....	37
Lic. Edwin Salinas Durán	
La valoración de bienes nacionalizados por una jurisdicción internacional	49
Dr. Edgar Nassar Guier	
La reincidencia en Costa Rica	65
Psic. Andrés Umaña di Palma	
 SECCIÓN II: PRONUNCIAMIENTOS ESPECIALMENTE RELEVANTES	
Contenido de votos salvados en resoluciones de interés	83
Licda. Cecilia Sánchez Romero	
 SECCIÓN III: JURISPRUDENCIA	
Digesto	105
Licda. Cecilia Sánchez Romero	

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



FORMACIÓN DEL PLAN REGULADOR GENERAL

DRA. OLGA NIDIA FALLAS

Análisis del artículo 12 y 15 de la Ley de Planificación Urbana N° 4240 de 15 de noviembre de 1968 y sus Reformas.

Art. 15 "Conforme al precepto del artículo 169 de la Constitución Política, reconócese la competencia y autoridad a los gobiernos municipales para planificar y controlar el desarrollo urbano, dentro de los límites de su territorio jurisdiccional. Consecuentemente, cada uno de ellos dispondrá lo que proceda para implantar un plan regulador, y los reglamentos de desarrollo urbano conexos, en las áreas donde deba regir, sin perjuicio de extender todos o algunos de sus efectos a otros sectores, en que priven razones calificadas para establecer un determinado regimen contralor".

Art. 17 "Previamente a implantar un plan regulador o alguna de sus partes, deberá la municipalidad que lo intenta:

1. Convocar a una audiencia pública por medio del Diario Oficial y la divulgación adicional necesaria con la indicación de local fecha y hora para conocer el proyecto y de las observaciones verbales o escritas que tengan a bien formular los vecinos o interesados. El señalamiento deberá

hacerse con antelación no menor de quince días hábiles.

2. Obtener la aprobación de la Dirección de Urbanismo, si el proyecto no se hubiere originado en dicha oficina o difiera del que aquella hubiere propuesto, sin perjuicio de los recursos establecidos en el art. 13.
3. Acordar su adopción formal, por mayoría absoluta de votos.
4. Publicar en "La Gaceta" el aviso de la adopción acordada, con indicación de la fecha a partir de la cual se harán exigibles las correspondientes regulaciones.

Igualmente serán observados los requisitos anteriores cuando se trate de modificación, suspensión o derogación total o parcialmente del referido plan o cualquiera de sus reglamentos¹. La transcripción anterior nos permite afirmar, que la formación del plan regulador general en nuestra legislación viene encargada, por mandato constitucional y legal, a las Municipalidades.

Comenzaremos por precisar que la doctrina italiana, así como lo consagra la legisla-

1. Artículo 15 y artículo 17. Ley de Planificación urbana N° 4240 de 15 de noviembre de 1968 y sus reformas. Código Urbano. Dionisio Alfaro Rodríguez compilador, pp. 12 y 13.

ción costarricense ha interpretado que la función de la municipalidad no se limita exclusivamente a la elaboración o preparación del proyecto de dicho plan.

Sandulli² afirma que es perfectamente, explicable que la ley hable con relación a la función de la municipalidad de proyecto de plan regulador general, ya que mientras dicho plan no venga aprobado, no es otra cosa que un proyecto.

Es importante señalar sin embargo, que no se puede pensar, que la actividad municipal, en relación al plan regulador como lo han interpretado nuestras autoridades (Dirección de Urbanismo), sea meramente preparatorio y no determinante en orden a lo que será el definitivo contenido del plan regulador general.

En el procedimiento de formación del plan regulador, podemos distinguir las siguientes etapas.

a. Nómina del proyectista

La misma puede recaer en una oficina técnica de la municipalidad, que sería lo más viable por el conocimiento que tiene de su competencia territorial, o en un profesional particular, ajeno o extraño a la Administración.

La razón de esta potestad discrecional, se debe a que se quiere evitar que las municipalidades en un determinado momento, se encuentren en dificultades para hacer la nómina, por carecer de personal capacitado.

En nuestro ordenamiento, según pudimos constatar, la preparación del plan regulador de

las municipalidades, viene encargada a una oficina de la Dirección de Urbanismo.

b. Deliberación de la adopción del plan

La Municipalidad debe proceder, a la adopción del proyecto del plan regulador general, y esto lo cumple nuestra legislación, al convocar a una audiencia pública, a los ciudadanos, o por medio del Diario Oficial³.

Es el momento, para que los particulares y las instituciones que se consideren afectadas, presenten sus consideraciones, en forma verbal o escrita.

c. Aprobación del proyecto de plan, por la Dirección de Urbanismo

Esta aprobación, viene realizada, en los casos en que el proyecto no se hubiera originada en dicha oficina⁴ toda vez que la disposición, no tendría sentido, que una misma instancia, apruebe lo que ella misma ha preparado.

De los procesos de formación del plan regulador general, este es el que presenta los mayores problemas y los mayores inconvenientes, entre la Dirección de Urbanismo y las municipalidades, pues cada una quiere hacer valer única y exclusivamente sus consideraciones técnicas y legales.

La doctrina italiana, se inclina en este punto a manifestar, que deben ser más atendibles las consideraciones de las municipalidades, sobre la base de que son ellas, quien realmente, conocen los problemas los límites y otras variables de sus comunidades.

2. A.M. Sandulli. "Appunti per uno studio suoi piani regolatori" In Riv. Giuridica Edil, 1958, II, p. 138.

3. Artículo 17 Ley de Planificación Urbana op. cit., p. 13.

4. Artículo 17 Ley de Planificación Urbana op. cit.

En nuestra legislación, lamentablemente sucede lo contrario.

Las consideraciones anteriores, han dado lugar a que se sostenga que la adopción de parte de las municipalidades del plan regulador general, revisten carácter preparatorio⁵ en relación al sucesivo desarrollo, hasta que se produzca su aprobación formal definitiva.

Cuando la administración entiéndase la Dirección de Urbanismo, pretende modificar el proyecto del plan redactado y deliberado por la municipalidad, el procedimiento como es natural, sufre alteraciones. La doctrina italiana sostiene que el proyecto de plan regulador general no debe ser modificado o variado por la Administración, pues esto implica, una grave lesión a la esfera de la autonomía municipal urbanística.

La legislación costarricense, sostiene una posición contraria, al establecer en el art. 18 de la Ley de Planificación Urbana lo siguiente:

"La Dirección de Urbanismo podrá negar la aprobación de partes del plan o sus reglamentos, respaldado en principios legales o técnicos, cuya vigencia sea de absoluto interés nacional o regional.

De no acogerse los reparos hechos, por la municipalidad, quedará en suspenso sólo la parte objetada, sin perjuicio de que la corporación inconforme haga uso de los recursos establecidos en el artículo 13 o se avenga a someter la controversia a la decisión de la comisión conciliadora que las partes convengan constituir para el caso".

d. Adopción formal

La que en nuestra legislación urbanística se produce, cuando se obtenga la mayoría absoluta de votos, por parte de la municipalidad.

e. Publicación en la Gaceta Oficial

La doctrina italiana, sostiene que la publicación del plan regulador, puede darse en forma completa o por extractos, como sucede en la mayoría de los casos, por razones prácticas.

Una vez cumplida la fase de publicación, el plan regulador se considera entrado en vigor, por lo que corresponde precisar cuales son los efectos jurídicos que se producen, con su aprobación.

En primer lugar se señala, la obligación de los particulares de solicitar el permiso de construcción, reconstrucción o modificación del territorio municipal.

Se considera el efecto jurídico más importante.

f. Obligación de respetar las prohibiciones

Los propietarios de los inmuebles tienen la obligación de observar en las construcciones, modificaciones o transformaciones, las líneas y las prescripciones señaladas en las zonas, por el plan regulador general.

Lo que nos permite afirmar, que el plan regulador general, constituye el principal instrumento de regulación, normación y control edilicio, así como el que permite un progresivo desarrollo de la planificación urbanística.

La doctrina italiana manifiesta que las disposiciones del plan regulador, se pueden dividir en dos grandes grupos; imperativos, que son las que limitan derechos del particular y, programáticas, entendiéndose por ellas simples manifestaciones o indicaciones.

El problema de mayor relevancia, es sin lugar a dudas, el concerniente a la naturaleza de

5. F. Cuccia. "In tema di Ammissibilità, di modifiche, di ufficio ai piani urbanistici in sede di approvazione. In Riv. Amm., 1953, p. 128.

las obligaciones el cual ha sido discutido ampliamente en doctrina y jurisprudencia.

Al respecto existen dos teorías:

a.—Algunos autores sostienen que las obligaciones impuestas por el plan regulador general, no tienen carácter expropiatorio, por lo tanto la imposición de los mismos, no podría dar lugar a la indemnización a favor del propietario del inmueble, toda vez que las prescripciones del plan regulador general, aún cuando imponen prohibiciones de construir, total o parcial, no determinaban en ningún caso el trasfuerzo coactivo de la propiedad privada.

b.—Para otros, la obligación impuesta por el plan regulador general, contiene efectivamente contenido expropiatorio, por lo tanto cuando se impongan, deben dar al propietario el derecho a la indemnización.

Los sostenedores de esta teoría manifiestan que no es legal, sacrificar en base al interés público sin ninguna reparación, bienes de propiedad privada.

Agregar que si bien es cierto, las obligaciones impuestas por el plan regulador general, no determinan un transferencia coactivo de la propiedad privada lo cierto es que la comprimen, a tal punto, que la dejan sin contenido perdiendo por lo tanto, todo valor comercial.

Claro es que estas obligaciones que se derivan del plan regulador general no pueden encuadrar en el esquema de la disposición constitucional; crean más bien una situación de expropiación de hecho por lo tanto mucho más grave que la que se deriva de una expropiación legal; toda vez que la expropiación legal, determina el inmediato derecho a la indemnización mientras que las obligaciones del plan regulador general anulan de hecho, el derecho

de propiedad, prorrogando en un tiempo indefinido el eventual derecho a la indemnización, ocasionando con esto una desigualdad jurídica, entre los particulares.

Es importante hacer alusión, para una mejor claridad a la sentencia número 55 de 29 de marzo de 1968 de la Corte Constitucional italiana⁶.

Según la Corte Constitucional, la ley urbanística, prevé la indemnización, según el valor venal de la propiedad privada o del inmueble, cuando a los mismos venga impuesto un transferencia por finalidad urbanística.

Una vez, reconocido el derecho a la indemnización, éste debe racionalmente ser referido a un tiempo determinado de operatividad.

De ahí que el tiempo en que se debe llevar a cabo la expropiación, representa en el ordenamiento jurídico, una garantía esencial, y es sobre la base de ésta, que se debe estudiar el problema de constitucionalidad de las obligaciones a la propiedad privada o tiempo indeterminado sin derecho a una indemnización.

Los vínculos impuestos por la ley urbanística, comprimen la propiedad privada, de tal manera que pierde su contenido y no se estipula la indemnización, porque no se ha producido un transferencia.

La Corte insiste en que el instituto de la propiedad privada, está garantizado por la Constitución Política, correspondiendo a la ley, regular los modos de adquisición, disfrute, usos, así como establecer sus límites.

La Corte Constitucional en esta sentencia, ha observado que tal garantía es disminuida,

6. A. Predieri. "Profili Costituzionali, natura ed effetti dei piani urbanistici, nella opinione della dottrina e nelle decisioni giurisprudenziali. In Riv. Tim. Diritto Pubblico 1961.

cuando actos de imposición independiente de la forma, conduzcan tanto a un trasferimento total o parcial del derecho de propiedad, o cuando dejen sin contenido el mismo derecho.

Sobre la base de estas premisas, la Corte Constitucional⁷, ha declarado que es inconstitucional, la disposición de la ley de planificación urbanística con relación al artículo de la Constitución Política, en la parte en la cual no prevé, indemnización por la imposición de limitaciones operantes a tiempo indeterminado, a la propiedad privada, cuando las mismas tengan caracter expropiatorio en el sentido indicado por esta Corte en la sentencia.

Y para concluir, consideramos oportuno enumerar el art. 22 de la Ley de Planificación, de nuestra legislación que establece "Ninguna de las limitaciones a la propiedad que esta ley

establezca como cargas o servidumbre del régimen urbano que son, precisan de inscripción en el Registro Público, ni darán lugar a indemnización alguna, excepto en aquellos casos en que expresamente lo disponga esta ley.

No fue sino hasta 1994 que nuestra Sala Constitucional declara inconstitucional el artículo antes mencionado al respecto manifiesta:

"Se anula por inconstitucional el artículo 22 de la Ley de Planificación Urbana número 4240 de 15 noviembre de 1968 y sus reformas. Esta sentencia es declarativa y sus efectos retroactivos a la fecha de promulgación de esa norma, salvo los derechos adquiridos de buena fe". Boletín Judicial N° 4 de 6 de enero de 1994"⁸.

BIBLIOGRAFÍA

1. Artículo 15 y artículo 17. Ley de Planificación Urbana N° 4240 de 15 de noviembre de 1968 y sus reformas. *opinioni della dottrina e nelle decisioni giurinprudenziali. In Riv Trim Diritto Pubblico 1961.*
 2. Código Urbano. Dionisio Alfaro Rodríguez compilador.
 3. A.M. Sandulli. "Appunti per uno studio sui piani regolatori". In Riv. Giuridica Edil, 1958.
 4. F. Cuccia. "In Tema di Ammissibilità, di modifiche, di ufficio ai piani urbanistici in sede di approvazione. In Riv Amm. 1953.
 5. A. Predieri. "Profili Costituzionali, natura ed effetti dei piani urbanistici nella
 6. Constitución Política de la República de Costa Rica. Concordada y anotada con resoluciones de la Sala Constitucional.
 7. Stella Natura ed efficacia dei piani regolatori comunali. In Giust. Civile 1964.
 8. Mazzarolli. I piani regolatori urbanistici nella teoria giuridica della pianificazione. Padova, 1976.
-
7. A. Predieri. "Profili costituzionali, natura ed effetti dei piani urbanistici nella opinioni della dottrina e nelle decisioni giurinprudenziali. In Riv. Trim Diritto Pubblico 1961.
 8. Ley de Planificación Urbana, op. cit., p. 15.



Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"

LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

LIC. CÉSAR MINES CÉSPEDES

INTRODUCCIÓN

Con la creación de la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Justicia, comúnmente denominada SALA CONSTITUCIONAL, se desató una especie de moda jurídica, aún en aquellas personas que aunque relacionadas con el Derecho, hasta ese momento se mostraban escépticas con respecto a la existencia de un verdadero Derecho de la Constitución.

Ese escepticismo no fue gratuito sino que nació con ocasión de una petrificación de la norma fundamental de parte de los operadores del derecho en todos los ámbitos del quehacer jurídico, que ocasionalmente la citaban para fundamentar una resolución, judicial o administrativa. Tanto dentro de la Administración Pública como dentro del Poder Judicial, sin dejar de mencionar al Poder Legislativo, la Constitución no representaba más que un cuerpo normativo sin utilidad práctica para la marcha del Estado como organización suprema dentro de las sociedades actuales. Por ese "redescubrimiento" de la norma fundamental, se escribieron —y se siguen escribiendo— gran cantidad de artículos sobre lo que es, debe ser y llegará a ser una Constitución. Indudablemente todos constituyen un gran aporte a la cultura jurídica de nuestro país, y su aparición en el foro nacional ha sido recibida con beneplácito y no

poca complacencia por los estudiosos del derecho. En cada uno de ellos sus autores han dado intelectualmente lo mejor de su cosecha, aunque algunos no han pasado de ser meras repeticiones de lo tantas veces dicho doctrinaria y jurisprudencialmente con respecto a lo que es o debe ser UNA CONSTITUCIÓN.

Por lo anterior, en el presente artículo no vamos a hacer una síntesis doctrinaria de lo que han dicho los más grandes autores del Derecho Constitucional, sino a criticar y analizar los métodos utilizados en nuestro contexto jurídico social para la interpretación de nuestra Carta Política, para arribar a la conclusión que no se ha seguido sistemáticamente una línea interpretativa, sino todo lo contrario, cada resolución representa los más íntimos sentimientos jurídicos de su redactor, sin lograr transferir a los administrados la certeza jurídica de la que debe estar imbuida la actividad judicial encargada de dar los lineamientos supremos en la protección de los derechos fundamentales y de las limitaciones del Poder Público, creando inseguridad en los usuarios que no con poca displicencia acuden ante la Administración de Justicia Constitucional, más que todo para ver si la "pegan", con esa incertidumbre de como va ser la próxima resolución.

LA CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO

La Norma Fundamental es la fuente primaria de todo Ordenamiento Jurídico y se le considera como una ordenación lógica de los derechos fundamentales de la persona y la organización de los poderes públicos de tal forma que aquella se encuentre a salvo de las arbitrariedades de los detentadores del poder. Ello significa que contiene dos tipos de normas, las programáticas, pero que no por ello dejan de ser jurídicas y otras de más raigambre jurídico-práctico por ser de aplicación directa y un tercer grupo que podríamos denominar de control.

Las programáticas como las conceptualiza la doctrina, son aquellas que comprenden directrices a los poderes públicos que permiten un campo de acción determinado y también representan limitaciones a esos poderes públicos, que no pueden actuar contrario a sus predicados. Rubén Hernández considera que las normas programáticas son: *"Aquellas que en relación con los órganos estatales y fundamentalmente con los encargados de la función legislativa, prescribe ciertos comportamientos o directivas a seguir en la disciplina de determinadas materias que la Constitución considera vitales para la comunidad, especialmente en los campos económicos y social"*.

Sin embargo no puede argüirse que las normas programáticas sean únicamente de carácter directivo, pues siempre éstas están

imbuidas de cierta normatividad que las constituyen parcialmente en preceptivas o de aplicación directa. Con ello se deduce que en la interpretación y aplicación constitucional en sus normas siempre habrán elementos materiales de aplicación ya sea inmediata o diferida, pero normativos, independientemente del grado de coercitividad o del hecho que de las mismas proposiciones sea posible extraer también directivas dirigidas a recomendar una determinada político-legislativa, de donde se colige que la clasificación de las normas constitucionales debe realizarse no ya entre proposiciones directivas y receptivas, sino más bien entre varios tipos de preceptividad, o para ser más exactos, entre varias formas de acción normativa, como resultado de una exégesis de su contenido². Por lo dicho, la interpretación constitucional no constituye un ejercicio jurídico sino un verdadero juicio de valor. En razón que todos los casos sometidos y resueltos por la Sala Constitucional, llegan a constituir verdaderos parámetros de conducta para la sociedad en general, sus resoluciones no sólo están llenas de caracteres jurídicos, sino políticos, en el sentido filosófico del término. Ello es consecuencia lógica por el contenido de la Carta Política, pues las potestades públicas, los derechos políticos y las garantías sociales no están dirigidas a unos con exclusión de los otros, sino que se relacionan entre sí, de modo que unos no tendrían justificación de su existencia sin la del otro.

LA JURISPRUDENCIA

La palabra jurisprudencia deriva del latín *iurisprudentia*, proveniente de *ius* -derecho- y *prudentia* -previsión, conocimiento-.

En su acepción más corriente se entiende por jurisprudencia la interpretación y aplicación del derecho por los órganos judiciales, a cuyo

1. Hernández Valle, Rubén, *Temas de Derecho Constitucional*, ediciones jurídicas, 1988, pág. 16.
2. Hernández Valle, Rubén, *La Constitución*, ediciones jurídicas, pág. 7.

efecto se le asignan cuatro características: a) explicativa, b) supletoria, c) diferencial y d) renovadora.

Explicativa

En el caso en el cual a través se aclara y fijan los alcances de la Ley cuando ésta es oscura u omisa en aspectos esenciales para una correcta resolución del conflicto al que está dirigido. Es a través de la interpretación reiterada que los más altos tribunales hacen de un texto normativo, como se llega a obtener el alcance de él para eliminar las distorsiones que por la oscuridad de la norma se pueden dar en los diferentes niveles judiciales.

Supletoria

La jurisprudencia así entendida da solución a los casos no previstos por la ley. Con respecto a este punto, siempre se ha discutido en doctrina la calidad de fuente del derecho de la jurisprudencia, pues se ha dicho que sólo al legislador corresponde crear la ley; criterio que fue adoptado por la Escuela Exegética, diciendo que el Juez es el servidor de la ley; ésta es la expresión suprema del Estado; consecuentemente ella es el verdadero y exclusivo señor del Estado. Pero la doctrina ha evolucionado y la codificación contribuyó a modificar la opinión anterior y al Juez se le eliminó la condición de autómatas y se le obligó a resolver aún cuando exista oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley.

Diferencial

Se pretende con esta característica de la jurisprudencia, evitar las injusticias al dársele a la ley una aplicación diferenciada, según el órgano encargado de interpretarla y aplicarla.

En otros términos, se pretende darle uniformidad interpretativa al texto de la ley a efectos que los casos iguales se resuelvan en igual forma.

Renovadora

Muy importante característica de la jurisprudencia en una sociedad como la nuestra, donde las reformas legales constituyen un verdadero vía crucis legislativo que en no pocas ocasiones terminan sin terminar. La ley envejece con mucha rapidez, con muchísima más de la que los legisladores están en capacidad de prever y/o resolver, de modo que ésta debe estar redactada de tal forma que pueda adaptarse a los cambios o bien, que a través de la acción de la jurisprudencia se prolongue su vigencia en el tiempo.

Fue a través de la Ley General de la Administración Pública número 6227 del 2 de mayo de 1978 donde a la jurisprudencia se le otorgó rango legal, al preceptuar el artículo 7 que *"Las normas no escritas –como la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del derecho– servirán para interpretar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpretan, integran o delimitan"*. A pesar de la modernidad de la norma, se da en ella una inversión del orden de prioridad, pues al decir de Brewer Carias, también, y en la mayoría de los casos, la jurisprudencia se nutre de los principios generales del derecho, por lo que éstos deben estar por encima o anterior a la posición que la ley le da a la jurisprudencia como fuente del derecho con respecto a aquellos³.

Posteriormente ese mismo valor fue introducido en la Ley Orgánica del Poder Judicial número 7333 del primero de julio de 1993, en su artículo 5, párrafo final que a la letra dice: *"Los*

3. Brewer Carias, Allan, Los Principios Generales del Derecho en la Ley General de la Administración Pública, Revista Seminario de Derecho Administrativo, 1981.

principios generales del Derecho y la Jurisprudencia servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento jurídico..." Parece que en la

redacción de esta norma primó la observación del autor antes mencionado, pues se ubicaron correctamente en el orden que como fuentes del derecho debían tener.

LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

El artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional número 7135 del 11 de octubre de 1989, dice: *"La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma"*. Lo anterior significa sin temor a equívocos, que la Sala puede variar su jurisprudencia o variar la interpretación constitucional cuantas veces lo considere. Debemos analizar, cual es la función fundamental o primigenia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, pero de previo un proemio.

En el Derecho de la Constitución opera lo que en doctrina se denomina "la realidad constitucional", que según Lucas Verdú, *es el conjunto de factores socio-políticos que influyen sobre la Constitución condicionándola, manteniéndola, transformándola y a veces sustituyéndola*⁴.

En realidad constitucional delimita más o menos flexiblemente, los factores que influyen y operan sobre la Constitución escrita; tales factores rebasan con creces el contenido de la Constitución material y representan aquella parte de la realidad política que de un modo u otro determina la actuación de la Norma básica; la fórmula pretende disciplinar la conducta de los mencionados factores, permitiendo que la Constitución descansa sobre la realidad constitucional que conforman, sin alterar, su propia personalidad. Así, en todo proceso hermenéutico se debe buscar la conexión entre norma y realidad, para dotar de coherencia deseable la realidad constitucional al propio

Código Fundamental. Por ello la interpretación constitucional no puede ser casuística, sino sistemática en un determinado contexto histórico, siempre dentro del margen de flexibilidad que procede de la realidad constitucional.

Dice el artículo 10 de la Constitución Política: *"Corresponderá a una Sala Especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público... Le corresponderá además: a) Dirimir los conflictos de competencia entre los poderes del Estado, incluido el Tribunal Supremo de Elecciones, así como con las demás entidades u órganos que indique la ley. b) Conocer de las consultas sobre proyectos de reforma constitucional, de aprobación de convenios o tratados internacionales y de otros proyectos de ley, según se disponga en la ley"*. Posteriormente en la ley orgánica se reiteran las tareas y se agrega: *"Garantizar, mediante los recursos de hábeas corpus y de amparo, los derechos y libertades consagrados por la Constitución Política y los derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional vigente en Costa Rica"*.

