

**Paul Hernández Balmaceda**

## **Costa Rica**

### **A. Introducción**

Para comprender la incidencia de la aprobación del Estatuto de la Corte Penal Internacional Permanente (Estatuto de Roma) dentro del ordenamiento interno de Costa Rica es necesario hacer referencia, en primer lugar, a los principios que lo informan.

En la cúspide del ordenamiento penal costarricense, como en el de la mayoría de los sistemas penales, siguiendo el viejo esquema kelseniano, se encuentra la Constitución Política. La actual data de noviembre de 1949<sup>1</sup> y sienta las máximas que impregnan el derecho penal, tanto desde su óptica material como procesal.

Junto con el principio democrático,<sup>2</sup> el de legalidad es otro de los pilares sobre los que se asienta el sistema penal costarricense. De hecho el artículo 28<sup>3</sup> constitucional prevé que nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley; y especialmente el numeral 39<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Es producto de una Asamblea Constituyente cuyos miembros fueron electos democráticamente luego de la Guerra Civil de 1948. No obstante, debe resaltarse que una de las notas características de Costa Rica es su estabilidad política; de hecho recientemente la revista *Strategic Finance* (vol. LXXXIII, nº 7, enero de 2002, pp. 21, 43; también en <www.strategicfinancemag.com>) la ubica en el lugar 20 entre los 25 países del mundo políticamente más estables, en el primer lugar en América Latina e, incluso, por sobre países de la Unión Europea como España o Francia.

<sup>2</sup> Desarrollan el tema del principio democrático que contiene la Constitución Política de Costa Rica Luis Mora Mora y Sonia Navarro Solano, 1995, p. 26. Un análisis más reciente lo plantea Juan Marcos Rivero Sánchez, 1998, p. 34.

<sup>3</sup> El texto integral es: “Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley”.

<sup>4</sup> Dicha norma en su primer párrafo dispone literalmente: “A nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta sancionado por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad”. Reconociendo la enunciación del principio de legalidad penal en la norma supracitada se ha pronunciado también la Sala Constitucional en el voto 6660-93.

dispone que a nadie se hará sufrir pena sino es por delito, cuasidelito<sup>5</sup> o falta sancionados por ley anterior.

De esta última previsión la Sala Constitucional <sup>6</sup> hace dos derivaciones: el *derecho general a la justicia* y el *derecho general a la legalidad*. En su análisis, valga hacer notar, dicho tribunal refiere a otras normas complementarias, también de carácter constitucional, y además a las que conforman el derecho internacional de los derechos humanos, para completar un marco de principios, garantías y derechos esenciales que han de regir en el sistema penal democrático diseñado por el constituyente para Costa Rica.

Debe advertirse, no obstante, que el desarrollo que realiza la Sala Constitucional no diferencia claramente entre aquellos principios que son propios del derecho penal material y los que atañen al derecho procesal penal, por lo que cita y analiza máximas que incumben a uno o a otro en una clasificación indistinta.

De la primera vertiente, a saber, de la que corresponde al llamado *derecho general a la justicia*, derivan toda una serie de requisitos orgánicos, si se quiere, y que son ya sabidos respecto de la administración de justicia en general: tribunales imparciales, independientes,<sup>7</sup> derecho al juez regular,<sup>8</sup> por ejemplo.

Siempre dentro de ese mismo grupo se resalta, desde una dimensión programática, el concepto de *debido proceso*. En la Constitución costarricense concretamente, y de acuerdo con la interpretación que ha realizado la Sala Constitucional, se lo ubica en los numerales 27<sup>9</sup> y 41<sup>10</sup> de la Carta Magna, que a su vez corresponden, cada uno de ellos por separado, a postulados de igualdad en el acceso a la justicia (no discrimi-

<sup>5</sup> Aún conserva esta distinción de principios del siglo XX, a pesar de que en el Código Penal vigente no se mantiene, lo que se explica por la fecha en que entra en vigor la actual Constitución Política de Costa Rica: 1949.

<sup>6</sup> En el voto 1739-92.

<sup>7</sup> Sobre independencia e imparcialidad de los jueces en el proceso penal costarricense, véase Mario Houed Vega, 1997, p. 36; Luis Paulino Mora Mora, 1996, p. 20; entre otros autores costarricenses. Igualmente los votos 1148-90, 1739-92, 6829-93, 1562-93, 765-94, 2621-95 de la Sala Constitucional.

<sup>8</sup> Este último previsto en el artículo 35 constitucional: "Nadie puede ser juzgado por comisión, tribunal o juez especialmente nombrado para el caso, sino exclusivamente por los tribunales establecidos de acuerdo a esta Constitución". El mismo tribunal constitucional ubica dentro del derecho general a la legalidad penal, en su concepción amplia, el derecho a un juez regular que prevé la norma que se cita aquí íntegramente.

<sup>9</sup> Dispone dicha norma: "Se garantiza la libertad de petición, en forma individual o colectiva, ante cualquier funcionario público o entidad oficial y el derecho a obtener una pronta resolución". De donde es posible derivar igualmente el derecho de las víctimas a obtener respuesta de parte del Estado ante el agravio que puedan haber sufrido, lo que tiene trascendencia a efectos de su exigibilidad ante el propio órgano jurisdiccional constitucional en caso de incumplimiento, tema este que es bastante sensible tratándose de los tipos penales del derecho internacional penal.

<sup>10</sup> Artículo que se enuncia de la siguiente manera: "Ocurriendo a las leyes todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida y en estricta conformidad con las leyes". Como se ve, tanto el artículo anteriormente citado (27 constitucional) como el que acá se transcribe se entrelazan y sirven de

nación)<sup>11</sup> y el derecho a que esa justicia se administre cumplida y prontamente (derecho a una sentencia justa y oportuna).

De la segunda vertiente, a saber, del *derecho general a la legalidad*, resalta obviamente el principio de *nullum crimen, nulla poena sine previa lege*, que se enuncia en el artículo 39<sup>12</sup> constitucional ya aludido. También el de retroactividad favorable de la ley penal (o no irretroactividad de la ley penal en perjuicio), que se contempla en el artículo 34<sup>13</sup> del mismo cuerpo normativo, el principio de inocencia, el de *in dubio pro reo* y otros de índole procesal, entre los cuales cabe mencionar el derecho de audiencia y defensa,<sup>14</sup> el de doble instancia,<sup>15</sup> eficacia formal (cosa juzgada) y material de la sentencia.<sup>16</sup>

Todo ello, expuesto de manera sucinta, conforma un marco constitucional general que atañe al sistema penal nacional. Sin embargo, no podemos dejar de destacar el hecho de que dentro de la jerarquía que adquieren los tratados ratificados por Costa Rica sobresalen los relativos al derecho internacional de los derechos humanos. Esto por cuanto en reiterados votos la Sala Constitucional<sup>17</sup> ha interpretado (de la relación de los artículos 7<sup>18</sup> y 48<sup>19</sup> de la Constitución Política) que: “Los instrumentos de

---

sólido fundamento para posibilitar el reclamo de las víctimas, tanto de una acción por parte del Estado frente a un delito de derecho penal internacional, como también frente al Estado mismo, cuando por acción, omisión o negligencia se produzca el agravio. La ventaja de la jurisdicción constitucional, aparte de la obligatoriedad en el cumplimiento de sus resoluciones, radica en el hecho de que, para efectos prácticos, una sentencia que reconoce la violación de este o de cualquier otro de los derechos protegidos constitucionalmente es directamente ejecutoria por parte del agraviado, lo que implica que en el ámbito procesal se encuentra posibilitado a acceder a la liquidación del daño, directamente.

<sup>11</sup> Cuya previsión específica se halla en el numeral 33 constitucional: “Toda persona es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana”, que también se desarrolla en los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

<sup>12</sup> Última cita, nota 4. Que se complementa con lo dispuesto en el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José). Acerca del principio de legalidad penal en Costa Rica, véase también Mora Mora y Navarro Solano, 1995, pp. 67-76.

<sup>13</sup> De manera integral: “A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, o de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas”.

<sup>14</sup> Ambos contenidos de manera general en el artículo 39 constitucional, en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en especial y de forma amplia en el Código Procesal Penal.

<sup>15</sup> Su previsión, ante la carencia de una norma expresa en el orden constitucional, se deriva, de acuerdo con la interpretación de la Sala Constitucional costarricense en el voto 1739-92, de la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8, párrafo 2, inciso *h*). Véase además Daniel González Álvarez, 1994, p. 78.

<sup>16</sup> También contenido en el párrafo 4 del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

<sup>17</sup> 3435-92, 5759-93 y 2313-95.

<sup>18</sup> “Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes”.

<sup>19</sup> “Toda persona tiene derecho al recurso de Hábeas Corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos

Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas *privan por sobre la Constitución*” [cursivas añadidas].

Aparte de la evidente trascendencia que esta posición tiene con respecto a la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en general, debemos subrayar que los tratados que conforman dicha área específica, que han sido ratificados debidamente por Costa Rica y que a su vez contienen previsiones en materia de derecho penal internacional podrían tener esa jerarquía<sup>20</sup> o, en todo caso —y esto es válido para cualquier otro tipo de tratado—, prevalecen sobre la legislación ordinaria, en la cual se encuentran el Código Penal, las leyes penales secundarias y el Código Procesal Penal, lo que ampliaremos más adelante.

Tal y como veremos en este informe, el papel que ha de desempeñar el Estatuto de Roma dentro del ordenamiento jurídico-penal de Costa Rica está por definirse. Por el momento ha propiciado una resolución de la Sala Constitucional<sup>21</sup> y una reforma muy reciente de ley sustantiva que tiende a adaptar el ordenamiento jurídico penal nacional,<sup>22</sup> aunque en la práctica debe analizarse su verdadera incidencia, lo que haremos posteriormente. Por de pronto, bástenos indicar que tal tratado fue firmado por Costa Rica el 7 de octubre de 1998, la Sala Constitucional votó acerca de su constitucionalidad en consulta preceptiva de constitucionalidad del proyecto de aprobación del tratado en resolución de 14:56 horas de 1 de noviembre de 2000, fue aprobado por la Asamblea Legislativa el 7 de febrero de 2001 (ley 8.083) y ratificado el 7 de junio de 2001.

No existe en el ordenamiento costarricense una ley especial que se refiera a los delitos previstos en el Estatuto de Roma,<sup>23</sup> ni tampoco existe un código penal militar.<sup>24</sup> Por ello hemos de centrar nuestra atención directamente en el Código Penal y, eventualmente, en los convenios internacionales que contienen previsiones de carácter penal y que son aplicables a Costa Rica. Esto sin que se prescinda, para otros efectos, de la referencia a la normativa procesal penal (Código Procesal Penal) y a la orgánica (Ley Orgánica del Poder Judicial o Ley Orgánica del Ministerio Público).

---

internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el artículo 10 [constitucional]”.

<sup>20</sup> En la medida en que reconozca mayores derechos de los que contiene la propia Constitución Política nacional, que es el supuesto en que esa jerarquía es posible de acuerdo con lo resuelto por el propio Tribunal Constitucional. Por ejemplo, la hipótesis de que en algún caso alguno de dichos instrumentos otorgue un acceso de las víctimas a la tutela judicial más amplio que el que pueda brindar el ordenamiento nacional, incluido el constitucional.

<sup>21</sup> Consulta preceptiva de constitucionalidad de 14:56 horas del 1º de noviembre de 2000 sobre el proyecto de ley de aprobación del Estatuto de Roma.

<sup>22</sup> Proyecto de ley publicado para su estudio y debate en la Asamblea Legislativa en el periódico oficial. *La Gaceta* n° 129, del jueves 5 de julio de 2001; <www.imprenal.go.cr>.

<sup>23</sup> Como la VStGB-E alemana.

<sup>24</sup> Por cuanto Costa Rica carece de ejército desde hace más de cincuenta años.

El Código Penal actual data de marzo de 1970,<sup>25</sup> entró en vigor un año después y ha sido objeto de reformas parciales muy puntuales, la más reciente de las cuales es de mayo de 2002.<sup>26</sup> Aun así existe un proyecto de Código Penal que todavía se encuentra pendiente de discusión en la Asamblea Legislativa,<sup>27</sup> con el que se concluiría la reforma al sistema penal iniciada con la transformación del proceso introducida por el Código Procesal Penal de 1996,<sup>28</sup> al que también haremos referencia más adelante en lo que es de nuestro interés.

En el Código Penal de Costa Rica actualmente vigente encontramos varios tipos penales que pueden tener relación con las previsiones del Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional. Y en el último proyecto de Código Penal se incluyen figuras propias del derecho internacional humanitario, otras se dejan de lado o se varía su contenido.

De cualquier modo, primeramente cabe cuestionarse si el Estatuto entra en los casos que, según lo ha resuelto la Sala Constitucional, tienen una jerarquía igual o incluso mayor que la misma Constitución Política, en tanto los instrumentos que conforman el derecho internacional de los derechos humanos son los únicos que pueden tener tales efectos.<sup>29</sup>

De la respuesta positiva o negativa que se adopte depende que el Estatuto de Roma tenga o no esa jerarquía dentro del ordenamiento interno, pero en todo caso, sea cual fuere la respuesta, prevalece tanto sobre el Código Procesal Penal como sobre el Código Penal.

En principio, y sin ánimo de extendernos en este punto,<sup>30</sup> partiremos del hecho de que se trata de un instrumento de derecho penal internacional y no estrictamente de

<sup>25</sup> Ley 4.573 de 4 de marzo de 1970, que derogaba el antiguo Código Penal y de Policía de 21 de agosto de 1941.

<sup>26</sup> Al 15 de febrero de 2002, la última reforma databa del 24 de octubre de 2001, ley 8.148.

<sup>27</sup> El primer proyecto data de 1994 y el más reciente, del 2002, y se encuentra en la Asamblea Legislativa, pendiente de su discusión y aprobación, sin que a la fecha exista la voluntad política de avanzar hacia esto último.

<sup>28</sup> Mediante ley 7.594 de 10 de abril de 1996 se aprueba este nuevo Código Procesal Penal que viene a sustituir el anterior, de octubre de 1973, y que se adapta a las últimas tendencias en la materia, siempre dentro de la influencia continental europea, siguiendo el enunciado del Código Procesal Penal Tipo para Iberoamérica.

<sup>29</sup> La Sala Constitucional le ha dado un significado amplio al concepto de *instrumentos internacionales de Derechos Humanos*. Tanto en la consulta preceptiva de constitucionalidad de 14:56 horas del 1 de noviembre de 2000, como en el voto 2000-7484 de 25 de agosto de 2000, considera que tal concepto comprende no solamente las convenciones, tratados o acuerdos formalmente suscritos y aprobados conforme al trámite constitucional mismo, sino cualquier otro instrumento que tenga naturaleza propia de la protección de los derechos humanos, aunque no haya sufrido ese trámite. Se cita como ejemplo la Declaración Universal de Derechos Humanos o las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.

<sup>30</sup> Hacerlo de otra forma llevaría mucho tiempo y desviaría considerablemente del objeto de este reporte.

un instrumento de derechos humanos, aunque pueda considerarse que en el fondo se trata de algo útil para su tutela. Ahondaremos en esto último más adelante.<sup>31</sup> Por ende, tomaremos como base el hecho de que incuestionablemente tiene un carácter superior a la ley ordinaria (Código Penal y Procesal Penal en este caso) e inferior a la Constitución Política, dentro del ordenamiento costarricense, a tenor de lo que prevé el artículo 7 constitucional.<sup>32</sup>

Con base en esta última norma es posible sostener, además, que el Estatuto de Roma tiene directa aplicación dentro del ordenamiento nacional costarricense. A diferencia de lo que sucede en algunos casos en la práctica en España o en Alemania, no se requiere de una legislación que lo desarrolle en el ámbito interno. Cumplidos los requisitos de opinión preceptiva previa de constitucionalidad, aprobación mediante ley emitida por el órgano legislativo, ratificación por el Ejecutivo, una vez que el tratado ha entrado en vigencia (con los requisitos que su texto imponga), es directamente aplicable dentro del ordenamiento nacional y por sobre la ley ordinaria.<sup>33</sup>

Ahora bien, esto no significa que no deba realizarse una interpretación o analizarse si en algún momento las previsiones del instrumento internacional son contrarias a la legislación ordinaria; de ser así, se cuenta con dos posibilidades para resolver la antinomia:

1. Una vez sometido un caso concreto, el juez deberá aplicar directamente la norma jerárquicamente prevalente. Esto significa que, de existir un choque entre alguna disposición del Estatuto de Roma y el Código Penal o Procesal Penal, predomina el primero. Todo ello con base en la jurisprudencia sentada por la propia Sala Constitucional, que es de acatamiento obligatorio con efectos *erga omnes*.<sup>34</sup>
2. Accionar directamente contra la norma de la legislación ordinaria que contraviene el Estatuto de Roma, en sede constitucional, para que el Tribunal Constitucional directamente sea el que declare su inconstitucionalidad,<sup>35</sup> o

---

<sup>31</sup> Sostiene que, parcialmente (?), puede considerarse al Estatuto de Roma como un Tratado de Derechos Humanos: Ana Salado Osuna, 2000, 267-299.

