REVISTA EL FORO

COLEGIO DE ABOGADOS Y ABOGADAS DE COSTA RICA



Diseño y Diagramación:
Ofiprinte Comercial MB S.A.

REVISTA EL FORO
Edición Número 33 EXTRAORDINARIA
COLEGIO DE ABOGADOS Y ABOGADAS DE COSTA RICA
Sitio Web Oficial: https://www.abogados.or.cr/revista-el-foro/

Teléfono: 2202-3648
www.abogados.or.cr
De la Rotonda de las Garantías Sociales
200 metros al oeste y 100 metros al norte
Zapote, San José, Costa Rica

REVISTA EL FORO

COLEGIO DE ABOGADOS Y ABOGADAS DE COSTA RICA

CONSEJO EDITORIAL

- Sra. Anayansy Rojas Chan
- Sr. José Rodolfo León Díaz
- Sra. Laura Cubillo Madrigal
- Sr. Javier Llobeth Rodríguez
- Sra. Gloriana Fernández Anglada
- Sr. José Daniel García Murillo
- Sr. Presidente Miguel Arias Maduro



DRA. ANGIE ARCE
DIRECTORA

Directora: Dra. Angie Arce

Asistente editorial: Licda. María Dolanescu

SUMARIO

6. **I. Presentación**
por: Angie ARCE ACUÑA y María Jesús DOLANESCU ALPÍZAR

II ARTÍCULOS CIENTÍFICOS

8. **El futuro de la IA en el derecho en Costa Rica: algunas observaciones desde la obra "Neuromancer" de William Gibson**
Por: Alfredo CHIRINO SÁNCHEZ

14. **Análisis crítico de la Circular 31-2026 de la Secretaría de la Corte Suprema de Justicia sobre "Reglas y lineamientos éticos para el uso de Inteligencia Artificial Generativa (ChatGPT, Gemini y NotebookLM) por parte de las personas servidoras judiciales"**
Por: Laura Alejandra CUBILLO MADRIGAL

32. **Sicariato en menores de edad: evaluación de reforma para que sean juzgados como mayores de edad**
Por: Ubaldo CHAVES PÉREZ

48. **La victimodogmática en los diferentes estados del delito y en la imputación objetiva**
Por: Rodolfo José SOLÓRZANO MONTERO

66. **"Violencia de género, políticas de paridad y representación, monitoreo y valuación, promoción de los derechos de las mujeres y el femicidio"**
Por: Fabiola CHAVARRÍA PERALTA

82. **El delito de carácter internacional y de crímenes de guerra en Costa Rica, a la luz del principio de legalidad penal: problemas de tipicidad y remisión normativa**
Por: Sidey SALAZAR FALLAS

95. **Los delitos sexuales y los diferentes grados de dolo en la legislación inglesa y alemana**
Por: Ligia LACAYO ROSALES

111. **Tendencias actuales de imputación: Victimidogmática y Análisis de la Conducta de la Víctima en la Tipicidad y la Teoría del Dolo Unitario de Winfried Platzgummer y las Tesis Aglutinadoras**
Por: Luis Alonso ROJAS RISHOR

127. **El Delito de Incumplimiento del Deber de Abstención, Inhibición o Excusa en la Función Pública y su Relación con el Conflicto de Intereses**
Por: Amalia SÁNCHEZ de LEÓN C. / Andrés ÁLVAREZ RODRÍGUEZ / Alfonso NAVAS APARICIO

143. **Perfilación Criminal del Victimario y La Víctima: Análisis metodológico comparado de los casos ALDANA ORTIZ, Resolución 2015-0883 y CAMPO ALGODONERO VS MÉXICO**
POR: RAFAEL CHAVES HERNÁNDEZ

156. **Limitaciones a la libre disposición de la pensión jubilatoria: Alcances de la nueva línea resolutoria de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia en materia de seguridad social**
POR: LUZ ADINA REYES REYES / SAMMY PÉREZ MATAMOROS

161. **"Lógica binaria o paradoja sorites vs Fuzzi logic, relacionado al testimonio de las víctimas como prueba en debate; análisis de la teoría Taiwanesa de prescindir de la prueba testimonial".**
"Binary logic or the sorites paradox vs Fuzzy logic, in relation to victims' testimony as evidence at trial: an analysis of the Taiwanese theory of dispensing with testimonial evidence".
POR: ESTEBAN CECILIANO MATAMOROS

III ENSAYOS DE OPINIÓN

178. **El concepto de "producto defectuoso" en la nueva Directiva Europea sobre responsabilidad civil por productos defectuosos**
POR: YURI LÓPEZ CASAL (HEIDELBERG)

182. **La ingratitud en el Contrato de Donación**
POR: FERNANDO MONTERO PIÑA

Presentación





Angie ARCE ACUÑA
Directora – Revista El Foro

María Jesús DOLANESCU ALPÍZAR
Asistente de Dirección – Revista El Foro

PRESENTACIÓN

Presentación de la Edición N.º 33 – Revista Jurídica El Foro

La presente edición extraordinaria de la Revista Foro del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica representa una etapa de cambio, nuevos retos y una necesaria transformación. Tanto el Consejo Editorial como esta Dirección asumimos con entusiasmo y responsabilidad este hermoso desafío, razón por la cual se ha publicado este número como una edición extraordinaria que abre camino hacia una revista de ciencias penales y disciplinas afines, con mayores estándares de rigurosidad científica, diversidad académica y espacios de opinión y análisis crítico de la normativa vigente.

Para sacar adelante esta tarea, el Consejo Editorial ha diseñado nuevas reglas y requisitos que esperamos implementar en las próximas ediciones. Nuestros participantes y lectores encontrarán cambios novedosos orientados a fortalecer la calidad de la revista y proyectarla hacia el futuro. Queremos dejar al Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica un legado académico donde los artículos y publicaciones puedan competir con los más altos estándares internacionales.

Este cambio y avance no solo se reflejará en la rigurosidad y técnica de los escritos, sino también en la profundidad de los temas abordados, en la diversidad de profesionales que participen y en la incorporación de artículos que desarrollen tanto temas nacionales como internacionales, siempre con seriedad académica y aportando a sus lectores una visión crítica y reflexiva.

Como otra de nuestras grandes metas, asumimos el reto más honroso e importante de toda revista jurídica: aportar al país conocimiento, fortalecimiento democrático y criterio técnico sobre aquellos temas que impactan nuestra área del saber. Desde el estudio, las ciencias jurídicas y la investigación científica, buscamos contribuir con herramientas que permitan construir una Costa Rica respetuosa de sus principios, de sus instituciones y garante de la libertad y la justicia.

El diseño de la portada procura además dotar de identidad y significado esta

revista jurídica, donde la Revista Foro se desarrolla entre la Justicia, la Constitución Política y el Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica como baluarte y vigilante del fortalecimiento de la democracia, a través del estudio, las ciencias técnicas y la investigación científica.

Para esta edición extraordinaria hemos recibido los valiosos aportes de distinguidas personas autoras, quienes, mediante temas actuales, propuestas relevantes, comentarios internacionales y reflexiones sobre la normativa vigente, nos ofrecen una perspectiva clara sobre distintas áreas del Derecho —penal, civil, comercial y de familia— y nos invitan a realizar una reflexión profunda sobre la situación actual del Derecho en Costa Rica, así como sobre la necesidad de construir nuevas perspectivas teóricas y prácticas orientadas al fortalecimiento del ordenamiento jurídico costarricense.

Agradezco profundamente a las personas autoras, colaboradoras y al equipo editorial por su compromiso con la excelencia académica y la difusión del conocimiento jurídico.

Esperamos que esta publicación contribuya al enriquecimiento del debate jurídico y sirva como herramienta de consulta y reflexión para profesionales, estudiantes e investigadores del Derecho.

Dra. Angie Arce
Directora Editorial
Revista Foro
Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica

II ARTÍCULOS CIENTÍFICOS

El futuro de la IA en el derecho en Costa Rica: algunas observaciones desde la obra "Neuromancer" de William Gibson

Prof. Dr. Alfredo CHIRINO SÁNCHEZ
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Costa Rica
2026

I. Introducción

Acabo de releer, después de muchos años de mi primera lectura, la obra de William Gibson, "Neuromancer", la cual es una novela de ciencia ficción que abre una ventana hacia un futuro donde la inteligencia artificial y la realidad virtual redefinen la relación de la humanidad con su entorno y hasta con su propia existencia. En muchos sentidos, es un eterno recordatorio de las advertencias y las posibilidades que estos desarrollos tecnológicos traen para nuestra vida, además, son el terreno fértil para pensar el futuro de la IA que se está construyendo hoy en Costa Rica y en el mundo.