Como se desprende del texto constitucional, la función primigenia y fundamental de la Sala, es la de conservar la supremacía de la Constitución a través del control de constitucionalidad de las leyes. Con ello cabe preguntarse: ¿Al someterse un texto legal al control constitucional de la Sala, interpreta ésta la Constitución o interpreta la ley? Parece a simple vista

4. Verdú, Pablo Lucas, Interpretación de los derechos y libertades fundamentales, en RFD número 2, 1980.

que la respuesta nos la da el artículo 3 de la misma ley, cuando dice: *"Se tendrá por infringida la Constitución Política cuando ello resulte de la confrontación del texto de la norma o acto cuestionado, de sus efectos, o de su interpretación o aplicación por las autoridades públicas, con las normas y principios constitucionales"*. A pesar de lo dicho, la solución a esa interrogante no es tan fácil como aparenta. La norma en cuestión permite la declaratoria de inconstitucionalidad por la confrontación del texto impugnado con respecto a la norma — lógicamente de rango inferior a la Constitución— o principios constitucionales. Pero para llegar a esa conclusión la Sala únicamente tiene potestades de interpretación constitucional y sus principios, y no las tiene con respecto a la Ley. Es decir, la confrontación se hace del texto de la Ley tal y como esta se presenta, sin modificación alguna, con la Norma Superior. Lo anterior se extrae del mismo texto constitucional que en su artículo 121 inciso 1) confiere a la Asamblea Legislativa la potestad de dictar las leyes, reformarlas, derogarlas y darles interpretación auténtica.

Es importante aclarar un detalle de lo dicho. Si bien es cierto el inciso 1) del artículo 121 mencionado ut supra, traslada al Parlamento la potestad de interpretación de las leyes, ello no se entiende aplicable a los casos concretos sometidos al conocimiento de los jueces ordinarios. Me explico. Los jueces de la jurisdicción común cuando resuelven una controversia, tienen los hechos de cada una de las partes en litigio, así como las pruebas que cada uno aporta para la defensa de sus pretensiones. Con ellos y ellas se forma un panorama y ajusta la norma jurídica a los hechos, ante la inmodificabilidad de éstos. Tampoco lo anterior debe llevar a pensar —lo que sería un gazapo—, de la necesidad de construir una norma jurídica para cada situación real ocurrida por la convivencia social, sino que las normas preexistentes se completan y adecúan con los principios generales del derecho, facilitándole al juzgador su aplicación. Además y aquí lo más importante de la cuestión, la interpretación que hace el Juzgador de la ley, lo es con respecto a su posi-

ble aplicación por funcionalidad práctica para la solución del caso sometido a su jurisdicción, sin que esa interpretación tenga relación con la constitucionalidad de la norma sino sobre su viabilidad natural, sin forzarla para la resolución de la controversia. En otros términos, el juzgador de las jurisdicciones ordinarias interpreta la ley con respecto a los hechos sometidos a su consideración y su eventual o posible aplicación, sin confrontar la validez de ésta con la Norma Fundamental. Quedan a salvo aquellos casos de duda del juez, sobre la constitucionalidad de la ley que como medio razonable de amparar un derecho, será aplicada. En esos casos no la aplica hasta tanto no realice la consulta judicial ante la Sala. Para el Juez Constitucional no es procedente realizar una interpretación de la ley, porque a él se le someten situaciones generales y en abstracto con respecto a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley, —aún cuando la norma cuestionada lo sea en razón de su directa aplicación en la defensa de un derecho específico, —exclusión hecha de los conflictos constitucionales por violación de garantías individuales— en cuanto ésta contraría principios constitucionales o en forma directa transgrede su texto, sin que sea necesario relacionarla con hechos concretos para ajustar la norma fundamental a éstos. De seguido haremos un análisis crítico de algunas sentencias en las que no se percibe una realidad constitucional sino una conveniencia histórica.

En la sentencia de las diez horas veinte minutos del veintinueve de noviembre de 1991, por medio del voto 2548-91 resolviendo una acción de inconstitucionalidad contra el artículo 18 de la anterior Ley Orgánica del Poder Judicial, la Sala Constitucional dijo en lo que interesa:

Considerando I *"...Es obvio que en la mente de los constituyentes estaba la idea de que no todos los servidores públicos podían estar cubiertos por el régimen especial, pues la forma, la escogencia, las especiales capacidades, las funciones de cada cargo, las relaciones de confianza y dependencia no son*

iguales en todos los casos, de ahí que los principios derivados del artículo 192 a ciertos funcionarios —la mayoría— no a todos (sic)... Los casos de excepción está claro, han de ser muy calificados, con las especiales características señaladas que justifiquen un trato desigual..."

Considerando II. *"Los jueces se encuentran justamente en uno de esos casos de excepción que señaló el citado voto de esta misma Sala. En efecto, las formas de escogencia, las especiales capacidades técnicas y morales que deben reunir, las delicadas funciones a su cargo y las relaciones de confianza que deben tener con la Corte Plena justifican plenamente el que el legislador los haya sustraído a una relación laboral de carácter indefinido sin herir el principio constitucional de la estabilidad laboral el cual sólo se da plenamente dentro del plazo de su nombramiento... De lo contrario podrían enquistarse dentro del Poder Judicial funcionarios perjudiciales para la delicada labor de administrar justicia, la cual requiere que esté siempre en manos de jueces idóneos que merezcan plena confianza".*

No compartimos la interpretación dada a los artículos 191 y 192 de la Constitución en la forma que lo hizo el redactor de la resolución en cuestión. Si bien acudir a los antecedentes legislativos se acepta como un método válido de interpretación, como en este caso, lo cierto es que partir del conocimiento de lo que el constituyente tuvo en mente al momento de discutir determinada normativa, sin que esas elucubraciones mentales se hayan plasmado en el expediente, resulta inaceptable. Como un dogma jurídico se ha mencionado y reconocido, que los pensamientos o ideas que no se materializan, no tienen validez ni importancia para el Derecho, pues éste se nutre de hechos reales o potenciales partiendo de una experiencia anterior. Por ello en la mencionada resolución no sólo se saltan principios constitucionales reconocidos, sino que se llega a conclusiones contrarias a los criterios utilizados por el constituyente para la redacción del artículo 191 y 192 de la Constitución Política, como lo fue —en primer término— la creación de un régimen de

empleo público denominado Servicio Civil, para despolitizar los nombramientos de los servidores públicos para fortalecer y democratizar los procesos electorales. Por el contenido de la resolución se llegan a las siguientes conclusiones: que no se podía instaurar un procedimiento de despido contra aquellos funcionarios a los que se les descubría corrupción o incapacidad para el cargo; que los jerarcas del Poder Judicial nombraban a los jueces sin conocer sus atestados académicos y capacidad para ocupar el cargo; que eran nombrados a prueba por cuatro años; que había que esperar cuatro años para no reelegir al juez corrupto; que solamente los jueces tienen que ser honrados, capaces, y con una moralidad a toda prueba; que estos requisitos no los deben tener los demás funcionarios públicos; que las funciones de otros servidores distintos a los del Poder Judicial no son importantes.

No debemos dejar de mencionar que la resolución comentada pudo incurrir en la posible violación al artículo 154 de la misma Carta Política, que ordena como fundamento de la jurisdicción, el principio de independencia y la sumisión de los jueces únicamente a la Constitución y a las leyes. Nace esa potencial violación al indicar la Sala que entre los jueces y la Corte Plena debe existir *una relación de confianza*. Lo anterior lo consideramos erróneo, pues los nombramientos no deben ser de confianza ni discrecionales como lo menciona la resolución comentada, sino con base estrictamente en la capacidad del elegido para el cumplimiento del cargo. El mismo artículo 156 en forma inconcusa dice: Art. 156: *"La Corte Suprema de Justicia es el tribunal superior del Poder Judicial, y de ella dependen los tribunales, funcionarios y empleados en el ramo judicial, sin perjuicio de lo que dispone esta Constitución sobre el servicio civil"*.

Con ello —y en este sentido me apegó al voto salvado del Dr. Marín Zamora—, los constituyentes no hicieron ninguna excepción de aplicación del Régimen del Servicio Civil a los servidores judiciales. La interpretación del artículo 156 hecha por la Sala, al considerar que

la dependencia de los funcionarios a la Corte Plena implicaba la potestad de libre remoción y nombramientos es descomedida y fuera de toda lógica jurídica.

Los argumentos utilizados para declarar sin lugar la acción de inconstitucionalidad contra el artículo 18 de la anterior Ley Orgánica del Poder Judicial y por ende la sentencia, son INCONSTITUCIONALES; es una SENTENCIA INCONSTITUCIONAL por ser contraria al texto constitucional, fundamentalmente a los artículos 33, 154, 156, 191 y 192, exceptuando el voto salvado del Dr. Raúl Marín Zamora, y por el contrario, más parece que con ella se pretendió mantener y proteger un feudo dentro del Poder Judicial. Ahora bien, podría la Sala por una resolución posterior modificar esta jurisprudencia con fundamento en el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional? La respuesta obviamente tiene que ser positiva partiendo del texto literal de la ley, pero entonces tendríamos dos interpretaciones para una misma norma constitucional y ambas provenientes del mismo órgano, lo que nos lleva a la existencia de una anfibología interpretativa. Ello también es permitido doctrinariamente, pero únicamente cuando por una variación de las circunstancias se debe adecuar el texto constitucional a ellas, para que la realidad no la rebase dejándola totalmente desfasada. Pero se entiende que esa transformación de la realidad constitucional, se da cuando por el transcurso del tiempo o por trastornos bruscos, político-sociales se requiere de una solución inmediata, y que por las mismas particularidades del momento histórico, impiden una solución diferente, como sería la reforma constitucional para momentos de calma política.

Es claro que en la interpretación constitucional no se puede hacer uso de la "razón pura",

que no es el entendimiento, sino una manera extremada de funcionar de éste. La razón pura es el entendimiento abandonado a sí mismo, que construye de su propio fondo armazones prodigiosas, de una exactitud y un rigor sublimes, pero no busca contacto con las cosas, sino que se desentiende de ellas y procura la más exclusiva fidelidad a sus propias leyes internas. En la razón pura los conceptos son conseguidos de una vez para siempre y no hay peligro de que un día la realidad los contradiga, porque no han sido tomados de ella. Esa prescindencia de la realidad que se utiliza en el racionalismo, lleva a soluciones inconvenientes socialmente hablando, pues desencajan total o parcialmente con los hechos que le dan sustento o génesis a su producción⁵.

La Sala en sus resoluciones utiliza tres términos que tienen una clara interpretación en el contexto jurídico en el cual se aplican: razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad. No obstante en algunas de sus resoluciones, la racionalidad es lo menos razonable de ellas, por lo contradictorio de la interpretación que llevan a la incertidumbre.

Otro ejemplo que ilustra lo que manifestamos, en el que no nos ofrece mayor claridad conceptual de la Constitución, sino que lo contrario, pone a decir a la Carta Política cosas que no dice, lo tenemos en la resolución número 3905 de las 15:57 horas del 3 de agosto de 1993, en respuesta a una consulta facultativa de constitucionalidad del Juez Segundo de lo Contencioso Administrativo, sobre la posibilidad de que otras jurisdicciones puedan conocer asuntos en los que está de por medio el Estado o alguna de sus instituciones, como en materia agraria, laboral y de familia. 'En ella la Sala dijo en lo que interesa: "IV: Si, como se ha expuesto, la ratio legis del constituyente fue procurar al

5. Ortega y Gasset nos dice: "Cuando Robinson aplica su inteligencia a resolver los urgentes problemas que la isla desierta le plantea, no usa de la razón pura. Impone a su intelecto la tarea de amoldarse a la realidad circundante, y su funcionamiento se reduce combinar trozos de esa realidad", El Tema de Nuestro Tiempo, Colección Astral, 1968, página 118.

individuo en sus conflictos con la Administración Pública, un medio de defensa especializado, carece de relevancia constitucional la organización que el legislador común desarrolle para ese propósito. Basta con resaltar la ubicación de la norma en cuestión dentro de la sección dogmática de la Constitución y en especial como parte del elenco de derechos individuales desarrollados por el Título V, Capítulo Único. El número de tribunales, su integración, la jurisdicción territorial o material, por ejemplo, son aspectos de secundaria relevancia que obviamente son materia delegada expresamente al legislador en los términos del artículo 152 de la Constitución que dice: Artículo 152: El Poder Judicial se ejerce por la Corte Suprema de Justicia y por los demás Tribunales que establezca la Ley. Es claro entonces, que la función del artículo 49 obedece a la necesidad de brindar al individuo una herramienta efectiva contra los actos administrativos ilegales. Y se resalta la naturaleza de ilegalidad de los actos, puesto que en contraste con la jurisdicción común de la que forma la contencioso-administrativa, el constituyente también contempló la jurisdicción que fue ejercida por la Corte Plena hasta 1989, año en que fue asignada a esta Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia... "Y en la parte final del considerando V expresó: "Con esta norma, –refiriéndose al artículo 153 de la Constitución– se resuelve el punto levantado por la Procuraduría en cuanto al rango constitucional de la Jurisdicción contencioso administrativa, en tanto la Constitución no pretendió revestir a una categoría especial de tribunales –los contenciosos administrativos– de una protección singular por sobre los demás. Más bien, como se ha expresado, creó un derecho constitucional que puede ser ejercido ante los diversos tribunales de la República".

El presente razonamiento de la Sala no es coherente con el contenido material de la

Constitución que interpretó, como de seguido procederemos a analizar, en razón que extrae de la letra y el espíritu de la Constitución, conclusiones que ni por asomo se pueden colegir. La ratio legis, salvo verdaderos casos de excepción, se suele ocultar igual que la pulpa delicada de la fruta apetecible. Aquí es donde se hace imprescindible el papel del magister iuris, que ha de enseñar el arte de la verdadera interpretación, con un desentrañamiento del cuerpo de la ley. No es cierto que sea irrelevante constitucionalmente hablando, la organización que el legislador común otorgue a los administrados para la defensa efectiva de sus derechos ante la Administración. Nadie le niega al legislador la potestad de creación –por medio de la ley ordinaria– de tribunales de lo Contencioso Administrativo. Eso no se encuentra en discusión, pues aquel tiene plena potestad constitucional de constituir todos los Despachos Judiciales que sean necesarios para la correcta solución de los conflictos que se susciten entre los administrados y la Administración Pública. Es decir, el legislador puede crear juzgados en cabeceras de provincia fuera del perímetro judicial de San José o donde bien los considere, pero tratándose de Despachos Judiciales que van a conocer de los conflictos entre los administrados y el Poder Público, seguirán y deberán ser tribunales contenciosos administrativos que conocerán con especialidad y exclusividad de las cuestiones de Derecho Público de la Administración Pública en sentido genérico. El Derecho al igual que la Música es armonía, y es allí donde está el secreto de su fuerza⁶. La sustentación del contenido de dicho considerando IV con base en el artículo 152 de la Carta Política es fútil e insustancial, y no armoniza. Es decir, lo que la Sala pretendió obtener de esa relación articulada de las dos normas constitucionales, – el artículo 49 con el 152– fue precisamente el efecto contrario de lo que racional y razonablemente se puede extraer de ese binomio normativo. Efectivamente, el artículo 49 ibídem dice en

6. Raúl Carranca Rivas citando a Calamandrei dice que: "El sentido de la Justicia, mediante el cual se aprecian los hechos y se siente rápidamente de qué parte está la razón, es una virtud innata, que no tiene nada que ver con la técnica del Derecho; ocurre como en la música, respecto de la cual, la más alta inteligencia no sirve para suplir la falta de oído". El Arte del Derecho, Editorial Porrúa, 1991, página 60.

forma expresa, en lo que interesa: *"Artículo 49: Establécese la jurisdicción contencioso administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público..."*.

Del contenido supra transcrito, no se puede colegir ni existe en forma expresa una remisión constitucional, que permita suponer una delegación al legislador común, para que a través de leyes ordinarias establezca cuales actos de la Administración son del conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso, y cuales otros actos pueden ser conocidos por otras jurisdicciones. Absolutamente infundada cualquier interpretación en ese sentido. El constituyente expresó su pensamiento en forma clara y concisa y dijo que la fiscalización de la actividad de la Administración Pública lo será a través de los tribunales de lo contencioso-administrativo. No autorizó ni expresa ni implícitamente al legislador común para crear a través de leyes ordinarias, otras jurisdicciones con competencia para fiscalizar los actos de la Administración Pública, en cualquiera de las modalidades en que ésta se presenta ante el administrado. Eso significa que cualquier reforma en ese sentido, deberá hacerse a través de la Reforma Parcial de la Constitución, jamás por la vía de la interpretación constitucional.

El artículo 49 constitucional remite al artículo 153 ibídem, pero esa remisión tiene como fundamento aclarar la situación orgánica del sujeto encargado de realizar la fiscalización, y así, ordena que la especial jurisdicción contenciosa —que por esa norma se reconoce como arma del administrado contra la arbitrariedad de la Administración Pública— debe estar inmersa dentro de la estructura del Poder Judicial y es únicamente por y a través de ese Poder que se puede llevar a juicio a la Administración Pública. Es claro que al decir el artículo 49: *"Establécese la jurisdicción contencioso administrativa como atribución del Poder Judicial..."* nos indica que los tribunales contenciosos administrativos deben estar y estarán dentro del Poder Judicial,

pero que deben ser éstos los que conozcan de las cuestiones relacionadas con la Administración Pública, no hay duda ni interpretación posible en contrario, ya que de otro modo resulta inoficiosa la norma en cuestión.

No tendría razón que el constituyente constitucionalizara la función fiscalizadora de la Administración Pública como especial dentro del Poder Judicial y luego en los contenidos generales de las competencias de ese poder, comprendidos en el artículo 153 se le eliminara esa condición para dejar a los legisladores comunes decidir qué actos y/o hechos de la Administración Pública serían del conocimiento de lo contencioso administrativo y cuales serían competencia de otras sedes.

La intención del constituyente quedó bien plasmada en la Constitución y le otorgó rango constitucional a la jurisdicción contencioso-administrativa, de modo que ningún acto de la Administración relacionado con el Derecho Público puede ser conocido por otro tribunal que no sean éstos. En este mismo sentido podríamos mencionar el artículo 70 de la Carta Política que crea la Jurisdicción Laboral como atribución del Poder Judicial, pero no existe duda alguna de cual es la competencia jurisdiccional de los Tribunales de Trabajo, con absoluta exclusión de las demás jurisdicciones para conocer de los asuntos laborales. Todas las jurisdicciones tienen su génesis en la Constitución Política. En eso no hay controversia. La diferencia está en que con las demás el constituyente dejó en manos del legislador común, el desarrollo de las competencias de cada una, mientras que en la especial contencioso administrativa y la constitucional, sus contenidos fueron expresamente desarrollados en el mismo texto constitucional, lo que inhibe absolutamente al legislador ordinario a dictar normas en contrario, y con mucho más razón, no es posible que un órgano constitucional con funciones jurisdiccionales, sin competencia legislativa, pueda ampliar a otras jurisdicciones —por la vía de la interpretación constitucional— la fiscalización de la actuación de la Administración Pública, ampliándose inconstitucionalmente sus propias competencias.

Resulta asimismo contradictoria la resolución comentada, pues en el segundo párrafo del considerando IV expresó: *"Es claro, entonces, que la función del artículo 49 obedece a la necesidad de brindar al individuo una herramienta efectiva contra los actos administrativos ilegales..."* Y al final dice: *"La jerarquía de las fuentes normativas determina también la competencia de los tribunales constitucionales o los comunes"*.

Si por un lado manifiesta que pueden otros tribunales distintos de los contenciosos conocer de la ilegalidad de los actos de la Administración, entonces la herramienta efectiva a la que hace alusión, deja de ser todo lo efectivo que pretendió el constituyente. Precisamente por la búsqueda de esa efectividad y especialidad para juzgar a la Administración, es que se crearon los tribunales contenciosos, no importa cuantos sean ni cuantos quieran instituir los legisladores, siempre y cuando sean de la naturaleza jurídica delimitada por el constituyente. Lo anterior es reconocido en la misma resolución, es si la jerarquía normativa es la que determina la competencia, entonces la competencia de los tribunales contenciosos está determinada por la Constitución y no por las leyes ordinarias. La congruencia interpretativa se echa de menos en la parte final del mismo considerando, que dice así: *"Y se resalta la naturaleza de ilegalidad de los actos, puesto que en contraste con la jurisdicción común de la que forma parte la contencioso administrativa, el constituyente también contempló la jurisdicción constitucional que fue ejercida por la Corte Plena hasta 1989, año en que fue asignada a esta Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia"*. No es congruente porque la jurisdicción constitucional no es común —más parece que se utiliza el término como excusa que como realidad jurídica—, como tampoco lo es la contencioso administrativa. Veamos: En el eventual caso que la Sala considerara su jurisdicción como *común* se le debería aplicar a ella, los mismos conceptos que está utilizando en la sentencia comentada, es decir, que el legislador podría a través de leyes ordinarias, atomizar las competencias que ahora tiene la

Sala, en otros tribunales dentro de la estructura del Poder Judicial. Es decir, se podría a través de una ley común, indicar, —a modo de ejemplo—, que la interpretación constitucional en materia de familia le corresponde a los Juzgados de Familia. No habría nada más herético en el campo del Derecho Público que lo anterior. La Jurisdicción Constitucional ayer y hoy fue y es especializada y concentrada, pues antes era la Corte Plena como órgano superior del Poder Judicial, quien tenía la competencia exclusiva de interpretar la Norma Fundamental, y ahora esa función se le trasladó a la Sala de la Corte Suprema de Justicia que en razón de las especiales tareas encomendadas, se le denomina Sala Constitucional, y la remisión que hace el artículo 10 al 153 ambos de la Constitución, lo es únicamente en cuanto la introduce dentro de la estructura organizacional del Poder Judicial, pues no permite que a través de leyes comunes se le quiten competencias en favor de otros órganos internos o externos, salvo lo que la misma norma contempla referente a la materia electoral y la exclusiva competencia del Tribunal Supremo de Elecciones.

Por el hecho simple que el artículo 153 *ibídem* exprese que corresponde al Poder Judicial conocer de las causas civiles, penales, comerciales, de trabajo y contencioso— administrativas, no se debe interpretar que se le elimina a esta última su carácter especial. Todo lo contrario, lo corrobora, pues indica que es dentro de la estructura del Poder Judicial donde deben ventilarse las causas, tal y como lo ordena la norma 49, eliminando así toda posibilidad de crear tribunales especiales ajenos a este Poder, para dirimir los conflictos de la Administración con los administrados. Interpretamos que eso significa que cualquier órgano creado para resolver controversias entre los administrados y el Estado, diferentes a los del Poder Judicial —Consejos de Estado por ejemplo— siempre tendrán una naturaleza jurídico-administrativa, salvo que por norma constitucional se les conceda o reconozca otro rango superior.

Para terminar con el comentario a la sentencia de la Sala, debemos rechazar —también—

las manifestaciones de esta última, al final del considerando V que dice: *"Más bien, como se ha expresado, creó un derecho constitucional que puede ser ejercido ante diversos tribunales de la República"*.

No compartimos lo anterior, en razón que no es cierto que el artículo 49 creó un Derecho Constitucional. La Constitución es un Estado de Derecho, y sobre todo Social de Derecho como lo es el nuestro, no crea derechos nuevos, sino que los contempla y reconoce en forma expresa o implícita, como limitaciones al ejercicio del Poder Público y los protege contra la arbitrariedad de la Administración Pública. Sí debemos aceptar que de previo a ese reconocimiento del que ahora constitucionalmente gozamos, nuestros antepasados y otros individuos en diferentes latitudes, debieron sufrir los embates de la brutalidad practicada con el poder que otorgan las armas y la impiedad humanas, pero ello en modo alguno significa que fueron algunas almas concientizadas las que reflexionaron sobre la necesidad de conceder ciertas libertades al hombre. Estas provienen más del Derecho Natural que del positivo, el que las retomó de aquel y las configuró para que pudiesen adaptarse a la sociedad.

Por ello no se puede afirmar que los constituyentes del 49 nos favorecieron con un derecho constitucional, hay mucha diferencia entre uno y otro concepto. El derecho constitucional que la Sala encontró en el artículo 49 los constituyentes lo plasmaron en el artículo 41 de la misma Norma Fundamental, que dice: *"Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales..."* La norma en cuestión, no identifica de parte de cuales sujetos deben provenir las injurias o daños, lo que obviamente incluye al Estado. Ahí está reconocido el Derecho Constitucional a la Acción. Si el artículo 49 reconoce un derecho constitucional o fuese un derecho fundamental

como lo indica la Sala, su manto de protección únicamente cubriría a los administrados, tal y como reiteradamente lo ha manifestado la Sala, en el sentido que los derechos fundamentales están creados para la protección de personas ajenas al poder público por ser éste quien está en posición de violarlos. Sin embargo es por todos conocido, que la Administración Pública acude a la jurisdicción contenciosa en calidad de ofendida, lo que no sería factible con fundamento en aquella teoría.