<sup>32</sup> Y que ya se transcribió en cita 18.

<sup>33</sup> La Sala Constitucional costarricense se ha pronunciado al respecto, y de manera contundente y clara sostiene la directa aplicabilidad de los instrumentos internacionales dentro del orden interno, de acuerdo con la interpretación que hace del ya citado y transcrito artículo 7 constitucional, concretamente en los votos 135-89; 282-90; 764-90; 807-90; 3724-93; 829-94.

<sup>34</sup> La Ley de la Jurisdicción Constitucional dispone en su artículo 13: "La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes *erga omnes*, salvo para sí misma".

<sup>35</sup> Si bien es cierto que no se produce un choque directo entre una norma constitucional y otra de rango inferior, se puede alegar la violación del mismo artículo 7 constitucional por la legislación ordinaria aún vigente a pesar de existir una norma de superior jerarquía que se contrapone. Optar por esta vía tiene la ventaja de que la declaratoria que hace la Sala Constitucional es vinculante para todos los tribunales del país.

por medio de la consulta de constitucionalidad que plantea un juez cuando tiene dudas acerca de la constitucionalidad de una norma que deba aplicar en un caso concreto. Esto se encuentra previsto en el artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que en su párrafo I dispone: “Todo juez estará legitimado para consultarle a la Sala Constitucional cuando tuviere dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma o acto que deba aplicar, o de un acto, conducta u omisión que deba juzgar en un caso sometido a su conocimiento”; o a través de una acción de inconstitucionalidad donde el afectado cuestione la norma directamente en un caso en que se discuta su aplicación. Al respecto la Ley de la Jurisdicción Constitucional en su artículo 73 dispone: “Cabrán la acción de inconstitucionalidad: a) Contra las leyes y otras disposiciones generales, incluso las originadas en actos de sujetos privados, que infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional [...]. d) Cuando alguna ley o disposición general infrinja el artículo 7, párrafo primero, de la Constitución, por oponerse a un tratado público o convenio internacional”; o indirectamente cualquier ciudadano a través del Defensor de los Habitantes (artículo 75, párrafo III de dicha ley).

## **B. Los crímenes de derecho penal internacional y su recepción por el poder punitivo nacional**

Hemos de tener muy en cuenta, como veíamos anteriormente, tanto los principios constitucionales que conforman el sistema penal costarricense, como los referidos a la jerarquía y aplicación de los instrumentos de derecho internacional en el orden interno, específicamente el Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional Permanente, para poder realizar el análisis positivo comparativo de sus previsiones con las de la legislación penal ordinaria.

### **I. Genocidio**

Siguiendo el orden propuesto por el propio Estatuto, el tipo del genocidio previsto en su artículo 6 tiene como correlato en el Código Penal de Costa Rica el artículo 375, que dispone:

Se impondrá prisión de diez a veinticinco años, a quien tome parte con propósito homicida, en la destrucción total o parcial de un determinado grupo de seres humanos, por razón de su nacionalidad, raza o creencia religiosa o política.

Con idéntica pena será sancionado quien:

- 1) Causare a los miembros de esos grupos graves daños corporales o psíquicos;
- 2) Colocare a dichos grupos en condiciones de vida tan precaria que haga posible la desaparición de todos o parte de los individuos que los constituyen;
- 3) Tomare medidas destinadas a impedir los nacimientos dentro de esos grupos; y
- 4) Trasladare, por medio de fuerza o intimidación, niños de uno de esos grupos a otros distintos.

En primer término, la pena prevista oscila entre diez y veinticinco años de prisión. La conducta que se sanciona no está muy clara, al menos en la forma en que se enuncia al inicio del artículo, ello por cuanto primeramente se dice que quien es acreedor de la sanción es aquella persona que “tome parte con propósito homicida [participar con intención homicida parecería ser la correcta interpretación], en la destrucción total o parcial de un determinado grupo de seres humanos, por razón de su nacionalidad, raza, creencia religiosa o política”.

Esta primera parte del artículo que contiene el delito de genocidio se aparta un poco de lo dispuesto en el Convenio para la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio<sup>36</sup> y del propio Estatuto de Roma. Además, con la reforma reciente al Código Penal, que introduce el tipo de “Crímenes de lesa humanidad”, podría estar subsumida la conducta a partir de la remisión a tales normas convencionales que hace el numeral 379 del Código Penal costarricense.<sup>37</sup> La confusión es más evidente cuando se dirige la atención al elemento subjetivo del tipo. El Código Penal costarricense, al menos en este primer enunciado de la norma que describe el tipo subjetivo del genocidio, requiere una especie de *animus necandi* a la hora de participar en la destrucción parcial o total de un grupo de personas, en razón de su nacionalidad, raza, creencia religiosa o política. En contraposición, tanto en el Estatuto de Roma como en el Convenio de 1948, la intención que impregna los demás supuestos es la de la destrucción total o parcial de un grupo nacional, étnico, racial o religioso.

Una interpretación sistémica que abarque lo dispuesto en ambos instrumentos internacionales (jerárquicamente superiores al Código Penal) y que permita desentrañar un poco la disposición nacional debería entender que en realidad la primera parte del artículo 375 del Código Penal costarricense se refiere a la hipótesis del inciso *a* del artículo 6 del Estatuto de Roma y de igual inciso del artículo II del Convenio citado, o sea, de una “matanza de miembros del grupo”.

La previsión nacional abarcaría, además, aquellas conductas que tiendan a la destrucción parcial o total de un grupo, inspirada en motivos políticos, supuesto que no prevé ninguno de dichos instrumentos internacionales. Carece, sin embargo, la normativa penal interna ya aludida, de una referencia a los grupos étnicos, que parecería no están comprendidos específicamente dentro de los supuestos que tutela el Código Penal de Costa Rica, aunque, como veremos, podría caber por remisión.

El resto del tipo penal que contiene la descripción del delito de genocidio en el Código Penal costarricense sanciona con idéntica pena (diez a veinticinco años de prisión), en los casos de los incisos 1 a 4 del artículo 375, aquellas conductas que en su formulación objetiva coinciden en términos generales con las enunciadas en los incisos *b*, *c*, *d* y *e* del artículo 6 del Estatuto de Roma y en el artículo II de la Convención para la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio. Aun así la normativa

---

<sup>36</sup> Aprobado por ley 1.205 del 4 de octubre de 1950 por la Asamblea Legislativa de Costa Rica.

<sup>37</sup> Más adelante se analizará en detalle esta norma.

penal nacional las considera como conductas independientes, o desprovistas al menos de esa intención común de “destruir parcial o totalmente al grupo” que sí se describe claramente en los instrumentos internacionales citados. Esto así por cuanto la disposición del derecho interno costarricense relativa al delito de genocidio, antes de enunciar dichos supuestos, dispone: “Con idéntica pena será sancionado quien” cause graves daños físicos o psíquicos a dichos grupos, etcétera.

En este caso en particular, lo que diferencia una lesión grave<sup>38</sup> en perjuicio de un miembro de un grupo religioso, por ejemplo, que está contenida en la norma referida al genocidio, y la misma conducta con idéntico resultado contra igual víctima pero que constituye un delito de lesión grave, es precisamente esa intención de destrucción total o parcial del grupo a la que hacen referencia ambos instrumentos.<sup>39</sup> Visto desde otra óptica, en el supuesto contenido para el genocidio se pretende tutelar un bien jurídico distinto del que corresponde para el delito de lesiones graves.<sup>40</sup> Ello demuestra que en el ámbito interno las previsiones convencionales vienen a llenar el vacío del enunciado que utiliza el legislador nacional. En todo caso, como resulta evidente, la fórmula empleada no es la más feliz.

En el proyecto de Código Penal se eleva la pena de estos delitos de un mínimo de diez y un máximo de veinticinco años de prisión, que es la actual, a un mínimo de quince y un máximo de treinta y cinco años de prisión. Esto acompaña la tendencia de agravamiento de las penas que ha imperado últimamente en el desarrollo de la política criminal en Costa Rica. No obstante, debe indicarse que con dicho proyecto se introducen una serie de penas alternativas, de acuerdo con las tendencias más modernas en ese sentido, y se reduce el máximo de la pena de prisión que se puede imponer.

---

<sup>38</sup> Valga anotar que, cuando en dichos instrumentos se hace referencia a la lesión grave en la integridad física o mental de los miembros del grupo, en la previsión de derecho interno la conducta es causar “graves daños corporales o psíquicos” a los miembros de los grupos nacionales, raciales, religiosos o políticos (ya se vio que los étnicos no se incluyen de manera expresa en el Código Penal). La alusión a “lesiones” por un lado y “daños” por otro podría llevar a confusión, aunque en el fondo parecería que se está ante idénticos supuestos, con términos más precisos en el ámbito convencional.

<sup>39</sup> En igual sentido: R. Lemkin, 1944, p. 79; y Alicia Gil Gil, 1999, p. 194.

<sup>40</sup> Lo que es una lesión grave tiene, sin embargo, un matiz importante en el plano del derecho interno, dado que desde una interpretación positivista, y para completar el tipo objetivo del propio genocidio cuando nos hallamos en el supuesto de “graves daños físicos o psíquicos a los miembros del grupo”, haríamos referencia a los casos en que nos hallamos frente al delito autónomo de “lesiones graves”, que se encuentra previsto en el artículo 124 del Código Penal costarricense y que utiliza como parámetro de la “gravedad” el tipo de lesiones o el tiempo por el cual incapacitan desde el punto de vista médico legal (que causan una debilitación persistente en la salud, una incapacidad por más de un mes o dejan una marca indeleble en el rostro). Todo ello sin entrar en el tema de los problemas concursales, análisis que podría desviar del propósito de este informe. Si se desea ahondar en la regulación del delito de lesiones graves, puede consultarse Javier Llobet Rodríguez, 2001, pp. 232-237.

## II. *Crímenes de lesa humanidad*

En lo que se refiere a la previsión del artículo 7 del Estatuto de Roma, los *crímenes de lesa humanidad*, hemos de hacer referencia a lo dispuesto en cada uno de los incisos. El asesinato, en el contexto de un ataque generalizado y sistemático a la población civil, no es una conducta que se encontrara prevista específicamente en el ordenamiento interno de Costa Rica, ni dentro de los supuestos del homicidio ni en su versión agravada. Algo similar ocurría con el exterminio. Sin embargo, en ambos casos una reforma muy reciente del Código Penal, motivada por la entrada en vigencia del Estatuto de Roma, introduce un nuevo tipo penal denominado “Crímenes de lesa humanidad”, solventando tal carencia.

Lamentablemente, en el último proyecto de Código Penal se incurre nuevamente en la omisión indicada, con la agravante de que se elimina la remisión que actualmente contiene dicha norma (artículo 379 del Código Penal vigente) a los tratados internacionales de derechos humanos y al Estatuto de Roma, y que hoy en día viene a llenar tal vacío. Es de esperar, como mínimo, que en definitiva se mantenga la actual modificación, aunque lo deseable es una solución integral.

Esta norma tiene la particularidad de hacer una remisión a los instrumentos de derechos humanos y al Estatuto de Roma para completar el tipo objetivo,<sup>41</sup> lo que se deduce cuando establece que la sanción de diez a veinticinco años de prisión se aplicará a quien realice actos, en el contexto ahí descrito, que “puedan calificarse como crímenes de lesa humanidad, de conformidad con las prescripciones de los tratados internacionales de los cuales Costa Rica sea parte relativos a la protección de los derechos humanos y del Estatuto de Roma”.

Tal tipo penal, que manifiesta una innegablemente buena intención del legislador y evidencia la trascendencia que se le quiere dar a la tutela de los derechos humanos, debe sortear varios problemas, resueltos los cuales se abriría un cúmulo de posibilidades en cuanto a incluir en el ordenamiento interno toda una serie de conductas que ya están previstas internacionalmente, que se receptorían por esta vía y a las que les correspondería la pena allí prevista. Se completan de esta forma las lagunas que el propio ordenamiento penal interno tiene cuando el Estado se compromete en el ámbito internacional a sancionar penalmente ciertas conductas.

---

<sup>41</sup> La doctrina acepta como posibles tales remisiones, que además no son infrecuentes en el derecho penal comparado. “Tal ampliación de las remisiones positivas del Código Penal a las normas internacionales puede considerarse uno de los frutos de la creciente importancia que en nuestro tiempo están cobrando las formas de organización y asociación internacional como sustitutivas y superadoras de los tradicionales Estados nacionales soberanos en el confuso y agitado mundo de finales del siglo XX”. F. Bueno Arús, “La teoría de la Ley Penal en el proyecto de C.P. español de 26 de setiembre de 1994”, en *Actualidad Penal* n° 16, Madrid, abril 1995, XVII; en igual sentido y citando la jurisprudencia constitucional Mora Mora y Navarro Solano, 1995, pp. 72-75.

El artículo 379 del Código Penal costarricense dispone: “Se impondrá prisión de diez a veinticinco años a quien cometa u ordene cometer, como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque, actos que puedan calificarse de Crímenes de Lesa Humanidad, de conformidad con las prescripciones de los tratados internacionales de los cuales Costa Rica sea parte, relativos a la protección de los Derechos Humanos y del Estatuto de Roma”.

Esta norma plantea de entrada varios problemas:

1. Observancia del principio de tipicidad.
2. Determinación de qué se comprende al sostener que el tipo objetivo abarca aquellas conductas que “puedan calificarse de Crímenes de Lesa Humanidad”.

En cuanto a la primera objeción, hemos visto desde el inicio de este desarrollo que el principio de legalidad,<sup>42</sup> del cual deriva el de tipicidad, es uno de los pilares sobre los cuales descansa el marco constitucional del sistema penal costarricense.

Sin embargo, tanto si considerásemos estar en presencia de una norma penal incompleta, como si nos halláramos en el supuesto de una norma penal en blanco, no es posible obviar que lo que viene a completar el tipo objetivo no tiene el rango de un reglamento ni el de una ley extrapenal,<sup>43</sup> sino precisamente de un tratado o convenio internacional.

Esto tiene una gran importancia por cuanto, si desde una óptica teleológico-normativa el principio involucrado tiene como función asegurar, por un lado, la intervención del legislador en la definición de las conductas que conforman el sistema

<sup>42</sup> Y que el propio Código Penal reitera en su artículo 1: “Nadie podrá ser sancionado por un hecho que la ley penal no tipifique como punible ni sometido a penas o medidas de seguridad que aquella no haya establecido previamente”. Acerca del principio de legalidad cf. Gilbert Armijo Sancho, 1999, pp. 253 y ss.; Mora Mora y Navarro Solano, 1995, pp. 67-75; González Álvarez, 1994, p. 84.

<sup>43</sup> Remisión que de por sí está permitida para completar el tipo objetivo en algunos supuestos, según ya lo ha resuelto la Sala Constitucional enfrentándose al tema del *tipo penal en blanco* en el voto 1876-90. La propia Sala Constitucional, sin embargo, también ha resuelto en el voto 2757-93 que: “La doctrina del Derecho Penal más autorizado ha definido los tipos penales abiertos, como aquellos a los que la materia de la prohibición remite a la determinación judicial, omitiendo el legislador incluir en el tipo penal la materia de la prohibición. Es comúnmente aceptado que los tipos abiertos, en tanto entrañan un grave peligro de arbitrariedad, lesionan abiertamente el principio de legalidad”. Aun así el tipo del 379 sí tiene definida la materia de la prohibición, por lo que puede considerarse una interpretación posibilista y acorde con tal exigencia constitucional. La Sala Constitucional, en el voto 4797-M-97 (21 de agosto de 1997), considera que se vulnera el principio de tipicidad cuando el tipo objetivo es conceptualmente impreciso y el sinnúmero de variables que se pueden introducir genéricamente le restan claridad y precisión a la descripción de la conducta que se pretende sancionar. No ha de quedar en manos del juez un margen indiscriminado de interpretación, sino que debe quedar razonablemente limitado su significado. La discusión respecto a la interpretación del alcance de dicho artículo no se ha producido, ni en la doctrina costarricense, ni en el ámbito judicial; sin embargo, es algo que debe propiciarse, dada su importancia.

penal y, por otro, la seguridad jurídica que esto brinda a quien va dirigida la norma penal, en ninguno de los dos casos la remisión que hace el artículo 379 del Código Penal de Costa Rica vulneraría el principio de legalidad.

El proceso de incorporación de dichas normas internacionales al derecho interno brinda incluso mayores garantías que aquel proceso de producción de la norma penal ordinaria. Los tratados pasan por el Poder Ejecutivo en la etapa de negociación, firma y ratificación, por el tamiz del Poder Legislativo a la hora de la aprobación, y están sujetos al control de constitucionalidad de manera preceptiva a través de la consulta ante la Sala Constitucional, que es previa a la aprobación del legislador.<sup>44</sup>

En otras palabras, la potestad de emitir las normas penales siempre queda sujeta a la discreción del legislador, que puede decidir, en caso de no estimarlo conveniente, improbar un tratado que incluya nuevos tipos penales que no quiera incorporar al sistema.