En un contexto histórico donde la tecnología avanza a pasos agigantados, donde no hay descanso para los cambios revolucionarios en capacidad de procesamiento y de inteligencia generativa, es posible pensar que Gibson se adelantó a todo esto, proponiendo un paisaje de una sociedad en el ciberespacio, donde el control de la información y de nuestra vida ocurre en instantes, afectando cada sector de nuestra existencia, y donde el gran enemigo ya no es el Estado omnipresente de "1984" de Orwell, sino las grandes corporaciones que controlan estas tecnologías y definen sus derroteros [1].

La relación entre el cuerpo y las conexiones "neurales" del mundo "cyberpunk" de Gibson demuestran que tales conexiones lo que hacen es realzar el papel del cuerpo como una forma de transmisión y vivencia de la información; por allí la trama de "Neuromancer" subraya la necesidad de pensar las consecuencias de la IA en su interacción con el ser humano, ahora de una manera más sutil, menos evidente, y es precisamente en la forma en que se toman decisiones y se produce la creación del pensamiento. Se trata, en una palabra, de lanzar luz sobre los peligros de la obsolescencia humana y la apertura a tecnologías que amplíen las capacidades orgánicas, pero de una manera nueva. Ser la "suma de todo" no es solo una proposición metafísica de Gibson, es mucho más una invitación a analizar el imperativo de abordar las implicaciones de la inteligencia artificial (IA) en el ámbito legal, donde el Derecho, ciencia por antonomasia de la argumentación y de la decisión, cae ahora en manos de máquinas de pensamiento automático que facilitan dichas decisiones, pero, al mismo tiempo, replantean el proceso humano

[1] Cfr. Mhalla, Asma, Cyberpunk – Le Nouveau système totalitaire, Paris, Éditions du Seuil, 2025. Este texto, de una indudable importancia en el momento histórico que estamos viviendo, apunta correctamente hacia una mutación del poder, donde ya no hay una deriva hacia un totalitarismo clásico, sino hacia un régimen híbrido donde el poder tecnológico privado reconfigura la soberanía. Ya no estaríamos en presencia de un ejercicio del poder foucaltiano sobre el cuerpo, sino uno que se ejerce sobre la capacidad de decisión, atención y percepción. En una palabra, hacia la programación de conductas.

de argumentar.

Pensar el "futuro" de la IA en Costa Rica, donde aún las promesas y desafíos de esta tecnología están en producción, permite revalorar ciertas ideas que creíamos estáticas sobre la práctica del Derecho, pero también sobre el uso de los principios éticos y legales que la sustentan en el mundo actual. Por lo tanto, existe una base razonable para afirmar que la integración de un ciberespacio enriquecedor con la realidad individual debe ir acompañada de un fortalecimiento de los derechos humanos y de un marco legal adaptado. Este marco debe estar informado por fundamentos teóricos que articulen principios democráticos con tecnologías emergentes, incluida la IA, de modo que se preserve la dignidad, la privacidad y la participación cívica sin sacrificar la seguridad ni la equidad [2].

II. A. Visión general de la integración de la IA en el campo legal y la relevancia de analizar perspectivas literarias y del mundo real

La incorporación de la IA en el ámbito legal no solo automatiza funciones tradicionales (preparación de escritos, revisión de contratos, pronóstico de éxito procesal de una demanda), sino que también plantea riesgos para los derechos humanos (violaciones de la protección de datos, de la privacidad e intimidad de la ciudadanía, nuevas formas de discriminación de y de criminalización de las minorías) y la propiedad intelectual (apropiación del pensamiento y de la obra intelectual de otros, creación de nuevos entornos para comprender la idea de inventiva humana), lo que enfatiza la necesidad de regulaciones adecuadas [3].

Se trata de una época radical para entender el impacto legal de las tecnologías que están siendo motorizadas por el uso de información y su interpretación, así como la velocidad rasante de los cambios ha provocado que los juristas respondan a estos con esfuerzos muchas veces insuficientes. Ante el advenimiento de tecnologías de generación automática de decisiones judiciales, reconocimiento de rostros, de vigilancia de espacios públicos mediante sistemas monitorizados automáticamente y manipulación de perfiles de personas mediante mecanismos algorítmicos, hoy utilizados con gran ímpetu en campañas políticas y comerciales, los problemas jurídicos son evidentes: ¿cómo proteger la privacidad ante estas nuevas invasiones? ¿Cómo garantizar los principios del Estado de Derecho ante esos instrumentos poderosos de observación y vigilancia?

¿Qué tipo de democracia puede predicarse de una manipulación informativa tan intensiva como la que es posible hoy en redes sociales? ¿Qué clase de justicia y de sentencias podrían obtenerse con sistemas inteligentes de razonamiento jurídico? ¿En qué lugar quedará la dignidad humana y la percepción jurídica de un caso mediante sistemas de "caja negra" de decisión? [4]

[2] Sobre los riesgos éticos de las decisiones algorítmicas, cfr. en lugar de muchos otros: Mittlestadt, Brent Daniel, Allo Patrick, Taddeo, Mariarosaria, Wachter, Sandra y Floridi, Luciano, "The Ethics of Algorithms: Mapping the Debate", en: Big Data and Society, July-December 2016, 1-21. Disponible en: https://www.academia.edu/29344788/The_Ethics_of_Algorithms_Mapping_the_Debate

[3] • Olubiyi, Ifeoluwa Ayokunle, Rahamat Oyedeji-Oduyale and Damilola Mercy Adeniyi. "Artificial Intelligence and the Law: An Overview." ABUADLaw Journal (2024): n. pag.https://www.semanticscholar.org/paper/6fec55d320395b47e9712822c332bf8dab6405e0

[4] • Leslie, D., Burr, C., Aitken, M., Cowls, J., Katell, M., and Briggs, M., "Artificial intelligence, human rights, democracy, and the rule of law: a Primer". The Council of Europe, The Alan Touring Institute, 2021, disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3817999

III. "Neuromancer" de William Gibson y su influencia en los conceptos de IA legal

El desarrollo vertiginoso de la inteligencia artificial (IA) ha planteado esas y otras profundas interrogantes sobre su aplicación dentro del ámbito legal. Su análisis adecuado y su tratamiento legislativo aún requieren más reflexión y sensibilidad de los legisladores y políticos, pero tales problemas ya están entre nosotros, no son una premonición o una alucinación de un sistema automático desbocado. Son temas de reflexión que deberían formar parte hoy de debates urgentes en los Colegios de Abogados, en las asociaciones jurídicas y en las universidades.

Sin lugar a duda, los juristas deben incorporar habilidades para entender y utilizar herramientas tecnológicas que han llegado para quedarse y que pueden facilitar el trabajo cotidiano de interpretación y aplicación del Derecho (lectura de jurisprudencia, resumen de aportes dogmáticos en diversas áreas de la práctica del Derecho, creación de líneas argumentales para la discusión procesal, etc.). Ya estamos enfrentados hoy a "bots jurídicos" que resuelven problemas de servicio o controversias de pago en plataformas tecnológicas, casi sin intervención humana y también "contratos inteligentes" [5] que han abierto un horizonte muy interesante de interacción con formas jurídicas totalmente imprevisibles cuando se pensaron los códigos civiles y de comercio a mediados del siglo XIX y comienzos del siglo XX. Asimismo, al considerar cómo la IA puede reemplazar la deliberación humana, emerge la necesidad de cultivar una mayor conciencia de valor en la práctica legal, pues estas herramientas disruptivas proponen nuevos horizontes para el desarrollo de los servicios de las personas dedicadas al Derecho [6].

IV. Exploración de temas clave en "Neuromancer" relevantes para la IA, el ciberespacio y las implicaciones para los marcos legales

En la narrativa compleja de "Neuromancer", se vislumbran cuestiones cruciales que trascienden la mera ficción y abordan temas que son de vital importancia en el contexto actual de la inteligencia artificial y el ciberespacio. Como un espejo del mundo que vivimos, la obra de William Gibson nos proporciona un marco para entender cómo las interacciones entre humanos y máquinas pueden desafiar las normas legales existentes, lo que pone en evidencia la necesidad de construir regulaciones que se adapten a estos avances tecnológicos sin precedentes.