En lugar de crear ese Derecho Constitucional como menciona la Sala, el artículo 49 simplemente crea unos órganos especializados dentro de la estructura del Poder Judicial para que los administrados puedan dirimir los conflictos de Derecho Público que tengan con los entes de esa misma naturaleza.

Para un claro entendimiento del por qué la inserción de esa norma dentro de un texto constitucional, se requiere de un análisis histórico, pues no fue una creación innovadora de nuestros constituyentes sino toda una corriente doctrinaria y jurisprudencial⁷.

La interpretación de las Normas básicas tiene una importancia para el Orden Jurídico mayor de la que muchos le conceden, por dos razones principales: a) La decisión de la Sala Constitucional es única, de modo que tendrá relevancia extra partes, tal y como lo establece el mismo artículo 13 de su ley orgánica, que tendría como consecuencia directa, el reconocimiento de su jurisprudencia como *fuerza directa del derecho*, con toda la resultancia de ello, y; b) Por constituirse sus resoluciones en fuerza directa del derecho, el contenido de sus sentencias se incorporarían al texto constitucional en calidad de norma sub-constitucional, aunque se le reconozca la inferioridad con respecto a una ley formal, pero hasta tanto ésta no nazca a la vida jurídica, aquella desplegará todos sus efectos en el tiempo y en el espacio.

7. García de Enterría Eduardo y Ramón Fernández Tomás, Curso de Derecho Administrativo, editorial Civitas, páginas 482 y siguientes.

LA SALA CONSTITUCIONAL COMO SUPERIOR JERÁRQUICO

Con la existencia del artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional dentro de la escala jerárquica del Poder Judicial —en sentido técnico— es la de mayor rango. Eso en razón que una resolución de ese órgano tiene la plena virtud de variar toda la jurisprudencia que por años hayan creado y establecido las otras Salas en la materia de su competencia, cuando ésta se encuentre sustentada en una determinada interpretación constitucional, modificada posteriormente por la Sala, en cuya interpretación el contenido no es coincidente ni es posible sincronizarlo con la fórmula utilizada con anterioridad para crear la jurisprudencia modificada con la nueva interpretación.

A pesar que en ninguna norma de derecho positivo de nuestro Ordenamiento Jurídico se le otorga a la Sala Constitucional una posición privilegiada con respecto a las demás, sí parece congruente esa posición de supremacía que ostenta, —haciendo la salvedad, que no lo es orgánicamente— en razón que aquella tiene como instrumento único de trabajo la norma de más alto valor jurídico, junto con los instrumentos internacionales que conforme al artículo 7 de la Norma forman parte del Derecho Positivo supra legal.

Por ello la Sala Constitucional, en el ejercicio de sus funciones, al dictar sus resoluciones no sólo debe indicar si existió o no la violación, sino que debe establecer parámetros de comportamiento administrativo en aras que el triunfo del administrado no sea pírrico, que eventualmente llevaría a una cadena interminable de procesos, todo en perjuicio de aquel. Veamos: Si la maquinaria de la Sala se pone en marcha a solicitud de un administrado para que se le garantice alguna de las garantías constitucionales con base en unos hechos que considera violatorios —la participación democrática en procesos de selección, por ejemplo—, la Sala no sólo debe dictar la resolución en que se indique que efectivamente se violentó el derecho a la igualdad, sino que debe indicar en forma general las limitaciones que el principio de igualdad impone a la Administración en los casos semejantes al resuelto, de tal modo que se le vede a aquella la posibilidad de repetir su acto utilizando el discurso de la variación —insustancial— de las circunstancias y con base en ello incurrir nuevamente en la transgresión. El tiempo y los recursos financieros no son limitaciones para el Poder Público, para el administrado sí.

CONCLUSIONES

En un Estado democrático como Costa Rica, el valor justicia tiene un significado muy elevado, en razón que nos ufanamos de ser desde nuestra independencia, un Estado de Derecho. No obstante ello, y ante la dificultad práctica de alcanzar aquel supremo valor, —mientras continuemos como simples mortales— se impone al menos otro, que aunque no sea el más justo, al menos no se contrapone a la justicia: La equidad.

En ese sentido es necesario reflexionar sobre las consecuencias que una resolución constitucional puede tener en la vida social de nuestro Estado, pues la Seguridad Jurídica, como Derecho Fundamental debe ser protegido. La Sala Constitucional al resolver debe considerar los alcances de su sentencia, pues éstas deben tener vigencia en el tiempo, —salvo que circunstancias bruscas o radicales obliguen al cambio— de manera que todos tengamos certe-

za de cuando se nos está conculcando un derecho fundamental y cuando es una simple cuestión de apreciación dilucidable en otras jurisdicciones.

Es muy posible que el voluminoso número de expedientes que hacen cola en las oficinas de los magistrados de la Sala, se encuentren allí por la misma responsabilidad de ese órgano, que no ha logrado apuntillar en forma incontrovertible cuales son los alcances de los Derechos Fundamentales que la Constitución Política y los principios que la seducen e integran nos conceden, o al menos, no se ha hecho una fijación al menos básica de ellos, en el sentido que las situaciones al igual que la sociedad son cambiantes, —de lo contrario, los conceptos tendrían precisión matemática y precisamente eso contraría totalmente la función— pero algunas de sus premisas no varían con el transcurso del tiempo sino que se pulen y consolidan con él. Si bien estamos de acuerdo que resulta poco

tiempo para un análisis profundo de ese órgano, la gran cantidad de resoluciones emitidas si permiten concluir que la homogeneidad interpretativa no es precisamente lo que más caracteriza a la Sala.

La interpretación constitucional es un ejercicio de muy alta estima pero también de mucha peligrosidad social, que puede llevar a cometer verdaderos actos de injusticia en perjuicio de los destinatarios. Por ello, en la labor de Juez —que se encuentra por encima de los hombres y por debajo de los Dioses—, y sobre todo la consagrada a la norma de más valor en una sociedad, las vacilaciones interpretativas no tienen cabida. No debemos olvidar que las sentencias emanadas de ella, lo son como órgano del Poder Judicial, y no pueden constituirse como el criterio particular de cada magistrado, de modo que habrá que dejar las vanidades personales y los celos profesionales, para rendirle tributo a la excelencia, con ello únicamente habrá ganadores.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



LA PROTECCIÓN DEL BIEN JURÍDICO

LIC. EDDIE ALVARADO VARGAS
Abogado y notario
Especialista en Ciencias Penales
Agente Fiscal de Liberia

ÍNDICE

LA PROTECCIÓN DEL BIEN JURÍDICO

El Bien Jurídico: significado y trascendencia	30
El método de protección	32
Conclusión	34
Bibliografía	35

RESUMEN

El bien jurídico es el punto neurálgico de todo el sistema penal. Su noción se identifica con el área de vida que se tutela, con los intereses subjetivos de los ciudadanos e incluso, con los métodos de protección dispuestos por el ordenamiento. La noción de bien jurídico es compleja. Su entendimiento coadyuba a la comprensión de la razón de ser del derecho. Su comprensión demostrará como política, filosofía y ciencia jurídica no son áreas aisladas sino complementarias en tanto su relación con el estudio del comportamiento del ser humano.

El método de protección del bien jurídico determinará la identificación de este con el bien de la vida. Antes el bien jurídico es sólo un ideal a alcanzar.

La elección de los métodos de protección influirá sobre el sentido y alcance del bien jurídico. A través de estos métodos se le irá dando un perfil determinado a la sociedad. Este es un proceso evolutivo.

El autor

LA PROTECCIÓN DEL BIEN JURÍDICO

El bien jurídico: significado y trascendencia

Consideramos que el bien jurídico es el punto neurálgico de todo el sistema penal. Múltiples definiciones se dan sobre el bien jurídico¹. Son considerados como el área de vida que resulta protegida por el derecho penal o como los intereses subjetivos de los ciudadanos que resultan resguardados en la esfera de su libertad de ejercicio. Sin embargo, la protección que se haga del bien jurídico, determinará el verdadero alcance de su concepto, en tanto, no siempre la sanción penal es utilizada como la respuesta necesaria e inmediata al comportamiento lesionante del bien de la vida. Ello ocurre

sin lugar a dudas en el caso del bien jurídico "salud pública"; en tanto no todo comportamiento lesionante de este bien de la vida es considerado delito: pensemos en el comercio de la droga "legal". De esta forma el bien jurídico no es sinónimo del bien de la vida que se dice tutelar.

Fuera de estas apreciaciones, el método de protección del bien jurídico no sólo influye en la precisión de lo que se protege sino en el grado de efectividad de dicha protección.

1. "La noción de bien jurídico varía desde su concepción como intereses objeto de percepción desde la vida y socialmente reconocidos (1), como la relación social (situación social dinámica particular en que se encuentran los sujetos en relación con los objetos y la acción del Estado) que resulta protegida a través de la norma, dando lugar a una fórmula sintética concreta mediante la cual se determina el injusto material (2); o como la disponibilidad que tienen los individuos sobre los objetos con los que se relacionan: vida, honor, patrimonio, salud, que es protegida por el Estado, en aras del aseguramiento de la libertad como condición de ejercicio de derechos subjetivos (3)" Véase ALVARADO VARGAS (Eddie) "El ciclo del Narcotráfico" Tesis de grado para optar por el título de Lic. En Derecho, Costa Rica, 1989, Universidad de Costa Rica, San José, p. 56.



La diversa presencia de bienes jurídicos lesionados puede implicar la existencia de un concurso material de delitos a partir de un mismo comportamiento criminal, verbigracia: violación y contagio doloso; o por el contrario, no subsumir las conductas en una sola configurándose un concurso ideal, verbigracia: Uso de Documento falso con ocasión de estafa².

HASSEMER ha dicho que el derecho penal debe seguir siendo límite insuperable de la política criminal, siguiendo a Von Liszt³.

Nosotros consideramos que ello es equivocado: recientemente pudimos denotar como se hace necesario en Costa Rica crear el delito de transporte ilegal de ganado, en tanto el transportista, a sabiendas de que el ganado es hurtado o robado, ejerce siempre su actividad. En nuestra práctica como agente fiscal de Nicoya pudimos observar también, la falta de regulación en los aserraderos al recibir la madera sin marca de la Dirección General Forestal. Luego a los propietarios de tales industrias les basta con aducir que no se explican cómo llegó dicha madera a sus centros de trabajo, evitando ser sancionados por el delito de adquisición ilegal de madera.

En el mismo sentido, en Costa Rica resultaría impunes los comportamientos de producción y comercio con "drogas diseñadas" en tanto no están previstas en las listas de los Convenios

internacionales, decretos y reglamentos de gobierno⁴.

Sin lugar a dudas, este panorama evidencia que la protección del bien jurídico: propiedad, recursos forestales o salud pública no es algo estático sino una actividad viva y cambiante.

Así, la política criminal, aquella parte de la ciencia penal que traza las líneas entre lo ilícito y lo delictivo no puede dejar de lado el aspecto de la protección real de los bienes jurídicos.

Nuestra posición también se puede confrontar con las tesis esgrimidas por FERRAJOLI⁵ en tanto el bien jurídico no solamente significa una frontera con raigambre constitucional a la creación de los delitos, sino que la misma esencia de los bienes jurídicos con origen en la vida, implica una protección viva y evolutiva. Aquí es el momento de destacar que en tanto la protección penal del bien de la vida sea más eficaz; el mismo se identificará con el bien jurídico, en tanto lo que se dice proteger realmente se proteja.

El bien jurídico determina la frontera entre el comportamiento lícito e ilícito. Le da contenido al principio de legalidad en tanto la acción, además de ser típica debe ser antijurídica y ofensiva a algún bien ajeno. Por ello el bien jurídico se liga con el principio constitucional de la autonomía de la voluntad⁶.

-
2. REPÚBLICA DE COSTA RICA, **Código Penal**, artículos 21 y 22. Editorial Porvenir, 1990, San José.
 3. HASSEMER (Winfried) **El bien jurídico...** Iustitia (Revista), marzo, 1989, año 3, número 27, p. 8.
 4. Sobre el concepto de "drogas diseñadas" véase: ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD "Salud Mundial" (Revista), junio 1986, "Tabaco-Drogas", p. 26.
Véase también ALVARADO VARGAS (Eddie) Tesis, *Op. cit.*, pp. 14-15.
 5. FERRAJOLI (Luigi) DERECHO PENAL MÍNIMO Y BIENES JURÍDICOS FUNDAMENTALES, en Revista de la Asociación Nacional de Ciencias Penales, marzo-junio, Nº 5, 1992, San José, Costa Rica.
 6. "Artículo 28.-Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley.
Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a terceros, están fuera de la acción de la ley... (Texto parcial) REPÚBLICA DE COSTA RICA, CONSTITUCIÓN POLÍTICA, dictada el 7 de noviembre de 1949. San José, Imprenta Nacional, 1990.

Frontera de lo lícito, esfera de la vida protegida, instrumento de interpretación para la configuración del delito y piedra angular de la construcción de la política criminal. Todo ello es el bien jurídico en el derecho penal.

Siendo la ofensa al bien jurídico una "conditio sine quano" para la configuración del delito; su ausencia repercutirá en la presencia del delito imposible, verbigracia: ausencia de lesión o de peligro de lesión al bien jurídico por inidoneidad del medio empleado.

La lesión al bien jurídico no basta tampoco para la configuración del delito, en tanto no se lesione el bien jurídico atacado de manera natural por la acción ilícita: en este sentido, la falsificación por la falsificación misma no tiene sentido. Hay un elemento "maligno" que acompaña a la acción delictiva que no debe perderse de vista⁷.

El método de protección

Pero la sola creación de los delitos no basta para tutelar los bienes de la vida, no debe perderse de vista el método elegido para la tutela: la prisión, la multa, el comiso, etc.

FERRAJOLI olvida que además de ser una frontera constitucional dirigida contra la arbitrariedad la formulación de los bienes jurídicos responde al deber constitución de parte del Estado de combatir la delincuencia. Principio implícito recogido en la carta magna y que se colige de la interpretación armónica y sistemática de las siguientes normas: Artículo

9.— "El gobierno de la República es... responsable..." Artículo 41 "Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación...", Artículo 50.— "El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país"...⁸.

Como se ve, el bien jurídico no sólo caduaba al respecto del principio de autonomía de la voluntad; su presencia implica una responsabilidad de tutela del bien de la vida.

Demostrada la ofensividad del comportamiento para el bien jurídico, puede ser que convenga (decisión política) crear como delito el comportamiento ofensivo. Preguntarse esto es un deber constitucional para el legislador. Decimos "preguntarse", en tanto la ofensividad del comportamiento no basta para que se decida de inmediato crear el delito, en tanto debe demostrarse que la sanción del comportamiento acarreará mayores beneficios en una comparación de costos y beneficios (Principio de racionalidad del sistema jurídico penal)⁹.

Verbigracia: sancionar el consumo de droga no erradicará a los consumidores; aumentará aún más el precio de la droga; en la cárcel seguirán consumiendo droga; dificultará el tratamiento médico del drogodependiente; no disminuirá el número de consumidores. Entonces, un comportamiento que sí atenta contra el bien jurídico salud pública no conviene sancionarlo, porque ello significaría ocasionar más daño que beneficio¹⁰.

En el mismo sentido nos manifestamos con relación al comercio y producción de la droga legal, y en este caso se añade el elemen-

7. HASSEMER (Winfried) *Op. cit.* p. 6.

8. REPÚBLICA DE COSTA RICA, Constitución Política (Dictada el 7 de noviembre de 1949), 1990, Imprenta Nacional, San José.

9. BARATTA (Alessandro); Introducción a la Criminología de la droga, COMUNIDAD Y DROGAS, España, Monografía, N° 3, Mayo, 1988, p. 36.

10. ALVARADO VARGAS (Eddie) *Op. cit.*, p. 197.

to cultural y la costumbre como puntos a tomar en cuenta al delinear la política criminal (creación de delitos).

Llegado a este punto de la disertación podemos denotar como el bien jurídico es punto de unión entre el derecho, la filosofía y la política. La elección del bien de la vida a tutelar es una decisión política-social. La decisión sobre la forma y método de su protección es algo propio tanto de la política como del derecho. Y dichas decisiones interesan a la filosofía como ciencia del razonamiento, en tanto son medulares, implican una interpretación de lo que los representantes de la ciudadanía esperan de los individuos, implica una planificación de tipo de sociedad que se desea. Implica una elección de qué áreas de la vida son las más importantes en un determinado momento histórico. Verbigracia: en la actualidad, el ambiente se vislumbra como uno de los bienes de mayor importancia, pero en Costa Rica dicho bien de la vida no tiene la misma importancia a nivel jurídico, en tanto el sistema penal no contiene la regulación adecuada para la sanción de los comportamientos lesionantes del ambiente: leyes confusas, escaso personal de protección, delitos de citación directa con penas de multa, falta de regulación sobre el actuar de las municipalidades con relación a la zona marítimo terrestre, existencia de tala masiva e institucional de árboles, para efectos de "reforestación", donde los árboles a sembrar no son propios de las zonas taladas y para cuando hayan crecido ya los efectos dañinos en la ecología se habrán producido.

El bien jurídico se encuentra íntimamente ligado a la filosofía en tanto lo que se dice tutelar: la vida, el ambiente, la salud pública, etc. son sólo ideas. Nos encontramos en un plano axiológico, se valoran ciertas cosas, pero estas ideas no son sinónimo de lo que al final resulta tutelado, al aplicarse el Sistema penal.

De esta forma la existencia de bienes jurídicos es una utopía, un idealismo, un deber hacer expresado en la ley que no se identifica

con el acontecer real de la vida y la historia que se dice tutelar.

Manejadas estas nociones sobre el bien jurídico y su cercanía estrecha con la política y la filosofía, podemos concluir que la mayor identificación entre el bien de la vida (lo que se dice proteger) y el bien jurídico (lo que realmente se intenta tutelar) depende también en mucha medida del método elegido a nivel legal para ejercer tal tutela. Y es aquí donde considero que este método debe estar en correspondencias con el individuo que transgrede la norma. Debe hacerse un estudio psicológico-social sobre qué es aquello que podría disuadir al individuo de cometer el delito, y específicamente al costarricense, pero tomando en cuenta los factores influyentes en el medio cultural. Y es aquí donde nos hacemos la siguiente pregunta: ¿acaso será la prisión el mejor método de reprimir los delitos?

Negado el carácter real resocializador de la prisión no puede obviarse que la sanción si tiene una función ejemplarizante. En un x por ciento el individuo se abstiene de cometer delitos porque existe una sanción. No puede olvidarse el temor que ejerce la sanción sobre el hombre. Pero entonces nos preguntamos: ¿para la represión de ciertos delitos, no son la multa o el comiso mejores alternativas? Pensemos en el delincuente de "cuello blanco", que además de cometer delitos no convencionales, dispone de todo un acervo de bienes y valores que utiliza, como instrumentos de operación. El código de procedimientos penales permite el decomiso de los instrumentos utilizados para cometer el delito y el comiso "pérdida definitiva de estos bienes a favor del Estado". ¿Acaso no se abstendrá de colaborar con el contrabandista o ladrón de ganado el dueño del camión, si sabe que su vehículo de transporte será objeto de comiso? ¿De qué sirve vender droga si las grandes cantidades de dinero producido pueden ser confiscadas?

Por otro lado, la multa debe ser proporcional a los ingresos del delincuente. Las normas procesales actuales, sin embargo, no

permiten calcular el ingreso real del individuo, no hay términos ni instrumentos para determinar el ingreso real. El juez está atado de manos, debe partir de lo que el imputado le dice percibir y aunque éste le mienta, ello sólo está sancionado en este caso, como una contravención (dar datos falsos sobre la filiación). Véase artículo 392 inciso 6) del Código Penal de Costa Rica.

Consideramos que si se eliminan o reducen los instrumentos operativos del delincuente, este se verá ante un dilema para continuar la actividad delictiva¹¹.

Por ello es que también en la legislación italiana, a través de la ley La Torre¹² se prevé el comiso de los bienes y valores sobre los que el sujeto no pueda probar su origen lícito, pese a los elementos de prueba que lo sindicaron o relacionan con el crimen organizado y la presencia de una rapidez inusual para la acumulación de dichos capitales.

Se trata de una inversión de la "incumbencia de la prueba" que se aplica a nivel de un proceso administrativo y como medida preventiva financiera. En Italia la aplicación de la medida eliminó el tráfico ilícito de heroína en Sicilia.

En tanto la aplicación de medidas como la descrita significa un paso positivo en el control de la delincuencia, en nuestro país se siguen cometiendo crasos errores a nivel legislativo, ejemplo de esto es la impunidad de que gozan actualmente los receptadores y encubridores de bienes provenientes de hurto contravenacionales (cualquier objeto cuyo precio sea menor a los dieciocho mil colones: bicicletas, relojes, cadenas de oro, etc) su receptación o encubrimiento es impune por atipicidad en tanto tales delitos requieren el acaecimiento de un delito antecedente, y no es sino el hurto de bienes mayores a la suma indicada lo que en actualidad constituye delito¹³. Verdadera impunidad para los denominados topadores se está presentando en estos momentos, por una miopía legislativa.

CONCLUSIÓN

Pareciera que la protección real del bien de la vida, implica una evolución constante en los métodos de protección dispuestos por el Estado y una revisión paralela de la constitucionalidad de dichos métodos. A la par de ello el

sistema normativo también debe revisarse y reformarse para que se adapte a las necesidades que demandan los nuevos tiempos. Así y sólo de esta forma el "bien jurídico" será una respuesta a la tutela del "bien de la vida".

11. Ver en el mismo sentido: LUPSHA (Peter A.); HACIA UN ANÁLISIS ESTRATÉGICO DEL CRIMEN ORGANIZADO, REVISTA INTERNACIONAL DE POLICÍA CRIMINAL, O.I. P.C- INTERPOL, Estados Unidos de América, N° 368, mayo de 1983, pp. 133-134.
Y a SCOTTI (Luigi), "LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO": Un enfoque financiero nacional e internacional. En Revista Internacional de policía criminal N° 402, año 41, París (Francia), Noviembre de 1986.

12. *Ibidem*, SCOTTI (Luigi), p. 228.

13. Véase Ley N° 7337 de la República de Costa Rica publicada en el diario Oficial "La Gaceta" del viernes 14 de mayo de 1993.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

1. BERISTAIN (Antonio)
LA DROGA ASPECTOS PENALES Y CRIMINOLÓGICOS, Colombia, Editorial TEMIS, 1986.
2. BUSTOS RAMÍREZ (Juan)
BASES PARA UN NUEVO DERECHO PENAL, Colombia, Editorial TEMIS, 1982.
3. RODRÍGUEZ MOURULLO (Gonzalo)
DERECHO PENAL (Parte General, España, Editorial Civitas, S.A. Primera Reimpresión, 1978.
4. ZAFFARONI (Eugenio Raúl)
TRATADO DE DERECHO PENAL (Parte General), Tomo I. Argentina, EDIAR, 1980.

REVISTAS

1. DIEZ (Ripolles) JOSÉ LUIS
LA POLÍTICA SOBRE DROGAS EN ESPAÑA, A LA LUZ DE LAS TENDENCIAS INTERNACIONALES. En Revista Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, mayo-agosto de 1987.
2. FERRAJOLI (Luigi) DERECHO PENAL MÍNIMO Y BIENES JURÍDICOS FUNDAMENTALES. En Revista de La Asociación Nacional de Ciencias Penales, marzo-junio, Nº 5, 1992, San José, Costa Rica.
3. BLUM (Richard) – Kaplan (John) y otro;
ELEMENTOS PARA UNA POLÍTICA EN MATERIA DE DROGAS.
CLIFFOR (William); "PROBLEMAS NUEVOS Y PROBLEMAS ESPECIALES DE LA DELINCUENCIA EN EL ÁMBITO NACIONAL E INTERNACIONAL" En

Revista Internacional de la política criminal Nº 32, Nueva York, Publicación de las Naciones Unidas, 1977.