Con relación a la salvaguarda del principio de seguridad jurídica y nuevamente al de legalidad penal, y con ello también haciendo alusión al problema de lo que “puede calificarse de Crímenes de Lesa Humanidad”, según los términos empleados por el legislador, una interpretación que según nuestro criterio sí vulneraría el principio de tipicidad sería aquella que, precisamente, considerara que cualquier disposición contenida en los tratados de derechos humanos suscritos por Costa Rica cae dentro de dicho supuesto. El legislador parece limitarlo cuando enuncia, al inicio de la norma aludida, que la calificación de “Crímenes de lesa humanidad” queda sujeta a “las prescripciones de los tratados internacionales de los cuales Costa Rica sea parte, relativos a la protección de los Derechos Humanos y al Estatuto de Roma”.

Surge la duda de si la calificación requerida en el tipo penal debe estar específicamente definida en el tratado o si, por el contrario, está sujeta a lo que ya determinó el Estatuto de Roma. Esto tiene relevancia dado que, por ejemplo, hay quien sostiene que el genocidio es un crimen de lesa humanidad, por lo que por esta vía podríamos receptor las disposiciones referidas a tal ilícito internacional contenidas tanto en el Estatuto de Roma como en el Convenio para la Prevención y el Castigo del Delito de Genocidio.<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> Dispone el artículo 96, inciso *a* de la Ley de la Jurisdicción Constitucional: “Por la vía de la consulta de constitucionalidad, la jurisdicción constitucional ejercerá la opinión consultiva previa sobre los proyectos legislativos, en los siguientes supuestos: a) Preceptivamente, cuando se trate de proyectos de reformas constitucionales, o de reformas a la presente ley, así como de los tendientes a la aprobación de convenios o tratados internacionales, inclusive las reservas hechas o propuestas a unos u otros”.

<sup>45</sup> Por ejemplo, Jescheck ya sostenía desde los años ochenta que el genocidio encuadra dentro de dicho concepto. De hecho lo definía como “aquellas infracciones graves a las garantías mínimas de la dignidad humana (especialmente la vida, integridad corporal y libertad realizadas por motivos relativos a la nacionalidad de la víctima o por su pertenencia a grupos, comunidad cultural, raza, religión, confesión o convicción política. Característico de estos delitos es que se realizan respaldados por el poder estatal”. Jescheck, 1981, p. 385. También se ha dicho ya en fecha más reciente: “[...] así el delito de genocidio presenta una particularidad esencial respecto al crimen contra la humanidad, del cual ha sido considerado como la especie y el género respectivamente”. Casilda Rueda Fernández, 2001, pp. 149.

Parece que en definitiva el legislador nacional deja al creador de las normas convencionales que contienen esta clase de delitos la definición de la conducta a incluir, por cuanto permite la remisión condicionada a los supuestos previstos en el artículo 379 del Código Penal que hemos venido aludiendo. Esto obviamente tendrá trascendencia respecto a la interpretación que se haga con relación a las normas convencionales ya incorporadas al sistema penal, así como a aquellas que lleguen a incorporarse en un futuro. Vital será entonces la interpretación que realice la jurisprudencia (tanto constitucional <sup>46</sup> como de los tribunales ordinarios) para definir el alcance de dicha norma.

Así las cosas y en esa medida, es posible considerar como viable la remisión al Estatuto de Roma por esta vía, concretamente para los supuestos ya citados del artículo 7 —inciso *a* (asesinato) o inciso *b* (exterminio)—, en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil, con conocimiento de dicho ataque, y también a otras figuras no previstas expresamente en el ordenamiento interno costarricense, a saber, y siempre dentro del contexto del enunciado inicial de dicha norma, los supuestos contenidos en los incisos *d* (deportación o traslado forzoso de población), *h* (persecución de un grupo o colectividad con identidad propia), *i* (desaparición forzada de personas), conductas todas claramente descritas en la norma convencional citada. De hecho, de no existir la posibilidad de remisión, todos esos supuestos carecerían de protección penal en el ámbito interno, en la forma prevista por el Estatuto de Roma.

Lo mismo ocurre en los enunciados de los incisos *c* (esclavitud), *e* (encarcelación o cualquier otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional), *f* (tortura), *g* (violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable), para los cuales es posible hallar un correlato en el ordenamiento interno costarricense.

La esclavitud, fuera del contexto de la norma convencional y del artículo 379 del Código Penal costarricense, se encuentra reprimida de forma indirecta en el propio artículo 374 del mismo cuerpo normativo ya citado. Tal norma dispone:

Se impondrá prisión de diez a quince años a quienes dirijan organizaciones de carácter internacional dedicadas a traficar con esclavos, mujeres o niños, drogas y estupefacientes, o formen parte de ellas, cometan actos de secuestro extorsivo o terrorismo e infrinjan disposiciones previstas en los tratados suscritos por Costa Rica para proteger los derechos humanos.

---

<sup>46</sup> La Sala Constitucional costarricense parece sugerir una línea en ese sentido, en el voto 230-96 y en la consulta preceptiva de constitucionalidad de 14:56 horas del 1 de noviembre de 2000, que retoma al primero y sostiene: “[...] debe tomarse en cuenta que para el caso concreto se está legislando sobre un delito considerado de ‘lesa humanidad’, es decir, que no solamente afecta intereses individuales sino los intereses de la humanidad entera, como especie [...] Y, por eso mismo, la persecución de este tipo de delitos trasciende el interés de un Estado o país en particular, de manera que todas esas circunstancias ameritan que reciba ese tratamiento especial [...]”.

A pesar de lo anterior podrían encontrarse otras disposiciones que comprendan el enunciado convencional, aunque sea en parte. Se trata del artículo 189 del Código Penal nacional, que describe el delito de plagio. Tal norma dispone: “Será reprimido con prisión de cuatro a doce años, quien reduzca a una persona a servidumbre o a otra condición análoga o la mantuviere en ella”. De forma indirecta podría caber la conducta como un delito contra la libertad ambulatoria (privación de libertad sin ánimo de lucro,<sup>47</sup> privación de libertad agravada<sup>48</sup>) o como delito contra la libertad de determinación (coacción<sup>49</sup>).

En todo caso no existe, con el contexto convencional, una figura autónoma de esclavitud, sino que debe incorporarse a través de la remisión que hace el artículo 379 al Estatuto de Roma y a los instrumentos del derecho internacional de derechos humanos.

El supuesto del inciso *e* del artículo 7 del Estatuto de Roma se encuentra ya previsto en los numerales 191 y 192 del Código Penal costarricense, con la exclusión del contexto que impregna dicha conducta en la norma convencional. La primera norma nacional citada dispone: “Será penado con prisión de seis meses a tres años el que sin ánimo de lucro, privare a otro de su libertad personal”. Y el artículo 192 del mismo cuerpo normativo preceptúa: “La pena será de dos a diez años de prisión, cuando se privare a otro de su libertad personal, si se perpetrare: 1) Contra la persona de un ascendiente, descendiente, cónyuge, hermano o de un funcionario público; 2) Con actos de violencia, o para satisfacer venganzas, o resultare grave daño en la salud del ofendido; 3) Durare más de cinco días; 4) Con abuso de autoridad”.

Y de forma aún más clara, la figura de ocultamiento de detenido por autoridades, prevista en el artículo 190 de dicho código: “En la misma pena [la aplicable a la figura precedente del plagio, que oscila entre cuatro y doce años de prisión] y además en la pérdida empleo, cargo, comisión que tuviere o incapacidad para obtenerlo de seis meses a dos años, incurrirán las autoridades que ordenaren y los agentes que ejecutaren el ocultamiento de un detenido, se negaren a presentarlo al Tribunal respectivo o de cualquier forma burlaren la garantía del artículo 37 de la Constitución Política”.<sup>50</sup>

Es cierto que la descripción típica del derecho interno no solo es más clara, sino que contiene una figura agravada; sin embargo, no incluye en todo caso el contexto previsto por el Estatuto y por el Código Penal Internacional alemán, o sea, que se

---

<sup>47</sup> Figura prevista en el artículo 191 del Código Penal.

<sup>48</sup> Que se sanciona en el artículo 192 del cuerpo normativo precedente.

<sup>49</sup> Previsto el artículo 193 del Código Penal costarricense: “Será reprimido con prisión de uno a dos años o cincuenta a doscientos días multa, el que mediante amenazas graves o violencias físicas o morales, compeliere a otro a hacer, no hacer o tolerar algo a lo que no está obligado”.

<sup>50</sup> Norma constitucional que dispone: “Nadie podrá ser detenido sin un indicio comprobado de haber cometido delito, y sin mandato escrito de juez o autoridad encargada del orden público, excepto cuando se tratare de reo prófugo o delincuente *in fraganti*; pero en todo caso deberá ser puesto a disposición de juez competente dentro del término preteritorio de veinticuatro horas”.

produzca dentro de un ataque generalizado o sistemático a la población civil. No existe previsión concreta en este sentido, ni como tipo penal autónomo ni como circunstancia de agravación, salvo por la remisión que realiza el artículo 379 ya citado al propio Estatuto de Roma o al Convenio sobre la esclavitud, el Protocolo de Enmienda y/o su Convención Complementaria.

En cuanto al tipo penal de *tortura*, se encuentra previsto en el artículo 123 *bis* del Código Penal,<sup>51</sup> con una formulación casi idéntica a la contenida en el artículo 1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 10 de diciembre de 1984, que en términos generales coincide con la previsión del artículo 2 de la Convención Interamericana para la Prevención y Sanción de la Tortura de 1985.<sup>52</sup> El tipo penal de la tortura en el Código Penal de Costa Rica actualmente se enuncia así: “Será sancionado con pena de prisión de tres a diez años, quien le ocasione a una persona dolores o sufrimientos físicos o mentales, la intimide o coaccione por un acto cometido o que se sospeche que ha cometido, para obtener de ella o un tercero información o confesión; por razones de raza, nacionalidad, género, edad, opción política, religiosa o sexual, posición social, situación económica o estado civil. Si las conductas anteriores son cometidas por un funcionario público, la pena será de cinco a doce años de prisión e inhabilitación de dos a ocho años para el ejercicio de sus funciones”.

Esta formulación, sin embargo, varía en el actual proyecto de Código Penal, de forma que se amplían casi al infinito las posibilidades que pueden caber en el tipo propuesto para la tortura. Alejándose de su actual redacción, el tipo penal de tortura del proyecto llega al extremo de considerar autor de dicha delincuencia a cualquier sujeto que cause un dolor o sufrimiento psíquico o físico.

La norma referida es el artículo 188: “Quien ocasione a una persona dolor, tormento, o sufrimiento físico o psíquico, siempre que el hecho no constituya un delito más grave, será sancionado con pena de tres a diez años de prisión. Si la conducta anterior es cometida por un funcionario público, la pena será de cinco a doce años de prisión y además se le impondrá la pena de inhabilitación para el ejercicio de cargos públicos de seis a doce años”.

De un vistazo se presentan varios problemas con esta formulación: ¿qué es causar dolor psíquico?, ¿y tormento psíquico?, ¿y sufrimiento psíquico? ¿Incluye cualquier dolor? Se obvia la excepción hecha en las dos convenciones citadas: cuando ese sufrimiento, tormento o dolor es la resultante de la ejecución de una pena o incluso una medida preventiva dentro del proceso penal. También se presentarían graves problemas concursales con otras figuras; por ejemplo, frente a la muerte de un familiar,

---

<sup>51</sup> Es una de las reformas más recientes introducidas al Código Penal costarricense, que extrañamente no preveía la tortura como tipo penal autónomo. La reforma se hizo mediante ley 8.189 de 6 de diciembre de 2001.

<sup>52</sup> Ratificada por Costa Rica el 25 de noviembre de 1999.

por ejemplo, ¿al autor se lo sancionaría por los dos delitos en concurso ideal? En suma, lejos de ser una previsión protectora, es excesivamente amplia y causa más problemas de los que pretende solucionar. En todo caso, como nota positiva, va más allá —mucho más allá, diríamos— de las previsiones internacionales referidas a la tortura. En tal proyecto se elimina el objeto o la finalidad de la tortura que sí se enuncia a nivel convencional, con lo que la propuesta nacional torna la conducta punible en algo completamente impreciso.

Al igual que con la esclavitud y el resto de delincuencias previstas por el artículo 7 del Estatuto de Roma, su aplicación conforme al contexto requerido por la norma convencional se hace vía remisión, en el supuesto del ya citado artículo 379 del ordenamiento penal sustantivo nacional.

En tercer término, respecto de los supuestos de *violencia sexual* descritos en el inciso g del artículo 7 del Estatuto de Roma, hemos de indicar lo siguiente. La violación se encuentra prevista en los artículos 156 a 158 del Código Penal;<sup>53</sup> la esclavitud sexual y la prostitución forzada, previstas en el Estatuto de Roma, pueden encontrar su correlato en el artículo 169 del Código Penal costarricense;<sup>54</sup> el embarazo forzado, dependiendo del supuesto, podría encajar en el tipo penal de violación, ya sea simple (artículo 156) o agravada (artículo 158), aunque no existe como tipo independiente. En lo que se refiere a la esterilización forzada, nos hallamos en el supuesto del numeral 123 del Código Penal.<sup>55</sup>

---

<sup>53</sup> “Artículo 156. Será sancionado con pena de prisión de diez a dieciséis años, quien se haga acceder o tenga acceso carnal, por vía oral, anal o vaginal, con una persona de cualquier sexo, en los siguientes casos:

”1) Cuando la víctima sea menor de doce años.

”2) Cuando la víctima sea incapaz o se encuentre incapacitada para resistir.

”3) Cuando se emplee la violencia corporal o intimidación. La misma pena se impondrá si la acción consiste en introducir, por vía vaginal o anal uno o varios dedos u objetos.

”Violación calificada

”Artículo 157. La prisión será de doce a dieciocho años cuando el autor sea un ascendiente, descendiente o hermano por consanguinidad o afinidad o se produzca la muerte de la víctima.

”Violación Agravada

”Artículo 158. La pena será de doce a dieciocho años de prisión cuando con motivo de la violación resulte un grave daño en la salud de la víctima o cuando el delito sea realizado por el encargado de la educación, guarda o custodia de aquella o cuando el hecho se cometiere con el concurso de una o más personas, o lo realizaran los ministros religiosos, profesionales o cualquier miembro de la Fuerza Pública, prevaleciéndose del ejercicio de su cargo”.

<sup>54</sup> “Artículo 169. Quien promueva la prostitución de personas de cualquier sexo o las induzca a ejercerla o las mantenga en ella o las reclute con ese propósito, será sancionado con la pena de prisión de dos a cinco años. La misma pena se impondrá a quien mantenga en servidumbre sexual a otra persona”.

<sup>55</sup> Norma que dispone: “Se impondrá prisión de tres a diez años a quien produzca una lesión que cause una disfunción intelectual, sensorial o física o un trastorno emocional severo que produzca incapacidad permanente para el trabajo, pérdida de sentido, de un órgano, de un miembro, imposibilidad de usar un órgano o un miembro, pérdida de la palabra o pérdida de la capacidad de engendrar o concebir”.

Debe quedar claro, no obstante, que en ninguno de dichos supuestos contenidos en el artículo 7 del Estatuto de Roma y para los cuales bien que mal existe una figura en el derecho interno, existe una previsión relativa al contexto en que se han de producir las conductas que dicha norma convencional sanciona —“cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil”—, ni siquiera con la fórmula usada en el artículo 18 del proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, de 1996, que dispone: “cualquiera de los siguientes actos, cuando se cometen de forma sistemática, a gran escala ya sea instigado o dirigido por un gobierno, por una organización o grupo: a) asesinato; b) exterminio; c) tortura”.

A diferencia de tales propuestas, en el derecho interno estamos haciendo referencia a tipos penales independientes, aunque sin olvidar que todas esas conductas finalmente se receptan, según lo ya comentado, a través del artículo 379 del Código Penal de Costa Rica. Salvo esa norma general no se encuentra en el orden nacional ninguna de dichas conductas sancionadas de manera expresa, o considerando como circunstancia agravante que el contexto en el cual se produzcan sea el que describe el encabezado del artículo 7 del Estatuto de Roma, el proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad de 1996 o el propio artículo 379 del Código Penal nacional, que es el que en realidad viene a introducirlo en el ámbito interno.

En el último proyecto de Código Penal costarricense,<sup>56</sup> el artículo 223 dispone: “Cuando, en perjuicio de personas protegidas y con ocasión de un conflicto armado interno o internacional, se realicen los delitos de homicidio, tortura, discriminación, violación, proxenetismo, secuestro de personas, u ocultamiento de detenidos por autoridades, los extremos de las penas previstas en esos delitos se aumentarán hasta en un tercio”. Se crea en el libro segundo el título VI, “Delitos contra la humanidad”, con figuras propias del derecho internacional humanitario, y se abandona la actual denominación del título XVII del libro segundo, “Delitos contra los derechos humanos”.