No se trata de demonizar el uso de la IA, en absoluto, es ponerla en perspectiva de derechos y garantías que siguen siendo indisponibles en nuestra actual coyuntura vital. Nadie niega que identificar riesgos de contagio de enfermedades o la reducción de la incidencia de ciertas formas de criminalidad en sectores específicos de la ciudad son objetivos loables, incluso perseguidos por las políticas del Estado, y donde la IA puede tener un papel central, tanto para hacer más eficiente el combate de las enfermedades y la reducción de la inseguridad como para alcanzar otras metas sociales de gran valor. No obstante, pueden ser alcanzadas por medios que también ponen en entredicho la salvaguarda de derechos fundamentales. Por ejemplo, en el caso de la reducción de la inseguridad y la vigilancia intensiva de lugares proclives al crimen, podrían estarse utilizando sistemas automáticos de vigilancia que, ayudados por algoritmos de IA, organicen acciones directas sobre ciertos grupos o individuos basados en data con la que han sido

[5] GÁLVEZ VALEGA, Jesús Arturo, "Innovation-Artificial Intelligence: Challenges of the Right Against a Digital Society". 2020, https://doi.org/10.5281/zenodo.4278404

6 Lin, Tom C.W. "National Pastime(s)". 2014, en: https://core.ac.uk/download/71466545.pdf

alimentadas que contiene prejuicios sociales de sus programadores [7]. En especial, cuando se piensa en sistemas de decisión judicial eficientes, el uso de la IA se ofrece como una panacea, sin embargo, esos mismos factores de programación que contienen desigualdades sociales y prejuicios podría incidir en el Derecho a un juicio justo y a un debido proceso.

En todas estas aplicaciones de la IA resulta esencial plantear el tema de la responsabilidad y del uso de estas herramientas con clara definición de estos riesgos y peligros, no para evitar su uso, el cual terminará imponiéndose, sino para paliar sus consecuencias en las esferas de las personas que reciben el resultado de estas decisiones automatizadas. El acceso a enormes cantidades de información, su comparación y perfilado es de gran valor para tomar decisiones en ámbitos de riesgo, de otra manera, muy difíciles y complejas, y estas decisiones tendrán en el uso de la IA una garantía de realización. No obstante, también podrían abarcar sectores muy sensitivos de la vida personal de los ciudadanos (expresiones faciales, ritmo del corazón, datos de localización, entre otros) que tendrían posibles efectos panópticos.

V. El estado actual de la IA legal en Costa Rica

La dinámica de la inteligencia artificial (IA) en el ámbito legal costarricense muestra una evolución notable, aunque todavía enfrenta desafíos significativos. El Poder Judicial costarricense anunció hace algunos años la implementación de IA en los procedimientos cobratorios, precisamente para librar a los jueces y tramitadores de actividades muy engorrosas y repetitivas, mejorando la velocidad y eficiencia en la tramitación de esos procedimientos judiciales. No obstante, aún no se vislumbra un uso de la IA para la decisión final de un caso concreto, para lo cual ya existen herramientas disponibles en el mercado, algunas de ellas de características de "caja negra", pero, sin duda, se valorarán algunas en un futuro cercano.

Al margen de ello, diversos sistemas de legal tech, incluso usos muy rudimentarios de ChatGPT, empiezan a llegar a las oficinas de los abogados y son utilizadas cada vez más en la preparación de contratos, escritos judiciales y otro tipo de gestiones administrativas. A medida que la IA se integra en diversas áreas de la sociedad, como el sector financiero y la salud, su aplicación en el Derecho se vuelve cada vez más relevante. Sin embargo, el contexto costarricense revela una carencia de regulaciones formales que aborden los efectos de la IA en los derechos humanos, la propiedad intelectual y otras áreas del derecho. La urgencia por establecer un marco regulatorio apropiado se ha vuelto evidente, ya que el uso de modelos generativos de IA podría potenciar tanto el desarrollo socioeconómico como los riesgos asociados a su implementación. Por lo que es imperativo que Costa Rica adopte un enfoque proactivo para armonizar las políticas y garantizar que la IA se despliegue de manera ética y responsable en el ámbito legal.

VI. Examen de cómo se están implementando las tecnologías de IA en los sistemas legales costarricenses, desafíos y perspectivas

La incorporación de tecnologías de inteligencia artificial en los sistemas legales costarricenses ha emergido como un fenómeno que no solo transforma la práctica del Derecho, sino que también plantea desafíos significativos. En el contexto actual, la automatización de tareas legales, como la revisión de documentos y la predicción de resultados en litigios, muestra un avance notable en la eficiencia y reducción de costos. Sin embargo, la implementación de estas tecnologías enfrenta problemas inherentes, como la falta de datos jurídicos suficientes y la resistencia

[7] Burr, Aitken, op. cit.,

al cambio entre los profesionales del Derecho, lo que limita su adopción generalizada. A medida que la IA continúa penetrando en el ecosistema legal, es esencial desarrollar una perspectiva interdisciplinaria que aborde estas dificultades. El futuro del Derecho costarricense podría verse profundamente influenciado por la inteligencia artificial, si se superan estos obstáculos y se fomenta la innovación y la cooperación.

La Circular No. 31-2026 del Poder Judicial costarricense establece un marco normativo específico para la integración de la Inteligencia Artificial Generativa (IAG) en la función judicial. Su objetivo central es preservar la responsabilidad humana, la confidencialidad de la información y la protección de datos, al tiempo que promueve la transparencia y la trazabilidad en la generación de contenidos jurídicos asistidos por IA. En ese sentido, la circular articula un reequilibrio entre eficiencia operativa y salvaguarda de derechos fundamentales, subrayando que la IA funciona como una herramienta de apoyo que no sustituye el juicio humano ni la autoridad de las decisiones judiciales. Este énfasis en la rendición de cuentas y la verificación empírica de las salidas de la IA sugiere un modelo de gobernanza de IA centrado en la vigilancia profesional, la contextualización normativa y la supervisión continua de las producciones documentales.

Entre las disposiciones clave, se destacan: (i) la obligación de que la responsabilidad última recaiga en la persona que firma el acto; (ii) la necesidad de contextualizar y delimitar los *prompts* con el texto normativo aplicable, la jurisdicción y la fecha relevante; y (iii) la exigencia de configurar adecuadamente la privacidad para deshabilitar el entrenamiento de datos. Estas condiciones imponen una carga de diligencia que, en la práctica, podría traducirse en mayores costos y tiempos de revisión, así como en una necesidad intensificada de capacitación técnica para el personal. Al mismo tiempo, la circular identifica potenciales riesgos de "alucinaciones" y sesgos, además, propone salvaguardas explícitas contra la discriminación y la desproporción de recursos. En conjunto, el documento delinea un marco de mitigación de riesgos que, si se implementa de forma efectiva, puede contribuir a la legitimidad pública de la IA en procesos legales y a la confianza ciudadana en la administración de justicia.

Desde una perspectiva comparada, la circular coloca a Costa Rica en una senda de gobernanza de IA orientada por principios éticos y de protección de datos, con similitudes y diferencias respecto a marcos de la Unión Europea y de otras jurisdicciones de América Latina. Su énfasis en la supervisión humana, la diligencia a la hora de establecer las instrucciones para la IA y la necesidad de pruebas de cumplimiento sugiere un modelo de uso responsable que puede influir en la formación de capital humano jurídico-tecnológico y en la definición de estándares de calidad documental. Para el análisis del futuro del Derecho en Costa Rica, es relevante examinar cómo estas directrices afectarán la accesibilidad a la justicia, la confianza institucional y el desarrollo de capacidades técnicas en despachos judiciales de diferentes tamaños.

Adicionalmente, la discusión podría explorar qué mecanismos de evaluación empírica (mordazas de auditoría, indicadores de calidad de documentos generados por IA y métricas de impacto en tiempos procesales) serían necesarios para medir la efectividad de estas políticas en la práctica cotidiana. Vienen tiempos de reformas judiciales, algunas de ellas simplemente escalofriantes, sin duda, este será un aspecto por considerar.

VII. Conclusión

El análisis de la obra "Neuromancer" de William Gibson y la situación de la inteligencia artificial en el ámbito legal costarricense revelan

un futuro intrínsecamente ligado a la evolución de la tecnología. A medida que la IA se adentra en sectores como el Derecho, resulta crucial reconocer su potencial para transformar tanto la práctica legal como la normativa individual y colectiva. Esta incursión de la inteligencia artificial no está exenta de desafíos, especialmente en lo que respecta a la regulación y la protección de derechos fundamentales. Por lo tanto, es esencial que se establezcan directrices claras que permitan una implementación ética y eficaz de la IA en el sistema legal, considerando también el impacto diferenciador que puede tener en el Derecho internacional y nacional.