4. HASSEMER (Winfried) EL BIEN JURÍDICO EN LA RELACIÓN DE Tensión ENTRE CONSTITUCIÓN Y DERECHO NATURAL (Aspectos jurídicos). En Revista IVSTITIA, Nº 27, marzo de 1989, año 3, San José, Costa Rica.
5. HIGHFIELD (Roger)
"DROGAS DISEÑADAS", en Revista Salud Mundial, "Tabaco-Alcohol-Drogas, Revista ilustrada de la O.M.S junio, 1986.

FOLLETOS Y OTRAS PUBLICACIONES

1. BARATTA (Alessandro)
INTRODUCCIÓN A LA CRIMINOLOGÍA DE LA DROGA". En COMUNIDAD Y DROGAS, Monografía, Nº 3, España.
2. RICO (José María)
"LAS LEGISLACIONES SOBRE DROGAS, ORIGEN=EVOLUCIÓN, SIGNIFICADO Y REPLANTEAMIENTO", Montreal (Canadá) XXXV Curso Internacional de Criminología, Ecuador, 1985.

LEGISLACIÓN

Ley Nº 7337 de la República de Costa Rica publicada en el diario oficial "La Gaceta" del viernes 14 de mayo de 1993 que reforma artículos del Código Penal.

REPÚBLICA DE COSTA RICA
CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES, en vigencia 8 de octubre de 1973. Editorial Porvenir, San José, Costa Rica.

CÓDIGO PENAL
REPÚBLICA DE COSTA RICA. EN VIGENCIA
4 DE MARZO DE 1970.
SAN JOSÉ, Editorial Porvenir, Costa Rica.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA. (Dictada el 7 de
noviembre de 1949)
REPÚBLICA DE COSTA RICA. Imprenta
Nacional, San José, Costa Rica, 1990.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



VALORACIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA POR EL JUEZ PENAL

LIC. EDWIN SALINAS DURÁN
Juez Mixto de Cañas,
Posgrado en Ciencias Penales, UCR

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	38
I. Las diversas corrientes sobre la prueba ilícita	38
II. Tratamiento de la prueba ilícita en la casación penal	41
III. Tratamiento de la prueba ilícita en la Sala Constitucional	43
IV. Tratamiento de la prueba ilícita por el juez penal	45
CONCLUSIONES	46
BIBLIOGRAFÍA	47

INTRODUCCIÓN

La prueba ilícita, a la que también se le denomina en doctrina como prueba espuria, prueba ilegítima y también prueba prohibida, ha provocado en los distintos sistemas penales situaciones límites, desde un rechazo absoluto hasta su aceptación, siendo esta última posición la mayoritaria, al permitir algunas veces la validez de los actos derivados de aquél acto original nulo, o bien, de la misma prueba así obtenida al independizarla de su origen.

Estas diversas posiciones han dado lugar, no sólo a distintas teorías doctrinarias sino a diversas manifestaciones jurisprudenciales, de

las que estamos exentos en nuestro derecho. De allí que pretendamos, con fundamento en tales teorías, ahondar en el tema de la valoración que el juzgador penal debe dar a la prueba ilícita, incluyendo por supuesto, algunas de las resoluciones jurisprudenciales que se hayan dado al respecto, tanto de nuestra Sala de Casación Penal como en materia Constitucional, de modo tal, que ello nos permita llegar a establecer a manera de corolario cuál es el tratamiento que se da en nuestro país a dicha temática por parte de nuestros jueces, en cuanto a su valoración propiamente.

I. LAS DIVERSAS CORRIENTES SOBRE LA PRUEBA ILÍCITA

Con el propósito de adentrarnos en esta investigación es necesario plantear preliminarmente un marco teórico referencial mediante el cual sea posible establecer las diversas corrientes, doctrinarias, jurisprudenciales y legales, que dan lugar tanto a límites extremos de aceptación o rechazo, como aquellas otras posiciones, por demás predominantes en una mayoría de países, aunque combatida por otros, que dan validez a la prueba ilícitamente obtenida al independizarla de su origen, o bien, a los actos posteriores derivados de una prueba así obtenida, o también que permiten, en el enfrentamiento de dos intereses públicos fundamentales, optar por uno de ellos en el caso concreto.

A modo de inicio tenemos que la prueba ilícita se entiende como aquella prueba que contiene una ilicitud original, una ilicitud que proviene de la violación de una norma constitucional o legal¹; es decir, *"aquella que en sentido absoluto o relativo, niega la forma acordada en la norma o va contra principios de derecho positivo"*², y en tal sentido, a efecto de su valoración la prueba ilícita se sitúa entre dos aspectos de interés público contrapuestos³, por un lado, el respeto a los derechos fundamentales del individuo que han de ser observados rigurosamente dentro del proceso penal, como *"garantía para el respeto y vigencia de los Derechos Humanos considerados en su concepción más amplia"*⁴; y por el otro, la búsqueda

-
1. Enrique Vescovi citado por CRUZ CASTRO (Fernando), **La defensa penal y la independencia judicial en el estado de derecho**, San José, ILANUD, Unidad modular VI, 1989, p. 83.
 2. Ver SAENZ ELIZONDO (María Antonieta), La prueba ilícita en el proceso penal. **Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**, San José, Nº 6, diciembre de 1992, p. 36.
 3. Ver CRUZ CASTRO, **La defensa penal...**, pp. 83 y 86.
 4. Ver CRUZ CASTRO (Fernando), **Las garantías penales y procesales en el derecho de los derechos humanos**, San José, ILANUD, Unidad modular I, 1991, p. 110.

de la verdad real o material en función de la justicia⁵ como fin del proceso penal.

De lo anterior y conforme lo planteamos preliminarmente, tenemos que en cuanto al problema de la admisibilidad de la prueba ilícita ocurren dos posturas fundamentales⁶, la primera es de rechazo absoluto, pues postula el principio de que toda prueba que se obtenga quebrantando una norma constitucional, será tan ilegítima como el quebrantamiento que la originó, pues siempre tal probanza será consecuencia del quebrantamiento constitucional; y ello se entiende dentro de la necesidad de colocar límites al derecho a la prueba, pues, *"...el proceso sólo puede hacerse dentro de una escrupulosa regla moral, que rige la actividad del juez y de las partes"*⁷.

De la posición de negación o rechazo se derivan algunas consecuencias, así: la exclusión de la confesión del imputado, misma que obtenida quebrantando normas fundamentales, no se reduce, entonces, solo a lo que el inculcado manifestó bajo presión o tortura, sino que se extiende también a otras probanzas o evidencias que se hubieran logrado mediante esa confesión, es decir, que la exclusión no sólo abarca la propia prueba sino los frutos de la misma, pues se comprende que *"la violación encubierta de las normas constitucionales presenta en su esencia la misma gravedad que existe cuando la violación constitucional es directa y evidente"*⁸; también se excluyen las pruebas o evidencias que se obtienen de una

acción policial en la que se violenten garantías constitucionales fundamentales, por ejemplo, el allanamiento ilegal en el cual la nulidad se da no sólo en relación al acto mismo sino a los actos conexos que de éste se deriven⁹.

La segunda posición, es de aceptación, la que por demás esta bastante difundida en los sistemas penales, y es aquella que admite la validez de las pruebas que pese a no configurar por sí mismas una violación a una garantía constitucional, han sido obtenidas gracias a la violación de ésta; de modo que la interpretación es rigurosamente procesal y por consiguiente no toma en consideración la trascendencia de las garantías fundamentales que se hayan podido lesionar¹⁰, de allí que se considera que solo resulta inadmisibile la prueba que lo es por sí misma, es decir, entonces, que se admite por consiguiente la que sea legal aunque se haya logrado por medios ilícitos.

Pese a que la anterior posición es la mayoritaria, pues se considera que por existir un interés de la colectividad por el descubrimiento de la verdad material, en tal caso resulta inapropiado prescindir de pruebas valiosas únicamente por la existencia de un vicio en su obtención, la principal crítica que se le hace a esta postura radica precisamente en que se omite por completo que el derecho procesal penal es derecho constitucional aplicado, y que por ello el proceso penal debe establecer *...una verdad con forma de justicia...*¹¹ y por consiguiente no es su pretensión la de depurar la

5. VER CRUZ CASTRO, *La defensa penal...*, pp. 83 y 86.

6. Ver CRUZ CASTRO (Fernando) *Las garantías penales y procesales en el derecho de los derechos humanos*. San José, ILANUD, Unidad Modular I, 1991, p. 110.

7. PELLEGRINI GRINOVER (Ada), *Pruebas Ilícitas*, *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, San José, Nº 10, setiembre de 1995, p. 21.

8. Ver CRUZ CASTRO, *La defensa penal...*, p. 85.

9. Si en el transcurso de un allanamiento, mismo que fuera ilegal, se encontraran, por ejemplo, drogas u armas, las mismas no podrían introducirse al proceso como pruebas legítimas virtud del vicio existente.

10. Cafferata Nores, citado por CRUZ CASTRO, *La defensa penal...*, p. 84.

verdad material, como es la pretensión de los sistemas que siguen esta corriente.

Planteado el tema de la prueba ilícita en algunos países, podemos determinar que la temática de la prueba ilícitamente obtenida ha tenido un mayor desarrollo en la jurisprudencia americana, en la que la inconstitucionalidad de los medios empleados para la obtención de la prueba viene a constituir una "regla de exclusión"¹² para su admisibilidad en el proceso. Ello es lo que viene a sostener la doctrina del fruto del árbol envenenado (*The fruit of the poisonous tree*)¹³ pues se sostiene que los resultados de un medio probatorio obtenido inconstitucionalmente son precisamente eso, frutos de un árbol envenenado¹⁴ y por ello la prueba resulta nula. Sin embargo, se da una excepción en esta doctrina con la regla de la fuente independiente¹⁵, que permite el acceso de la prueba ilícita al proceso en el caso de que se demuestre que ésta podría haber ingresado al mismo mediante un medio probatorio ajeno, así la prueba excluida por ilícita puede introducirse legalmente si se emplea un procedimiento probatorio totalmente independiente.

En España, el Tribunal Constitucional sobre la base de esa misma doctrina ha soste-

nido que "...la hipotética recepción de una prueba antijurídicamente lograda no implica necesariamente lesión de un derecho fundamental..."¹⁶ debiéndose, entonces, "...ponderar en cada caso los intereses en tensión para dar acogida preferente en su decisión a uno u otro de ellos (interés público en la obtención de la verdad procesal e interés, también, en el reconocimiento de plena eficacia a los derechos constitucionales). No existe, por tanto, un derecho constitucional a la desestimación de la prueba ilícita"¹⁷. Es decir, que enfrentados los dos intereses públicos: verdad procesal garantía individual, deberá valorarse el caso concreto y así determinar cual de ellos es de mayor relevancia, pues conforme se cita al tribunal español, para éstos, no solo la prueba ilegítimamente obtenida no implica necesariamente una violación a una garantía fundamental, sino que no existe constitucionalmente un derecho a desestimar la prueba ilícita.

En Alemania, los tribunales de ese país se han pronunciado en un sentido similar¹⁸, pues partiendo de un criterio de proporcionalidad, aunque con un carácter más excepcional y en casos de extrema gravedad, admiten la prueba ilícita, persiguiendo la búsqueda de un principio de equilibrio entre esos mismos valores funda-

-
11. Winfried Hassemer citado por CRUZ CASTRO, *La defensa penal...*, p. 84.
 12. Ver VIVES ANTON (T. S.), *Doctrina constitucional y reforma del proceso penal. Derechos fundamentales y justicia penal*, San José, Editorial Juricentro, 1992, p. 543.
 13. Algunos autores, especialmente españoles, la denominan como "frutos de un árbol emponzoñado".
 14. Véase VIVES ANTON, *Op. cit.*, p. 543, CRUZ CASTRO, *La defensa penal...*, p. 86.
 15. La regla de la fuente independiente tuvo su origen en el caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*-1920 (251-U.S.-385, 40 S. Ct. 182, 64 L. Ed. 319), caso en el cual se dijo que el Gobierno no podía utilizar una información obtenida durante una pesquisa ilegal. En dicho caso el Juez Holmes, pese a que sostuvo que la prueba obtenida ilegalmente conlleva una prohibición absoluta para la utilización en el proceso, conforme la esencia de las normas; razonó igualmente que la evidencia excluida no debía ser totalmente inaccesible al mismo, y que en consecuencia, tales probanzas se pueden introducir válidamente en el juicio si el conocimiento de su existencia era obtenida por una fuente independiente.
 16. Tribunal Constitucional español, Sentencia 114/1984, de 29 de noviembre.
 17. Tribunal constitucional español, Sentencia 114/1984, de 29 de noviembre.
 18. Ver, PELLEGRINI GRINOVER, *Op. cit.*, p. 29

mentales contrapuestos ya citados. Siendo tal principio de proporcionalidad, el mismo principio de razonabilidad que ha manejado la Suprema Corte de los Estados Unidos de América¹⁹.

En Brasil²⁰, a nivel constitucional se considera expresamente inadmisibles la prueba obtenida por medios ilícitos, sin embargo, no se establece cual es la consecuencia cuando la prueba así obtenida ingresa en el proceso.

El ordenamiento italiano²¹ prescribe en forma expresa el impedimento de utilizar pruebas que contraríen prohibiciones legales.

Por último, podemos decir que nuestro ordenamiento no prevé un tratamiento expreso de la prueba ilícita, sin embargo, podríamos establecer que ocurren aproximaciones de las cuales podemos inferir su prohibición, así por ejemplo, los numerales 24, 36 y 39 de la Constitución Política, y en forma genérica en el artículo 198 del Código de Procedimientos Penales. Siendo a través del instituto de las nulidades procesales como se hará valer la oposición²². Sin embargo, el desarrollo de la prueba ilícita, conforme veremos de seguido, se ha dado mayormente a nivel jurisprudencial, aunque es evidente que no se ha dado con la uniformidad de criterio deseable.

II. TRATAMIENTO DE LA PRUEBA ILÍCITA EN LA CASACIÓN PENAL

Nuestra Sala Tercera de la Corte en sus diversos pronunciamientos no ha observado una posición uniforme en cuanto a la prueba ilícita se refiere, así encontramos que en algunas oportunidades ha rechazado tajantemente la incorporación de pruebas obtenidas con violación de alguna garantía fundamental, y en otras ocasiones ha admitido la prueba ilícita, ya sea mediante la doctrina de los frutos del árbol envenenado antes mencionada, en la excepción de la fuente independiente o mediante el método de la supresión hipotética.

En algunas de la oportunidades en que ha manifestado el rechazo absoluto se ha dicho:

*"Esta Sala ha sostenido que no puede introducirse al debate la declaración policial del imputado que no fue rendida con las garantías de la instrucción, ni tampoco es admisible que los oficiales de investigación informen en esa audiencia lo que supuestamente les confesó o declaró uno de los acusados, pues ello viola el principio de defensa en general y la libertad de declarar en particular, que se acuerdan en su favor en los artículos 36 y 39 de la Constitución Política y 274 y 275 del Código de Procedimientos Penales"*²³.

19. Ibid.

20. Ibid. p. 26

21. Artículo 191 del nuevo Código de Procedimientos Penales.

22. En este sentido puede verse, CORDERO VARGAS (Ricardo) y CORTES CHAVES (Miguel), **La teoría de la prueba espúrea en aplicación a la declaratoria de nulidad del artículo 221 del Código de Procedimientos Penales**, San José, Tesis para optar al título de Licenciados en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1992, pp. 36-53.

23. Sala Tercera, Voto 653-F-91 de las 9:20 h del 29 de noviembre de 1991.

*"En el presente caso se utilizó en forma básica y esencial el testimonio de los investigadores y el informe policial para introducir al debate como elemento de prueba la supuesta declaración de uno de los acusados en la cual involucra a los demás, razón por la cual el vicio no es subsanable ni siquiera recurriendo a la supresión hipotética"*²⁴.

En ese mismo sentido de rechazo a la prueba ilícita, en un caso de intervención telefónica, habiendo sido ya declarada la inconstitucionalidad de tales pruebas²⁵, sostuvo la Sala que *"Si tienen carácter de prueba esencial la fundamentación deviene ilegítima"*²⁶ de lo cual puede desprenderse la improcedencia de fundamentar una condenatoria en una prueba ilícitamente obtenida como prueba esencial, pero subyace la posibilidad de que se sostenga en otras probanzas, entendemos que aún las derivadas de tal prueba, como se denota de las resoluciones que de seguido se citan y que dan pie a otra interpretación de la casación penal. Pues, para otros casos la Sala ha adoptado la teoría de los frutos del árbol envenenado, acogiendo la regla de la fuente independiente, así en un asunto de homicidio en que el inculcado indicó a las autoridades policiales dónde estaba el cadáver del ofendido, se dijo:

"...la denominada posición relativa de la teoría de la prueba espuria (o de la "fuente independiente"), según la cual si el medio de prueba deriva de un acto violatorio de las garantías constitucionales, pero a su

*vez se originó también en otro elemento autónomo recabado durante la investigación y antes de la violación constitucional, la prueba es válida porque se desprendió de otro elemento y no necesariamente del violatorio de la Constitución Política... en el presente asunto debe quedar muy claro que la indicación que hizo el acusado del lugar donde se encontraba los restos del ofendido Segura Flores no invalida su hallazgo, ni el levantamiento que se hizo de su cuerpo, ni las fotografías ni el video que se tomaron al efecto. Lo anterior se afirma porque tal indicación no implica una confesión o autoincriminación del encartado (incluso, por tratarse de él, ni siquiera un indicio en su contra), pues resulta claro que no toda referencia del imputado entraña una confesión o declaración en su contra, como en este caso, ..."*²⁷

igualmente, tratándose de la validez de declaraciones de imputados rendidas ante los miembros del Organismo de Investigación Judicial, manteniendo la misma tesitura de la fuente independiente, sostuvo:

"Esta Sala ha dicho, con base en la doctrina procesal penal correspondiente..., que no puede ser introducida al debate la declaración policial del imputado que no fue rendida con las garantías de la instrucción. De ese modo, tampoco podría ser admisible que los inves-

24. Sala Tercera, Voto 653-F-91 de las 9:20 h del 29 de noviembre de 1991. Pueden verse también los votos 126-F-84 de las 10:40 h del 11 de julio de 1984, 14-F-87 de las 10:10 h del 16 de enero de 1987, y 401-F-91 de las 15:30 h del 31 de julio de 1991.

25. Ver Sala Cuarta, Voto 1261-91, de las 15:30 h del 9 de octubre de 1991.

26. Sala Tercera, Voto 610-F-91, de las 11:30 h del 7 de noviembre de 1991.

27. Sala Tercera, Voto 456-F-94, de las 9:45 h del 4 de noviembre de 1994.

tigadores informen en la audiencia lo que supuestamente les confesó o declaró el imputado en tales condiciones. De aceptarse dicha situación, se violaría el principio de defensa, específicamente la libertad de declarar que la Constitución Política y la ley acuerdan en favor del justiciable lo cual corresponde en su orden a lo expresado en los artículos 36 y 276 del Código de Rito. No obstante es necesario señalar que la nulidad del fallo procedería cuando exclusivamente se fundamente en prueba como la señalada y no cuando su mención fue de carácter secundario y para reforzar alguno de sus aspectos. Si existen otros elementos de prueba de convicción decisivos que independientemente de las probanzas cuestionadas proporcionen la certeza que determina la decisión final, ello viene a constituir la motivación suficiente a que están obligados los respectivos tribunales sentenciadores²⁸.

También la Sala en un voto reciente ha sostenido la valoración de la prueba por medio del método de la supresión hipotética, mediante

el cual si excluía mentalmente la prueba ilícita el resto del material probatorio lícito da soporte al hecho probado la sentencia mantiene su validez. Al respecto manifestó:

"Cuando se incorpora al proceso un elemento de prueba obtenido con violación de los derechos de defensa, debe ser aplicado el método de la supresión hipotética para determinar las consecuencias del vicio sobre el procedimiento de manera que si excluía mentalmente la prueba ilícita el resto del material probatorio lícito da soporte al hecho probado la sentencia mantiene su validez. Ello es así en virtud de que la nulidad sólo podría producirse frente a elementos de prueba de valor decisivo y que puedan provocar una variante en la decisión final²⁹.

De las distintas resoluciones antes expresadas puede concluirse que nuestra Sala de casación penal no observa un tratamiento riguroso de la prueba ilícita, y es a la luz del caso concreto en que se produce el rechazo o la admisibilidad de las probanzas que así fueren obtenidas.

III. TRATAMIENTO DE LA PRUEBA ILÍCITA EN LA SALA CONSTITUCIONAL

La Sala Constitucional igualmente ha sido ajena a dar un tratamiento uniforme al tema de la prueba ilícita, pues en forma análoga a la Sala de casación penal ha propugnado diversas tesis, desde el rechazo absoluto siguiendo la teoría de los frutos del árbol envenenado, hasta su validez basada también en la excepción de la fuente independiente de tal teoría, y aún otorgando

valor a las pruebas derivadas del quebranto constitucional.

En principio, pues ello no ha sido riguroso, podría decirse que la Sala en el muy conocido voto en que se desarrollan los contenidos del debido proceso³⁰, en el apartado sobre el principio de legitimidad de la prueba, optó porque la

28. Sala Tercera, Voto 177-F-88, de las 9:40 h del 8 de julio de 1988.

29. Sala Tercera, Voto 29-F-94, de las 8:55 h del 21 de enero de 1994.

30. Sala Cuarta, Voto 1739-92, de las 11:45 h del 1º de junio de 1992.

prueba debe ser legítima, y en consecuencia procede el rechazo de la obtenida en forma ilícita y aún de la que de ella se derive, ya que en lo que interesa dijo:

*"...ya esta Sala ha venido adoptando una posición, si no unánime, al menos constante, sobre la base de la supresión hipotética de la prueba espuria, en el sentido de que, amén de negarle todo valor probatorio en sí —sobre lo cual no parece haber ninguna discusión—, se suprima del proceso, es decir, se suponga que no hubiera existido y, por ende, se invaliden también otras pruebas, no ilegítimas per se, en cuanto hayan sido obtenidas por su medio"*³¹.

Sin embargo, en un recurso anterior, y que fuera opuesto por el suscrito en aquella oportunidad, aunque la Sala considero que la única prueba en que se basaba la detención de la recurrente era precisamente la ilegítima; al acoger el recurso dijo:

*"Así la tesis de la mayoría de la Sala con relación a la validez de la prueba relacionada con prueba ilegítima, puede sintetizarse diciendo que aquella conserva su validez en tanto no tenga como origen la ilegítima..."*³².

y, optando por la validez de la prueba derivada manifestó,

*"Ha sido tesis mayoritaria de esta Sala que la prueba ilegítimamente obtenida no tiene capacidad probatoria pero su relación con otra prueba no demerita a ésta para demostrar los hechos atribuidos"*³³.

la tesis anterior se ratifica en un voto más reciente y posterior al 1739-92 —del debido proceso— supra citado, pues la Sala sostuvo que,

*"Si eliminado el medio ilegítimo hay prueba que se sostendría con independencia y con carácter determinativo de una participación típica, antijurídica y culpable, entonces estaríamos en presencia de prueba legítima, procesalmente inatacable. En otras palabras, la existencia o utilización de un medio ilegítimo para obtener alguna prueba, no contamina toda la prueba, con lo cual la jurisprudencia constitucional ha tomado partido en las diversas tesis que sobre el particular podrían utilizarse..."*³⁴.

E igualmente, en otra sentencia, también reciente, la Sala acoge expresamente la excepción de la fuente independiente de la doctrina de los frutos del árbol envenenado, pues mantuvo:

"...nos encontramos con la posición relativa denominada de la fuente

31. La sentencia dicha refiere que para mayor amplitud de la posición de la Sala en relación al tema pueden verse las siguientes sentencias, entre otras muchas, 802-90, 1298-90, 1417-90, 1855-90, 280-91, 556-91, 701-91, 885-91, 1409-91 y 1578-91.

32. Sala Cuarta, Voto 701-91 de las 13:40 h del 10 de abril de 1991. Y en igual sentido pueden verse los votos 1345-90, 1417-90 y 1855-90.

33. Sala Cuarta, Voto 1345-90, de las 14:39 h del 24 de octubre de 1990.

34. Sala Cuarta, Voto 3306-94, de las 14:51 h del 5 de julio de 1994.

independiente, según la cual la prueba que deriva de un acto violatorio de las Garantías Constitucionales, pero también se origina en otro elemento autónomo recabado durante la investigación y anterior a la violación constitucional, la prueba sigue siendo válida porque se desprende de otro elemento, y no necesariamente del acto violatorio de la constitución... la tesis de la mayoría de la Sala en relación a la validez de la prueba relacionada con prueba ilegítima, puede sintetizarse diciendo que aquella conserva su validez en

*tanto no tenga como origen la ilegítima, entendiendo entonces que debe estudiarse la cadena causal productora de la prueba, siendo espuria y nula la que provenga exclusivamente de una violación a la Constitución*³⁵.