Constantemente y de forma inequívoca se confunden en el actual proyecto de Código Penal ambos términos y se incluyen conductas como “obstrucción de auxilio humanitario”, “simulación de signos de protección”, “omisión de socorro en conflicto armado”, “medios prohibidos de guerra”, “ataque a bienes protegidos”, “ataque a bienes e instalaciones sanitarias”, propias todas del derecho humanitario, pero que se alejan de otras delincuencias no menos importantes contenidas en el derecho penal internacional.

Con una visión más reducida de la del Estatuto de Roma, se incluye este artículo 223 en el proyecto de Código Penal de Costa Rica. Una circunstancia de agravación, en caso de que dentro de un conflicto armado se produzca un homicidio, tortura, violación, proxenetismo, secuestro de personas u ocultamiento de detenidos por autoridades.

---

<sup>56</sup> Que todavía durante el año 2003 se está analizando en la comunidad jurídica nacional y está en estudio en el Parlamento.

### III. Crímenes de guerra

Algo parecido a lo analizado respecto de los crímenes contra la humanidad sucede con el artículo 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional Permanente con relación a los crímenes de guerra, que también habría que articular con los Convenios de Ginebra de 1949, dentro del actual y proyectado estado de cosas en el sistema penal costarricense.

El contexto en que se llevan a cabo las conductas que se describen en los párrafos 1 y 2 de dicha norma del Estatuto no se encuentra previsto tampoco en el ordenamiento penal interno costarricense dentro de alguna figura autónoma; en todo caso esto se solventa a través de la remisión que permite el artículo 378 del Código Penal vigente, recién introducido al ordenamiento y que permite completar el tipo objetivo tanto a través del propio Estatuto como de los Convenios de Ginebra de 1949. Tal norma dispone:

Se impondrá prisión de diez a veinticinco años a quien, con ocasión de un conflicto armado, realice u ordenare realizar actos que puedan calificarse como violaciones graves o crímenes de guerra, de conformidad con las prescripciones de los tratados internacionales de los que Costa Rica sea parte, relativos a la conducción de las hostilidades, la protección de los heridos, enfermos y náufragos, el trato a los prisioneros de guerra, la protección de los bienes culturales, en casos de conflictos armados, y según cualesquier otro instrumento de Derecho Internacional Humanitario.

Todo ello a pesar de que, obviamente, como figuras autónomas, pueda hallarse dentro del ordenamiento nacional un correlato a los supuestos del artículo 8 del Estatuto de Roma en situaciones tan variadas como lo son las conductas que sancionan el derecho internacional humanitario.

En el orden interno podemos referirnos, con relación a las distintas conductas sancionadas en el artículo 8 del Estatuto de Roma, a figuras igualmente diversas: homicidio (artículo 111, 12 a 18 años de prisión) u homicidio calificado (artículo 112, prisión de 20 a 35 años), tortura (artículo 123 *bis*, 3 a 10 años de prisión), violación (artículo 156, 10 a 16 años), violación agravada (artículo 158, 12 a 18 años), lesiones graves (artículo 124, prisión de 1 a 6 años), plagio (artículo 189, prisión de 4 a 12 años), ocultamiento de detenidos por autoridades (artículo 190, misma pena anterior con pérdida del empleo e inhabilitación de 6 meses a 2 años), privación de libertad sin ánimo de lucro (artículo 191, prisión de 6 meses a 3 años), privación de libertad agravada (artículo 192, de 2 a 10 años), coacción (artículo 193, prisión de 1 a 2 años o de 50 a 200 días multa), violación de domicilio agravada (artículo 204, párrafo II, 1 a 3 años de prisión), allanamiento ilegal (artículo 205, sancionado con prisión de 6 meses a 3 años e inhabilitación para el cargo de 1 a 4 años), abuso de autoridad (artículo 331, sancionado con prisión de 3 meses a 2 años), hurto (artículo 209, sancionado con prisión de 3 meses a 3 años), hurto agravado (artículo 210, 3 meses a 3 años o de 1 a 10 años de prisión), robo simple (artículo 212, con penas que oscilan, de acuerdo con ciertos supuestos, entre 6 meses y 9 años de prisión), robo agravado (artículo 213, con prisión de 5 a 15 años), secuestro extorsivo (artículo

215, con penas que oscilan entre 10 a 50 años de prisión), usurpación (artículo 225, sancionado con prisión de 6 meses a 3 años), daños (artículo 228, con prisión de 15 días a 1 año o con 10 a 100 días multa), daño agravado (artículo 229, penado con 6 meses a 3 años de prisión).

Son todas figuras descritas en el Código Penal costarricense y que pueden asimilarse a algunas de las que describe el Estatuto de Roma en artículo 8, pero que están desprovistas del contexto que puntualiza el párrafo I, o sea que dichas conductas se cometan “como parte de un plan o política o como parte de la comisión a gran escala de tales crímenes”.

El recientemente introducido artículo 378 del Código Penal costarricense tampoco contiene dicho contexto a la hora de describir la conducta típica. Esto provoca una antinomia, por cuanto, si bien se hace una remisión al Estatuto, este es más amplio que la norma nacional a la hora de definir los supuestos en los que se califica como crímenes de guerra. Se trata de un problema aún no resuelto, tomando en cuenta la prevalencia que en el orden interno tiene la norma convencional sobre el propio Código Penal.

Una interpretación posible sería integrar el artículo 8 dentro de los casos del artículo 378 del Código Penal para definir la pena y completar el tipo objetivo, como se permite en el orden constitucional, conforme a lo que ya analizábamos en otro aparte y, además, como expresamente lo hace el legislador nacional, y aplicar la pena prevista en tal norma de derecho interno a todos los casos del artículo 8 del Estatuto. Caso contrario, quedan al descubierto todos aquellos supuestos en los cuales se produzcan los crímenes de guerra que menciona tal norma convencional, que no estén dentro del contexto de un conflicto armado, pero si se cometen “como parte de un plan o política o como parte de la comisión a gran escala de tales crímenes”, a tenor de lo que prevé el párrafo I del artículo 8 del Estatuto.

Al igual que se hizo con los crímenes de lesa humanidad, el legislador opta en este artículo 378 del Código Penal de Costa Rica por hacer remisión a “los tratados internacionales de los que Costa Rica sea parte relativos a la conducción de las hostilidades, la protección de los heridos, enfermos y náufragos, el trato a los prisioneros de guerra, la protección de las personas civiles y la protección de los bienes culturales, en casos de conflictos armados y según cualesquier otro instrumento del Derecho Internacional Humanitario”.

La transcrita norma diferencia entre una remisión a tratados internacionales que contengan disposiciones referidas a las situaciones que allí menciona específicamente, y cualquier otro instrumento de derecho internacional humanitario, lo que en principio parece ser reiterativo. Sin embargo, por esa vía es perfectamente posible, no solamente remitirse a las Convenciones de Ginebra de 1949 y los protocolos adicionales (eso está claramente establecido en la exposición de motivos de la reforma al Código Penal costarricense que introduce tal tipo penal),<sup>57</sup> sino también al artículo 8 del Estatuto de Roma.

---

<sup>57</sup> En la exposición de motivos del proyecto de ley que introduce el delito de crímenes de guerra en el ordenamiento nacional (diario oficial *La Gaceta* n° 129, de 5 de julio de 2001, en <www.imprenal.go.cr>)

Por su parte, la previsión del proyecto de Código Penal (artículo 223, citado en la sección anterior) es mucho más restrictiva que la del artículo 8 del Estatuto de Roma, tanto respecto del contexto en que han de producirse las conductas delictuales, como respecto de la variedad de conductas incluidas en la norma internacional.

El primer inconveniente obedece a que el contexto en el que se han de producir las delincuencias es el de un conflicto armado, interno o internacional, conceptos claramente más restrictivos que los previstos por el Estatuto de Roma en la norma citada y que mantienen el problema ya referido de la actual regulación.

El segundo inconveniente de la norma que se prevé en el proyecto de Código Penal de Costa Rica es que considera crímenes de guerra la obstrucción de auxilio humanitario (artículo 217, sancionado con 2 a 5 años de prisión), simulación de signos de protección (artículo 218, 2 a 6 años de prisión), omisión de socorro en conflicto armado (artículo 219, con la misma pena anterior), medios prohibidos de guerra (artículo 220, con igual pena), ataque a bienes protegidos (artículo 221, con 2 a 8 años de prisión), ataque a bienes e instalaciones sanitarias (artículo 222, con la misma pena anterior), conductas todas que, si las comparamos con las previstas en el Estatuto de Roma, resultan claramente insuficientes.

Esa carencia actualmente se subsana, aunque sea de manera parcial, con la remisión que realiza el citado artículo 378 del Código Penal vigente; sin embargo, en el proyecto de Código Penal no se mantiene tal remisión y, como se ve, los supuestos que ahí se describen son deficitariamente diversos con relación a los del artículo 8 del Estatuto. Especialmente por cuanto se obvia el contexto en el cual se considera estar en presencia de crímenes de guerra, según el Estatuto, y se asume una posición injustificadamente más restrictiva.

#### ***IV. Agresión***

En lo que corresponde al delito de agresión, existe una vertiente propia del derecho penal interno, para lo cual haríamos alusión al tipo penal de agresión (con armas o calificada).<sup>58</sup> Sin embargo, dentro del contexto que aquí interesa, hemos de centrar nuestra atención en aquellas figuras que tienen trascendencia en el ámbito internacio-

---

se hace referencia específica tanto a las Convenciones de Ginebra y a sus protocolos adicionales, como al Estatuto de Roma.

<sup>58</sup> El artículo 140 del Código Penal prevé el delito de agresión con armas: “Será reprimido con prisión de dos a seis meses el que agrediere a otro con cualquier arma u objeto contundente, aunque no causare herida, o el que amenazare con arma de fuego. Si concurriere alguna de las circunstancias previstas en el homicidio calificado o en el estado de emoción violenta, la pena aumentará o disminuirá en un tercio respectivamente, a juicio del juez”. Y el artículo siguiente sanciona la agresión calificada: “Si la agresión consistiere en disparar un arma de fuego contra una persona sin manifiesta intención homicida, la pena será de seis meses a un año de prisión. Esta pena se aplicará aun en el caso de que se causare una lesión leve. Si concurriere alguna de las circunstancias previstas en el homicidio calificado o en estado de emoción violenta, la pena respectiva se aumentará o disminuirá a juicio del Juez”.

nal y que constituyen el delito de agresión como se concibe dentro del derecho internacional penal.<sup>59</sup>

La correspondencia en el derecho penal costarricense lleva a varios tipos penales. Principalmente, el tipo del derecho penal sustantivo nacional que encuentra su correlato con la previsión internacional es el de *actos hostiles*. Se halla previsto en el artículo 282 del Código Penal de la siguiente forma: “Será reprimido con prisión de uno a seis años el que, por actos materiales de hostilidad no aprobados por el gobierno nacional, provoque inminente peligro de una declaración de guerra contra la nación, exponga a sus habitantes a experimentar vejaciones por represalias en sus personas o en sus bienes o alterare las relaciones amistosas del gobierno costarricense con un gobierno extranjero”.

Esta figura es armónica no solo con la tradición en cuanto al manejo de las relaciones exteriores de Costa Rica, que, además, en 1983 declaró su neutralidad activa y no armada,<sup>60</sup> sino que es consecuente con la previsión constitucional contenida en el artículo 12 de la Carta Magna, que dispone: “Se proscribire el Ejército como institución permanente. Para la vigilancia y conservación del orden público, habrá las fuerzas de policía necesarias. Sólo por convenio continental o para la defensa nacional podrán organizarse fuerzas militares; unas y otras estarán siempre subordinadas al poder civil: no podrán deliberar, ni hacer manifestaciones o declaraciones en forma individual o colectiva”.

La carencia de un ejército permanente desde hace más de medio siglo, la declaratoria de neutralidad y la previsión en el orden penal, como delito, de los actos hostiles, conforman un cuadro armónico y consecuente de lo que el legislador, el gobernante y el constituyente quieren que sea el norte de la conducta del país ante la comunidad internacional. De ahí que pueda afirmarse que la figura de la agresión, tal como se la conoce en el ámbito internacional, encuentra su par más próximo en el derecho interno con el nombre de *actos hostiles*, y puede ser complementada con la figura de *violación de tregua* prevista en el artículo 283 del Código Penal vigente, que sanciona al que viole una tregua o armisticio acordado entre la Nación y un país enemigo o entre sus fuerzas beligerantes, con pena de uno a seis años de prisión. Ambas figuras se refunden en una sola, pero se mantienen en el último proyecto de Código Penal, en su artículo 351, con idéntica formulación.

Debe hacerse notar, no obstante, que el bien jurídico tutelado en el ámbito interno es la paz y seguridad de la Nación, no necesariamente el desarrollo armónico de las relaciones internacionales, como es de esperar en la figura de la agresión dentro del derecho

---

<sup>59</sup> A mayor abundamiento véase, entre muchos otros: Nina Jorgensen: “The responsibility of States for International Crimes”, Oxford University Press, Oxford, 2000.

<sup>60</sup> Esta declaración fue motivada principalmente para enfrentar las fuertes presiones del entonces gobierno Reagan de los Estados Unidos para involucrar al país en los actos hostiles de contrainsurgencia que llevaba a cabo dicha potencia contra el gobierno sandinista de Nicaragua.

penal internacional. Igualmente, el tipo penal denominado *actos hostiles* sanciona actos materiales de hostilidad *no aprobados por el gobierno; sensu contrario*, si son aprobados por el gobierno serían actos de agresión internacionalmente considerados ilícitos, pero atípicos dentro del ordenamiento penal nacional. Por ello es posible afirmar que no hay una identidad plena entre ambas figuras y se produce una laguna de punición.

### C. Principios para la aplicación del poder punitivo nacional

Respecto del ámbito territorial y personal del poder punitivo nacional, referido a la persecución de crímenes internacionales, hemos de hacer alusión igualmente, a las previsiones del Código Penal costarricense.

#### I. Principios de conexión para el poder punitivo nacional

Concretamente, el principio de territorialidad tiene su manifestación positiva de la relación existente entre los artículos 6 de la Constitución Política y el artículo 4 del Código Penal. La primera norma, de rango jerárquicamente prevalente, dispone:

El Estado ejerce la soberanía completa y exclusiva en el espacio aéreo de su territorio, en aguas territoriales en una distancia de doce millas a partir de la línea de bajamar a lo largo de sus costas, en su plataforma continental y en su zócalo insular de acuerdo con los principios de Derecho Internacional. Ejerce además, una jurisdicción especial sobre los mares adyacentes a su territorio en una extensión de doscientas millas a partir de la misma línea, a fin de proteger, conservar y explotar con exclusividad todos los recursos y riquezas naturales existentes en las aguas, el suelo y el subsuelo de esas zonas, de conformidad con aquellos principios.

Por su parte el artículo 4 del Código Penal, siguiendo la misma línea y definiendo el ámbito territorial de la aplicación de la ley penal costarricense, preceptúa:

La ley penal costarricense se aplicará a quien cometa un hecho punible en el territorio de la República, salvo las excepciones establecidas en los tratados, convenios y reglas internacionales aceptados por Costa Rica. Para los efectos de esta disposición se entenderá por territorio de la República, además del natural o geográfico, el mar territorial, el espacio aéreo que los cubre y la plataforma continental. Se considerará también territorio nacional las naves y aeronaves costarricenses.

Que se complementa con lo dispuesto en el numeral 6, inciso 1, del mismo cuerpo normativo cuando dispone:

Podrá incoarse proceso por hechos punibles cometidos en el extranjero y en ese caso aplicarse la ley costarricense, cuando: 1) Produzcan o puedan producir sus resultados en todo o en parte, en el territorio nacional [...].

Con base en lo anterior puede afirmarse que, al igual que la mayoría de los sistemas penales, la territorialidad de la ley penal costarricense es la regla general; sin embargo, admite algunas excepciones.

Una de ellas se halla en la regulación del principio de personalidad activa. Está previsto en el mismo cuerpo normativo, solo que en el artículo 6 inciso 2, aunque no

de manera estricta, toda vez que dicha norma dispone que la ley penal nacional es aplicable, si el hecho ha ocurrido fuera del territorio nacional, cuando haya sido cometido por personas al servicio de Costa Rica y no hubieren sido juzgadas en el lugar de comisión del hecho, en virtud de inmunidad diplomática o funcional. No se distinga nacionalidad del sujeto activo, pero en caso de que este sea costarricense, podríamos considerar que nos hallamos en presencia del supuesto que corresponda a dicho principio.<sup>61</sup>

Otra de las excepciones al principio de territorialidad de la ley penal nacional se refiere al principio de personalidad pasiva. Se encuentra regulado en el ordenamiento costarricense, en el mismo Código Penal, en el ya citado artículo 6, inciso 3, que dispone: “Podrá incoarse proceso por hechos punibles cometidos en el extranjero y en ese caso aplicarse la ley costarricense, cuando: [...] 3) Se perpetraren contra algún costarricense o sus derechos [...]”.