Así, el futuro del Derecho en Costa Rica presenta oportunidades significativas, siempre que se aborden los riesgos asociados a esta nueva realidad digital, la Circular No. 31-2026 del Poder Judicial es un buen paso hacia adelante en este último sentido, que bien vale la pena analizar en su impacto en los servicios de justicia en el país. Estaremos expectantes.

Bibliografía

- Leslie, D., Burr, C., Aitken, M., Cowls, J., Katell, M., and Briggs, M. “Artificial intelligence, human rights, democracy, and the rule of law: a primer”. The Council of Europe, The Alan Touring Institute, 2021, disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3817999
- Olubiyi, Ifeoluwa Ayokunle, Rahamat Oyedeji-Oduyale and Damilola Mercy Adeniyi. “Artificial Intelligence And The Law: An Overview.” *ABUAD Law Journal* (2024): n. pag. https://www.semanticscholar.org/paper/6fec55d20395b47e9712822c332bf8dab6405e0
- Young-Yik Rhim, Kyung Bae Park. "The Applicability of Artificial Intelligence in International Law". 2019, https://doi.org/10.14330/jeail.2019.12.1.01
- Henrique Sousa Antunes, Pedro Miguel Freitas, Arlindo L. Oliveira, Clara Martins Pereira, Elsa Vaz de Sequeira, Luís Barreto Xavier. "Multidisciplinary Perspectives on Artificial Intelligence and the Law". 2024, https://doi.org/10.1007/978-3-031-41264-6
- Larry A. DiMatteo, Larry A. DiMatteo, Larry A. DiMatteo, Pascal D. König, Christy Ng, Eliza Mik, André Janssen, et al.. "The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence". 2022, https://doi.org/10.1017/9781009072168
- Jesús Arturo GÁLVEZ VALEGA. "Innovation-Artificial Intelligence: Challenges of the Right Against a Digital Society". 2020, https://doi.org/10.5281/zenodo.4278404
- Lin, Tom C.W.. "National Pastime(s)". 2014, https://core.ac.uk/download/71466545.pdf
- Mhalla, Asma, Cyberpunk – Le Nouveau système totalitaire, Paris, Éditions du Seuil, 2025
- Mittlestadt, Brent Daniel, Allo Patrick, Taddeo, Mariarosaria, Wachter, Sandra y Floridi, Luciano, “The Ethics of Algorithms: Mapping the Debate”, en: Big Data and Society, July-December 2016, 1-21. Disponible en: https://www.academia.edu/29344788/The_Ethics_of_Algorithms_Mapping_the_Debate

La inteligencia artificial en la función jurisdiccional

Análisis crítico de la Circular 31-2026 de la Secretaría de la Corte Suprema de Justicia sobre "Reglas y lineamientos éticos para el uso de Inteligencia Artificial Generativa (ChatGPT, Gemini y NotebookLM) por parte de las personas servidoras judiciales"

M.Sc. Laura Alejandra CUBILLO MADRIGAL[1]

Resumen

El Poder Judicial de Costa Rica ha reconocido la importancia de incorporar las nuevas tecnologías en el desempeño de las funciones que realizan las personas servidoras judiciales y, por ende, les ha autorizado para que utilicen la inteligencia artificial generativa (ChatGPT, Gemini y NotebookLM), siempre que se respeten los lineamientos éticos y las reglas que se recogen en la Circular 31-2026 de la Secretaría de la Corte, la cual fue comunicada a todo el personal de la institución el 26 de febrero del 2026. Sin embargo, una decisión de tal trascendencia genera riesgos latentes para los derechos fundamentales de las personas que enfrentan procesos judiciales, además, representa amenazas al debido proceso, por lo que la regulación debe ser mucho más precisa y acompañada de políticas institucionales y protocolos de actuación que garanticen esa aplicación de las nuevas tecnologías de manera segura, ética, legal y eficiente.

Palabras claves: inteligencia artificial, función jurisdiccional, debido proceso. **Abstract**

The Poder Judicial de Costa Rica (Judicial Branch of Costa Rica) has recognized the importance of incorporating new technologies into the performance of the duties carried out by judicial public servants and, therefore, has authorized them to use generative artificial intelligence (ChatGPT, Gemini, and notebookLM), provided that the ethical guidelines and rules established in Circular 31-2026 issued by the Secretariat of the Court are respected. This circular was communicated to all institutional personnel on February 26, 2026. However, a decision of such significance creates latent risk for the fundamental rights of individuals involved in judicial proceedings and

[1] Máster en Derecho Penal y Procesal Penal. Máster en Criminología. Abogada y politóloga. Diplomada en Perfilación Criminal. Licenciada en Derecho y Bachiller en Ciencias Políticas. Egresada de la Universidad de Costa Rica y de la Universidad Estatal a Distancia. En proceso de elaboración de la tesis doctoral en la Universidad Escuela Libre de Derecho.

also represents threats to due process. Therefore, the regulation must be much more precise and accompanied by institutional policies and operational protocols that guarantee the safe, ethical, lawful, and efficient application of these new technologies.

Keywords: artificial intelligence, judicial function, due process.

I. Introducción

La inteligencia artificial (IA) ha impactado el mundo moderno introduciendo cambios significativos en la manera de hacer las labores. En la actualidad, las personas acuden a estas herramientas tecnológicas para realizar un sinfín de acciones que van mucho más allá de la búsqueda de información, siendo que incluso se ha creado la denominada inteligencia artificial generativa (Gen AI) que, en términos generales, consiste en sistemas informáticos con la capacidad de generar contenido; de ahí que su utilización tiene aparejada una serie de riesgos que deben gestionarse de manera efectiva.

Estos avances tecnológicos también han alcanzado al ámbito judicial en Costa Rica, en el que se ha autorizado el uso de este tipo sistemas en el desempeño de las funciones de las personas servidoras judiciales. Así las cosas, se emitió la Circular de Secretaría de la Corte N°31-2016, publicada en el boletín N°039 del 26 de febrero del 2026, denomina: *Reglas y lineamientos éticos para el uso de Inteligencia Artificial Generativa (ChatGPT, Gemini y NotebookLM) por parte de las personas servidoras judiciales* [2], la cual ha sido reforzada por medio del envío de correo electrónico dirigido a todo el personal judicial, en el que se reafirma de manera enfática que la responsabilidad de garantizar que la información institucional no sea expuesta ni utilizada para entrenar modelos externos es de la persona servidora judicial, lo mismo que: *"la responsabilidad profesional y decisión final sobre el contenido de cualquier resolución, oficio, informe, documentos, acusación, dictamen o cualquier otro acto en ejercicio de la función jurisdiccional o administrativa, recae exclusivamente en la persona servidora que lo firma"* [3].

Este tema no es novedoso ni exclusivo de Costa Rica, porque el avance de las tecnologías en informática es globalizado, por ende, las oportunidades y los riesgos relacionados a su uso han hecho indispensable la adopción de herramientas jurídicas tendientes a regular, entre otros aspectos, la incorporación de la inteligencia artificial como herramienta de trabajo en ámbitos públicos y privados [4], entre ellos, al contexto de la administración de justicia, donde su implementación puede generar impactos negativos en los derechos fundamentales de las personas involucradas en los procesos judiciales y violentar el debido proceso, el cual es una garantía

[2] Poder Judicial de Costa Rica, Secretaría de la Corte. Circular N°31-2016, "Reglas y lineamientos éticos para el uso de Inteligencia Artificial Generativa (ChatGPT, Gemini y NotebookLM) por parte de las personas servidoras judiciales". Publicada en el Boletín N°039 del 26 de febrero del 2026.

[3] Prensa y Comunicación, Divulgaciones. "Responsabilidad sobre contenido generado por IA recae en la persona servidora judicial que lo firma". Información enviada por correo electrónico masivo el 19 de marzo del 2026.

[4] A modo de ejemplo: El Acuerdo PCSJA24-12243, de 16 de diciembre de 2024, aprobado por el Consejo Superior de la Judicatura, Colombia. La Instrucción 2/2026, de 28 de enero del 2026, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de España, sobre la utilización de sistemas de inteligencia artificial en el ejercicio de la actividad jurisdiccional. El Reglamento (UE) 2024/1689, de 13 de junio de 2024 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024.

de raigambre constitucional y reconocido por los diversos instrumentos de Derecho internacional de los derechos humanos.