Como consecuencia del análisis de las sentencias antes expresados podemos determinar que la tendencia de la Sala, en sus últimos votos en cuanto a la valoración de la prueba ilícita se refiere, va encaminada a acoger la excepción de la fuente independiente de la doctrina de los frutos del árbol envenenado.

IV. TRATAMIENTO DE LA PRUEBA ILÍCITA POR EL JUEZ PENAL

Si tomamos como norte el tratamiento que dan nuestras máximas Salas al tema de la prueba ilícita, podemos determinar que en principio la misma no está excluida del proceso penal, y que como consecuencia de ello, los juzgadores penales tienden a aceptarlas válidamente en el proceso; más ello no ocurre a ultranza, sino respetando reglas mínimas de valoración, pues *"Aquí la responsabilidad del Juez deja de ser jurídica... para convertirse en responsabilidad moral, a la cual también está obligado"*³⁶, lo que implica necesariamente, que tales pruebas deben ser vistas dentro de la óptica del debido proceso, mismo que se inclina por la aceptación única de la prueba legítima³⁷; y que, entonces, la prueba ilícita, conforme lo han resuelto ambas Salas, no deviene como tal en el

tanto la prueba así calificada no se comprenda como prueba única para basar lo que se resuelva³⁸, ni tampoco resultaría ilegal si existen otras pruebas que permitan, suprimiendo hipotéticamente la prueba ilícita, llegar a idénticas conclusiones, lo que resulta acorde con la tendencia observada de acoger la excepción de la fuente independiente.

De modo tal, que si para la valoración de pruebas consideradas ilícitas el Juez penal se encuentra en la disyuntiva jurídica o moral para acuarparlas, al enfrentarse al binomio que establecen los dos aspectos de interés público contrapuestos, sean el respeto a los derechos fundamentales del individuo que han de ser observados rigurosamente dentro del proceso

35. Sala Cuarta, Voto 2529-94, de las 15:36 h del 31 de mayo de 1994.

36. CHAVES SOLERA (Carlos) e HIDALGO MURILLO (José), *Temas de Derecho Procesal Penal*, San José, Editec editores, 1992, p. 82.

37. Así el Voto de la Sala Constitucional N° 1739-92 ya citado.

38. En este sentido puede verse también CORDERO VARGAS y CORTES CHAVES, *Op. cit.*, p. 28.

penal, y la búsqueda de la verdad real o material en función de la justicia como fin del proceso penal; tiene a su disposición, reglas de interpretación básicas³⁹ que le permiten optar por la vía del rechazo absoluto de la prueba ilícita, o bien por la vía de la aceptación de sus consecuencias siempre y cuando se produzcan determinados efectos que permitan derivarle legitimidad, situación esta última que es la que está ocurriendo; toda vez que conforme lo han venido resolviendo las instancias superiores, se da cabida a la excepción de la fuente independiente como fundamento de validez de pruebas en el proceso penal.

En consecuencia de lo anterior podemos determinar que nuestro sistema penal bien puede encuadrarse dentro de los países seguidores de la tesis mayoritaria de la aceptación de pruebas ilícitas, en el tanto se den las circunstancias que les den su legitimación, lo que las ubica entonces, dentro del marco del debido proceso, y en tal sentido no hay obstáculo para que los jueces penales puedan válidamente incorporarlas al proceso, una vez superado el tamiz de la valoración ética-jurídica que han de darle a tales probanzas conforme lo hemos establecido.

CONCLUSIONES

1. En los diversos sistemas penales se dan dos posiciones relevantes en cuanto a la prueba ilícita, la primera, de rechazo absoluto a la incorporación de tales pruebas en el proceso penal al considerar que el vicio es absoluto, tanto sobre la prueba misma como sobre otras probanzas que de ella pudieran derivarse, y la segunda posición, cual es su aceptación, al darle legitimidad a tales pruebas mediante la debida valoración que permita independizarlas de su origen, o bien, al darle validez a probanzas derivadas de aquel acto original nulo, ya sea mediante la fuente independiente o la supresión hipotética.
2. Nuestras Salas, de Casación Penal y Constitucional, no han sido ajenas a esas posiciones, pues hasta hoy no han observado una postura uniforme, dado que igualmente han rechazado la incorporación de pruebas ilícitamente obtenidas al proceso penal, como también les han dado legitimidad al aplicar diversas reglas de valoración, siendo la tendencia actual la aplicación de la excepción de la fuente independiente de la doctrina de los frutos del árbol envenenado, y en tal sentido su criterio se orienta a la tesis sostenida por la mayoría de los sistemas penales.
3. Existiendo dentro del campo de valoración de la prueba ilícita la contraposición de dos valores fundamentales de interés público, cuales son el respeto a los derechos fundamentales del individuo cuya observancia ha de ser rigurosa dentro del proceso penal, como también, la búsqueda de la verdad real o material en función de la justicia como fin del proceso penal; el juzgador penal, auxiliado por las posiciones de nuestras Salas, bien puede solucionar el conflicto ético-jurídico al que pudiera enfrentarse, optando por la postura de mayoría o de minoría, pues igualmente hallara su tutela, más en el tanto observe las reglas del debido proceso que permite únicamente la introducción de la prueba que se considere legítima.

39. Reglas éstas que se constituyen a través de la jurisprudencia constitucional, como de lo resuelto por la Sala de casación penal.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

CHAVES SOLERA (Carlos) e HIDALGO MURILLO (José)

Temas de Derecho Procesal Penal, San José, Editec editores, 1992, 214 p.

CRUZ CASTRO (Fernando)

Las garantías penales y procesales en el derecho de los derechos humanos, San José, ILANUD, Unidad modular I, 1991, 147 p.

CRUZ CASTRO (Fernando)

La defensa penal y la independencia judicial en el estado de derecho, San José, ILANUD, Unidad modular VI, 1989, 165 p.

DEI MALATESTA (Nicola Framarino)

Lógica de la pruebas en materia criminal, Bogotá, Editorial Temis, 1988, tomo I, 398 p. y tomo II, 470 p.

DELLEPIANE (Antonio)

Nueva teoría de la prueba, Bogotá, Editorial Temis, 7ª edición, 1972, 161 p.

GIANTURCO (Vito)

Los indicios en el proceso penal, Bogotá, Julio Romero Soto, 1974, 148 p.

GORPHE (François)

La apreciación judicial de las pruebas, Buenos Aires, La Ley, 1967, 516 p.

IRAGORRI DIEZ (Benjamín)

Curso de pruebas penales, Bogotá, Editorial Temis, 1983, 157 p.

MORA MORA (Luis Paulino) y NAVARRO SOLANO (Sonia)

Constitución y derecho penal, San José, Escuela Judicial, 1995, 210 p.

VIVES ANTON (T. S.)

Doctrina constitucional y reforma del proceso penal. **Derechos fundamentales y justicia**

penal, San José, Editorial Juricentro, 1992, pp. 507-550.

REVISTAS

PELLEGRINI GRINOVER (Ada)

Pruebas Ilícitas. **Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**, San José, N° 10, setiembre de 1995, pp. 21-27.

SAENZ ELIZONDO (María Antonieta)

La prueba ilícita en el proceso penal. **Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica**, San José, N° 6, diciembre de 1992, pp. 36-46.

TESIS

CORDERO VARGAS (Ricardo) y CORTES CHAVES (Miguel)

La teoría de la prueba espúrea en aplicación a la declaratoria de nulidad del artículo 221 del Código de Procedimientos Penales, San José, Tesis para optar al título de Licenciados en Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 1992, 301 p.

RESOLUCIONES JUDICIALES

Tribunal Constitucional Español, Sentencia N° 114/1984, del 29 de noviembre de 1984.

Sala Tercera, Voto 126-F-84, de las 10:40 h del 11 de julio de 1984.

Sala Tercera, Voto 14-F-87, de las 10:10 h del 16 de enero de 1987.

Sala Tercera, Voto 177-F-88, de las 9:40 h del 8 de julio de 1988.

Sala Tercera, Voto 401-F-91, de las 15:30 h del 31 de julio de 1991.

Sala Tercera, Voto 610-F-91, de las 11:30 h del 7 de noviembre de 1991.

Sala Tercera, Voto 653-F-91, de las 9:20 h del 29 de noviembre de 1991.

Sala Tercera, Voto 29-F-94, de las 8:55 h del 7 de noviembre de 1994.

Sala Tercera, Voto 456-F-94, de las 9:45 h del 4 de noviembre de 1994.

Sala Cuarta, Voto 1345-90, de las 14:39 h del 24 de octubre de 1990.

Sala Cuarta, Voto 701-91, de las 13:40 h del 10 de abril de 1991.

Sala Cuarta, Voto 1261-91, de las 15:30 h del 9 de octubre de 1991.

Sala Cuarta, Voto 1739-92, de las 11:45 h del 1 de junio de 1992.

Sala Cuarta, Voto 2529-94, de las 15:36 h del 31 de mayo de 1994.

Sala Cuarta, Voto 3306-94, de las 14:51 h del 5 de julio de 1994.

CÓDIGOS Y LEYES

Constitución Política, De 7 de noviembre de 1949, San José, Publicaciones Jurídicas, 1994.

Código de Procedimientos Penales, Ley N° 5377 de 19 de octubre de 1977, San José, Lehmann Editores, 3ª edición, 1981.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



LA VALORACIÓN DE BIENES NACIONALIZADOS POR UNA JURIDICCIÓN INTERNACIONAL

DR. EDGAR NASSAR GUIER

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	50
I. EL ESTÁNDAR DE LA REPARACIÓN ADOPTADO POR EL TRIBUNAL	51
A. La determinación del estándar y su fundamento legal	51
B. El efecto de la legalidad o ilegalidad de la expropiación en la determinación del estándar de la reparación	54
II. LA FIJACIÓN DEL MONTO DE LA INDEMNIZACIÓN	56
A. El contexto económico de la expropiación	56
B. La naturaleza económica de los bienes expropiados	57
C. Los métodos de valoración de los bienes expropiados	57
CONCLUSIÓN	60
NOTAS	61
BIBLIOGRAFÍA	63

INTRODUCCIÓN

Mucho se ha hablado en los últimos meses sobre el posible sometimiento a un tribunal arbitral internacional de los litigios entre el Gobierno costarricense y los ciudadanos estadounidenses que no han sido indemnizados por las expropiaciones de que fueron objeto sus bienes. Básicamente lo que está en disputa en estos casos no es la legalidad o ilegalidad de las expropiaciones, sino el monto de la indemnización que debe ser cancelada por el Estado costarricense si bien los criterios legales que se utilicen en la valoración de los bienes expropiados dependerán en gran medida de lo que se disponga en la cláusula de derecho aplicable que contenga el compromiso arbitral que se suscita en su oportunidad, el hecho de ser sometido el litigio a un tribunal internacional permite suponer que los principios jurídicos internacionales en la materia serán aplicados de manera principal o accesorio.

Teniendo en cuenta la observación anterior, es útil examinar las decisiones en materia de expropiaciones rendidas por el Tribunal de Reclamaciones Iraní-estadounidense, a manera de ilustración sobre la aplicación por una jurisdicción internacional del derecho internacional de las expropiaciones y, específicamente, de los principios aplicables a la determinación de la indemnización.

El Tribunal de Reclamaciones Iraní-americanas fue instaurado por los "Acuerdos de Argel" del 19 de enero de 1981, suscritos entre la República Islámica de Irán y los Estados Unidos de América para poner fin a la crisis de los rehenes de la embajada norteamericana en Teherán. A este Tribunal se le ha encargado el conocimiento de los numerosos diferendos jurídicos entre ambos países surgidos como consecuencia de la Revolución Islámica. Su sede fue ubicada en La Haya, Holanda, y consta de tres cámaras integradas cada una por tres árbitros. En virtud de los lazos estrechos que

existieron entre los dos países en el período anterior a la Revolución Islámica, las reclamaciones presentadas ante el Tribunal han sido muy diversas, generándose una vasta jurisprudencia en los más variados dominios jurídicos internacionales. Con ocasión de los litigios ligados a las expropiaciones realizadas por el gobierno iraní sobre bienes propiedad de ciudadanos estadounidenses, el Tribunal tuvo oportunidad de pronunciarse sobre una serie de aspectos controversiales del derecho internacional de las expropiaciones.

En este sentido, el Tribunal estimó que si bien el derecho internacional tiene por lícita una expropiación realizada por razones de interés público sobre bienes pertenecientes a un extranjero, también reconoció a este último su derecho a recibir una indemnización por la propiedad expropiada.

El problema específico que abordaremos en el presente estudio es, precisamente, la manera como las diferentes Cámaras que componen el Tribunal han abordado el problema de la determinación del **quantum** de la indemnización que debe pagarse por los daños sufridos por las personas físicas o jurídicas norteamericanas afectadas por las medidas de expropiación tomadas por el gobierno de la República Islámica. Lo anterior implica el examen de una serie de problemas específicos: en una primera parte, analizaremos el criterio o estándar de la indemnización que ha sido adoptado por el Tribunal (I), lo que a su vez nos conduce a examinar, por un lado, el problema de su escogencia y de su fundamento legal (A), y por otro lado, el de los efectos que la calificación de la expropiación como legal o ilegal tienen sobre el estándar aplicable a la indemnización (B). Posteriormente, en una segunda parte, abordaremos la valoración de los daños (II), operación que implica la toma en consideración del contexto económico general en el cual la expropiación tuvo lugar (A), la natura-

leza económica de los bienes expropiados (B) y los métodos de valoración de los cuales se vale el Tribunal para fijar el monto de la reparación (C).

Para el examen de cada uno de estos aspectos, se hará uso de las decisiones que han sido adoptadas por el Tribunal en los diferentes casos de expropiaciones, y en particular, las operadas sobre sociedades mercantiles. Intentaremos establecer la existencia o no de lineamientos generales en las soluciones, que nos ayuden, a su vez, a determinar nuevas

orientaciones en el derecho internacional de las expropiaciones.

Podemos deplorar la insuficiencia de consideraciones jurídicas en la mayor parte de las decisiones examinadas, los cuales se fundan frecuentemente sobre la consideración de los aspectos puramente fácticos del caso examinado, sin entrar a examinar los principios jurídicos en que se apoyan. Esta circunstancia nos ha obligado a recurrir a las opiniones individuales de los integrantes del Tribunal, en la medida que nos aclaran el contenido de las decisiones.

I. EL ESTÁNDAR DE LA REPARACIÓN ADOPTADO POR EL TRIBUNAL

Desde un punto de vista teórico, pueden señalarse dos clases de reparaciones en derecho internacional público: la **restitutio in integrum** y la indemnización. A pesar de que la primera es la modalidad de principio de la reparación¹, las decisiones del Tribunal se han limitado a otorgar una indemnización equivalente al valor de los bienes expropiados. La **restitutio in integrum** no ha sido discutida por la sencilla razón de que el Tribunal no cuenta con los mecanismos para ordenar reparaciones de esta naturaleza, sino que tiene a su disposición una cuenta de seguridad, según fue dispuesto en los Acuerdos de Argel, que es alimentada por ambos estados, y cuyos fondos sirven para satisfacer las indemnizaciones fijadas.

Como paso previo a la fijación de los montos de la indemnización, el Tribunal se ha pronunciado sobre si la misma debería ser parcial o total, es decir, sobre el criterio o estándar que se aplicará para su determinación. A continuación analizaremos el estándar adoptado por el Tribunal, su fundamento legal, y los efectos que la calificación sobre la legalidad internacional de la expropiación puede tener sobre el mismo.

A. La adopción de un estándar de la reparación y su fundamento legal

La adopción en las decisiones de un estándar de indemnización único, a saber, el de la "indemnización integral, pronta y efectiva"² o, mejor conocido por su denominación en inglés como **full compensation**, no se tradujo en un acuerdo sobre su fundamento legal ni sobre su implementación. Las decisiones de las Cámaras encuentran el sustento legal para aplicar este estándar en el Tratado de Amistad Iraní-americano, en el derecho internacional consuetudinario, o en ambos.

1. El estándar previsto en el Tratado de Amistad

Las partes iraníes alegaron ante el Tribunal en múltiples ocasiones que el Tratado de Amistad con los Estados Unidos estaba caduco, y que por lo tanto carecía de efectos respecto a los hechos ocurridos entre 1978 y 1980. Sin embargo el Tribunal adoptará el criterio sostenido por la **Corte Internacional de Justicia (CIJ)** en el caso del "**Personal Diplomático y Consular de los Estados**

Unidos en Teherán" de 1980, en el cual estimó que dicho convenio internacional se encontraba en vigor en el mes de noviembre de 1979, es decir en el momento de producirse la Revolución Islámica.

En párrafo 3 del artículo 4 del Tratado de Amistad Iraní-estadounidense del 15 de agosto de 1955 disponía:

*"Property of national and companies of either High Contracting Party, including interests in property, shall receive the most constant protection and security within the territories of the other High Contracting Party, in no case less than required by International Law. Such property shall not be taken without the prompt payment of the just compensation. Such compensation shall be in an effectively realizable form and shall represent the **full equivalent** of the property taken, and adequate provision shall have been made at or prior to the time of taking for the determination and payment thereof"*⁵.

Las decisiones del Tribunal que tratan sobre expropiaciones manifestarán una evolución en la interpretación dada a esta cláusula de protección de inversiones, tal como veremos a continuación.

2. El recurso al derecho internacional consuetudinario para la determinación del estándar de la reparación

En los tres primeros casos sobre expropiaciones sometidos⁴, el Tribunal no tomó posición alguna respecto del Tratado de Amistad, recurriendo al derecho internacional consuetudinario para determinar el estándar de indemnización que se aplicaría:

"El requiriente es titular en virtud del derecho internacional y de los

*principios generales de derecho a una indemnización por el valor integral (**full value**) de la propiedad de la cual fue despojado"*⁵.

Habré que esperar el laudo rendido en el caso "Sea Land Service Inc. v./Irán" para que el Tribunal mencione el Tratado de Amistad, asimilando el contenido de la cláusula en materia de tratamiento de inversiones extranjeras con la regla de derecho internacional consuetudinario:

*No hay nada en el artículo II o en el artículo IV del Tratado que extienda la responsabilidad internacional del Estado más allá de la categoría de actos reconocidos por el derecho internacional como al origen de la responsabilidad por una expropiación; el concepto de expropiación es el mismo en el Tratado que en el derecho internacional,..."*⁶

En la decisión rendida en el caso "INA v/ Irán", un **obiter dictum** afirma que el derecho internacional consuetudinario era diferente al derecho convencional aplicable en el caso en examen:

*"En el evento de una nacionalización a gran escala de carácter lícita el derecho internacional ha sufrido una gradual revaluación, que ha tenido como consecuencia la disminución del valor doctrinal de cualquier estándar de indemnización integral como se ha pretendido en este caso"*⁷.

Este **dictum** va a provocar que los integrantes de la Cámara se pronuncien con respecto del estándar de la indemnización en derecho internacional consuetudinario en sus "opiniones individuales". Así, por un lado, el árbitro Lagergren, Presidente de la Cámara I, considera la doctrina **Hull** como superada, estimando que la regla de derecho internacional general establece un estándar de

indemnización parcial, que el denomina "indemnización apropiada" (**appropriate compensation**):

"El principio de "indemnización apropiada", que toma en consideración todas las circunstancias relevantes, ha ciertamente encontrado considerable apoyo en comentarios recientes y pareciera ser actualmente considerado como el estándar legal correcto, al menos en los casos surgidos de nacionalizaciones a larga escala de empresas comerciales de importancia fundamental para la economía de la nación, materia en la cual el estándar Hull parece inadecuado"⁸.

Por otro lado, el árbitro norteamericano Holtzman se pronunciará de una manera diferente, estimando que el estándar de indemnización integral refleja el estado actual del derecho internacional consuetudinario. Agrega que, en un mundo económicamente interdependiente, el derecho internacional debe estar dirigido a promover la inversión disminuyendo los riesgos a los cuales está expuesta⁹.

En el caso "SEDCO Inc. v/ N.I.O.C. and Iran", la National Iranian Oil Co., alegó que la aplicación del Tratado de Amistad a la expropiación que se examinaba era improcedente, y que en caso de que el Tribunal tuviere un criterio contrario, debería interpretar el artículo 4 par. 2 como operando un reenvío al derecho internacional contemporáneo, el cual según la compañía demandada, no exigía más que el pago de una indemnización parcial que debía:

"...ser calculada a la luz de todas las circunstancias del caso, y estimado su monto de conformidad con el principio de enriquecimiento sin causa (unjust enrichment)"¹⁰.

En la decisión rendida en este caso¹¹, el Tribunal reconoce, por una parte, que las

afirmaciones sobre el estado actual del derecho consuetudinario sobre este particular son difíciles de sustentar en virtud del cuestionable valor probatorio de la mayor parte de la práctica interestatal disponible, en particular de los "acuerdos uniformes de indemnización" (**lump sum agreements**), y de los tratados bilaterales de protección de las inversiones¹². Por otra parte, apoyándose en la **Revolución 1803** de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la jurisprudencia internacional y la doctrina moderna, el Tribunal considerará que ante un caso como el que se examinaba debía otorgarse una indemnización integral por la propiedad expropiada. El Tribunal no se pronunció sobre el estándar que se aplicaría en los casos de nacionalizaciones a gran escala.

En la decisión "**Sola Tiles Inc. v. Iran**", bien que las partes no habían hecho mención alguna del Tratado de Amistad, la Cámara I decidirá de conformidad con éste y con el derecho consuetudinario, de esta manera adoptando el estándar de la reparación integral¹³. No obstante, la Cámara I subrayará la tendencia contemporánea de utilizar el término "apropiado" para calificar el estándar de la indemnización en derecho internacional general. Esta fórmula busca que todas las circunstancias relevantes sean tomadas en consideración en un caso dado, lo que no excluye que una indemnización "integral" pueda ser "apropiada", según lo ha revelado la práctica judicial y arbitral a juicio del Tribunal¹⁴.

3. La aplicación del estándar del Tratado como *lex specialis*.

En la decisión rendida en el caso "INA", donde la parte iraní no había impugnado la aplicación del Tratado de Amistad, que el Tribunal va a separarse del derecho internacional consuetudinario y aplicará el estándar de **full compensation** en tanto que **lex specialis**:

*"...para los efectos de este caso nos encontramos en presencia de una **lex specialis**, en la forma de un*

*Tratado de Amistad, que en principio prevalece sobre las normas generales*¹⁵.

El Tribunal interpretó que la expresión "the full equivalent of the property taken":

*"...da derecho al reclamante a percibir una indemnización igual al valor de mercado (fair market value) de sus acciones..."*¹⁶.

Posteriormente, el Tribunal agrega que "valor de mercado" (fair market value) puede ser definido como:

*"...el monto que un comprador de buena fe hubiera pagado a un vendedor de buena fe por las acciones de una empresa en buen funcionamiento"*¹⁷.

En las decisiones "**Phelps Dodge Corp. v/ Iran**", "**Payne v/Iran**" y "**AMOCO International Finance Corp. v/Iran**", el Tribunal adoptó el estándar de indemnización integral, previsto en el Tratado de Amistad, sin entrar a discutir el contenido del derecho internacional consuetudinario, por ser el Tratado, a juicio del Tribunal, claramente aplicable en el momento en que ocurrió la expropiación.

B. La legalidad o ilegalidad de la expropiación y la determinación del estándar de la reparación aplicable.

Con excepción de dos decisiones, el Tribunal ha estimado como irrelevante para el cálculo de la indemnización la legalidad o ilegalidad de la expropiación, la cual en todo caso deberá ser "integral". Así, en la decisión "**SEDCO Inc. v/ Iran**", el Tribunal consideró que:

*"...según el derecho internacional consuetudinario en un caso como el presente una indemnización integral debe ser reconocida respecto de los bienes expropiados. Esto se aplica sea legal o no la expropiación"*¹⁸.

De manera opuesta, en las decisiones "**INA**" y "**AMOCO**", el Tribunal considerará oportuno hacer la distinción señalada, aunque únicamente en el segundo se valdrá de ésta para no otorgar una indemnización integral. Por un lado, en la decisión "**INA**", el Tribunal, en un "**obiter dictum**", manifiesta su convicción de que en ciertas circunstancias, el derecho internacional consuetudinario permite el pago de una indemnización parcial. El árbitro Lagergren desarrollará esta idea en una opinión individual anexa a la misma decisión, en la cual, luego de examinar la práctica internacional contemporánea, concluye que:

*"...una aplicación de los habituales principios de derecho internacional, tal como están contenidos en la fórmula "indemnización apropiada", en un caso de nacionalizaciones lícitas a larga escala en un Estado que lleva a cabo un proceso radical de reestructuración económica normalmente requiere que el criterio del "valor de mercado" (fair market value) sea descartado al tomarse en cuenta "todas las circunstancias"*¹⁹.