No sucede lo mismo con el principio de justicia penal supletoria (que en Alemania prevé el § 7 II del StGB), toda vez que no existe actualmente una disposición similar en el ordenamiento interno de Costa Rica.<sup>62</sup>

La posibilidad de juzgar un hecho cometido en el exterior, por extranjeros en perjuicio de extranjeros y fuera de los supuestos de los principios real o de protección y del de justicia universal, no encuentra una norma específica que lo prevea. Es decir, el principio de justicia penal supletoria o por representación no está hoy en día previsto en el derecho penal nacional costarricense.

El actual estado de cosas podría variar si se aprobara el proyecto de Código Penal, que lo preceptúa de manera amplia e irrestricta en el artículo 7 inciso 5, sin que se conozcan las razones de política criminal que justifiquen su introducción. La norma propuesta dispone, en lo que interesa: “Puede incoarse proceso por conductas punibles cometidas en el extranjero y, en este caso se aplica la ley costarricense, cuando: [...] 5) Fuere denegada la solicitud de extradición”.

Si el actual sistema penal se muestra claramente insuficiente para atender la actual demanda, no comprendemos cuáles son las razones de política criminal que justifican la introducción del principio de justicia penal supletoria de una forma irrestricta y frente a cualquier solicitud de extradición denegada, sin importar el delito que se persiga.

El principio de justicia universal, por su parte, se enuncia en el artículo 7 del Código Penal. Está previsto en tal norma que, independientemente de las disposiciones vigentes en el lugar de la comisión del hecho punible y de la nacionalidad del

---

<sup>61</sup> Cf. Mora Mora y Navarro Solano, 1995, p. 95. En esa ocasión, haciendo eco de la sentencia 53-89 de la Sala Constitucional y la 717-90 del mismo órgano, sostenían tales autores con relación al ya derogado Código de Procedimientos Penales, que este no preveía la posibilidad del principio de nacionalidad activa.

<sup>62</sup> Con el mismo argumento Mora Mora y Navarro Solano rechazan igualmente la existencia del principio de justicia por representación en el ordenamiento penal costarricense.

autor, sancionará conforme a la ley costarricense a quienes cometan “actos de piratería, genocidio, falsifiquen monedas, títulos de crédito, billetes de banco y otros efectos al portador; tomen parte en la trata de esclavos, mujeres o niños; se ocupen del tráfico de estupefacientes o publicaciones obscenas y a quienes cometan otros hechos punibles contra los derechos humanos previstos en los tratados suscritos por Costa Rica, o en dicho Código”.

A la remisión que realiza el legislador costarricense en los artículos 378 y 379 del Código Penal <sup>63</sup> se le suma no solo una serie de figuras delictivas que expresamente se citan en el artículo 7 del mismo cuerpo normativo, sino que además se deja abierta la posibilidad de aplicación a otras figuras contenidas en dicho Código que tengan por propósito la tutela de derechos humanos, con lo que la gama de delitos por los cuales es posible aplicar el principio de justicia universal en Costa Rica se amplía considerablemente.

Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en España o en Finlandia,<sup>64</sup> existe una norma expresa en el mismo Código Penal <sup>65</sup> que limita la aplicación de dicho principio a la presencia del acusado en territorio nacional.

Como vemos, todos estos principios se encuentran regulados por el derecho penal material. La única especialidad referida a los delitos internacionales sería la referencia, por remisión de los artículos 378 y 379 del actual Código Penal a los tratados que tutelan los derechos humanos y al derecho internacional humanitario a efectos de aplicar el principio de justicia universal; sin embargo, en lo que toca a los otros criterios de aplicación extraterritorial de la ley penal costarricense, no hay una referencia específica a este tipo de criminalidad en la legislación nacional.

La exigencia de punibilidad en el lugar del hecho parecería diluirse en tanto la norma contenida en el artículo 7 del actual Código Penal considera que para sancionar dichas conductas (cometidas en el exterior) se estará a la previsión de la ley costarricense.

---

<sup>63</sup> Y que ya de por sí nos refiere a una serie de tratados tan variados como las Convención sobre la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio de 1948, las Convenciones de Ginebra de 1949, las de Alta Mar de 1958 y 1982, las de Tráfico Internacional de Drogas de 1961, 1971, 1972, la de La Haya de 1970, la de Montreal de 1971, contra el Apartheid de 1973, la Convención Contra la Tortura de 1984, el Convenio Internacional contra los Mercenarios de 1989, la Convención Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas de 1998, Convención Americana de Extradición, la Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico Ilícito de Armas de Fuego, y el propio Estatuto de Roma, por citar algunas.

<sup>64</sup> El artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en España no requiere la presencia del acusado en su territorio a efectos de la aplicación del principio de justicia universal; lo mismo sucede con la práctica finlandesa en ese sentido, que es muy amplia.

<sup>65</sup> Que en el artículo 8 dispone: “Para que los delitos a que se contrae el artículo 5º sean perseguibles en Costa Rica, se requiere únicamente la acción del Estado. En los contemplados en los artículos 6º y 7º, es necesario que el delincuente esté en el territorio nacional. Además en los casos del artículo 6º, se precederá con la simple querrela del ofendido y en los del artículo 7º sólo podrá iniciarse la acción penal, mediante instancia de los órganos competentes”.

## II. *Obligación de persecución o discrecionalidad de persecución*

Desde el punto de vista procesal, en Costa Rica, con la puesta en vigencia del actual Código Procesal Penal, se introduce el principio de oportunidad reglado.<sup>66</sup> Sin embargo, antes de cualquier consideración en ese sentido es necesario hacer algunas precisiones.

Inicialmente el numeral 16 del Código Procesal Penal diferencia entre delitos de acción pública o privada. Esta norma preceptúa en su párrafo I: “La acción penal será pública o privada. Cuando sea pública, su ejercicio corresponderá al Ministerio Público, sin perjuicio de la participación que este Código concede a la víctima o a los ciudadanos”.

Los delitos de acción pública pueden iniciarse de oficio por el Ministerio Público<sup>67</sup> o por una denuncia que se le haga llegar. También existen delitos de acción pública que requieren la instancia del afectado para iniciar el proceso: se denominan delitos de acción pública perseguibles a instancia privada. De acuerdo con el artículo 18 del Código Procesal Penal:

Son delitos de acción pública perseguibles a instancia privada:

- a) Las relaciones sexuales consentidas con una persona mayor de doce años y menor de quince, el contagio de enfermedad y la violación; en este último caso, cuando la persona ofendida sea mayor de quince años y no se halle privada de razón o esté incapacitada para resistir.
- b) Las agresiones sexuales, siempre que no sean agravadas ni calificadas.
- c) Las lesiones leves y las culposas, el abandono de personas, la ocultación de impedimentos para contraer matrimonio, la simulación de matrimonio, las amenazas, la violación de domicilio y la usurpación.
- d) El incumplimiento del deber alimentario, del deber de asistencia y el cumplimiento o abuso de la patria potestad.
- e) Cualquier otro delito que la ley califique como tal.

Y finalmente están los delitos de acción privada.

Son delitos de acción privada:

- a) Los delitos contra el honor;
- b) La propaganda desleal;
- c) Cualquier otro delito que la ley califique como tal.

---

<sup>66</sup> Cf. Fernando Cruz Castro, 1991, p. 32; Winfried Hassemmer, 1993, p. 10; Daniel González Álvarez, 1996, pp. 75-84; Luis Chang Pizarro, 1998.

<sup>67</sup> Clarifica el artículo 2 de la Ley Orgánica del Ministerio Público cuál es su función dentro del proceso penal. Tal norma dispone: “El Ministerio Público tiene la función de requerir ante los tribunales penales la aplicación de la ley, mediante el ejercicio de la acción penal y la realización de la investigación preparatoria en los delitos de acción pública. No obstante, cuando la ley lo faculte, previa autorización del superior, el representante del Ministerio Público podrá solicitar que se prescinda, total o parcialmente, de la persecución penal, que se limite a alguna o varias infracciones o alguna de las personas que participaron en el hecho. Deberá intervenir en el procedimiento de ejecución penal, en la defensa civil de la víctima cuando corresponda y asumir las demás funciones que la ley le asigne”.

Es lo que dispone el artículo 19 del Código Procesal Penal.

Como vemos, ni el delito de tortura, ni el de genocidio, ni la figura denominada “Crímenes de Guerra” prevista en el artículo 378 del Código Penal y el ya tantas veces citado artículo 379 referido a los “Crímenes de lesa humanidad” o el de “Actos Hostiles” se encuentran dentro de alguno de dichos supuestos. Por lo tanto, es dable afirmar que se trata de un delito de acción pública, perseguible consecuentemente de oficio por el Ministerio Público en Costa Rica. De hecho, las excepciones a la persecución de oficio estarán dadas por la ley de forma concreta para cada figura o deberán encontrarse entre los supuestos de las normas transcritas.

El artículo 8 del Código Penal establece que para que los delitos que sean cometidos en el extranjero y que atenten contra la seguridad interior o exterior del Estado, su economía, sean cometidos contra la administración pública, por funcionarios a su servicio, sean o no costarricenses (descritos en el artículo 5 del mismo cuerpo normativo), puedan ser perseguibles, se requiere únicamente la acción del Estado. En otras palabras, son delitos de acción pública según la terminología procesal.

También son perseguibles como delitos de acción pública, a tenor de lo que establece el párrafo II del mismo artículo 8 de la normativa penal nacional, los delitos cometidos en el extranjero que produzcan o puedan producir sus resultados en todo o en parte en el territorio nacional, que hayan sido cometidos por personas al servicio del país y no hubieren sido juzgados en el lugar de comisión del hecho en virtud de inmunidad diplomática o funcional o se trate de la aplicación del principio de personalidad pasiva (supuestos previstos en el artículo 6 del Código Penal) y en aquellos en los que es aplicable el principio de justicia universal (ya descritos cuando se hacía referencia a este tema y que contiene el artículo 7 del Código Penal). La única condición para el ejercicio de la acción pública en esta clase de delincuencia es la presencia del acusado en territorio nacional.

En cuanto al primer grupo, el párrafo *in fine* del artículo 8 del Código Penal preceptúa que se procederá a su persecución con la simple querrela del ofendido. Esto podría hacernos pensar que se trata de un delito de acción pública perseguible a instancia privada, aunque no podemos obviar que se trata de una norma anterior a la procesal (el código Penal data de 1970 y el Código Procesal Penal de 1996) y que dichos delitos no se incluyen en el artículo 18 de este último cuerpo normativo (norma ya transcrita que enuncia los delitos de acción pública perseguibles a instancia privada) ni tienen la característica de esta clase de delitos como para que requieran exclusivamente la instancia del ofendido, por lo que es posible afirmar que el Ministerio Público en estos casos puede actuar de oficio.

A esta última conclusión se puede llegar respecto de los delitos en los que cabe la aplicación del principio de justicia universal (descritos en el artículo 7 del Código Penal). Al respecto, el artículo 8 del mismo cuerpo normativo indica que el inicio de

la acción penal será mediante instancia de los órganos competentes, esto es, el Ministerio Público, que además es posible ampliar a la Procuraduría General de la República (artículos 1 y 3 incisos *a* y *d* de la Ley Orgánica de este órgano consultivo de la Administración Pública). No es dable interpretar que es excluyente uno del otro, toda vez que claramente la normativa procesal penal y la orgánica funcional del órgano acusador (Ministerio Público) claramente le otorga tal función. La ley Orgánica de la Procuraduría General de la República amplía y no excluye en modo alguno que el Ministerio Público pueda de oficio iniciar el proceso penal.

El principio de oportunidad reglado, como excepción a la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, que regula el artículo 22 del Código Procesal Penal, podría tener alguna afectación respecto de las delincuencias que acá interesan.

Decimos *alguna* porque, dentro de los supuestos contenidos en dicha norma, se prevé el caso de asuntos de delincuencia organizada, criminalidad violenta, delitos graves o de tramitación compleja cuando el imputado colabore con la investigación de forma eficaz y brinde información esencial para evitar que continúe el delito o se perpetren otros, ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos o proporcione información útil para probar la participación de otros imputados, siempre que la conducta del colaborador sea menos reprochable que los hechos punibles cuya persecución facilita o cuya continuación evita; todo a tenor de lo que prevé el inciso *b* de la norma referida. Como vemos, no hay una exclusión de la aplicación de este supuesto a los delitos previstos en el Estatuto de Roma y que tiene su correlato en el orden jurídico penal interno.

Otro supuesto sería el del sufrimiento del imputado a consecuencia del hecho, de daños físicos o morales graves que tornen desproporcionada la aplicación de una pena, tal como está previsto en el inciso *c* del mismo artículo 22 del Código Procesal Penal.

Finalmente, también se puede aplicar el criterio de oportunidad cuando la pena o medida de seguridad que deba imponerse por el hecho o la infracción de cuya persecución se prescinde carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad que debe esperarse por los restantes hechos o infracciones. En estos últimos casos podrá prescindirse de la extradición activa y concederse la pasiva. Esto lo contiene el inciso *d* de la misma norma.

Si bien es cierto que los delitos que aquí interesan tienen su gravedad, podría optarse por no perseguirlos en Costa Rica si revisten aún mayor gravedad en otro país, prescindiéndose de la persecución para conceder la extradición o prescindiendo incluso de la solicitud de extradición.

En general, la aplicación de criterios de oportunidad se da en casos excepcionales, por lo que en esta clase de delincuencia, dada la gravedad que reviste, es más improbable que se aplique.

## D. Presupuestos generales de punibilidad y exenciones de pena

En este aparte haremos una comparación de los presupuestos generales de punibilidad y exención de pena entre las previsiones del Estatuto de Roma y el actual y proyectado ordenamiento penal en Costa Rica con relación a los crímenes internacionales. De forma resumida, en la medida en que ello sea posible, trataremos de hacer este paralelismo entre la parte general que contiene el Estatuto de Roma y su regulación nacional con respecto a este tipo de delincuencia en particular y su incidencia respecto de las previsiones de dicho Estatuto.

### I. *Presupuestos generales de punibilidad y exenciones de pena en comparación con el Estatuto de Roma*

La regulación del dolo, prevista en el Estatuto de Roma en el artículo 30, halla su correlato interno. Obviamente, hemos de hacer primero alusión a la Constitución Política y en segundo término, pero no menos relevante, a la forma como se regula en el Código Penal.

El artículo 39 constitucional<sup>68</sup> establece como uno de los fundamentos del sistema penal el principio de culpabilidad. Este se desarrolla con mayor amplitud en el artículo 30 del Código Penal, donde se hace el enunciado general del principio de culpabilidad de la siguiente forma: “Nadie puede ser sancionado por un hecho expresamente tipificado en la ley si no lo ha realizado con dolo, culpa o preterintención”.

A diferencia de España, por ejemplo, donde se maneja el concepto de *imprudencia*, en Costa Rica se parte de un concepto “amplio” de culpabilidad, que envuelve tanto a dicho concepto como al de preterintención y al de dolo. La culpa, entendida como violación a un deber objetivo de cuidado, es la que se entiende en la jurisprudencia penal como la forma “estricta”.

La definición de dolo que maneja el Código Penal queda establecida en el artículo 31, con un énfasis más en el aspecto volitivo que en el propiamente referido al tipo penal. Para el legislador costarricense obra con dolo quien quiere la realización del hecho tipificado, así como quien la acepta, previéndola por lo menos como posible. En términos generales no difiere del enunciado en el artículo 30 del Estatuto de Roma.

Precisamente, esa previsibilidad y aceptación de la posibilidad de producción del resultado (últimas frases que contiene la norma penal nacional) sirven de sustento a la jurisprudencia para aceptar el dolo eventual dentro del ordenamiento<sup>69</sup> penal costarricense.

---

<sup>68</sup> Véase la última cita de la nota 4.

<sup>69</sup> La Sala de Casación Penal ha mantenido una posición consistente con dicho razonamiento; bástenos citar al respecto los votos n<sup>os</sup> 1202-97 de las 9:30 horas del 7 de noviembre de 1997 y 589-2000 del 6 de junio de 2000.

Los elementos cognitivos y volitivos que le son exigibles al superior jerárquico para determinar su responsabilidad penal, que bien desarrolla el artículo 28 del Estatuto de Roma, encuentran también su correspondencia, si bien no tan puntual como en la norma convencional, en el artículo 36 inciso *b* del Código Penal. Esta norma dispone que para que opere la causa de exclusión negativa de la punibilidad de la obediencia debida, la orden que dimane de la autoridad competente debe cumplir con los requisitos formales y materiales que exige la ley, el agente debe estar jerárquicamente sujeto a la autoridad del superior, y dicho mandato no debe constituir de manera manifiesta una infracción punible.