El alto riesgo que representa el uso de la IA en la administración de justicia ha sido reconocido explícitamente en varios instrumentos jurídicos destinados a regular su utilización; a modo de ejemplo, en el Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, punto 61, se indica lo siguiente: *"Deben clasificarse como de* ***alto riesgo determinados sistemas de IA destinados a la administración de justicia y los procesos democráticos, dado que pueden tener efectos potencialmente importantes para la democracia, el Estado de Derecho, las libertades individuales y el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial.*** *En particular, a fin de hacer frente al riesgo de posibles sesgos, errores y opacidades, procede* ***clasificar como de alto riesgo aquellos sistemas de IA destinados a ser utilizados por una autoridad judicial o en su nombre para ayudar a las autoridades judiciales a investigar e interpretar los hechos y el Derecho y a aplicar la ley a unos hechos concretos.*** *También* ***deben considerarse de alto riesgo los sistemas de IA*** *destinados a ser utilizados por los organismos de resolución alternativa de litigios con esos fines, cuando los resultados de los procedimientos de resolución alternativa de litigios* ***surtan efectos jurídicos para las partes. La utilización de herramientas de IA puede apoyar el poder de decisión de los jueces o la independencia judicial, pero no debe substituirlas: la toma de decisiones finales debe seguir siendo una actividad humana.*** *No obstante, la clasificación de los sistemas de IA como de alto riesgo no debe hacerse extensiva a los sistemas de IA destinados a actividades administrativas meramente accesorias que no afectan a la administración de justicia propiamente dicha en casos concretos, como la anonimización o seudonimización de resoluciones judiciales, documentos o datos, la comunicación entre los miembros del personal o las tareas administrativas"* [5]. De lo anterior, se colige el reconocimiento de que la utilización de la IA en el ámbito de administración de la justicia y procesos judiciales debe tener un tratamiento cuidadoso que tome en consideración los riesgos asociados. Razón por la cual algunos países han optado por establecer restricciones y no permitir el uso de la IA en labores relacionadas con la valoración de la prueba y la motivación de las decisiones jurisdiccionales, lo que, como ya se dijo líneas atrás, no es el caso del Poder Judicial de Costa Rica (Poder Judicial), que ha autorizado la utilización de la IA generativa mediante circular, sin excepciones; pero sí establece lo que se denomina reglas y lineamientos éticos para su uso por parte de los servidores judiciales.

II.- Análisis crítico de la Circular 31-2026 de la Secretaría de la Corte Suprema de Justicia emitida por el Poder Judicial

Como punto de partida, conviene tener en claro que, de la lectura de la circular en estudio, se puede afirmar que el Poder Judicial autorizó el uso de la IA generativa para el desempeño de las funciones de los servidores judiciales, sin hacer exclusión de ninguna labor en específico, además, deja a la decisión de cada uno de ellos, el utilizarla o no.

En el preámbulo del documento en estudio, se enfatiza que los lineamientos ofrecidos pretenden hacer que el uso de estas herramientas tecnológicas sea ético y seguro, de manera que se respeten los derechos fundamentales de las personas, la transparencia, la protección de datos y la responsabilidad humana en la toma de decisiones. Así se indica de manera textual que la: *"IA es una herramienta diseñada para apoyar la gestión, no para sustituirla; por lo tanto, su uso no implica, en ninguna circunstancia, la delegación de las funciones o actuaciones esenciales y*

[5] Reglamento (UE) 2024/1689, de 13 de junio de 2024 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024.

responsabilidades propias delcargo, las cuales recaen exclusivamente en el criterio humano"[6], es decir, que las funciones y actuaciones esenciales propias del ejercicio de un cargo no son delegables a la IA por recaer exclusivamente en el criterio humano.

La circular de cita, entonces, autoriza el uso de la IA generativa para el desempeño de toda función en el Poder Judicial (sin restricción), al referir expresamente en el punto 3.9 titulado: *Principio de transparencia y explicabilidad,* que estas herramientas pueden utilizarse: ***"… para el apoyo sustantivo de labores,*** *tareas o actividades institucionales. En especial* ***para actividades que terminan impactando y asistiendo en los procesos de adopción y emisión de decisiones sustanciales"***[7] *(el resaltado no es del original),* siempre y cuando, quien la utilice lo haga constar mediante nota al final del documento o en el expediente, señalando el sistema utilizado, cuándo se utilizó y cómo se usó [8].

En este contexto de autorización institucional, cabe preguntarse: ¿qué debe entenderse por apoyo sustantivo a las labores?, dado que este término permite múltiples interpretaciones al carecer de un contenido estricto que fije sus límites y alcances. En el ámbito jurisdiccional, se entiende que una labor sustantiva es aquella que implica contenido esencial, por eso incluiría el análisis de los elementos probatorios y de los argumentos de las partes, la interpretación del derecho y la aplicación de este a un caso concreto. De manera tal que el proceso de la toma de decisiones jurisdiccionales es una labor sustantiva que le corresponde a las personas juzgadoras de manera exclusiva.

Entonces, volviendo al punto de origen, la circular permite el uso de la IA generativa como apoyo para realizar labores sustantivas y asistencia en los procesos de adopción y emisión de decisiones sustanciales; pero ¿hasta dónde sería permitido que una persona juzgadora utilizara la IA generativa para, por ejemplo, redactar una sentencia y fundamentarla? La circular no permite dar respuesta a esa pregunta, lo que es un aspecto relevante debido a las implicaciones prácticas que tiene. Véase que, por ejemplo, según la circular, la persona juzgadora puede emplear la IA generativa en el desarrollo de la función sustantiva que tiene de decidir un caso, sin embargo, no se establecen límites a esa autorización, por lo que, en segunda instancia, quedaría a criterio de quienes resuelven el determinar lo que consideran admisible y lo que no. Además, carecerían de un mecanismo estandarizado de control que les permita determinar si una sentencia está debidamente fundamentada y si el razonamiento que se expone es propio del ejercicio intelectivo de quien o de quienes resuelven, y no el razonamiento de una inteligencia artificial.

Lo anterior porque, claramente, las funciones o actuaciones esenciales propias del ejercicio del cargo no se pueden delegar en la IA, la cual debe ser una herramienta de asistencia y apoyo para la gestión, nunca deberá sustituir el criterio humano; tal como se consigna en la Circular, pero sin que se establezcan en ella, al menos parámetros para determinar en qué casos se estaría ante tal escenario. A continuación, se detallan algunas consecuencias que surgen de la imprecisión antes señalada.

En la Circular, propiamente en el punto 1.3

[6] Poder Judicial de Costa Rica. Secretaría General de la Corte. *op. cit, p.1.*

[7] Poder Judicial de Costa Rica. Secretaría General de la Corte. *op. cit, p.6.*

[8] Este punto se regula de la misma manera en el Acuerdo PCJA24-12243, de 16 de diciembre del 2024, aprobado por el Consejo Superior de la Judicatura, Colombia, en el que se exige que la persona juzgadora confirme que leyó y aceptó los términos de referencia y condiciones de la empresa proveedora, además, debe incluir las instrucciones utilizadas en la consulta, es decir, el detalle de las preguntas que se le hicieron a la IA en la consulta.

Contextualización y creación de Prompts, se detalla una serie de obligaciones para el funcionario judicial que utilice la IA generativa y se dice que: a) *"Inclusión del texto normativo:* ***Para asegurar que el análisis se base en el ordenamiento jurídico*** *la persona servidora judicial* ***puede adjuntar o insertar dentro del prompt el texto íntegro del marco jurídico aplicable al caso concreto que desea analizar.*** *Esto evita que la herramienta utilice versiones derogadas o normativa de otros países b) Delimitación jurisdiccional: Indicar explícitamente que* ***el análisis se requiere "conforme al ordenamiento jurídico aplicable al caso",*** *y c) Delimitación temporal: Especificar la fecha de corte relevante (ej. "considerando las reformas vigentes a diciembre de 2025"), recordando que la IA puede tener una base de datos desactualizada"* [9]. De la lectura de este punto se extrae que la Circular hace explícita la autorización que se da a los servidores judiciales para que le soliciten a la IA generativa el análisis de un caso concreto utilizando el texto normativo que, para los efectos, le proporcionen al sistema y delimitando temporalmente el estudio para que se apliquen las reformas.