No obstante lo anterior, ninguna referencia hace el referido árbitro con respecto del estándar que se aplicaría en el caso de una expropiación ilegal.

Por otro lado, en el caso "**AMOCO**" la parte demandante afirmaba que el derecho internacional exige el pago de una indemnización independientemente de la legalidad o ilegalidad de la expropiación. Sin embargo, agrega, en la eventualidad de que ésta sea ilícita, el estándar de indemnización sería más favorable al propietario expropiado que en el caso de una expropiación lícita. Por su parte, los demandados, la compañía pública NIOC, y el Gobierno iraní, afirmaban que en el caso de una nacionalización lícita la indemnización debería ser sustancialmente inferior que en el caso de una expropiación ilícita y que, en todo caso, la indemnización no podría incluir el **lucrum cessans**.

Ante tales pretensiones de ambas partes, y dado que el Tratado de Amistad se limitaba a establecer el estándar de la indemnización únicamente en el caso de una expropiación lícita, el Tribunal para decidir, recurrirá al derecho internacional consuetudinario:

"...una nacionalización en violación del Tratado haría aplicables las reglas relativas a la responsabilidad del Estado que son prevista no por el Tratado sino por derecho consuetudinario"²⁰.

En la decisión rendida en el caso "AMOCO", la Cámara III adopta la distinción entre expropiación legal e ilegal a partir de una atrevida lectura del célebre **dictum** de la **Corte Permanente de Justicia Internacional** (CPJI) en el caso de la "Fábrica de Chorzow" de 1928. El Tribunal encuentra que en virtud de esta decisión:

"...una clara distinción debe ser hecha entre expropiaciones legales e ilegales, puesto que las reglas aplicables a la indemnización a pagar por el Estado expropiante difieren según la calificación legal de la expropiación"²¹.

A continuación, la Cámara III identifica la dicotomía: mientras que una expropiación legal da derecho solamente a una indemnización equitativa ("el precio justo de lo que fue expropiado"), una expropiación legal obliga al Estado a reparar todos los daños sufridos por el propietario:

"...la reparación debe, en la medida de lo posible, borrar todas las consecuencias del acto ilegal y reestablecer la situación que probablemente hubiera existido de no haber sido cometido ese acto"²².

Traducido al lenguaje tradicional del derecho internacional, ello equivale a decir que:

*"... el **damnus emergens**, que debe ser indemnizado en cualquier caso (...) la diferencia es que si la expropiación es legal el valor de la empresa en el momento del despojo es la medida y el límite de la indemnización, mientras que si es ilegal, este valores, o podría ser, solo una parte de la reparación que debe ser pagada"²³.*

A partir de un análisis de las preguntas hechas por la Corte Permanente de Justicia Internacional al experto nombrado en el caso de la "Fábrica Chorzow", la Cámara III del Tribunal va a identificar los elementos que deberán ser tomados en cuenta al realizarse el cálculo del valor de la empresa "en buena marcha" (**going concern**) expropiada. La Cámara, presidida por el jurista francés M. Virally, estimará que la CPJI había distinguido en el fallo citado entre las "perspectivas futuras" de una empresa (**future prospects**) y la capitalización de las ganancias futuras (**lost profits** o **lucrum cessans**), distinción de la cual se valdrá el Tribunal a la hora de determinar el método apropiado para el cálculo del valor de la indemnización, tal como lo veremos en la Segunda Parte del presente artículo²⁴.

Por lo demás, esta interpretación del **dictum** de la CPJI fue rechazada por el árbitro americano Brower en su opinión individual, estimando que representaba un "**misunderstanding of economics**". Para él esta edición, en última instancia: "...es acorde con la conclusión de que el valor de la empresa incluye las ganancias potenciales", subrayando que la decisión se contradice al afirmar, por un lado, que el valor de la empresa es su valor **going concern**, mientras que, por otro lado, no acepta la inclusión del **lucrum cessans** en la indemnización.

II. LA DETERMINACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN

Como se señaló anteriormente, el acuerdo en la adopción del estándar de la indemnización no se reflejó en una selección uniforme del método para valorar los bienes expropiados. El efecto, este último es subordinado a las circunstancias particulares del caso que se examina:

*"La cuestión del método va más allá del problema del estándar de la indemnización, dado que varios métodos son disponibles y la escogencia entre ellos dependerá de las circunstancias particulares de cada caso"*²⁶.

Antes de abordar propiamente los métodos de valoración disponibles, analizaremos dos de los factores que el Tribunal ha considerado relevantes para el cálculo de las indemnizaciones.

A. El contexto económico de la expropiación

Ha sido generalmente admitido que la valoración de los bienes expropiados debe hacer caso omiso de toda disminución del valor producto de la expropiación misma. Así en la decisión "AIG v/ Iran and Central Insurance of Iran", el Tribunal dispuso que:

*"Al establecerse el valor **going concern** de una empresa (...) es necesario excluir los efectos de las acciones tomadas por el Estado nacionalizante en relación con la empresa cuyo valor ha sido afectado por esas actuaciones..."*²⁷.

De igual forma, en la decisión "Amoco International Finance Corp. v/ Iran", el Tribunal se negó a tomar en cuenta el "**discounted rate**" que implica por sí mismo el riesgo de que los

bienes puedan ser eventualmente expropiados:

*"...siempre ha sido reconocido que los efectos de las perspectivas de expropiación en el mercado de los bienes expropiados debe ser eliminada para la evaluación de la indemnización que debe pagarse, dado que son artificiales y no tienen relación con el valor real de esos bienes"*³¹.

Sin embargo el Tribunal consideró en la decisión "AIG v Iran and Central Insurance Of Iran" que el contexto económico general del país al momento de llevarse a cabo la expropiación debía ser tomado en consideración:

*"...incluyendo las vicisitudes económicas de un período revolucionario, en la medida en que estas condiciones no sean consideradas como producto de la expropiación atribuida al gobierno"*²⁸.

En consecuencia:

*"...los cambios anteriores en las condiciones generales políticas, sociales y económicas que pudieron haber afectado las perspectivas de los negocios de la empresa hasta la fecha en que fue expropiada deben ser considerados. El carácter efímero o permanente de estos cambios determinará su impacto global en las perspectivas futuras de la empresa"*²⁹.

En las decisiones "INA v/ Iran", "Payne v/ Iran" y "Phel Dodge Corp.", el mismo principio fue adoptado por el Tribunal, considerándose que el valor de las empresas nacionalizadas, fue afectado en razón del "**pessimistic**

business outlook" existente una vez que la Revolución Islámica culminó.

En fin, puede afirmarse que para el Tribunal los efectos de la expropiación misma sobre el valor de los bienes expropiados no han sido considerados relevantes para la valoración. Sin embargo, se ha tomado en cuenta los efectos del contexto económica, política o social sobre las actividades de la empresa nacionalizada siempre y cuando se hayan manifestado con anterioridad a la expropiación.

B. La naturaleza económica de los bienes expropiados

Sobre este aspecto dos observaciones importantes pueden ser formuladas:

1. El Tribunal ha prestado atención a la naturaleza particular de los bienes expropiados. Los simples bienes tangibles han sido estimados de manera diferente que los **"integrated business entity"**, lo que se tradujo, como se verá más adelante, en la adopción de diferentes métodos para el cálculo de la indemnización, y en la inclusión o no del **lucrum cessans**.
2. El sector particular de la economía al cual pertenecen los bienes expropiados y sus expectativas futuras de desarrollo han sido tomados en consideración en varias decisiones del Tribunal. Así, en la decisión "Phels Dodge", el Tribunal examinó las perspectivas futuras de una industria de cable:

"...el Tribunal no podría propiamente ignorar los evidentes y significativos efectos de la Revolución iraní en las perspectivas de negocios de SICAB, al menos a corto y mediano plazo"³².

Este elemento fue tomado en consideración en el caso "Payne v/ Iran", donde la expropiación era sobre bienes expuestos a un gran

margen de riesgo en el contexto posrevolucionario, dependiendo la demanda de servicios de la voluntad del gobierno iraní, su principal cliente³³.

De manera semejante, en el fallo rendido en el caso "AIG", en el cual las empresas nacionalizadas eran compañías de seguros, el Tribunal estimó que sus actividades económicas hubieran sido afectadas tarde o temprano por la partida de los grupos sociales acomodados de Irán, lo cual hacía poner en duda su carácter **going concern**.

Por último, en la decisión "Amoco v/ Iran" el Tribunal tendrá presente la inestabilidad de los precios del petróleo para rechazar el método de cálculo propuesto por el requiriente.

C. Los métodos de valoración de bienes expropiados

A fin de determinar las indemnizaciones las Cámaras aplicaron diferentes métodos de valoración en las decisiones. En todos los casos, con excepción de dos, los requirientes pidieron que los bienes expropiados fueran evaluados en su valor **"going concern"**, lo que equivalía a solicitar que se tomara en cuenta:

*"...no sólo el valor contable de los activos de la empresa (**net book value**), sino también elementos como el buen nombre y la probable utilidad futura que la compañía hubiera tenido de continuar operando bajo su antigua administración"³⁴.*

Para llegar a este resultado los requirientes propusieron el método llamado **Discounted Cash Flow (DCF)** o del valor de rendimiento, que consiste en establecer el valor de la empresa a una fecha determinada a partir de una estimación de las probables ganancias futuras, teniendo en cuenta los riesgos inherentes a la actividad de la empresa expropiada. En el caso que las ganancias no estén limitadas en el tiempo por la duración de

un contrato, este método debe anticiparlas hasta el momento en que la aplicación de los factores de descuento las reduce a cero.

Por su lado, el gobierno de la República Islámica de Irán, fundándose en la teoría del enriquecimiento injusto, propuso valorar los bienes expropiados en su valor contable (**net book value**), es decir el valor de los activos tangibles menos los pasivos registrados en las cuentas, y sin que se indemnicen las ganancias futuras.

El Tribunal en la decisión "AIG" se valdrá de una combinación de los métodos propuestos por las partes, considerando que:

*"El método apropiado consiste en valorar la compañía como una empresa en buena marcha (**going concern**), tomando en cuenta no solo el valor contable de sus activos sino también elementos tales como el buen nombre y la probable rentabilidad futura"³⁵.*

En este caso el Tribunal, a partir del valor mínimo (obtenido por el método del valor contable) y del valor máximo (obtenido con base al DCF) propuestos por las partes, optará por realizar una aproximación del valor "tomando en cuenta todas las circunstancias relevantes".

En el caso "INA", la parte requiriente reclamó una indemnización igual al precio pagado por sus acciones un año antes de la expropiación. El Tribunal decidió que el demandante tenía derecho a una indemnización igual al valor normal (**fair market value**) de las acciones, definido éste como:

"El monto que un comprador de buena fe hubiera pagado a un vendedor de buena fe por las acciones de una empresa en buena marcha, sin considerar cualquier disminución en el valor debida a la nacionalización misma o a su anticipación, y excluyendo cualquier consideración de hechos posteriores que hubiera

podido aumentar o disminuir el valor de las acciones"³⁶.

En este caso, los integrantes del Tribunal terminarán por aceptar la evaluación propuesta por los demandantes, pues estimaron que el valor de las acciones no disminuyó durante el año anterior a la Revolución Islámica.

En la decisión "Phelps Dodge Corp.", la Cámara rechazó el método DCF en virtud de la empresa expropiada no podía ser considerada como **going concern** antes de la expropiación y, en consecuencia, la clientela y el **lucrum cessans** no podrían ser evaluados.

En contraste con lo anterior, en el caso "Payne v/ Iran", el Tribunal reconoció que las compañías implicadas eran **going concern** en el momento de la expropiación. No obstante, estimó necesario considerar los efectos de la Revolución sobre la actividad de la empresa antes de que se llevara a cabo la expropiación, pues, en efecto, una disminución en el volumen de sus ventas se había venido operando desde que aquella había acontecido. El Tribunal estimó que si la expropiación:

"...hubiera ocurrido antes, cuando los efectos de la Revolución no era todavía manifiestos, hubiera sido justificado aplicar el método de evaluación similar al propuesto por el requiriente. Sin embargo, el Tribunal considera que los efectos de la Revolución seriamente afectaron la confiabilidad de las dos compañías y el valor de su buen nombre, particularmente por el hecho de que son compañías de servicios"³⁷.

A partir de estas constataciones, el Tribunal prefirió establecer una aproximación del valor "tomando en cuenta todas las circunstancias del caso", sin entrar a analizar los fundamentos legales para proceder de esta manera.

Las circunstancias particulares del caso condujeron al Tribunal a rechazar una valoración **going concern** en el caso "Sola tiles Inc.":

*"...los tribunales arbitrales, incluyendo éste, han declinado valorar la propiedad expropiada como un **going concern** cuando factores concretos relativos a la propiedad misma hacen el uso de este método imposible o inapropiado"³⁸.*

En el caso examinado, el Tribunal luego de estimar que no estaba en capacidad de asignar valor a la clientela, ni al monto del **lucrum cessans**, optará por fijar una indemnización equivalente al valor contable de los valores tangibles.

Es en la decisión "Amoco v/ Iran" donde los aspectos ligados a la fijación de la indemnización serán tratados abundantemente. La sociedad demandante reclamaba el valor de mercado de los bienes expropiados, proponiendo como método de evaluación el DCF. Por su parte, la NIDC y la República Islámica proponían el método del valor contable (**net book value**). El Tribunal se apartó en su fallo de ambas soluciones propuestas, por considerarlas inadecuadas para establecer el valor **going concern** de la empresa nacionalizada. En lo que respecta al método DCF, su rechazo se fundó en varios motivos:

- i. Lo rechaza **prima facie** dado que este método equivale a la **restitutio in integrum**, la cual está reservada a expropiaciones ilegales (de conformidad con la interpretación de la decisión de la CPJI señalada), y en este caso el Tribunal consideró que se trataba de una expropiación legal.
- ii. Este método convierte al **lucrum cessans** en el único elemento que debe ser tomado en cuenta en la indemnización.
- iii. El Tribunal estima poco fiable el método DCF: la capitalización de entradas futuras hipotéticas podría estar al origen de un enriquecimiento injusto por parte del particular indemnizado. El Tribunal subraya que, en el caso que se examinaba, la

ausencia de un mercado libre para los bienes expropiados hacía ilusoria la aplicación de métodos que buscarían determinar su valor de mercado:

"Es un problema de probabilidades, pero es difícil decir, cuando uno toma nota de todas las conjeturas subjetivas incorporadas en la mayoría de estas metodologías, cuál es el grado de probabilidad alcanzado"³⁹.

Al mismo tiempo que reconoce su uso extendido en el mundo de los negocios, el Tribunal recuerda que:

"Una nacionalización no puede ser equiparada a una inversión o a una transacción en un mercado libre"⁴⁰.

Posteriormente, tampoco acepta el método propuesto por los demandados, considerando que:

"...un bien nacionalizado no es solo una colección de activos tangibles. Este puede incluir activos intangibles también (...) ellos normalmente son indemnizados como los activos tangibles, aun si ellos no están incluidos en los libros"⁴¹.

Finalmente, el Tribunal enuncia los principios que lo guiarán en su labor:

"...la escogencia entre todos los métodos disponibles debe ser hecha mas bien con vista en el fin que se propone alcanzar, a fin de evitar resultados arbitrarios y llegar a una equitativa indemnización de conformidad con los estándares legales aplicables"⁴².

Es decir, que el Tribunal subordina los medios al fin: con el objeto de fijar una indemnización equitativa procederá a hacer uso de varios métodos, siempre y cuando ello sea posible. A continuación, en el mismo, el Tribunal procedió a indicar a las partes los datos de base

de para llevar a cabo la valoración, la cual se implementarían en una decisión futura sobre el particular.

- i. "Khemco", la empresa nacionalizada, era y continuaba siendo una unidad económica de producción **going concern**.
- ii. El valor **going concern** comprende los bienes financieros y materiales, pero también los bienes intangibles como la clientela y las perspectivas comerciales.
- iii. El Tribunal tomará prestada la noción de "expectativas legítimas" del célebre laudo arbitral rendido en el caso "Aminoil v/ Libia", subrayando que:

"En el caso presente, las expectativas legítimas de las Partes pueden ser solo deducidas del historial de la empresa y de sus componentes, como también de los términos del acuerdo Khemco, tomado en cuenta las circunstancias prevalecientes en el momento de la expropiación"⁴³.

- iv. Las deudas contraídas por "Khemco".

No obstante el extenso razonamiento del caso "AMOCO", el Tribunal se vale del método DCF en una decisión posterior, "Starret Housing Corp. v/ Iran". En este fallo el Tribunal determinó el valor **going concern** a través de un análisis detallado del valor de los bienes expropiados.

CONCLUSIÓN

Las decisiones de las diferentes Cámaras que componen el Tribunal concuerdan en adoptar la regla de la indemnización integral como estándar de la reparación, que consiste en el equivalente del "valor de mercado" de los bienes expropiados. En el caso particular de las expropiaciones sobre unidades económicas de producción, la indemnización representó lo que se consideró era su valor **going concern**, es decir, en cuanto empresa generadora de ganancias.

Para determinar el carácter **going concern** de los bienes expropiados las decisiones concuerdan al tomar en consideración las circunstancias propias del caso en examen, es decir, por una parte, de la situación político-económica general del país y, por otra parte, de las perspectivas futuras de la actividad económica particular en la que desarrolla sus actividades la empresa expropiada.

La armonía en la jurisprudencia se termina ahí. El problema del método de cálculo del valor **going concern** de los bienes expropiados, que

en definitiva no es otro que el de darle un lugar o no al **lucrum cessans** dentro de la indemnización, no ha gozado de un tratamiento uniforme en las decisiones. Se han fijado indemnizaciones que buscan más un balance de las pretensiones de las partes, que una aplicación rígida de principios jurídicos a través de los diferentes métodos.

La decisión "Amoco v/ Iran" ha ido más allá que fijar una indemnización balanceada, sino que ha traspuesto el espíritu de reconciliación de las pretensiones de las partes a los mismos principios jurídicos aplicables. Esta situación se ha traducido en una fórmula de compromiso sobre el contenido de las reglas de derecho aplicables a la determinación de la indemnización, conduciendo al Tribunal a hacer distinciones que no se imponían: se puede uno preguntar si una distinción en el cálculo de la indemnización fundada sobre el carácter legal o ilegal de la expropiación no deja la puerta abierta a la fijación de una indemnización de naturaleza **punitiva**, aspecto novedoso dentro del derecho internacional, aunque no por ello

conveniente. También podemos interrogarnos sobre lo bien fundado de la distinción entre **lucrum cessans** y las "perspectivas futuras" de la empresa, y sobre la cual además la decisión no es muy convincente respecto a sus consecuencias.

Finalmente, podemos interrogarnos sobre la utilidad de este estudio. Se puede poner en tela de duda que las decisiones del Tribunal puedan ser invocadas como prueba irrefutables del contenido del derecho internacional en la materia. En que medida estas decisiones han sido afectadas por los términos del artículo 4 párrafo 2 del Tratado de Amistad, y por el hecho que los montos acordados sean pagados en

dólares provenientes de la cuenta de garantía establecida por los acuerdos de Argel. Se sabe bien que la incertidumbre sobre la actitud que asumirá el Estado condenado al pago de la indemnización, puede conducir a los árbitros a escoger los métodos de evaluación compatibles con la capacidad de aquél. A ello se agrega lo exigüe de los considerandos de la mayor parte de las decisiones, y en las cuales, los concernientes a la evaluación de los daños, aparte de ser los más reducidos, son los más oscuros. A pesar de estas reservas, el análisis anterior ilustra **grosso modo** la manera como el problema de la indemnización por expropiación puede ser abordado por un tribunal transnacional.

NOTAS

1. En el caso de la "Fábrica de Chorzow" la CPJI declaró: "El principio esencial es que la reparación debe en lo posible borrar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer el estado que habría existido según todas las apariencias si el dicho acto no hubiera sido cometido" (decisión N° 13, 13 setiembre 1928, Serie A, N° 17, p. 47).
2. Formulada empleada por Cordell Hull, Secretario de Estado norteamericano en su nota del 3 de abril de 1940 al embajador mexicano en Washington, donde expresa la posición del gobierno norteamericano respecto a las expropiaciones (**doctrina Hull**).
3. Recopilación de Tratados de las Naciones Unidas, Vol. 284, p. 115.
4. Esos casos son: "**Tippets, Abbet, Mc Carthy, Tratten c/Tams and AFFA**", Iran-U.S. Claims Tribunal Report, 1984/II, vol. 6, p. 219 ss; "**American International Group c/ Iran**", 1984/I., col. 23, p. 1 ss; "**Starret Housing Corp. c/ Iran**", Iran-U.S. C.T.R., 1983/III, vol. 4, p. 122 ss.
5. "Tippets...", op. cit., p. 225.
6. "Sea Land Service Inc. v/ Iran", Iran-US CTR, 1984/II, p. 168.
7. "INA Corp. v/Iran", Iran-US CTR, 1985/I, p. 380.
8. Ibid., p. 388.
9. Ibid., p. 401.
10. "SEDCO Inc. v/NIOC and Iran", ILM, 1986/III, p. 632.
La teoría del enriquecimiento injusto había sido anteriormente adoptada por el Tribunal en "Sea Land Service Inc. v/ Iran". Contra la adopción de esta teoría se pronuncia el profesor Seild-Hohenverdern en "L'valuation des dommages dans les arbitrages transnationaux", AFDI, 1987, p. 21 quien estima que: "...es la pérdida sufrida por el inversionista y no el enriquecimiento del Estado lo que determina el monto de los daños".
11. "SEDCO", op. cit., p. 632.

12. La Corte Internacional de Justicia se pronunció de manera similar en el caso del "Barcelona Traction" (Recueil des arts et avis consultatifs, 1970, p. 40).
13. "Sola Tiles Inc. v/ Iran", Iran-US CTR, 1987/ I, p. 234.
14. Ibid., p. 236.
15. "INA", op. cit., p. 378.
16. Ibid., p. 378.
17. Ibid., p. 379.
18. "SEDCO", op. cit., p. 634.
19. "INA", op. cit., p. 390.
20. "Amoco International Finance Corp. v/ Iran", ILM, 1988, vol. 27, p. 1340.
21. Ibid., p. 1360.
22. Ibid., p. 1361.
23. Ibid., p. 1361
24. Para el Tribunal la noción de "perspectivas futuras" se refiere: "...al hecho de que la empresa era una "empresa en buena marcha" (**going concern**), que ha demostrado una cierta habilidad para obtener ganancias (...): éste es un elemento de su valor en el momento de la expropiación" (24). Ibid., op. cit., p. 1362,
25. Esta aparente contradicción hace que el árbitro Brower se interrogue: "Qu significa valor "**going concern**" sino el de una empresa en tanto que generadora de ganancias? Ibid., op. cit., p. 1400.
26. Ibid., op. cit., p. 1364. En términos semejante se expresa Roger Wesley en "A compensation framework for expropriated property in the developping countries", in Lillich, R. "The Valusation of Nationalizaed Property", Vol. III, p. 18.
27. "AIG", op. cit., p. 910.
28. Brower. Ch., op. cit., 1987, p. 655.
29. "AIG", op. cit., p. 10.
30. "Phelp Dodges Corp.", op. cit., p. 627.
31. "Amoco", op. cit., p. 1373.
32. "Phelp Dodges Corp.", 1987, p. 665.
33. "Payne v/ Iran", op. cit., p. 15.
34. "AIG", op. cit., p. 11.
35. Ibid., op. cit., p. 11.
36. "INA", op. cit., p. 380.
37. "Payne v/ Iran", op. cit., p. 15.
38. "Sola Tile", op. cit., p. 237.
39. "Amoco" op. cit., p. 1367. Sobre el carácter especulativo de este método, ver Seid-Hohenveldern, op. cit., p. 1368.
40. Ibid., op. cit., p. 1368.
41. Ibid., op. cit., p. 1367.
42. Ibid., op. cit., p. 1367.
43. Ibid., op. cit., p. 1377.