Si bien tal disposición se acerca más a la contenida en el artículo 33 del Estatuto de Roma, queda implícito que el superior jerárquico es responsable penalmente no solo por una acción exigible a título de culpa (imprudencia o falta al deber objetivo de cuidado) sino también de manera dolosa, lo que en todo caso dependerá del tipo subjetivo del ilícito penal que se le atribuya.<sup>70</sup> Incluso si la orden es “evidentemente una infracción punible” no es posible acogerse al supuesto de *obediencia debida*, y este sería precisamente uno de los casos en que tanto quien emite la orden como quien la recibe y ejecuta son penalmente responsables. En todo caso, no existe en el ámbito interno un desarrollo tan puntual de dicho aspecto (responsabilidad penal de los jefes y otros superiores) como el contenido en el Estatuto de Roma.

La responsabilidad penal por omisión existe dentro del sistema penal nacional<sup>71</sup> en tanto en la figura penal específica exista una previsión concreta en ese sentido, no como un enunciado general aplicable a cualquier delincuencia.

En lo que respecta a las disposiciones contenidas en el artículo 25 del Estatuto, necesariamente hemos de hacer referencia al hecho de que el grado de participación requerido en el orden nacional para exigir responsabilidad penal es más estricto que el propuesto en la norma convencional.

Si nos referimos, por ejemplo, al caso del artículo 25, párrafo 3, inciso *b* de dicho cuerpo normativo, en el ordenamiento penal nacional la simple “proposición” de un crimen (tentado o consumado) no sería punible, excepto que esa misma persona participe en la comisión posterior de dicha ilicitud o que se asimile a la figura de la “instigación”.<sup>72</sup> Los demás presupuestos del mencionado artículo del Estatuto de Roma sí hallan su correlato en el sistema penal costarricense.

<sup>70</sup> El artículo 378 del Código Penal, referido a los crímenes de guerra, sanciona de forma directa a quien ordena cometer actos de los que ahí se describen y que se considera tienen tal carácter.

<sup>71</sup> Artículos 18 y 19 del Código Penal. El primero dispone: “El hecho punible puede ser realizado por acción o por omisión. Cuando la ley reprime el hecho en consideración al resultado producido, responderá quien no lo impida si podía hacerlo, de acuerdo con las circunstancias, y si debía jurídicamente evitarlo”. Y en el artículo 19 se indica: “El hecho se considera realizado en el momento de la acción u omisión, aun cuando sea otro el momento del resultado”.

<sup>72</sup> Que se encuentra previsto en el artículo 46 del Código Penal de Costa Rica: “Son instigadores, quienes intencionalmente determinen a otro a cometer el hecho punible”. Y que en todo caso parecería que es algo más que la simple “propuesta” de cometer un delito.

En lo que toca a las causas eximentes de responsabilidad (legítima defensa y estado de necesidad), el criterio de “razonabilidad en el medio de defensa empleado” que maneja el artículo 31 párrafo 1, *c*, del Estatuto, en alguna medida se asemeja al del artículo 28 inciso *b* del Código Penal de Costa Rica, que se refiere a la “necesidad razonable del medio empleado”, enunciado que se mantiene en el proyecto de Código Penal en su artículo 27. Sin embargo, la norma de derecho penal nacional, a diferencia de su par en el Estatuto de Roma, no prevé la posibilidad de encontrarse ante el supuesto de legítima defensa cuando se trate de proteger un “bien que fuese esencial para realizar una misión militar”, aunque sí cabe la legítima defensa de un tercero o de los derechos de aquel.

El estado de necesidad, según se describe en el artículo 31, párrafo 1, *d*, del Estatuto de Roma, coincide en términos generales con la previsión del artículo 27 del Código Penal, que se refiere también a dicha figura. Esta norma, que se mantiene incólume en el artículo 26 del proyecto de Código Penal, dispone:

No comete delito el que, ante una situación de peligro para bien jurídico propio o ajeno, lesiona otro, para evitar un mal mayor, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- a) Que el peligro sea actual o inminente;
- b) Que no lo haya provocado voluntariamente; y
- c) Que no sea evitable de otra manera.

Si el titular del bien que se trata de salvar, tiene el deber jurídico de afrontar el riesgo, no se aplicará lo dispuesto en este artículo.

A pesar de usar una redacción diferente, los requisitos para que opere esta causa de exclusión negativa de punibilidad son iguales en el ordenamiento nacional y en el Estatuto de Roma.

No ocurre lo mismo respecto de las previsiones relativas al error. Si bien es cierto que el Estatuto de Roma (artículo 32) y el Código Penal Costarricense (artículos 34 y 35)<sup>73</sup> contienen la misma distinción entre error de hecho y error de derecho (ya superada desde hace algún tiempo por la doctrina), el supuesto contenido en la norma convencional es más amplio.

En el Estatuto de Roma, a pesar de la contradictoria redacción, si el error hace desaparecer el dolo o la culpa (recordemos que a esta última en el ámbito nacional se la conceptúa como falta al deber objetivo de cuidado), puede eximir de responsabilidad penal. En el orden penal nacional, sin embargo, la “exclusión de la intencionali-

---

<sup>73</sup> Artículo 34: No es culpable quien, al realizar el hecho, incurre en error sobre algunas de las exigencias necesarias para que el delito exista, según su descripción. No obstante, si el error proviene de culpa, el hecho se sancionará sólo cuando la ley señale pena para su realización a tal título. Las mismas reglas se aplicarán respecto de quien supone erróneamente la concurrencia de circunstancias que justificarían el hecho realizado.

Artículo 35: “No es culpable, el que por error invencible cree que el hecho que realiza no está sujeto a pena. Si el error no fuere invencible, la pena prevista para el hecho podrá ser atenuada, de acuerdo con lo que establece el artículo 79”.

dad” no exime del todo de responsabilidad penal si se está ante un delito doloso y el error es vencible (error de prohibición vencible o, lo que es lo mismo, en el caso del llamado error de derecho).<sup>74</sup>

En Costa Rica la mayoría de edad penal se adquiere a partir de los 18 años. En esto coinciden el artículo 26 del Estatuto de Roma y el 17 del Código Penal nacional. Esta última norma preceptúa: “Este Código se aplicará a las personas de dieciocho años cumplidos”, previsión que se mantiene en términos generales en el numeral 15 del Código Penal proyectado.

De dichas normas también se concluye que la responsabilidad penal dentro del sistema penal costarricense es individual, como se prevé en el artículo 25, inciso 1, del Estatuto de Roma.

Por su parte, y en lo que toca a la idea del legislador costarricense acerca de la función de la pena, el artículo 51 del Código Penal dispone: “La pena de prisión y las medidas de seguridad se cumplirán en los lugares y en la forma en que una ley especial lo determine, de manera que ejerzan sobre el condenado una acción rehabilitadora. Su límite máximo es de cincuenta años”.

Obviamente tal proposición resulta un tanto contradictoria, si por un lado se quiere ejercer una función rehabilitadora por parte del Estado<sup>75</sup> a través del sistema penal y por otro se establece un límite máximo de la pena elevado hasta medio siglo de prisión.

Esta dicotomía tiene su explicación en el hecho de que el límite máximo fue llevado hasta ese extremo en 1994 (ley 7.338 de 22 de abril), o sea, 24 años después de haber sido emitido el actual Código Penal, en una involución motivada por una reacción legislativa de momento. Afortunadamente esto se ha tratado de corregir en el proyecto de Código Penal, rebajando la pena máxima a 35 años de prisión (artículo 45) e introduciendo una serie de penas alternativas que sustituyen a la de prisión y multa, que actualmente son las que prevalecen. Este será uno de los aspectos que sin duda merecerán mayor atención cuando el proyecto se someta a discusión en la Asamblea Legislativa.

No existe un plazo de prescripción específico para los crímenes internacionales en la legislación interna. Esto nos llevaría a la regulación procesal que determina los plazos de prescripción, de forma que, conforme al artículo 31 del Código Procesal Penal, si no se ha iniciado la persecución penal, la acción prescribirá: “a) Después de transcurrido un plazo igual al máximo de la pena, en los delitos sancionables con prisión; pero, en ningún caso, podrá exceder de diez años ni ser inferior a tres; b) A los dos años, en los delitos sancionables sólo con penas no privativas de libertad y en las faltas y contravenciones”.

---

<sup>74</sup> Acerca de la regulación del error en el Derecho Penal costarricense: Alfredo Chirino y Mario Houed, 1994; y Carlos Chinchilla, 1996.

<sup>75</sup> Una crítica muy interesante a esta función la encontramos en Luigi Ferrajoli, 1998, p. 484.

Esto se complementa en el artículo 32, que establece que los plazos de prescripción se registrarán por la pena principal prevista en la ley y comenzarán a correr para las infracciones consumadas desde el día de la consumación; para las tentativas, desde el día en que se efectuó el último acto de ejecución, y para los delitos continuados o de efectos permanentes, desde el día en que cesó su continuación o permanencia.

Si el proceso se ha iniciado, los plazos descritos en el artículo 31 se reducen a la mitad, según lo que prevé el artículo 33; además, el plazo de prescripción es renunciable por el imputado (artículo 35 del mismo cuerpo normativo penal procesal).

No obstante la regulación general en materia de prescripción, en virtud del carácter jurídicamente prevalente de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes contra la Humanidad y del Estatuto de Roma (artículo 29) por sobre la legislación ordinaria, a tenor de lo analizado al inicio con relación a las resoluciones de la Sala Constitucional<sup>76</sup> y el artículo 7 de la Constitución Política, en lo que toca a este tipo de delincuencia ha de estarse a las normas convencionales para concluir acerca de su imprescriptibilidad.

De hecho así se ha analizado en el propuesto Código Penal, artículo 10, párrafo *in fine*, que dispone: “Es imprescriptible la acción penal y la pena, tratándose de conductas punibles contra el Derecho Internacional Humanitario; de terrorismo; de genocidio; de tráfico ilícito de personas, órganos, materiales anatómicos, u óvulos fecundados en cualquier etapa de desarrollo; y de promoción o explotación sexual de menores de edad”.

Aun así, y a pesar de la buena voluntad, se trata de una previsión incompleta. La regulación propuesta en materia de imprescriptibilidad confunde los delitos del derecho internacional humanitario y los delitos contra la humanidad, que son diferentes y que en todo caso son imprescriptibles, ambos, en el derecho internacional penal.

La prohibición de retroactividad descrita en los artículos 22 y 24 del Estatuto de Roma para los crímenes internacionales se reitera en el orden penal interno. De hecho, como se mencionó en la introducción de este trabajo, es uno de los pilares que en el plano constitucional le dan sustento al ordenamiento penal costarricense<sup>77</sup> y se encuentra regulado en el ya transcrito artículo 39 constitucional.

En lo que respecta al principio *non bis in ídem* en materia de crímenes internacionales, previsto actualmente en el artículo 20 del Estatuto de Roma,<sup>78</sup> el Código Penal tiene una regulación diversa. De acuerdo con su artículo 9, carecen de valor de

---

<sup>76</sup> La Sala Constitucional de Costa Rica se ha pronunciado acerca de la constitucionalidad de la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad en el voto 230-96. Si bien se menciona solamente a los delitos de lesa humanidad, lo cierto es que la Convención tiene un alcance aún mayor y en todo caso es plenamente aplicable en Costa Rica.

<sup>77</sup> Véase nota 4.

<sup>78</sup> Acerca de este y otros principios generales de derecho penal en el Estatuto puede consultarse, entre otros muchos estudios: Kai Ambos, “Principios...”, 2000, p. 927; también del mismo autor: “Hacia...”, 1997; *El Estatuto...*, 1999; *La nueva justicia...*, 2000; *La nueva justicia...*, 2002.

cosa juzgada las sentencias penales extranjeras que se pronuncien acerca de los delitos que se cometan en territorio costarricense, atenten contra la seguridad interior o exterior o contra la economía del Estado, o sean cometidos contra la administración pública por funcionarios a su servicio, sean o no costarricenses (principio real o de protección).

Conforme al artículo 10 del Código Penal se le otorga el valor de cosa juzgada a la sentencia absolutoria referida a los delitos que produzcan o puedan producir sus resultados en el territorio nacional, hayan sido cometidos por personas al servicio de Costa Rica y no hubieren sido juzgadas en virtud de inmunidad diplomática o funcional, por delitos cometidos en perjuicio de algún costarricense o sus derechos; y aquellos en aplicación del principio de justicia universal (regulados en el artículo 7 del mismo cuerpo normativo, ya transcrito), entre los cuales cabe destacar los hechos punibles contra los derechos humanos previstos en los tratados suscritos por Costa Rica o en el mismo Código Penal. En otras palabras, se prohíbe la persecución penal de personas por crímenes internacionales cuando estas ya han sido declaradas inocentes por otro Estado con ocasión del mismo hecho.

Lo anterior implica que ya el ordenamiento nacional prevé una eventual confluencia de competencias (conflicto positivo) y renuncia a dicha persecución, con lo que la represión de tales conductas quedaría en manos del Tribunal Penal Internacional, si lo estima conveniente y de acuerdo con lo que le permite el artículo 17 del Estatuto.

Como se ve, la regulación nacional difiere de la del Estatuto de Roma. A pesar de lo impreciso y la confusión de términos que maneja el proyecto de Código Penal, se pretende variar el actual estado de cosas. De hecho, el artículo 10 del mencionado proyecto dispone en su primer párrafo: “En los delitos de carácter internacional señalados anteriormente, la sentencia penal extranjera tiene valor de cosa juzgada”.

Esta norma restringe su ámbito de aplicación únicamente a los delitos de carácter internacional que ahí se mencionan. No puede olvidarse que, además, el concepto de este tipo de delincuencia que se maneja en todo el proyecto de Código Penal se limita únicamente a los delitos del derecho humanitario.

## ***II. Otros presupuestos generales de la punibilidad y exenciones de pena relevantes para el castigo de crímenes internacionales***

A diferencia de lo que dispone de forma expresa el artículo 6.2 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda y su correlato en el Estatuto del Tribunal para la antigua Yugoslavia, no existe en el ordenamiento nacional ninguna norma que expresamente disponga, como en aquellos, que “el cargo oficial que desempeñe el inculpado, ya sea de Jefe de Estado o de Gobierno o de funcionario responsable del gobierno, no le eximirá de responsabilidad ni le atenuará la pena”. Por el contrario, se mantiene un fuero constitucional que protege de la persecución penal ordinaria y que obliga consecuentemente a un proceso de desafuero previo. Esto es así, al menos para

el presidente y los dos vicepresidentes de la República,<sup>79</sup> los diputados de la Asamblea Legislativa,<sup>80</sup> los magistrados propietarios del Poder Judicial<sup>81</sup> y los magistrados del Tribunal Supremo de Elecciones.<sup>82</sup>

Esta situación, lejos de adaptarse a lo que prevé el Estatuto de Roma en su artículo 27, se agrava con la norma propuesta en el proyecto de Código Penal enviado a la Asamblea Legislativa. El artículo 15, párrafos 3 y 4, crea un espacio de impunidad y mantiene de forma irrestricta el fuero actual: “No se aplicará la legislación penal a los jefes de Estado extranjeros que se encuentren en el territorio nacional y a los agentes diplomáticos de otros Estados y demás personas que gocen de inmunidad penal, según las convenciones internacionales aprobadas por Costa Rica. A los servidores públicos que conforme a la Constitución Política gocen de inmunidad, no se les aplicará la legislación penal mientras no se remueva ese fuero”.

Nuevamente, y como en muchos otros casos, la remisión hecha por la ley ordinaria a las convenciones internacionales y el carácter prevalente que tienen estas de acuerdo con el artículo 7 constitucional aseguran que se puedan atacar situaciones como la propuesta. De no estarse a una interpretación sistemática del ordenamiento,

---

<sup>79</sup> Artículo 151 constitucional que preceptúa: “El Presidente, los Vicepresidentes de la República o quien ejerza la Presidencia, no podrán ser perseguidos, ni juzgados sino después de que, en virtud de acusación interpuesta, haya declarado la Asamblea Legislativa haber lugar a formación de causa penal”.

<sup>80</sup> El artículo 10 constitucional dispone: “El Diputado no es responsable por las opiniones que emita en la Asamblea. Durante las sesiones no podrá ser arrestado por causa civil, salvo autorización de la Asamblea o que el Diputado lo consienta. Desde que sea declarado electo propietario o suplente, hasta que termine su período legal, no podrá ser privado de su libertad por motivo penal, sino cuando previamente haya sido suspendido por la Asamblea. Esta inmunidad no surte efecto en el caso de flagrante delito, o cuando el diputado la renuncia. Sin embargo, el Diputado que haya sido detenido por flagrante delito, será puesto en libertad si la Asamblea lo ordenare [...]”. Debe indicarse que desde la vigencia de la actual Constitución, que data de 1949, y a pesar de que no han sido infrecuentes las solicitudes de desafuero, no se conoce de caso alguno en que se le haya levantado a algún diputado. Igualmente y sobre este tema cf. Hernán Esquivel Salas, 1990.