Lo anterior no es más que la descripción de una función intelectiva que le corresponde hacer a la persona juzgadora en el apartado de fundamentación jurídica de la sentencia; donde quien decide debe interpretar el ordenamiento jurídico vigente y aplicarlo al caso. De manera tal que la Circular no ofrece parámetro alguno para controlar que esa función esencial de la labor jurisdiccional no haya sido suplida por una máquina. Entonces, ¿cómo se fija el límite entre lo permitido y lo prohibido en este aspecto en particular?, ¿hasta qué punto puede una persona juzgadora usar la IA para analizar el ordenamiento jurídico costarricense y aplicarlo al caso concreto?, ¿cómo determinar en la práctica si la IA sustituyó a quien resuelve?

Continuando con el estudio, ahora centrado en la Circular en el punto 3.5 *Principio de evitar sesgos,* en el que se establece que la IA puede reproducir en sus respuestas estereotipos sociales, por lo que la persona servidora tiene la obligación de analizar críticamente las respuestas, se indica lo siguiente: *"Si la IA genera una argumentación basada en estereotipos de género, raza o condición social, la persona servidora debe descartar dicho resultado"* [10]*,* es decir, se permite utilizar la argumentación de un sistema de IA en el tanto no esté basada en estereotipos que deben ser identificados por la persona usuaria del sistema; lo que denota nuevamente que hay autorización para utilizar el análisis que hace la IA en resoluciones judiciales, siempre que se omitan los estereotipos.

Ahora bien, en el punto 3 de la Circular que se titula: *Lineamientos basados en los principios éticos* [11], se indica que se establecen lineamientos operativos para cada principio, pero la lectura de estos no deja ver que se describan temas operativos, es decir, algún tipo de directriz o instrucción práctica para que las personas servidoras judiciales puedan implementar en su día a día las herramientas de la IA generativa, sin incurrir en fraude y sin ser sustituidos por el trabajo de un sistema de inteligencia artificial. En su totalidad, este punto 3 de la Circular describe prohibiciones genéricas, autorizaciones también generales, descripción de obligaciones y se sienta la responsabilidad exclusiva de la persona servidora por el mal uso de las herramientas.

Ante este escenario, la pregunta es: ¿cómo se cumple cada uno de esos principios en la práctica y cómo se controla su cumplimiento? ¿Cómo se usa la IA de manera que no se incurra en abusos ni en vicios por la vulneración de los principios que se describen en la circular? ¿Será que en todas

[9] Poder Judicial de Costa Rica. Secretaría General de la Corte. *op. cit, pp.2 y 3.*

[10] Poder Judicial de Costa Rica. Secretaría General de la Corte. op. cit, p. 5.

[11] Ibid., p.4.

las jurisdicciones y para todo tipo de funciones (incluidas las jurisdiccionales) los lineamientos prácticos son iguales? y, en todo caso, ¿cuáles son esos lineamientos de tipo operativo que mencionan, pero no se desarrollan en la Circular? De manera tal que, con la lectura del documento en estudio, se tiene claro el listado de principios que se procura resguardar por parte de la institución, sin embargo, la duda permanece en cuanto a ¿cómo se ejecutan?, ¿qué mecanismos o instrumentos se ponen a disposición de los servidores judiciales para cumplir con sus obligaciones y no incurrir en las prohibiciones establecidas?

Tampoco se desprende de la Circular y no se tiene conocimiento de que, en el Poder Judicial, existan protocolos de actuación donde se describan procedimientos claros y definidos para cada jurisdicción y tipo de puesto; de manera que se establezca la forma de llevar a la práctica la implementación de la IA en las labores de sus funcionarios, segura y en respeto de la legalidad y del debido proceso.

Retomando el punto sobre la autorización que se da en la Circular para que los servidores judiciales usen la IA generativa a fin de llevar a cabo funciones de análisis, conviene recalcar que incluso se les autoriza a utilizar en sus consultas documentos de trabajo no anonimizados, esto: *"para aprovechar al máximo la capacidad de la IA en mantener el enfoque semántico, estructurar documentos y disminuir sesgos"* [12], debiéndose recordar que se está hablando entonces en este apartado de datos personales sensibles que son útiles para identificar a las personas, por lo que es obligatoria la protección de la privacidad. Por ende, con esta regulación el Poder Judicial está autorizando que el servidor judicial ingrese a los sistemas de IA información sensible respecto de la cual se debe guardar reserva para proteger la privacidad de la persona, en el tanto, el hacerlo permita optimizar los resultados de aplicación en el análisis que le es solicitado hacer.

Tal proceder se supedita exclusivamente a la obligación de esa persona servidora de deshabilitar el reentrenamiento y a que: *"la herramienta garantice que dichos datos no serán utilizados ni compartidos para ningún fin externo"* [13]. De lo anterior se colige que el Poder Judicial está autorizando usar la IA generativa para hacer análisis, que para ello puede proporcionarle al sistema información sensible y que la seguridad del tratamiento de esos datos la deja exclusivamente en manos del servidor judicial; lo que es peligroso, ya que la institución no tiene instalados mecanismos de control respecto del flujo de la información y las condiciones de seguridad dependen de la plataforma que se utilice, sin que exista un criterio técnico institucional que haya hecho un diagnóstico previo de ello para recomendar el uso de la más segura. De ahí que, salta a la vista la pregunta: ¿cómo garantiza el Poder Judicial la seguridad efectiva de la información sensible que se maneja como parte de los procesos judiciales y su flujo, una vez que han sido incluidos en consultas a la IA generativa? ¿Tiene la institución algún mecanismo instalado para, de previo, contar con un diagnóstico de las condiciones de seguridad de los sistemas de IA que podrían ser utilizados por los empleados judiciales para el desempeño de sus funciones?

Siguiendo con el punto, se estipula lo siguiente: *"3.3 Principio de seguridad y protección: Al utilizar herramientas complementarias de análisis documental como NotebookLM o similares para resumir o interrogar documentos, se autoriza el uso de información confidencial o datos sensibles para aprovechar el contexto semántico, únicamente si se ha cumplido previamente con la*

[12] Poder Judicial de Costa Rica. Secretaría General de la Corte. *op. cit, p.4.*

[13] Ibid.

verificación establecida en el lineamiento 2.3 [14]"; se desprende que se autoriza usar herramientas de IA como la mencionada de manera expresa, cuya utilidad está relacionada con tareas tales como el examen de documentos para hacer resúmenes, organizar ideas y crear contenido sobre, por ejemplo, ideas centrales, discriminar información, identificar inconsistencias, entre otras. Estas tareas que hace la IA se relacionan indefectiblemente con las labores que debe llevar a cabo una persona juzgadora de examen de documentos probatorios, de manera tal que se está autorizando el uso de la IA para realizar esa actividad.

Incluso, según la Circular, en el punto *3.6 Principio de sostenibilidad y racionalidad del gasto* [15], el uso de la IA será para la realización de tareas tales como crear resúmenes de textos voluminosos y estructuración de ideas. Entonces, surgen varias preguntas al respecto porque, según la Circular, la persona jugadora podría usar la IA para leer los elementos de prueba, hacer resúmenes con las ideas relevantes y discriminar otras, así como estructurar ideas que luego lleve a la sentencia. Estas son funciones propias del cargo de quien debe resolver el caso mediante un análisis concatenado de todo el electo probatorio, respecto del cual, incluso, tuvo la oportunidad de recibir mediante las reglas de la concentración y la inmediación. De manera que ¿cómo se hace esto en la práctica sin incurrir en vicios al debido proceso? ¿Cómo se controla, en segunda instancia, que ese análisis lo hizo un ser humano y no una máquina?

Este escenario pone en evidencia varios otros puntos sobre los que debe suscitarse un análisis profundo por el riesgo que tiene asociada la utilización de la IA generativa en contextos judiciales y, muy especialmente, en la labor jurisdiccional. A nivel internacional, algunos países, luego de haber efectuado un estudio de riesgos, han optado por regular explícitamente cuáles son las actividades que se prohíbe realizar con la ayuda de IA y, dentro de estas, se han incluido las propias de las personas juzgadoras [16].