BIBLIOGRAFÍA

- AUDIT, Bernard: "Les Accords d'Alger du 19 janvier 1981 tendant a l'arbitrage des différends entre les Etats-Unis et l'Iran", *Clunet*, 1982, p. 713 ss.
- AUDIT, Bernard: "Le Tribunal des Différends Irano-américains", *Clunet*, 1985, p. 856 ss.
- BROWE, Charles: "Current developments in the law of expropriation and compensation: Preliminary survey of awards of the Iran-US Claims Tribunal", *International Lawyer*, 1987, p. 639 ss.
- CLAGGET, Brice: "The expropriation issue before the Iran-US Claims Tribunal: Is 'Just Compensation' required by International Law or not?", *Law and Policy in International Business*, 1984, p. 813, ss.
- CROOK, John: "Applicable law in international arbitration: the Iran-US Claims Tribunal experience", *American Journal of International Law*, 1989, vol. 83.
- DOLZER, Rudolf: "Indirect expropriation of alien property", *ICSID Review*, 1986, p. 41 ss.
- FRIEDMAN, Oscar: "Compensation cases – Leading and misleading", *American Journal of International Law*, 1985, p. 420 ss.
- GAM, Pamela: "Compensation standard for expropriation", *Columbia Journal of International Law*, 1985, p. 615, ss.
- JONES, David: "The Iran-US Claims Tribunal: Private rights and State responsibility", *Virginia Journal of International Law*, 1984, p. 259 ss.
- LILLITCH, R.B.: "The valuation of nationalized property in International Law", *The University Press of Virginia*, cuatro volúmenes, 1972-1987.
- MENDELSON, M.H.: "Compensation for expropriation: The case law", *American Journal of International Law*, 1985, p. 414 ss.
- PELLONPAA, M. y FITZMAURICE, M.: "Taking of property in the practice of the Iran-US Claims Tribunal", *Netherlands Yearbook of International Law*, 1988, p. 55 ss.
- STEWART, David: "The Iran-US Claims Tribunal: a review of developments 1983-1984", *Law and Policy in International Business*, 1984, p. 677 ss.
- SCHACTER, Oscar: "Compensation for expropriation", *American Journal of International Law*, 1984, p. 124 ss.
- SEIDL-HOHENVERDERNER, Ignaz: "L'évaluation des dommages dans les arbitrages transnationaux", *Annuaire Français de Droit International*, 1987, 1987, p. 7 ss.
- SWANSON, Steven: "Iran-US Claims Tribunal: A policy analysis of the expropriation cases", *Case Western Reserve Journal of International Law*, 1986, p. 307 ss.
- VERWEY, W.D. y SCHRIJVER, NJ: "The taking of foreign property under International law: A new legal perspective?", *Netherlands Yearbook of International Law*, 1984, p. 3 ss.
- Jurisprudencia del Tribunal de Reclamaciones Iraní-americano:**
- "American International Group Inc. and American Insurance Co. v/ Iran and Central Insurance of Iran"**, **AWARD**, 19 de diciembre de 1983, 23 I.L.M. 1 (1984).
- "AMOCO International Finance Corporation v/ Iran"**, **PARTIAL AWARD**, 14 de julio de 1987, 27 ILM 1314 (1988).

"INA v/ Iran", Iran-US Claims Tribunal Report, 1985/I, p. 373.

"PAYNE v/ Iran", Iran-US Claims Tribunal Report, 1986/III, p. 355 ss.

"Phel Dodge Corp. and Overseas Private Investment Corp v/ Iran", AWARD, 19 de marzo de 1986, 25 ILM 619 (1986).

"Sea Land Service Inc. v/ Iran", Iran-US Claims Tribunal Report, 1984/II, p. 160 ss.

"SEDCO Inc. v/ NIOC and Iran", INTERLOCUTORY AWARD, 27 de marzo de 1986, 25 ILM 629 (1986).

"Sola Tiles Inc. v/ Iran", Iran-US Claims Tribunal Report, 1987/I, p. 223 ss.

Starret Housing Corp. c/ Iran", Iran-US Claims Tribunal Report, 1983/II, p. 122 ss.

"Tippets, Abbet, McCarthy, Stratton v/ Tams-AFFA", Iran-US Claims Tribunal Report, 1984/II, p. 219 ss.

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



LA REINCIDENCIA EN COSTA RICA (Delincuentes múltiples)

**Análisis de los cambios en el paradigma jurídico –Sala Constitucional– y sus efectos en la
aplicación de las penas –función del Instituto Nacional de Criminología–
Relaciones cuantitativas**

PSICOL. ANDRÉS UMAÑA DI PALMA

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	66
II. MARCO DE REFERENCIA CONCEPTUAL	66
1. La delincuencia múltiple en el derecho penal	66
2. Cambios en la legislación relativa a los delincuentes múltiples	68
3. Los delincuentes múltiples en el Sistema Penitenciario	69
III. CUANTIFICACIÓN DE LA DELINCUENCIA MÚLTIPLE	71
1. Información judicial	71
2. Información penitenciaria	72
IV. ANÁLISIS DE LOS DATOS	76
V. CONCLUSIONES	79

I. INTRODUCCIÓN

La reincidencia es uno de los fenómenos que más atrae la atención de los usuarios de las estadísticas penitenciarias, a juzgar por la gran cantidad de personas que demandan periódicamente datos al respecto. Por regla general, los interesados solicitan proporciones globales con relación a la población de primarios y, ocasionalmente se pide información relativa a delitos cometidos y otras características personales de los encartados.

En virtud de lo anterior, se incluyó dentro del programa de trabajo del Departamento de Investigación y Estadística, del Instituto Nacional de Criminología, la elaboración de un estudio acerca de la delincuencia múltiple, es decir, los (as) delincuentes que han sido condenados (as) por dos o más delitos. El propósito del estudio consiste en determinar las principales características de estas personas, así como el marco legal asociado a dichas figuras penales.

La importancia de este tema en el campo criminológico y particularmente en el penitenciario es evidente; las acciones institucionales destinadas a brindar atención a un individuo que ha sido condenado en tres ocasiones por violación deben tener, en alguna medida, características distintivas, lo mismo se aplica para los (as) delincuentes violentos (as), que además obligan a tomar acciones tendientes a proteger a los miembros del entorno social inmediato.

Esto se puede generalizar a todas aquellas personas que manifiestan una clara tendencia criminal, determinada por la multiplicidad de las sentencias dictadas en su contra.

Las profundas modificaciones que introdujo la Sala Constitucional a la normativa relacionada con los delincuentes múltiples, exige una amplia exposición de los fundamentos que motivaron o justificaron dichas transformaciones legales así como su influencia en el acontecer penitenciario. Este tema se expone en el capítulo segundo, que contiene también la fundamentación conceptual del fenómeno de la delincuencia múltiple.

El capítulo tercero presenta el resultado de las variables numéricas, que se dividen en dos tipos de datos: judiciales y penitenciarios. Hasta donde la información lo permite, se establecen diferencias por género y también se determina la separación entre la delincuencia específica y genérica. En el capítulo cuarto se analiza la información más significativa y se concluye con un capítulo de recomendaciones generales.

La elaboración de este trabajo es un ejemplo de la utilidad práctica que tiene el Sistema Integrado de Estadísticas Penitenciarias (SIEP), al permitir la manipulación de variables numéricas en forma ágil y precisa. La digitación estuvo a cargo de Flor Jiménez Navarro.

II. MARCO DE REFERENCIA CONCEPTUAL

1. La delincuencia múltiple en el derecho penal

De acuerdo con la etimología del prefijo latino "re", la acción de reincidir significa volver a cometer los mismos errores o faltas. Esta significación aparece claramente establecida en la definición del concepto que reza así:

REINCIDENCIA: "Reiteración de una misma culpa o delito" (Larousse). Por otra parte, al reincidente se le define así: "Que reincide, que comete un delito, falta o error análogos a los que ocasionaron su condena anterior". (Larousse).

Desde la perspectiva penológica el término se generaliza a todo individuo que comete un delito habiendo sido sentenciado previamente por otro, independientemente si es el mismo tipo u otro distinto; el Código Penal, en el artículo 39, establece la siguiente definición: **"Es reincidente quien comete un nuevo delito, después de haber sido condenado por sentencia firme de un tribunal del país o del extranjero, si el hecho es sancionado en la República y siempre que no se trate de delitos políticos, amnistiados o cometidos durante la minoría penal. Tampoco se tomará en cuenta el delito cometido en el extranjero si por su naturaleza no procediere la extradición"**. Si un (a) reincidente es condenado (a) por tercera vez, se convierte en un (a) delincuente habitual, calificación que se mantendrá si es sentenciado (a) por cuarta vez, quinta o número de veces (Art. 40 del Código Penal). Una definición de habitual que supera lo meramente cuantitativo considera que son **"aquellas personas que casi nunca actúan conscientemente pero que caen en el delito sin mayor resistencia. Equivale a predisposición criminal, en el sentido de que frente a estímulos ambientales, la persona cede con más facilidad que las otras que comparten el mismo mundo circundante"**¹.

En cuanto al delincuente profesional, aunque la reiteración de su conducta delictiva es un criterio de calificación (sobre todo en delitos contra la propiedad), el rasgo que lo determina es **"que haya hecho de su conducta delictuosa un modo de vivir"** (art. 41 Código Penal). Esta figura es muy difícil de fijar con precisión y, en algunos casos, imposible. La definición propuesta por Pérez Pinzón dice: **"Es la criminalidad predicable de aquellos que hacen del delito su medio de vida, total o parcialmente. Dedicar el tiempo a tal actividad no solo por necesidad (pueden realizar otras labores), sino con fines**

exageradamente lucrativos, y se caracteriza por aversión al trabajo, ansia de ventajas, especialización, especificidad, continuidad, uniformidad, etc. Coinciden, con la tendencia criminal, es decir con la búsqueda de oportunidades, situaciones o circunstancias que permitan la realización del hecho dañoso". (Pérez, obra citada, p. 10).

El concepto de reincidencia estrictamente hablando, se refiere exclusivamente a quien fue condenado (a) en dos oportunidades, pero habitualmente se utiliza para designar a todo (a) delincuente que ha sido sentenciado (a) en varias ocasiones (por ejemplo, en el Código Penal, en las Estadísticas Judiciales, Censos de Población Penal y en la mayoría de las publicaciones atinentes al campo penal). Con el propósito de subsanar este error de juicio y lograr mayor precisión conceptual, en adelante se usará el término "delincuente múltiple" o (multidelincuente), para designar en general, a quienes poseen varias condenas por delito, esto es, los (as) delincuentes reincidentes, los (as) habituales y los (as) profesionales.

La condición de multidelincuente es de gran relevancia como se puede colegir por el simple hecho de que se menciona (como reincidencia), al menos en 23 artículos del Código Penal (arts. 10, 39, 40, 41, 60, 63, 65, 67, 69, 70, 71, 78, 97, 98, 117, 321, 322, 371, 378, 390, 396, 397, 410). Los efectos de su influencia se extienden a través de todo el proceso forense, por ejemplo.

- a. Constituye una restricción para otorgar el derecho a la excarcelación (art. 298 del Código de Procedimientos Penales);
- b. Determina la manera en que el juez penal debe fijar la pena que deba imponerse (art. 71 Código Penal);

1. Curso de Criminología.
A. Pérez Pinzón, Ed. Temis Bogotá, Colombia, p. 10.

- c. Representa un criterio de aumento de la pena (arts. 117, 371, 378, 390, 396, 397, 410 del Código Penal);
- d. Es un impedimento para aplicar la conmutación de las penas que no excedan de un año de prisión (art. 69 del Código Penal);
- e. Significa un obstáculo para obtener el restablecimiento de los derechos jurídicos (art. 70 del Código Penal);
- f. Es el criterio básico para establecer las figuras de habitualidad y profesionalidad (arts. 40, 41 del Código Penal);
- g. Una vez dictada la sentencia, el reincidente está imposibilitado para obtener la aplicación de la condena de ejecución condicional (art. 60 del Código Penal);
- h. La comisión de un nuevo delito faculta al juez para revocar la condena de ejecución condicional (art. 63 del Código Penal);
- i. Constituye un impedimento para obtener la libertad condicional (art. 65 Código Penal);
- j. La comisión de un nuevo delito revoca o modifica la libertad condicional (art. 67 Código Penal).

2. Cambios en la legislación relativa a los delincuentes múltiples

A.—Históricamente, en Costa Rica, si una persona era condenada por delito a pena de prisión, se le imponía un estigma que debía llevar durante toda su vida; esta marca infamante era registrada en el Archivo Judicial y sus

efectos tenían influencia en casi todos los aspectos de la vida civil. En marzo de 1982 (Ley N° 6723), se limitó la vigencia de la susodicha condición a un término de diez años, después de los cuales sería "borrada" y sus efectos no tendrían ya valor condicionante en la vida civil, excepto en lo que se refería al ámbito penal. En marzo de 1992, la Sala Constitucional mediante la resolución N° 1438, generalizó, al campo penal, las condiciones mencionadas, literalmente; **"Las certificaciones en condenatorias con más de diez años de cumplida la condena, sin efectuarse una nueva inscripción, no podrán ser tomadas en consideración por los tribunales, a ningún efecto"**. Esto significa que un individuo que es condenado once años después de haber cumplido una sentencia ostentará el carácter de primario, con los derechos inherentes a tal condición.

A pesar de que la involución en el carácter estigmatizante de una sentencia penal ya cumplida ha llegado a un límite de diez años (límite que, por otra parte, no tiene ninguna concordancia con la lógica implícita en las modificaciones legales, pues una vez cumplida la pena hay que arrastrar el deshonor durante una década, lo que continúa equivaliendo a un castigo sobre otro, sin mencionar el hecho de que los diez años se aplican independientemente de si la falta cometida ameritó una pena de siete meses, siete años o siete veces siete años), algunas instituciones impiden laborar en ellas a personas que han recibido sentencia por delito, entre ellas el Poder Judicial (art. 12 Ley Orgánica).

B.—El fallo N° 88 emitido por la Sala Constitucional en enero de 1992, publicado en el Boletín Judicial N° 92 del 14 de mayo de 1993², contiene varias modificaciones al

2. La décima edición del Código Penal (Colección leyes, ed. Porvenir S.A. 1994) que se supone revisado y actualizado contiene varios errores en esta referencia pues indica la publicación del voto señalado en el Boletín Judicial N° 90 y en el número de la acción como la 258-90 (p. 160) cuando en realidad es la 248-90. Además, no contiene muchos de los cambios sufridos a partir de la señalada en la resolución N° 88-90, por ejemplo en el artículo 78 (p. 29) en el 40 y 41 (p. 17) y otros que no interesa puntualizar aquí. Valga decir que las modificaciones son señaladas en un texto aparte del final del libro.

articulado del Código Penal, que atañe directa o indirectamente al concepto de multidelin-
cuencia: en primer lugar, el art. 78 que permitía al juez aumentar la pena a los reincidentes hasta un término de 25 años independiente del delito cometido; este artículo decía; ***“Al reincidente se le aplicará la sanción correspondiente al último hecho cometido, aumentándola, a juicio del juez, sin que pueda pasar del máximo fijado por este Código a la pena de que se trate”***.

El texto subrayado fue eliminado como atentatorio a los derechos individuales; igualmente el párrafo segundo del art. 41 se suprimió con base en las mismas razones que sustentan la modificación del art. 78; el texto eliminado decía: ***Al delincuente profesional se le aplicará la respectiva medida de seguridad o se agravará la pena a juicio del juez***. Este artículo además de quitarle al juez la potestad de imponer montos por encima de los límites establecidos para cada delito, elimina la posibilidad de someter a una medida de seguridad a los delincuentes profesionales, que son aquellos que se ganan la vida mediante la comisión de hechos delictivos. (El art. 41 permanece vigente en el tanto que define al reincidente profesional; lo mismo sucede con el art. 40, cuyo párrafo segundo (***Al delincuente habitual se le aplicará la respectiva medida de seguridad***) le fue eliminado, pero se mantiene para definir a los delincuentes habituales, que son aquellas personas condenadas por tres o más delitos.

Otros cambios afectan a los siguientes artículos, que están íntimamente relacionados con las medidas de seguridad:

–Art. 98, incisos 3, (***“Cuando se trate de un delincuente habitual o profesional”***) y 4, (***“Cuando cumplida la pena, el juez estime que ha sido ineficaz para la readaptación del reo”***).

–Art. 100, las frases; ***“las de internación no podrán exceder de 25 años y las de vigilancia no serán superiores a diez años;***

estas dos últimas medidas prescribirán en 25 años”.

–Art. 101, las frases: ***“Son medidas de internación: El ingreso en una colonia agrícola y el ingreso en establecimientos de trabajo”***.

–Art. 102, inciso b), las frases: ***“...se destinarán los delincuentes habituales o profesionales...”*** y ***“los que cumplan la pena, cuando el juez estime que su eficacia readaptadora ha sido nula”***.

–Art. 102, inciso c) las expresiones: ***“o termine”*** y ***“o una pena”***.

3. Los delincuentes múltiples en el Sistema Penitenciario

Si bien el concepto de reincidencia tiene un valor relevante en las etapas procesal y forense, en el campo de la aplicación de las penas de prisión esta condición es determinante, comenzando por el hecho de que a dichas personas, al momento de escuchar su sentencia, se les impone el obstáculo de poder acceder a la libertad condicional una vez cumplida la mitad de su pena, lo cual puede tener sustanciales implicaciones durante el período de permanencia en prisión, tanto para la persona como para la institución.

La condición de multidelincente, en el sistema penitenciario, es uno de los principales criterios de clasificación dado que permite un conocimiento bastante objetivo acerca de algunas características de personalidad asociadas con el comportamiento delictivo y que tienen una considerable significación durante la permanencia en prisión así como en el proceso de reincorporación a la sociedad. Un (a) homicida o un violador, por ejemplo, requieren especial atención durante su ingreso y estancia en las instituciones carcelarias, tanto para su propia protección como para su resguardo de la seguridad del resto de la población penitenciaria; más aún, deben considerarse la situación

de las víctimas, con el fin de prevenir posibles acciones de revancha de ambas partes.

Las características de personalidad son, con toda probabilidad, un elemento fundamental en el proceso de aplicación de las medidas privativas de libertad, por lo que las modificaciones introducidas al articulado del Código Penal que atañen a las medidas de seguridad tienen una gran trascendencia desde la perspectiva penitenciaria: por una parte, establece un paradigma epistemológico basado en la culpabilidad, como se desprende claramente de la lectura del considerando IV de la resolución N° 88-92, que en lo conducente dice: **"...existe una marcada aceptación en la doctrina para tener como fundamento de la pena a la culpabilidad, mientras que las medidas lo hacen en la peligrosidad. La culpabilidad permite una función garantista a la pena, pues limita al Estado en cuanto a la reacción por la comisión de un hecho delictivo, al tanto de culpabilidad, mientras que la peligrosidad no puede cumplir ese cometido, dado que para "superarla" se necesita someter al sujeto a un "tratamiento" o intervención por tiempo indeterminado"**; en el considerando VII; **"El derecho penal de culpabilidad, como ya se adelantó, pretende que la responsabilidad penal –como un todo– esté directamente relacionada con la conducta del sujeto activo; se es responsable por lo que se hizo, por la acción y no por lo que se es"**; finalmente el considerando IX; **"...el constituyente optó por señalar que la culpabilidad debía ser demostrada para que se diera responsabilidad penal, sin hacer referencia alguna a la peligrosidad, lo que pretendió fue que la culpabilidad cubriera toda la relación creada entre el sujeto, su acción y la responsabilidad que ésta genera, pues lo contrario, sea tenerla sólo como motivo para fundamentar luego un juicio sobre la personalidad del autor, le resta –como ya quedó apuntado– su capacidad garantista en un campo de amplia influencia del Estado, cual es la fijación, el descuento o cumplimiento de las penas restrictivas de la libertad y en menor escala de otros derechos"**.

Este paradigma, aunque no tenga validez científica (los principios del conocimiento moderno no toleran la separación entre lo que se es y lo que se hace: uno es lo que hace) tiene validez jurídica y respalda al menos, el primero de los fines explícitos de la Dirección General de Adaptación Social: **"La ejecución de las medidas privativas de libertad"** (Art. 3, Ley N° 4762).

Por otra parte, coexisten en el sistema penitenciario principios no garantistas, como el que sustenta la misión del Instituto Nacional de Criminología: el **"tratamiento de los inadaptados sociales"**. **"El Instituto funcionará como organismo dedicado al estudio de las personas que ingresan a los Centros, en sus distintos aspectos personales y mesológicos, a cuyo efecto contará con los expertos necesarios. Emitirá un diagnóstico que servirá de base para su clasificación y ejecutará a través de las secciones técnicas correspondientes un programa de tratamiento para cada sujeto, de acuerdo a sus características individuales"**. (Art. 8, Ley 4762).

Esta posición, sustentada por el paradigma de la personalidad (de la cual la peligrosidad es un rasgo), es invalidada por la resolución en comentario, que al respecto dice: **"La pretendida fijación de la respuesta penal, con base a la peligrosidad del sujeto también encuentra otro obstáculo constituido esta vez por la ineficacia de los medios empleados para superar este estado peligroso del sujeto manifestado con su acción delictiva, pues está suficientemente demostrado el carácter criminógeno del medio carcelario, en el que mal puede el Estado pretender hacer desaparecer el grado de peligrosidad del sujeto. Los lugares que se tienen destinados para el cumplimiento de penas y medidas de seguridad, en la mayoría de los casos, tienen un ambiente criminógeno aún mayor que el medio social en que se encontraba el sujeto cuando cometió el delito, razón que lo deslegítima para constituirse en medio de resocialización"**.

El modelo garantista, que con gran esfuerzo se puede justificar en la etapa procesal y sobre todo en la cuantificación de la pena a imponer, encuentra insalvables obstáculos cuando se generaliza a todas las etapas de la respuesta penal, en especial, el proceso de ejecución de las penas privativas de libertad, en donde la personalidad de los condenados (as) es la base prácticamente de todas las acciones que regulan el acontecer cotidiano de las

instituciones penitenciarias. Si, como se afirma en la susodicha resolución, **"nuestro procedimiento no se encuentra diseñado para hacer un estudio confiable sobre la personalidad del sujeto activo"**, entonces lo que procede es elevar la confiabilidad de los procedimientos que analizan la personalidad, que por cierto han alcanzado niveles muy confiables con el uso de técnicas factoriales y de análisis multivariado.

III. CUANTIFICACIÓN DE LA DELINCUENCIA MÚLTIPLE (variables numéricas)

1. Información judicial

En 1993 los juzgados y tribunales del país condenaron a un total de 5367 personas; de éstas, 1514 eran multidelincuentes y 3853 primarios (Anuario de Estadísticas Judiciales, 1993, p. 172). La proporción resultante es: 28.2% multidelincuentes; 71.8% primarios.

Del total de multidelincuentes, 76 eran del sexo femenino, esto es, un 5%.

La distribución diacrónica, a partir del año 1989, asume las siguientes magnitudes: (Anuario citado, p. 173).

AÑO	MULTIDELINCUENTES	
	Total	Porcentaje
1989	2025	28.4
1990	1871	29.3
1991	1806	32.0
1992	1655	31.0
1993	1514	28.2

En el ámbito judicial, entre otras consecuencias prácticas que se derivan del hecho de ostentar el carácter de reincidente consiste, en primer lugar, que la pena impuesta fue, con total probabilidad, mayor que la obtenida por un

primario (a) en igualdad de condiciones; en segundo término imposibilita al condenado (a) para obtener la ejecución condicional de la pena, propiciando así el ingreso a prisión y, en tercer lugar, una vez preso (a), impide el otorgamiento de la libertad condicional, cuando cumpla la mitad de su sentencia.

Por otra parte, los efectos de la multidelinuencia ejercen una influencia bastante apreciable en el campo de la ejecución de las penas de prisión, como se aprecia en los siguientes datos:

En 1993 se dictaron un total de 5367 sentencias condenatorias (Anuario citado, p. 162), de éstas, 1345 fueron penas pecuniarias (multas); 2096 correspondieron a sentencias que se ejecutaron condicionalmente y 1926 personas fueron condenadas a cumplir penas de prisión; entre este último conjunto se encuentran la gran mayoría de los delincuentes múltiples, es decir 1514 personas. Consecuentemente, del total de sentenciados a cumplir penas de prisión, únicamente 412 eran primarios, esto significa un porcentaje de 21.4. Así, de cada 100 personas sentenciadas efectivamente a penas de prisión, 79 son multidelincuentes. Evidentemente estas condiciones tendrán una influencia muy relevante durante los procesos de ingreso y permanencia al sistema penitenciario.