<sup>81</sup> Para efectos aclaratorios, en Costa Rica los magistrados son 22 electos por el Poder Legislativo; el resto somos jueces, que no gozamos de ningún fuero. El artículo 121, cuando define las funciones del Poder Legislativo, confirma la existencia de dicho fuero para tales magistrados; concretamente tal cuerpo legislativo puede: “9) Admitir o no las acusaciones que se interpongan contra quien ejerza la Presidencia de la República, Vicepresidentes, miembros de los Supremos Poderes y Ministros Diplomáticos, declarando por dos terceras partes de votos del total de la Asamblea si hay o no lugar a formación de causa contra ellos, poniéndolos, en caso afirmativo, a disposición de la Corte Suprema de Justicia para su juzgamiento; 10) Decretar la suspensión de cualquiera de los funcionarios que se mencionan en el inciso anterior, cuando haya de procederse contra ellos por delitos comunes”.

<sup>82</sup> Órgano de carácter constitucional permanente y separado de los otros tres poderes de la República. La Constitución Política lo regula así: “Artículo 99. La organización, dirección y vigilancia de los actos relativos al sufragio, corresponden en forma exclusiva al Tribunal Supremo de Elecciones, el cual goza de independencia en el desempeño de su cometido. Del Tribunal dependen los demás organismos electorales”. Y el artículo 101 constitucional les otorga a sus magistrados un fuero frente a la persecución penal, que denomina *inmunidad*.

con referencia a las convenciones internacionales que regulan el tema, en la práctica judicial se puede llegar a resolver un asunto no solo en violación de tales instrumentos internacionales, sino, y consecuentemente, de las obligaciones asumidas por el país frente a la comunidad internacional.

La Sala Constitucional, en la consulta preceptiva de constitucionalidad del proyecto de aprobación del Estatuto de Roma (voto de 14:56 horas del 1 de noviembre de 2000), se pronunció específicamente sobre este punto. Sostuvo en aquella oportunidad dos posiciones relevantes: 1) que el fuero que cubre a los funcionarios ya aludidos no puede ser sobrevaluado al punto que impida la actuación de un tribunal como la Corte Penal Internacional, de forma tal que no se requiere esperar un pronunciamiento de la Asamblea Legislativa para iniciar procedimientos; 2) que esto no significa, sin embargo, que se autoriza el juzgamiento en ausencia, porque violenta el debido proceso como se concibe en Costa Rica. En todo caso, se considera que la norma correspondiente del Estatuto (artículo 27) es constitucional.

El artículo 121 constitucional, por su parte, confiere a la Asamblea Legislativa la potestad de dictar amnistías, con las siguientes restricciones: “Inciso 21) Otorgar por votación no menor de las dos terceras partes de la totalidad de sus miembros, amnistía e indulto generales por delitos políticos, con excepción de los electorales, respecto de los cuales no cabe ninguna gracia”.

Se requiere una votación calificada, lo que implica un consenso político en ese sentido, y solamente se concede por “delitos políticos”, que es una categoría dentro del Código Penal diversa en todo caso de los crímenes internacionales.<sup>83</sup> Esto nos lleva a concluir que no es posible conceder amnistías por esta clase de delincuencia.

A una conclusión parecida puede llegarse al centrar la atención en el indulto. El artículo 90 del actual Código Penal prevé: “El indulto, aplicable a los delitos comunes, implica el perdón total o parcial de la pena impuesta, por sentencia ejecutoria, o bien su conmutación por otra más benigna y no comprende las penas accesorias. El indulto sólo podrá ser concedido por el Consejo de Gobierno, el cual previamente a resolver, oír el criterio del Instituto de Criminología. Consultará también a la Corte Suprema de Justicia, únicamente cuando la solicitud de indulto se fundamente en una crítica a una sentencia judicial. Dichos organismos deberán pronunciarse en un término no mayor de treinta días naturales, y si no contestaren dentro de ese término, el Consejo de Gobierno podrá resolver lo que corresponda”.

---

<sup>83</sup> El Código Penal remite en su artículo 89 a la norma constitucional aquí citada, respecto de la regulación de la amnistía. A su vez, tal cuerpo normativo contempla en el título XII del libro segundo los delitos que califica como contra los poderes públicos y el orden constitucional, entre los que se incluyen la rebelión (artículo 294), la violación del principio de alternabilidad (artículo 295), la propaganda contra el orden constitucional (artículo 296), el motín (artículo 297), el menosprecio contra los símbolos nacionales (artículo 298), la conspiración para cometer rebelión (artículo 300), la seducción de fuerzas de seguridad (artículo 301) y la infracción al deber de resistencia (artículo 302).

La restricción de este instituto a los “delitos comunes” igualmente ha de interpretarse como excluyente respecto de la categoría de delitos internacionales. Por ello también es posible concluir que no es dable otorgar indulto por esta clase de delincuencia.

### **E. Diferencias procesales en los crímenes internacionales con respecto al “procedimiento normal”**

En términos generales, no puede afirmarse que en la persecución de los crímenes internacionales en el ordenamiento procesal penal costarricense exista un procedimiento diferenciado. Hay un proceso “ordinario”, en el cual la investigación preparatoria se encuentra a cargo del órgano persecutor (Ministerio Público), con el control de un juez de garantías, una etapa intermedia, una fase de juicio y otra de ejecución.

El Código Procesal Penal prevé, sin embargo, que cuando la tramitación de una causa sea compleja debido a la multiplicidad de hechos, el elevado número de acusados o de víctimas, o que se trate de delincuencia organizada, se podrá decretar (de oficio, por el tribunal) o solicitar (por el Ministerio Público) lo que el artículo 376 de dicho cuerpo normativo denomina “Procedimiento para asuntos de tramitación compleja”.

Los efectos principales que tiene esta declaratoria sobre el proceso son la extensión de los plazos para la prisión preventiva, para concluir la investigación preparatoria, el de la etapa intermedia, de juicio, de deliberación, para interponer y tramitar recursos.

Sin embargo, como se observa de la formulación de dicha normativa, su procedencia no está supeditada al hecho de que se trate de criminalidad internacional. En estos casos el criterio que priva es la complejidad del asunto, no tanto el tipo de delincuencia, aunque no se puede descartar que en los delitos internacionales se presenten algunas de las características que habilitan la aplicación de este tipo de procedimiento.

El derecho de defensa es uno de los que mayor control tiene durante el proceso. Hay toda una serie de instancias que se encargan de asegurar su efectivo ejercicio, comenzando por la Sala Constitucional (a través de los recursos de hábeas corpus o consulta que hace la Sala de Casación cuando se alegue en dicho recurso la violación del debido proceso), el control a través de los diversos recursos ordinarios que es posible interponer en el proceso, el control de la actuación del Ministerio Público por el juez de garantías, los controles que sobre ambos ejerce el Tribunal de Juicio y que sobre este último ejercen la Sala de Casación Penal y la Sala Constitucional, además de los órganos administrativos de fiscalización de los tribunales ordinarios.

El disfrute igualitario de derechos entre costarricenses y extranjeros, garantizado en la Constitución Política en su artículo 19,<sup>84</sup> se mantiene también en el proceso

---

<sup>84</sup> Esta norma dispone: “Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos individuales y sociales que los costarricenses, con las excepciones y limitaciones que esta Constitución y las leyes establecen. No pueden intervenir en los asuntos políticos del país, y están sometidos a la jurisdicción de

penal. No solamente los controles mencionados se encargan de asegurar su eficacia, sino que existen varias normas dentro de la normativa procesal penal que tienden a hacerlo efectivo. Baste citar el artículo 13 del Código Procesal Penal, que dispone: “Desde el primer momento de la persecución penal y hasta el fin de la ejecución de la sentencia, el imputado tendrá derecho a la asistencia y defensa técnica letrada. Para tales efectos, podrá elegir a un defensor de su confianza, pero de no hacerlo, se le asignará un defensor público. El derecho de defensa es irrenunciable. Se entenderá por primer acto del procedimiento cualquier actuación, judicial o policial, que señale a una persona como posible autor de un hecho punible o participe en él”.

La designación del defensor público la puede hacer incluso de oficio el tribunal y su costo está a cargo del Estado. De ahí que no pueda considerarse que por el tipo de delincuencia de que se trate se llegue a limitar el ejercicio del derecho de defensa o las posibilidades de impugnación.

## **F. La práctica efectiva de persecución**

La práctica persecutoria efectiva de esta clase de delincuencia puede verse limitada, no tanto por carencia de suficientes instrumentos legales que la posibiliten (hemos visto que, bien que mal, hay bastantes), sino porque a veces se desconocen su existencia y alcances.

La carencia de un Ministerio Público que ejerza sus funciones de manera efectiva y el desconocimiento en el uso de dichos instrumentos se confabulan para que esa práctica persecutoria no haya dado mayores frutos.

En un extremo tenemos el caso de Bodhan Kosiy, un ciudadano ucraniano requerido por su país por su participación en la policía de ocupación nazi en el territorio de Ucrania. A pesar de que el proceso en su contra tiene más de diez años, no ha implicado su efectiva expulsión del país, ni mucho menos se ha iniciado causa penal en su contra.

En el otro extremo, sin embargo, hay resoluciones en salvaguarda de los derechos de un nicaragüense frente a denuncias de tortura por la policía judicial nacional que han implicado la aplicación de la normativa internacional referida a esta clase de delincuencia.<sup>85</sup>

---

los tribunales de justicia y de las autoridades de la República, sin que puedan ocurrir a la vía diplomática, salvo lo que dispongan los convenios internacionales”.

<sup>85</sup> Lo que fue conocido por la Sala Constitucional en el voto 3724-93. En dicha oportunidad se aplicaron directamente las siguientes normas internacionales: a) de la Declaración Internacional de Derechos Humanos de la ONU, el artículo 5, que prohíbe las torturas, las penas y los tratamientos crueles, inhumanos y degradantes, reforzada por la Declaración de Teherán de 13 de mayo de 1968; b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, el artículo 7, con similar contenido, y el 10, sobre el trato humanitario y el respeto a la dignidad humana de las personas privadas de libertad; c) artículos I y XXV de la Declaración Americana Sobre Derechos Humanos, sobre el derecho a la vida, la libertad e integridad personales y sobre la protección contra detenciones arbitrarias; d) artículos 5 y 7 de

Por ello, la práctica puede catalogarse de errática y deficitaria, a pesar de las escasas oportunidades que el ámbito judicial ha tenido para conocer esta clase de delincuencia, lo que no necesariamente está motivado por la ausencia de sujetos que puedan ser perseguidos penalmente por crímenes de esta categoría, sino por los factores mencionados al inicio y por el manejo de los existentes por la policía de migración, a cargo del Poder Ejecutivo.

Muy aventurado sería afirmar que entre esos factores se encuentra la falta de voluntad política, pues el Ministerio Público cuenta con instrumentos legales que le aseguran cierta independencia frente al Poder Ejecutivo. Se encuentra adscrito a la estructura del Poder Judicial (artículo 1 de su Ley Orgánica) y de este depende la designación de su jerarca.<sup>86</sup>

Aun así, falta un gran camino por recorrer para que todos los operadores del sistema tengan conciencia, por un lado, de la existencia de estos instrumentos y, por otro, de los alcances que tienen con respecto a infinidad de situaciones que se pueden presentar en la realidad cotidiana del trabajo del órgano persecutor, que es el encargado de iniciar el proceso.

---

la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, sobre el derecho a la integridad y libertad personales; e) la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptada por la Asamblea General de la ONU en su resolución n° 36/46 de 10 de diciembre de 1984; f) las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, aprobadas, y reiteradas por el Consejo Económico y Social de la ONU por resoluciones 663 (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2.858 (XXVI) de 20 de diciembre de 1971, 3144 B (XXXVIII) de 14 de diciembre de 1973, 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977, en lo aplicable a las detenciones administrativas; g) la Declaración Sobre la Protección de todas las Personas Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobada por la Asamblea General de la ONU por resolución 3.452 (XXX) de 9 de diciembre de 1975, y reiterada y reforzada por resoluciones 32/63 de 8 de diciembre de 1977; 32/64; h) el Código de Conducta Para los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, resolución 34/169 de la Asamblea General de la ONU de 17 de diciembre de 1979.

<sup>86</sup>No obstante, a veces la práctica de la policía de inmigración, a cargo del Poder Ejecutivo, y la inacción del Ministerio Público han posibilitado que no se persigan casos de este tipo. Uno de estos ejemplos muy reciente es el de un ex oficial miembro de la antigua policía política estona durante la Segunda Guerra Mundial, el ahora nacionalizado venezolano Harry Mannil Laul, contra quien no existe orden internacional de captura, pero que es señalado como responsable de crímenes contra la humanidad por la Comisión Nacional Estona para la Investigación de Crímenes de Guerra, al igual que por el Centro Simón Wiesenthal de Washington. El asunto se resolvió simplemente con una notificación de la policía de migración que le prohibía el ingreso al país, cuando iba saliendo hacia Venezuela, luego de planes concretos de establecerse en Costa Rica. Consúltese el periódico *La Nación* del jueves 6 de febrero de 2003, 12 a, sección "El País", en <www.nacion.co.cr>.

## **G. Proyectos de reforma. Valoración jurídica. Debate jurídico-político**

### **I. Proyectos de reforma**

La aprobación del Estatuto de Roma ha motivado una muy puntual modificación de la situación jurídica del ordenamiento penal costarricense, a través del proyecto que en su momento se denominó “Proyecto de represión penal, castigo de los crímenes de guerra y de lesa humanidad”.<sup>87</sup> La exposición de motivos de dicho proyecto de ley toma como fundamento los convenios de Ginebra de 1948 y sus protocolos adicionales, y el legislador proponente indica que su propósito es “regular de manera efectiva no sólo los crímenes de guerra sino también los crímenes de lesa humanidad”.

En la exposición de motivos se cita tangencialmente el Estatuto de Roma, pero para hacer referencia al principio de complementariedad. En realidad, el fundamento de la reforma no necesariamente se halla en el propio Estatuto, que no se menciona para analizar a fondo su incidencia en el orden penal nacional, sino únicamente para describir el papel complementario que desempeña el Tribunal. Por ello podemos afirmar que se trata de una reforma puntual, parcial. Sin embargo, es importante en la medida en que abre una puerta, a través de la remisión, que posibilita la introducción de los tipos penales *crímenes de guerra* y *crímenes de lesa humanidad*, contenidos ya en el Estatuto, y les fija una pena.

Aun así, debe reiterarse que el propósito del proyecto de Código Penal es terminar con un proceso de reforma integral (que desde 1996 se produjo en el ámbito procesal y orgánico) que a la fecha ha quedado inconcluso. Por tanto, la ocasión es la propicia para adaptar al Estatuto de Roma la normativa penal material, que es la que en todo caso requiere mayor adaptación. Hemos hecho al respecto varias observaciones que consideramos necesario tomar en consideración. El proyecto no sistematiza la normativa referida a la criminalidad, ya que omite la adaptación requerida al Estatuto de Roma que al menos se ha intentado con la modificación de los artículos 379 y 378 del Código Penal actual.

Aún estamos muy alejados de una reforma integral como el Código Penal Internacional aprobado a mediados del 2002 en Alemania. No es que sea necesario como proyecto de ley específico en Costa Rica, sino que lo deseable es aprovechar la coyuntura para adaptar el sistema a la norma internacional ya referida y a otras propias del derecho penal internacional que indudable e ineludiblemente tienen trascendencia en el ámbito interno.

---

<sup>87</sup> Publicado en el diario oficial *La Gaceta* n° 129, del 5 de julio de 2001. Y que fue aprobado sin mayor oposición en la Asamblea Legislativa, convirtiéndose en ley n° 8.272, publicada en *La Gaceta* n° 97 del 22 de mayo de 2002. Consúltense en ambos casos la página <www.imprenal.gov.cr>.

## ***II. Valoración jurídica del déficit en cuanto al poder punitivo nacional por la ciencia y la jurisprudencia***

La posibilidad de persecución de los crímenes internacionales, de acuerdo con la actual regulación penal costarricense, no es ilimitada. Como analizamos en su oportunidad, para que pueda iniciarse la acción penal se requiere la presencia del acusado en territorio nacional.

Aun así, la remisión que el mismo Código Penal (artículos 378 y 379) hace a los tratados internacionales de derechos humanos que sancionan penalmente su trasgresión (con las reservas de constitucionalidad que pueden existir) constituye en la actualidad un instrumento valioso para que por esta vía se abra una amplia posibilidad de persecución de la criminalidad internacional.

Se trata, no obstante, de una posibilidad reducida, no tanto por el cuestionamiento que pueda hacerse respecto de su constitucionalidad, sino por lo amplia e imprecisa que pueda ser dicha remisión, por el desconocimiento de los instrumentos internacionales que sancionan tales delincuencias y por la falta de efectividad del órgano encargado de la persecución en el ámbito interno para iniciar y mantener una causa penal en su contra.

Lo ideal sería regular de manera específica la criminalidad internacional, de acuerdo con los tratados concluidos por Costa Rica, la obligación que representan frente a la comunidad internacional y la jerarquía que les otorga la Constitución Política por sobre la legislación nacional. Es decir, propiciar en el actual proyecto una sistemática introducción de las figuras que en el plano internacional el país se ha comprometido a sancionar penalmente.