Ahora bien, si en Costa Rica se decidió que las labores jurisdiccionales no quedaran excluidas de la autorización de uso de IA, resulta de trascendental importancia determinar en qué condiciones se puede permitir tal apoyo [17]. Sobre este respecto, es de utilidad hacer mención a la manera en la que se regula este aspecto en el punto 53 del Reglamento (UE) 2024/1689, de 13 de junio de 2024 del Parlamento Europeo y del Consejo, en el que se indica que se autoriza la utilización de sistemas de IA que no entrañen un riesgo considerable para los intereses jurídicos amparados, dado que no influyen sustancialmente en la toma de decisiones, y se establece lo siguiente: *"A efectos del presente Reglamento,* ***por sistema de IA que no influye sustancialmente en el resultado de la toma de decisiones debe entenderse un sistema de IA que no afecta al fondo, ni por consiguiente al resultado, de la toma de decisiones, ya sea humana o automatizada.*** *Un sistema de IA que no influye sustancialmente*

[14] Poder Judicial de Costa Rica. Secretaría General de la Corte. o*p. cit, p.5.*

[15] Ibid.

[16] Así, por ejemplo, se regula este aspecto en el Reglamento (UE) 2024/1689, de 13 de junio de 2024 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024.

[17] A nivel internacional, se han venido adoptando varias herramientas jurídicas para regular el uso de la inteligencia artificial por parte de las personas juzgadoras, estableciéndose restricciones en cuanto a la no utilización de estos sistemas para, por ejemplo, valorar los medios de prueba, analizar hechos y elementos probatorios, así como para la motivación de decisiones dentro del proceso. Entre otras, se puede mencionar: el Acuerdo PCSJA24-12243, de 16 de diciembre de 2024, aprobado por el Consejo Superior de la Judicatura, Colombia. La Instrucción 2/2026, de 28 de enero del 2026, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de España, sobre la utilización de sistemas de inteligencia artificial en el ejercicio de la actividad jurisdiccional. El Reglamento (UE) 2024/1689, de 13 de junio de 2024 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024.

en el resultado de la toma de decisiones podría incluir situaciones en las que se cumplen una o varias de las siguientes condiciones. ***La primera de dichas condiciones debe ser que el sistema de IA esté destinado a realizar una tarea de procedimiento delimitada,*** *como un sistema de IA que transforme datos no estructurados en datos estructurados, un sistema de IA que clasifique en categorías los documentos recibidos o un sistema de IA que se utilice para detectar duplicados entre un gran número de aplicaciones. La naturaleza de esas tareas es tan restringida y limitada que solo presentan riesgos limitados que no aumentan por la utilización de un sistema de IA en un contexto que un anexo al presente Reglamento recoja como uso de alto riesgo.* ***La segunda condición debe ser que la tarea realizada por el sistema de IA esté destinada a mejorar el resultado de una actividad previa llevada a cabo por un ser humano,*** *que pudiera ser pertinente a efectos de las utilizaciones de alto riesgo enumeradas en un anexo del presente Reglamento. Teniendo en cuenta esas características,* ***el sistema de IA solo añade un nivel adicional a la actividad humana,*** *entrañando por consiguiente un riesgo menor. Esa condición se aplicaría, por ejemplo, a los sistemas de IA destinados a mejorar el lenguaje utilizado en documentos ya redactados, por ejemplo, en lo referente al empleo de un tono profesional o de un registro lingüístico académico o a la adaptación del texto a una determinada comunicación de marca.* ***La tercera condición debe ser que el sistema de IA esté destinado a detectar patrones de toma de decisiones o desviaciones respecto de patrones de toma de decisiones anteriores.*** *El riesgo sería menor debido a que el sistema de IA se utiliza tras una valoración humana previamente realizada y no pretende sustituirla o influir en ella sin una revisión adecuada por parte de un ser humano. Por ejemplo, entre los sistemas de IA de este tipo, se incluyen aquellos que pueden utilizarse para comprobar a posteriori si un profesor puede haberse desviado de su patrón de calificación determinado, a fin de llamar la atención sobre posibles incoherencias o anomalías. La cuarta condición debe ser que el sistema de IA esté destinado a realizar una tarea que solo sea preparatoria de cara a una evaluación pertinente a efectos de los sistemas de IA enumerados en el anexo del presente Reglamento, con lo que la posible repercusión de los resultados de salida del sistema sería muy escasa en términos de representar un riesgo para la subsiguiente evaluación. Esa condición comprende, entre otras cosas, soluciones inteligentes para la gestión de archivos, lo que incluye funciones diversas tales como la indexación, la búsqueda, el tratamiento de texto y del habla o la vinculación de datos a otras fuentes de datos, o bien los sistemas de IA utilizados para la traducción de los documentos iniciales* [18].

Es interesante analizar estas condiciones para la autorización de uso de sistemas de IA en ámbitos como el jurisdiccional, donde se debe minimizar el riesgo de que los sistemas de IA sustituyan la labor de la persona funcionaria judicial en aspectos tan relevantes como la fundamentación de una resolución, valoración de pruebas y toma de decisiones, sin cerrar las posibilidades de emplear este tipo de herramientas para labores muy específicas que generen valor a la labor realizada por las personas funcionarias judiciales y que permita generar un impacto positivo en la eficiencia y calidad, sin afectar el debido proceso.

La debida fundamentación de las sentencias y de toda resolución judicial es una garantía del debido proceso que materializa el ejercicio efectivo del derecho de defensa y de acceso a la justicia. Jurisprudencialmente, se ha definido que es con base en el análisis integral de todos los elementos probatorios que constan en autos, que las personas juzgadoras deben tomar sus decisiones, luego de efectuar un ejercicio

[18] Reglamento (UE) 2024/1689, de 13 de junio de 2024 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024.

intelectivo que debe constar en las resoluciones judiciales, mediante una exposición clara de las razones que condujeron a una toma de posición en concreto. Es precisamente esa exposición de razones lo que permite a las partes involucradas ejercer el control respecto de lo resuelto y aplicar los mecanismos procesales previstos para, por ejemplo, impugnar la decisión [19].

Esto lleva a otro punto que se relaciona con la trazabilidad y control sobre la manera en la que las personas juzgadoras utilizan las herramientas de IA generativa en el ejercicio de sus funciones, lo que se relaciona con el punto que se venía ya tratando *3.9 Principio de transparencia y explicabilidad,* en el que se establece la responsabilidad de esta persona servidora judicial de informar expresamente del uso de estos sistemas; pero el cuestionamiento que surge es: ¿cómo se podría corroborar que la herramienta de IA generativa no sustituyó al ser humano en labores propias del cargo de persona juzgadora? Es cierto que existen sistemas informáticos que permiten detectar no solamente el plagio, sino también el fraude por utilización de inteligencia artificial, pero la interrogante se mantiene porque la Circular que brinda los lineamientos para el uso de IA generativa por parte las personas servidoras judiciales admite su uso para labores de examen de documentos, aplicación del ordenamiento jurídico a casos concretos e incluso para realización de análisis que generen contenido de utilidad para las personas juzgadoras. ¿Entonces, en estos supuestos autorizados se estaría vulnerando o no el debido proceso?

Siempre en relación con el punto 3.9 de la Circular, se omite en ella toda referencia a la obligación de transparencia que tiene la institución en sí misma y por la que debe adoptar un sistema de supervisión que le permita evaluar la aplicación de la IA bajo los parámetros establecidos de respeto al debido proceso y la garantía de los derechos de las personas vinculadas a procesos judiciales, para así poder garantizar al administrado el respeto de los lineamientos basados en los principios éticos expuestos en el punto 3 de la Circular, entre ellos, la independencia e imparcialidad judicial, la proporcionalidad e inocuidad, la seguridad y protección, la no discriminación, la evitación de sesgos, así como el derecho a la intimidad y protección de datos. Es decir, si bien es cierto el personal judicial tiene un deber de transparencia, la institución también tiene ese deber que surge de su obligación de rendir cuentas y de la responsabilidad por el impacto negativo que puede tener el uso de los sistemas de IA en el desempeño de las labores de los funcionarios judiciales.