2. Información penitenciaria

Con el propósito de observar algunas características de las personas que ostentan la condición de delincuentes múltiples se realizó una caracterización del total de sentenciados (as) que permanecen bajo la tutela del Instituto Nacional de Criminología. La información relativa a las sentencias se obtuvo de la base de datos de la Oficina de Cómputo de Penas. Los datos que se refieren a la proporción de multidelincuentes no son del todo exactos, pues una cantidad indeterminada de sentenciados (as) no cuentan con el testimonio de sentencia.

En el ámbito penitenciario se distinguen dos categorías de delincuentes múltiples: específico (a) y genérico (a); la primera integra a aquellas personas por las mismas clases de delitos y la segunda categoría incluye a las personas sentenciadas por diversas clases delictivas.

La población total de personas sentenciadas (febrero de 1995) es de 2852; de éstos, 1145 aparecen como multidelincuentes y 1708 primarios; la proporción resultante de multidelincuentes es de 40%. Este dato no refleja la proporción real ya que se sabe, de acuerdo con

información censal, que el nivel de delincuencia múltiple en la población penitenciaria ronda el 60%. Este porcentaje concuerda, además, con la información judicial que, como ya se mencionó indica que el 79% de los condenados (as) a prisión, son delincuentes múltiples. Esta inconsistencia afecta solamente a la proporción general; con relación al resto de las características estudiadas el error es mínimo, dado que el tamaño de la muestra es muy considerable.

Las características específicas de la población multidelincuente, fueron tomadas de la base de datos denominada Sistema Integrado de Estadísticas Penitenciarias (SIEP), que opera en el Área de Investigación y Estadísticas del Instituto Nacional de Criminología, cuyos resultados se presentan a continuación.

a. Distribución según género

Dentro del total de la población de delincuentes múltiples (1145), aparecen 48 mujeres, esto es, un 4.2% y 1097 hombres, 95.8%. Este resultado concuerda tanto con la información judicial como con los datos censales relativos a la población penitenciaria.

b. Distribución según clase de multi-delincuencia

En general:

Multidelincuentes específicos	=	685	(59.8%)
Multidelincuentes genéricos	=	460	(40.2%)

Según género

Hombres	Multidelincuentes específicos	=	652	(59.4%)
	Multidelincuentes genéricos	=	445	(40.6%)
Mujeres	Multidelincuentes específicas	=	33	(68.7%)
	Multidelincuentes genéricas	=	15	(31.3%)

Hay un marcado predominio de la multidelinuencia específica. La diferencia entre las poblaciones femenina y masculina es significativa, destacándose una mayor proporción de mujeres que reinciden en las mismas clases de delitos.

c. Cantidad de sentencias por personas

HOMBRES

MULTIDELINCUENCIA ESPECÍFICA

Número de hombres	Cantidad de sentencias
355 (54.5)	2
160 (24.5)	3
72 (11)	4
40 (6.1)	5
12 (1.8)	6
8 (1.2)	7
3 (0.47)	8
1 (0.16)	16
1 (0.16)	17
TOTAL	652

Un 45% del conjunto de multidelincentes específicos tiene tres o más delitos; éstos, se clasifican como delincentes habituales; (art. 40 del Código Penal). Los individuos que aparecen con 16 y 17 sentencias fueron condenados por estafas.

MULTIDELINCUENCIA GENÉRICA

Número de hombres	Cantidad de sentencias
256 (57.5)	2
116 (26)	3
47 (10.6)	4
17 (3.8)	5
4 (.9)	6
2 (.4)	7
2 (.4)	8
1 (.2)	9
TOTAL	445

El 42% de los multidelincentes genéricos califican como delincentes habituales.

MUJERES

MULTIDELINCUENCIA ESPECÍFICA

Número de mujeres	Cantidad de sentencias
15 (45.4)	2
10 (30.3)	3
5 (15.2)	4
2 (6.0)	5
1 (3.0)	6
TOTAL	33

El 54% de las mujeres multidelincentes específicas presentan tres o más sentencias (delincentes habituales).

MULTIDELINCUENCIA GENÉRICA

Número de mujeres	Cantidad de sentencias
8 (5.3)	2
5 (33.3)	3
1 (6.7)	4
1 (6.7)	9
TOTAL	15

El 46% de este conjunto de mujeres se clasifican como delincentes habituales al tener tres o más sentencias en su haber.

Proporcionalmente, hay más mujeres habituales (50%) que hombres habituales (43%).

d. Distribución por clase de delitos

MULTIDELINCUENCIA ESPECÍFICA

CLASE DE DELITO	MULTIDELINCUENTES	
	Hombres	Mujeres
C. la propiedad	601 (92.2)	31 (93.9)
C. la vida	20 (3.0)	1 (3.0)
C. ley psicotróp.	18 (2.8)	1 (3.0)
Sexuales	8 (1.2)	—
C. la fe pública	4 (0.6)	—
C. la autoridad	1 (0.1)	—
TOTAL	652	33

La mayoría de los delincuentes múltiples de ambos sexos han sido sentenciados por delitos contra la propiedad: 92 por cada 100 hombres y 94 por cada 100 mujeres. En los delitos contra la vida y contra la ley de psicotrópicos la proporción es de 3%. Las diferencias según género no son significativas.

Multidelincuencia genérica

Se determinó, en el caso de la multidelincuencia genérica, el delito más grave, con los siguientes resultados:

TIPO DE DELITO	CANTIDAD	
	Hombre	Mujer
Robo simple	50	5
Tráfico de marihuana	49	1
Violación	46	—
Robo agravado	46	2
Homicidio calificado	45	1
Homicidio simple	39	—
Lesiones graves	29	—
Tráfico de cocaína	23	2
Agresión	14	1
Abusos deshonestos	11	—
Estafa	5	1
Daños	4	1
Corrupción agravada	2	—
Resistencia agravada	2	1
Otros	80	—
TOTAL	445	15

En la sub-muestra de hombres, si se unifican los homicidios (simple y calificado), asumen una proporción muy significativa (19%); lo mismo sucede con los delitos relacionados con drogas (16%) y con los delitos sexuales (13%). Si se suman los delitos contra la vida (homicidios, lesiones y agresiones), resulta una proporción de 28%, que es la más alta incidencia de acuerdo con las clases delictivas. Aparecen 8 individuos con dos homicidios calificados; 5 con dos violaciones.

El delito de robo es el que se comete con mayor frecuencia (96 veces) por los multidelinquentes genéricos. El homicidio es muy significativo, aparece en 84 ocasiones.

Asimismo, los delitos relacionados con drogas asumen una ocurrencia numérica importante: 72 incidencias. Los delitos sexuales también tienen una ocurrencia relevante pues aparece 59 veces como el delito más grave cometido por los multidelinquentes genéricos.

e. Distribución por lugar de procedencia

LUGAR DE PROCEDENCIA	Nº HOMBRES	Nº MUJERES
San José	581 (53)	31 (64.6)
Limón	131 (12.0)	8 (16.7)
Alajuela	123 (11.2)	3 (6.2)
Puntarenas	93 (8.4)	2 (4.1)
Heredia	45 (4.1)	2 (4.1)
Cartago	42 (3.8)	—
Guanacaste	38 (3.5)	1 (2.0)
Sin domicilio fijo	7 (0.6)	1 (2.)
No indica	37 (3.4)	—
TOTAL	1097	48

La mayoría de los componentes de ambas muestras provienen de San José y Limón; las mujeres representan una proporción mayoritaria de estas provincias, en relación a los varones especialmente en San José.

No aparecen mujeres provenientes de la provincia de Cartago.

f. Distribución por edad**HOMBRES**

GRUPOS DE EDAD	Cantidad	%	% acumulado
De 18 a 24 años	71	10.9	10.9
de 25 a 31 años	253	38.8	49.7
de 32 a 38 años	191	29.3	79.0
de 39 a 45 años	92	14.1	93.1
de 46 a 52 años	22	3.4	96.5
de 53 a 59 años	10	1.5	98.0
de 60 años y más	8	1.2	99.2
No indica	5	0.8	100
TOTAL	652		

Multidelincuentes genéricos

GRUPOS DE EDAD	Cantidad	%	% acumulado
De 18 a 24 años	35	7.9	7.9
de 25 a 31 años	152	34.1	42.0
de 32 a 38 años	148	33.2	75.2
de 39 a 45 años	67	15.0	90.2
de 46 a 52 años	21	4.7	94.2
de 53 a 59 años	8	1.8	96.7
de 60 años y más	7	1.6	98.3
No indica	7	1.6	99.9
TOTAL	445		

Los delincuentes múltiples específicos son más jóvenes que los genéricos: La mediana edad en los primeros es de 31 años y en los segundos es de 33 años. El 79% de los específicos tiene menos de 38 años, en tanto que los genéricos de este grupo de edad alcanza un 75%.

En ambos grupos, la clase mayor es la que incluye el intervalo de 25 a 31 años.

GRUPOS DE EDAD	Cantidad	%	%acumulado
De 18 a 24 años	3	6.2	6.2
de 25 a 31 años	16	33.3	39.5
de 32 a 38 años	23	48.0	67.5
de 39 a 45 años	6	12.5	100.0
TOTAL	48		

Se observan diferencias en relación con los hombres: la mediana de la población es de 34 años; la clase mayor es la que corresponde al intervalo de 32 a 38 años; no aparecen mujeres mayores de 45 años.

IV. ANÁLISIS DE LOS DATOS

Estrictamente considerado el concepto de reincidencias incluye únicamente a las personas que habiendo sido condenadas por un delito, reciben una nueva sentencia condenatoria. La reacción penal que acarrea este nuevo hecho es abrumadora: aumento de la pena, imposibilidad de acceder al derecho de ejecución condicional de la pena y pérdida del derecho a obtener la libertad condicional.

La suma de una nueva condenatoria convierte al delincuente reincidente en un delincuente habitual; éste, habiendo perdido el derecho a los beneficios mencionados desde su segundo delito, tiene como única consecuencia de su habitualidad el aumento de la pena, con lo cual se pierde la relación de proporcionalidad establecida en la transición de primario a reincidente.

Si el delincuente habitual recibe una cuarta sentencia, su condición de habitualidad no se modifica y el resultado en términos de la reacción penal, es el aumento de la pena (en el caso de que no se hayan agotado los límites permitidos para el correspondiente delito). Una quinta condenatoria no cambia su índole de habitual y tampoco aumenta su pena, pues con toda probabilidad, ya se habrán agotado los términos establecidos.

La situación anterior, así como otras muchas, son problemas de difícil solución bajo el nuevo paradigma del Derecho Penal Costarricense establecido por la Sala Constitucional en su resolución 88-92, en donde se establece un modelo retributivo (**"...si la peligrosidad del sujeto se toma en consideración para fijar la pena, se puede con ello producir graves injusticias al comprometer la seguridad jurídica de los ciudadanos –fin propio del derecho– alterando el principio de proporcionalidad que debe informar la reacción estatal en relación con los hechos delictivos (la reacción –pena– no resulta proporcional al delito cometido, pues no se toma en consideración la importancia del**

bien jurídico afectado y el grado de culpa del autor del hecho).)" y garantista (**"La culpabilidad permite una función garantista a la pena, pues limita al Estado en cuanto a la reacción por la comisión de un hecho delictivo, al tanto de culpabilidad, mientras que la peligrosidad no puede cumplir ese cometido, dado que para "superarla" se necesita someter al sujeto a un "tratamiento" o intervención por tiempo indeterminado"**) La única posibilidad de mantener la proporcionalidad en las penas aplicables a los delincuentes habituales, bajo el marco retributivo garantista, consiste en aumentar significativamente los límites temporales de las penas de prisión, tal como se hizo, por ejemplo, en los Estados Unidos, en donde se propuso la cadena perpetua para los delincuentes habituales (tres sentencias) en la comisión de ciertos delitos: asalto a mano armada y agresión sexual, entre otros. Claro está que a delitos de mayor gravedad, como el homicidio con ocasión de robo, corresponden penas más graves, como la de muerte. Esta es la lógica del paradigma retributivo-garantista, a fin de mantener la proporcionalidad entre gravedad de los hechos y gravedad de la pena, o como la situación en comentario, en que a la habitualidad delictuosa corresponden penas de extrema gravedad.

Esta posición, que para muchos es injusta, ha sido motivo de profundas discusiones a través de la historia del derecho penal, sobre todo a partir de Beccaria (1738-1794); no fue sino hasta 1893 que se produce un cambio de paradigma contenido en el proyecto del código penal para Suiza, presentado por el penalista Stoss³, en donde proponía la creación de las Medidas de Seguridad como un medio instrumental orientado a readaptar a determinados delincuentes a la vida social. Este modelo (concepción peligrosista), que considera de gran importancia los rasgos de personalidad, se adoptó en Costa Rica en 1971, cuando entró en vigencia el actual Código Penal y fue parcialmente modificado por la Sala Constitucional en 1992.

Los cambios (indicados puntualmente en el apartado 2.1) que eliminan la imposición de algunas medidas de seguridad afectan a tres clases de delincuentes: el habitual, el profesional **"y los que, cumplan la pena, cuando el juez estime que su eficacia readaptadora ha sido nula"**. Algunas medidas de seguridad, sin embargo, permanecen vigentes y son reguladas a través de los artículos 98, inciso 1 (inimputables); inciso 2 (enfermedad mental que interrumpe la pena); inciso 5 (autor de delito imposible); inciso 6 (cuando la prostitución, el homosexualismo, la toxicomanía o el alcoholismo son habituales y han determinado la conducta delictiva del reo) y el art. 99 (**"El juez podrá también aplicar medidas de seguridad a los mayores de diecisiete y menores de veintiún años cuando, de acuerdo con el informe del Instituto de Criminología, éstas pueden contribuir a su readaptación"**).

Los principios conceptuales sobre los que se basó la Sala Constitucional para eliminar, por inconstitucionales, la imposición de medidas de seguridad a los tres tipos de delincuentes arriba mencionados, fueron: a. determinación del paradigma de la culpabilidad (**"se es responsable por lo que se hizo y no por lo que se es"**). b. incapacidad de los procedimientos **"para hacer un estudio confiable sobre la personalidad del sujeto activo y el tanto en que ella ha influido en la comisión del hecho"** y c. **"ineficacia de los medios empleados para superar ese estado peligroso del sujeto manifestado con su acción delictiva, pues está suficientemente demostrado el carácter criminógeno del medio carcelario"**).

Sin tomar en cuenta a los inimputables o con imputabilidad disminuida, surgen contradicciones relativas a la imposición de medidas a delincuentes homosexuales, prostitutas (os), drogadictos (as), (incluido el alcoholismo) y a jóvenes mayores de 17 y menores de 21 años,

claro está que la imposición de una medida no se produce con base en los rasgos de personalidad que determinan las desviaciones o patologías mencionadas, sino por la comisión de un hecho ilícito o pasaje al acto; ¿quién y cómo determina el grado de influencia de la presunta patología en los hechos delictivos?; la misma desviación o patología: ¿quién la dictamina?; la atención o tratamiento de los desviados, ¿en dónde se llevaría a cabo? Considérese que, según el dictamen de la Sala Constitucional, la labor del Instituto Nacional de Criminología, no es confiable ni válida.

Por otra parte surgen cuestionamientos relativos a las patologías mencionadas: ¿por qué esas y no otras?; dentro de la variada gama de desviaciones sexuales, por ejemplo, ¿por qué precisamente la homosexualidad es digna de la aplicación de una medida?, ¿por qué no el sadismo, la pedofilia, el masoquismo, la necrofilia y otros?

En términos generales, la concepción peligrosista incluye todas aquellas **"conductas antisociales, pre delictivas o fronterizas del delito, modo de ser que con probabilidad conduce al delito"** (Pérez op. cit. p. 5); en contraposición, el modelo de culpabilidad solamente toma en cuenta la responsabilidad por el acto y consecuentemente **"ninguna responsabilidad puede hacerse derivar de las características personales del autor; tampoco ninguna medida que implique internamiento coactivo puede surgir de la peligrosidad social"** (Pérez, op. cit. p. 48). De todo lo anterior se desprende que, en nuestro medio, coexisten los modelos de culpabilidad y peligrosidad, modelos que, siendo incompatibles, lesionan el principio de igualdad.

Con respecto a las variables cuantitativas de la delincuencia múltiple, se destacan las siguientes características:

—Con base en el total de sentencias condenatorias, la información judicial arroja un promedio de multidelinuencia de 30% en los últimos cinco años (28.2% en 1993), si al total de condenatorias se le restan las penas pecuniarias y las condenas de ejecución condicional, la población resultante es la que efectivamente se somete a penas privativas de libertad. Este conjunto de personas, que inevitablemente pasan a formar parte de la población penitenciaria, incluye una elevada proporción de delincuentes múltiples (79%) que conforman dos grupos principales: los (as) reincidentes y los (as) habituales; los primeros son aquellos (as) que han sido sentenciados en dos ocasiones y el segundo grupo incluye a los (as) que han recibido tres o más condenatorias, (no se incluye la delincuencia profesional por cuanto su definición va más allá de la mera sumatoria de las sentencias y cuya designación por parte de los tribunales es prácticamente inexistente).

Por la fuerza de la costumbre se denomina reincidente a todo (a) delincuente con más de una condenatoria; este hábito debe cambiarse con el fin de obtener una mayor claridad conceptual, que permita una mejor y más creativa toma de decisiones en torno a la atención de la delincuencia múltiple por ejemplo, el informe estadístico del Poder Judicial debería discriminar la cantidad de delincuentes reincidentes, habituales y profesionales, en vez de presentar un índice global de "reincidencia". Lo mismo se aplica a las publicaciones del campo penitenciario (censos, informes).

La elevada proporción de delincuentes múltiples que son remitidos anualmente a prisión por los tribunales refleja en la configuración de la población penitenciaria, cuya tasa de delincuencia múltiple, según datos censales es de 60%. Las características distintivas del conjunto de delincuentes múltiples son:

—Predomina el género masculino, pues únicamente 4 de cada 100 multidelincentes, son mujeres.

—El 60% de esta población comete las mismas clases de delitos (específicos), en tanto que el 40% restante ha sido sentenciado por diversos tipos delictivos (genéricos). Estos mismos porcentajes corresponden a los hombres, no así a las mujeres, que evidencian un porcentaje de especificidad en 69 de cada 100 casos de multidelinuencia, el resto tiende a cometer delitos de diversa índole.

—La cantidad de sentencias por persona, en la muestra de hombres revela que la mayoría (56%) han sido sentenciados en dos ocasiones (reincidentes). El resto (44%), poseen tres o más sentencias (habituales). El conjunto de delincuentes habituales es, por su magnitud, muy significativo y se estratifica, de acuerdo a la cantidad de condenatorias de la siguiente forma: con tres condenas: 25%; con cuatro: 11%; con cinco: 5%; con 6 y más: 3%. Además de la significancia cuantitativa del conjunto de habituales, es muy importante desde la perspectiva de la naturaleza de sus integrantes que evidencian una franca tendencia criminal y requieren o demandan acciones especiales.

La diferencia entre los habituales, según sean específicos o genéricos, no es apreciable: 45% y 42% respectivamente.

—El total de la muestra de mujeres arroja un porcentaje de reincidentes (2 sentencias) de 48%, de habituales (3 o más sentencias) de 48% y, de habituales (3 o más sentencias) de 52%. Las delincuentes habituales se estratifican así: con tres condenas: 31%; con cuatro: 12.5%; con cinco: 4%; con 6 y más 3.5%.

Se observan diferencias entre las submuestras de mujeres multidelincentes específicas y genéricas: en la primera, el índice de reincidentes es de 45.4% y en la segunda, de 53.3%. Consecuentemente, el índice de habitualidad es, en la primera 54.6% y, en la segunda 45.7%.

Los índices de habitualidad son más elevados en las mujeres que en los hombres.

—La distribución por clase de delitos cometidos por los (as) delincuentes múltiples específicos (as) señala, como es de esperar, que los delitos contra la propiedad son los que prevalecen tanto en los hombres como en las mujeres; éstas, obtienen una proporción de incidencia ligeramente superior (94%) a la de aquellos (92%).

En los delitos contra la vida, hombres y mujeres presentan la misma proporción de incidencia: 3%; la misma situación se presenta en los delitos contra la ley de psicotrópicos, en los que la mujer obtiene un 3% y el hombre, un 2.8%. Las multidelincuentes femeninas específicas han sido sentenciadas únicamente en estas tres clases delictivas los valores lo fueron además, por delitos sexuales, cuya incidencia es del 1.2% y delitos contra la fe pública (0.6%) y contra la autoridad (0.1%).

—La mayoría de los componentes de ambas muestras provienen de la provincia de San José, aunque las mujeres de esta provincia alcanzan una mayor proporción (64%) que los hombres (53%). La provincia que aporta mayor

cantidad de multidelincuentes, después de San José, es Limón, pues el 12% de los hombres y el 16% de las mujeres provienen de ese lugar. Alajuela aporta un 11% de los hombres y 6% de las mujeres, Puntarenas un 8% y 4% respectivamente y Heredia un 4% tanto de hombres como de mujeres; el resto de las provincias no presentan porcentajes significativos.

—En cuanto a las edades, los delincuentes múltiples específicos son más jóvenes que los genéricos: la mediana de edad en los primeros es de 31 años y en los segundos es de 33 años. El 79% de los específicos tiene menos de 38 años, en tanto que los genéricos de este grupo de edad alcanza un 75%.

En ambos grupos, la clase mayor es la que incluye el intervalo de 25 a 31 años.

En el caso de la mujer, se observan diferencias en relación con los hombres la Mediana de la población es de 34 años; la clase mayor es la que corresponde al intervalo de 32 a 38 años; no aparecen mujeres mayores de 45 años.

V. CONCLUSIONES

Con el cambio de paradigma en el derecho penal costarricense, que pasó de una concepción peligrosista a un sistema retributivo basado en la culpabilidad, los conceptos de reincidencia, habitualidad y profesionalidad, pierden su sentido original para convertirse, prácticamente, en figuras meramente ilustrativas: ¿Cómo afecta esta modificación a la institución penitenciaria? Tanto la Dirección General de Adaptación Social como el Instituto Nacional de Criminología tienen su base teórica en el modelo peligrosista, en el cual la personalidad del actor es el elemento fundamental que determina la misión institucional y sus objetivos específicos.

¿Cuál será el futuro desempeño del Sistema Penitenciario bajo el modelo de la

culpabilidad? ¿Le confiere la ley penal facultades para tomar decisiones basadas en algún rasgo de la personalidad? ¿Tiene alguna validez el principal objetivo del Instituto de Criminología (art. 8, inc. a la Ley 4762) referente al tratamiento de los delincuentes? Estas y otras cuestiones deberían ser dilucidadas a través de un foro técnico que aclare las limitaciones y las posibilidades del modelo de culpabilidad aplicado al sistema penitenciario y establezca una nueva visión de la institución penitenciaria.

Estrechamente ligado a lo anterior se encuentran los razonamientos de la Sala Constitucional para demostrar la inconstitucionalidad de las medidas de seguridad, en especial, los dos argumentos de orden práctico:

SECRETARÍA DE LA SALA
CONSTITUCIONAL

AL SEÑOR JUEFE DE LA SALA

DE LA

uno, **"la ineficacia de los medios empleados para superar el estado de peligrosidad"** en razón de que el medio carcelario tiene un ambiente criminógeno que **"lo deslegitima para constituirse en un medio de resocialización"**, y dos, la **inexistencia de procedimientos para hacer un estudio confiable sobre la personalidad del sujeto activo.**

Si se considera que todo debe estar sujeto al imperio de las leyes, entonces debe modificarse aquello que impide su cumplimiento y no, como sucedió en este caso particular, en el que ley constitucional se sometió a las imperfecciones del sistema de administración de justicia penal. A pesar de esto, se debe planificar acciones tendientes a mejorar la ineficacia de los medios empleados y revalorar toda la estructura técnica y las consecuencias de su nueva posición jurídica, es decir, ¿hasta dónde la derogación de Ley elimina algunas facultades

de orden técnico?; si esto es así, es necesario readecuarse al nuevo marco jurídico.

Respecto a la información relativa a la población de multidelincuentes, con base en los datos obtenidos a través de la medición de las características, es posible obtener un "perfil", que es una simplificación de los rasgos generales compartidos por la mayoría del conjunto y consiste en el resultado más probable en el caso de escoger al azar a un elemento de la población: al hacer la escogencia, se obtendría un hombre, oriundo de San José, con 28 años de edad y sentenciado en dos ocasiones por los delitos de robo.

El perfil de la mujer, aunque la incidencia femenina en la multidelincuencia es ínfima, arrojaría los siguientes rasgos: provenientes de San José, con 35 años de edad y sentenciada dos veces por los delitos de robo.