Si no se contase con dicha remisión (lo que ocurrirá en caso de aprobarse el actual proyecto de Código Penal), el vacío en cuanto a la criminalidad internacional se hará más amplio. Principalmente con relación a la regulación del Estatuto de Roma, respecto del cual hay un déficit subsanable en la actualidad, pero que se torna insalvable con el proyecto de Código Penal presentado a la Asamblea Legislativa.

Obviamente el tratado mantendrá su carácter jerárquicamente prevalente por sobre la legislación ordinaria, solo que, sino se cuenta con las remisiones de los artículos 378 y 379, esta queda incompleta e inaplicable en el ámbito nacional, por cuanto no tendría una pena asignada, como sí la tiene en la actualidad. De esta forma se crearía una gran laguna de punibilidad.

## ***III. Debate jurídico-político***

El debate jurídico-político, más que centrarse en la discusión de las repercusiones del Estatuto de Roma —en lo que parece haber un gran consenso, y puesto que ya se cuenta con una reforma puntual motivada por su ingreso al sistema penal nacional como norma prevalente sobre la ordinaria—, se ha centrado en la discusión del proyecto de Código Penal.

No obstante, en este proyecto las previsiones referidas a la criminalidad internacional no solo son deficitarias, confunden el derecho humanitario con el derecho internacional de los derechos humanos y pasan de lado del concepto de derecho penal internacional, sino que, lejos de avanzar, retroceden respecto del actual estado de cosas.

Lamentablemente no se ha producido un debate acerca de dicho proyecto en esta dirección. Sobre todo en la discusión a través de los medios de comunicación, interesan más las penas alternativas, el máximo imponible y los beneficios en la fase de ejecución.

De todos modos, es en este momento, cuando se discute todo el proyecto frente a la comunidad jurídica nacional, que es posible analizar esas carencias y prever cualquier laguna de punibilidad que pudiera subsanarse antes de su aprobación.

Si ha existido un debate jurídico-nacional acerca del Estatuto de Roma,<sup>88</sup> este ha sido marcado por las pautas sentadas en la consulta preceptiva de constitucionalidad (voto de 14:56 horas del 1 de noviembre de 2000). Tres aspectos esenciales interesaron a la Sala Constitucional en aquella oportunidad: uno, ya visto en este informe, referido al tema de la inmunidad, otro relacionado con la entrega de nacionales a la Corte Penal Internacional y, finalmente, el de la posibilidad de aplicar penas a perpetuidad (artículo 77 del Estatuto).

Con relación a la entrega de nacionales, debe necesariamente reproducirse el artículo 32 de la Carta Magna, que dispone: “Ningún costarricense podrá ser compelido a abandonar el territorio nacional”. Frente a lo que dispone el numeral 89 del Estatuto, la Sala Constitucional concluyó, por voto de mayoría, que la garantía del numeral 32 constitucional está limitada de acuerdo a su interpretación teleológica, lo que significa que no puede ir en demérito de instrumentos que por otro lado propicia la misma Carta Magna en tutela de los derechos humanos, como lo es el propio Estatuto.

En la consulta preceptiva citada el voto de minoría consideró que no es posible la entrega de nacionales a la Corte Penal Internacional. Consecuentemente, la aplicación del artículo 89 del Estatuto estaría condicionada por la nacionalidad de quien se entrega.

Con relación a lo que disponen los artículos 77 y 78 del Estatuto, en la misma ocasión la Sala Constitucional consideró abiertamente inconstitucional la reclusión a perpetuidad. Para enmendar este aspecto recurrió al propio artículo 80 del Estatuto y consideró que, en tanto prevalezca la normativa constitucional costarricense y se condicione la entrega a la no aplicación de una pena de prisión a perpetuidad, es posible salvar la antinomia.

---

<sup>88</sup> Una contribución muy reciente, que a no dudarlo propiciará el debate en Costa Rica, es la publicación del libro de Kai Ambos, *La Corte Penal Internacional* (Jurídica Continental, San José, 2003).

## H. Otros aspectos específicos de carácter jurídico-internacional

Un aspecto que puede resultar importante y positivo, derivado de la regulación procesal penal nacional, es la posibilidad que tiene la víctima de accionar conjuntamente en sede penal y de manera simultánea con ese proceso para procurar la reparación civil del daño derivado de la ilicitud que se juzga. Se denomina, en el ámbito nacional, *acción civil resarcitoria*<sup>89</sup> y es subsidiaria respecto de lo penal, sin que precluya la posterior interposición de un proceso civil independiente.

La posibilidad de obtener una reparación civil de esta manera es conforme con la norma constitucional de justicia pronta. La víctima no necesita esperar una sentencia condenatoria en lo penal para iniciar otro proceso en lo civil y pretender en un segundo proceso una reparación. De hecho, incluso la Procuraduría General de la República puede, en representación de intereses colectivos o difusos, accionar por esta vía para obtener reparación.

En el momento en que se dicta sentencia en lo penal, el juez queda obligado a pronunciarse respecto de la reparación en lo civil. Debe recordarse que no solamente interesa que la legislación penal en materia de crímenes internacionales lleve a un pronunciamiento en ese sentido, lo que de por sí sería ya un gran avance, sino además, en una situación ideal, que se obtenga una reparación patrimonial.

## J. Valoración personal de la situación normativa y fáctica en relación con la persecución penal de crímenes internacionales en Costa Rica

La ratificación del Estatuto de Roma realizada por Costa Rica en el año 2001 supondrá una serie de ajustes dentro del sistema penal nacional. Un cambio de mentalidad ha de operar en quienes tienen bajo su responsabilidad la aplicación de las normas que conforman el sistema penal, toda vez que se cuenta con nuevos instrumentos que amplían el rango de delitos que hasta ahora se pretendía reducir a la legislación ordinaria.

La directa aplicación de los tratados en el orden interno, la remisión que hace el propio Código Penal a instrumentos de derecho internacional para completar tipos penales y la remisión que se hace para definir los supuestos de aplicación del principio de justicia universal son solo algunos de los parámetros sobre los cuales habrá de centrarse la discusión de los innumerables retos que implicará analizar el sistema penal no como algo aislado, sino como parte de un sistema internacional de tutela de ciertos valores que se comparten en la comunidad de naciones.

La visión reducida, localista si se quiere, del derecho penal, no solo cede ante nuevas realidades, sino frente a la voluntad, incluso del propio legislador nacional, que crea las normas de derecho interno que posibilitan la aplicación de los instrumen-

---

<sup>89</sup> Se encuentra regulado en los artículos 37 a 41 del Código Procesal Penal.

tos del derecho penal internacional. La discusión y el desarrollo de esta área aún inexplorada en el medio costarricense se impone en un futuro cada vez más cercano.

El actual estado de cosas, si bien no es el mejor, al menos permite un rango de acción en el que la integración de la normativa internacional referida a la criminalidad internacional es más fácil y flexible.

Este panorama debería mejorar con un proyecto de ley de Código Penal cuyo ideal, entre otras cosas, habría de aspirar a poner al día la legislación interna con los compromisos internacionalmente adquiridos en la represión de conductas perseguibles en ese nivel, pero el proyecto se queda muy corto, introduce una regulación parcial, referida únicamente a delitos de derecho humanitario, y obvia una regulación más completa, como la existente en el Estatuto de Roma. Es más: amplía el ámbito de impunidad actualmente existente, incluso contra lo previsto en dicho Estatuto, para los jefes de Estado extranjeros.

Lejos de darse un paso en la dirección correcta, de hacer realidad la protección que pretenden los tratados que describen crímenes internacionales, el proyecto mencionado —queremos creer que por una omisión involuntaria, aunque algunos dirían que somos algo ingenuos— deja de lado una serie de compromisos asumidos ante la comunidad internacional para reprimir tales conductas en el ámbito nacional.<sup>90</sup>

Todavía se está a tiempo de corregir el rumbo; la discusión del proyecto en el Congreso se vislumbra lejana. Por el momento, en el orden del día de la corriente legislativa privan otros proyectos de ley. Sin embargo, es algo que ya está en discusión frente a la comunidad jurídica nacional.

Fieles a la tradición y a la disposición que ha tenido el país en la suscripción de esta especie de compromisos internacionales, llega la hora de hacer efectiva la tutela de los valores universales que se dice compartir.<sup>91</sup> En la actualidad existen instrumen-

---

<sup>90</sup> Y en esto tampoco quisiéramos ser tan pesimistas como Gillet cuando sostiene: “*L’expérience révèle aussi que, quoique ratifiées, la plupart des conventions internationales de protection des droits de l’homme sont inapplicables à des faits concrets pour des raisons techniques, car nos législateurs ont négligé d’adopter les mesures législatives internes qui conditionnent leur opérabilité en termes d’incriminations et de procédures*” (Erick Gillet, 1997, p. 119); sin embargo, el futuro de la legislación penal material interna en Costa Rica iría en esta dirección si no se corrige el rumbo tomado en este momento.

<sup>91</sup> Por el contrario, compartimos la visión de Freeman desde la óptica de la filosofía política: “*The idea of international justice presupposes the meta-theory of ethical universalism, which holds that there is a compelling ethical code applicable to humanity as such. Ethical universalism is deeply rooted in Western culture. It is a fundamental component of Christian doctrine; it was adopted by secular liberalism and socialism; it underpins the condemnation of such ‘obvious’ evils as xenophobia, anti-Semitism and racism, and provides an ethical perspective adapted to a ‘globalized’ world in which the values of universal human rights and international cooperation is widely shared. Thus, a doctrine that is 2000 years old seems more plausible than ever [...] Human history has contained more particularistic conflict than universalistic altruism. Universalism has been the ideology of intellectuals rather than the operational code of policy-makers*” (Michael Freeman, 2000, p. 65).

tos suficientes para hacerlos efectivos en el ámbito nacional y es de esperar que, al menos, esto no desmejore en el futuro.

La Sala Constitucional ha trazado una línea en dirección a la tutela de los derechos humanos y considera que el Estatuto de Roma es un instrumento útil para su protección. Las decisiones reiteradas de dicho órgano jurisdiccional han sentado las bases para que el legislador y el aplicador del derecho observen los compromisos asumidos internacionalmente y que aquellos no se conviertan en letra muerta.

Los instrumentos existen; lo único que falta es la voluntad.

### Bibliografía

- AMBOS, Kai, “Principios generales de derecho penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, en *Actualidad Penal*, n° 44, Madrid, 27 de noviembre a 3 de diciembre de 2000.
- AMBOS, Kai, “Hacia el Establecimiento de un Tribunal Penal Internacional y un Código Penal internacional”, en *Revista de Ciencias Penales*, n° 9, Asociación Costarricense de Ciencias Penales, San José, 1997.
- AMBOS, Kai, *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999.
- AMBOS, Kai, *La nueva justicia penal internacional*, Fundación Myrna Mack, Guatemala, 2000.
- AMBOS, Kai (coord.), *La nueva justicia penal supranacional. Desarrollos post-Roma*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- AMBOS, Kai, *La Corte Penal Internacional*, Editorial Jurídica Continental, San José, 2003.
- ARMIJO SANCHO, Gilbert, “Las bases constitucionales del principio de legalidad en materia penal”, en *Temas claves de la Constitución Política. Homenaje al Doctor Carlos José Gutiérrez*, IJSA, San José, 1999.
- BUENO ARÚS, (F.), “La teoría de la ley penal en el proyecto de CP español de 26 de setiembre de 1994”, en *Actualidad Penal*, n° 16, Madrid, abril 1995.
- CRUZ CASTRO, Fernando, *La función acusadora en el proceso penal moderno*, ILANUD, San José, 1991.
- CHANG PIZARRO, Luis, *Criterios de oportunidad en el Código Procesal Penal*, Jurídica Continental, San José, 1998.
- CHINCHILLA, Carlos, “Error de tipo”, en *Revista de Ciencias Penales*, n° 10, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 1996.
- CHIRINO, Alfredo, y Mario HOUED, “El tratamiento del error en la legislación penal y la jurisprudencia costarricense”, en *Revista de Ciencias Penales*, n° 6, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 1994.
- ESQUIVEL SALAS, Hernán, “Inmunidad parlamentaria”, en *Revista de Ciencias Penales*, n° 2, Asociación Costarricense de Ciencias Penales, San José, marzo de 1990.

- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1998.
- FREEMAN, (Michael), “Universalism, Particularism and Cosmopolitan Justice”, en Tony Coates (ed.), *International Justice*, Ashgate, Dartmouth, 2000.
- GIL GIL, Alicia, *Derecho penal internacional. Especial consideración al delito de genocidio*, Tecnos, Madrid, 1999.
- GILLET, Erick, “La compétence universelle”, en Destexhe y Foret (dirs.), *De Nuremberg a La Haya et Arusha*, Bruylant, Bruselas, 1997.
- GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel, “El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal”, en *Temas de derecho procesal penal*, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 1996.
- GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Daniel, “Justicia, Constitución y debido proceso”, en *Revista de Ciencias Penales*, año V, nº 8, San José, marzo de 1994.
- HASSEMER, Winfried, “La persecución penal: legalidad y oportunidad”, en *Revista de Ciencias Penales*, nº 7, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 1995.
- HOUED VEGA, Mario, “El debido proceso penal”, en *Proceso penal y derechos fundamentales*, Escuela Judicial, San José, 1997.
- JESCHECK, Hans Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, vol. I (trad. Mir Puig y Muñoz Conde), Bosch, Barcelona, 1981.
- JORGENSEN, (Nina), *The responsibility of States for International Crimes*, Oxford University Press, Oxford, 2000.
- LEMKIN, R., *Axis Rule in Occupied Europe, Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington, 1944.
- LLOBET RODRÍGUEZ, Javier. “Delitos contra la vida y la integridad corporal”, en *Derecho penal. Parte especial* (2ª ed.), Jurídica Continental, San José, 2001.
- MORA MORA, Luis, y Sonia NAVARRO SOLANO, *Constitución y derecho penal*, Escuela Judicial, San José, 1995.
- MORA MORA, Luis Paulino, “Sistema penal, Constitución Política y jurisdicción constitucional”, en *Temas claves de la Constitución Política. Homenaje al Doctor Carlos José Gutiérrez*, IJSA, San José, 1999.
- RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos, “Diez tesis sobre la violencia y el derecho”, en *Nuevo Proceso Penal y Constitución*, IJSA, San José, 1998.
- RUEDA FERNÁNDEZ, Casilda, *Delitos de derecho internacional*, Bosch, Barcelona, 2001.
- SALADO OSUNA, Ana, “El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y los derechos humanos”, en Carrillo Salcedo (coord.), *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000.
- Strategic Finance*, vol. LXXXIII, nº 7, Institute of Management Accountants, Nueva Jersey, enero 2002.

***Legislación***

Código Penal de Costa Rica.  
 Código Procesal Penal de Costa Rica.  
 Constitución Política de Costa Rica.  
 Convención Americana de Derechos Humanos.  
 Convención Americana de Extradición.  
 Convención contra el Apartheid, de 1973.  
 Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.  
 Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico Ilícito de Armas de Fuego.  
 Convención Interamericana para la Prevención y Sanción de la Tortura.  
 Convención Internacional para la Represión de los Atentados Terroristas, de 1998.  
 Convención para la Prevención y el Castigo del Genocidio.  
 Convención sobre Tráfico Internacional de Drogas, de 1961, 1971, 1972.  
 Convenciones de Alta Mar, de 1958 y 1982.  
 Convenio de La Haya, de 1970.  
 Convenio de Montreal, de 1971.  
 Convenio Internacional contra los Mercenarios, de 1989.  
 Convenio sobre la Esclavitud, Protocolo de Enmienda y Convención Complementaria.  
 Convenios de Ginebra de Derecho Humanitario de 1949 y protocolos adicionales.  
 Estatuto de Roma.  
 Ley 1.205.  
 Ley 7.338.  
 Ley 8.083.  
 Ley 8.148.  
 Ley 8.272.  
 Ley de la Jurisdicción Constitucional.  
 Ley Orgánica del Ministerio Público.  
 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

***Jurisprudencia nacional***<sup>92</sup>

Sala Constitucional de Costa Rica, votos: 53-89, 135-89, 282-90, 764-90, 717-90, 807-90, 1148-90, 1876-90, 1739-92, 3435-92, 1562-93, 3724-93, 5759-93, 6829-93, 6660-93, 765-94, 829-94, 230-96, 2313-95, 2621-95, 4797-M-97.  
 Consulta Preceptiva de Constitucionalidad de 14:56 horas del 1 de noviembre de 2000, 7484-2000  
 Sala III, de Casación Penal: 1202-97, 589-2000.

<sup>92</sup> Todas las resoluciones judiciales citadas y la legislación nacional se pueden consultar en las páginas <[www.poder-judicial.go.cr](http://www.poder-judicial.go.cr)> o <[www.pgr.go.cr](http://www.pgr.go.cr)>. El proyecto de Código Penal se puede consultar en la primera dirección.