Sobre este tema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha reconocido que la debida fundamentación de las sentencias es una garantía del debido proceso: ***"2.5 Deber de motivar las resoluciones procesales.*** *Una exposición clara de una decisión constituye parte esencial de una correcta motivación de una resolución judicial, entendida como "la justificación razonada que permite llegar a una conclusión". En este sentido, el deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que otorga credibilidad a las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática. Por ello, las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos deben permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y*

[19] La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido como garantía del debido proceso, la debida fundamentación de las sentencias, por estar así regulado en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el que se reconoce como una garantía judicial. Así se ha aplicado en casos tales como Chocrón Chocrón Vs. Venezuela Serie C N°227, 118; caso Martínez Esquivia Vs. Colombia Serie C N°412, 106; caso Grijalba Bueno Vs. Ecuador Serie C N°426.

normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión. Además, debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Por ello, el deber de motivación es una de las "debidas garantías" incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar los derechos a un debido proceso y de acceso a la justicia, en relación con el artículo 25 de la Convención. [49] En lo que se refiere a la motivación de las sentencias, la Corte ha entendido de forma reiterada que la motivación, es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión, y que el deber de motivar las decisiones es una garantía que se desprende del artículo 8.1 de la Convención, vinculada a la correcta administración de justicia, pues protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el derecho suministra y da credibilidad a las decisiones jurídicas en una sociedad democrática. Por tanto, las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas. De lo contrario serán decisiones arbitrarias. [50]" [20]

Sobre la estructura de la sentencia, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha indicado: *"La sentencia penal tiene una estructura definida por el numeral 363 del Código Procesal Penal en tanto es el juicio de valor emitido por el tribunal. Debe contener una relación clara, precisa y circunstanciada de los hechos acreditados, la que se conoce como fundamentación fáctica y sobre la cual se realiza aquel ejercicio valorativo. Ese cuadro fáctico se sustenta en un acervo probatorio, el que se plasma en lo que se conoce como fundamentación probatoria, dividida en descriptiva e intelectiva. La primera implica para el tribunal señalar en la sentencia los medios probatorios recibidos en el debate y, para efectos del control de la valoración de la prueba por las reglas de la sana crítica, describir el contenido de los mismos, es decir el elemento probatorio. Esto último cuando sea pertinente pues, verbigracia, es necesario describir de la declaración testimonial mas no la trascripción de los documentos que constan en los autos.* ***Luego de esta fundamentación probatoria descriptiva, el tribunal debe indicar en la sentencia la apreciación de los medios y elementos de prueba, sea la fundamentación intelectiva. En este aparte el juzgador debe explicar por qué un medio probatorio le merece fe y otro no y, además, por qué un elemento de prueba u otro le lleva a una conclusión determinada. Esta fundamentación intelectiva es sobre la que recae el reproche del recurso de casación por violación de las reglas de la sana crítica de acuerdo con el artículo 369 del Código Procesal Penal****. Esta Sala había reconocido la falta de fundamentación probatoria, descriptiva e intelectiva, como un problema distinto al de la aplicación errónea o violación de las reglas de la sana crítica al momento de valorar los medios y elementos de prueba; sin embargo, debe considerarse que todo problema de violación de las reglas de la sana crítica es un problema de fundamentación, de forma tal que el primero es la especie y el segundo es el género. Las reglas de la sana crítica son las de la experiencia, la psicología y la lógica. Las primeras se refieren al conocimiento que un hombre común tiene sobre una situación de la vida, para lo cual debe partirse de la condición de hombre común que tiene el juzgador, por lo que el límite de éstas son los conocimientos técnicos especializados. Las de la psicología se relacionan con conocimientos básicos y no con las reglas elaboradas de tal ciencia, por ejemplo, al recibir la declaración de un testigo debe considerarse entre otros aspectos si la persona se muestra más nerviosa de los que debería en ese momento, si contesta evasiva o directamente y sin rodeos, si tiene un*

[20] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Digesto Themis https://themisia.corteidh.or.cr/8?detalle=texto#seccion-bdbc1a1c-8f37-40ec-97d2-34558b7bd7c0

nivel de preparación intelectual alto, medio o bajo, y todo ello debe consignarse en la sentencia. Las reglas de la lógica implican que el ejercicio intelectivo del juzgador debe tener coherencia (concordancia entre sus elementos) y derivación (necesidad de una razón y justificación adecuadas para pretender estatuto de verdad). La coherencia ordena la aplicación de los principios de identidad, de contradicción y del tercero excluido. La derivación induce a la obligatoriedad de que la sentencia sea congruente (las afirmaciones, deducciones y conclusiones deben guardar adecuada correlación entre ellas), verdadera (el razonamiento debe derivar de elementos verdaderos) y suficiente (los elementos base del ejercicio intelectivo deben ser aptos para producir razonablemente su convencimiento cierto o probable sobre el hecho)." [21].

De conformidad con lo dicho, la fundamentación de una resolución judicial parte del análisis que las personas juzgadoras hacen de la totalidad de la prueba, debiéndose exponer los razonamientos efectuados, los criterios de valoración de ese elenco probatorio y el detalle de los presupuestos jurídicos aplicables al caso concreto. Estas tareas son de resorte exclusivo de la persona juzgadora y, por ende, no resulta admisible la utilización de las herramientas de IA generativa para llevarlas a cabo, por lo que cabe plantearse varios escenarios a efectos de valorar la pertinencia, utilidad y validez de los lineamientos que se esbozan en la Circular analizada. A manera de ejemplo, ¿podría considerarse respetuosa del debido proceso y debidamente fundamentada una sentencia en la que la persona juzgadora ha utilizado NotebookLM para resumir la prueba (documental y testimonial), extraer ideas "centrales" o puntos medulares para la decisión, ubicar aspectos contradictorios, controvertidos e inconsistencias, resumir los argumentos de las partes y ubicar prueba que los respalden o los refuten, así como usó la IA para analizar esa prueba según el ordenamiento jurídico costarricense y la jurisprudencia nacional, generando a partir de esas especificaciones un contenido con consideraciones de fondo, todo ello autorizado por el Poder Judicial, según los lineamientos expuestos en la Circular en estudio?

¿No exige el debido proceso que todas esas labores sean realizadas por la persona funcionaria judicial (humana) con la competencia para hacerlo?, ¿es posible afirmar que tales insumos no influyen de manera alguna en el criterio de la persona juzgadora que los utiliza?, ¿basta con que la persona juzgadora haga constar en la sentencia que usó IA y detalle que lo hizo para los aspectos antes indicados, para afirmar que no se afectó el principio de juez natural y de independencia judicial? A esto debe sumarse la interrogante de la manera en la que se puede ejercer de forma efectiva el control del razonamiento de las personas juzgadoras en las etapas de impugnación. ¿Cuáles son los instrumentos, mecanismos y procedimientos para determinar con certeza que no se vulneró el debido proceso, que se siguieron los lineamientos de la Circular y que el razonamiento expuesto en la sentencia es propio de una mente humana y no de una artificial, cuando esta ha sido una herramienta utilizada?

¿Ha dotado el Poder Judicial a las personas juzgadoras, por ejemplo, en apelación de sentencia, de sistemas informáticos para la identificación de fraudes por uso de IA? ¿Podría concluirse con certeza que la labor intelectiva de la persona juzgadora no fue sustituida o delegada en un sistema de inteligencia artificial generativa?, en otras palabras, ¿de qué manera podría asegurarse que la decisión de fondo fue tomada con absoluta independencia por la persona juzgadora con base en su propio razonamiento?

Es claro que los cuestionamientos sobre

[21] Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N°00213-2001, de las nueve horas cinco minutos del veintitrés de febrero de dos mil uno.

la utilización de la IA en el Poder Judicial van mucho más allá de la obligación de las personas servidoras judiciales de constatar si las citas jurisprudenciales existen o si, por el contrario, son alucinaciones, lo que está regulado en la Circular en el punto 1 correspondiente al *Principio rector de responsabilidad humana y no delegación,* propiamente en el punto 1.2 que indica: *"La persona servidora judicial debe verificar, contrastar y validar obligatoriamente toda información, cita legal o jurisprudencia generada por la herramienta, asumiendo la responsabilidad disciplinaria y legal por "alucinaciones" (entendidas como datos falsos, hechos inexistentes, citas inventadas o errores de cálculo generados por la IA) que no sean detectados"* [22]. Este aspecto lleva, sin lugar a dudas, a traer a colación resoluciones judiciales de los tribunales de apelación de sentencia penal del país, que han tratado el tema de la ética profesional en relación con el uso de la inteligencia artificial por parte de litigantes para, por ejemplo, la redacción de recursos en los que se ha detectado la existencia de alegatos en los que se hacen citas jurisprudenciales que no coinciden con los criterios de la Sala Constitucional y de la Sala Tercera, o bien que son inexistentes, lo que ha llevado a desarrollar en las resoluciones el tema del fenómeno de la "alucinación" o "confabulación" que es propio de las inteligencias artificiales, el cual se define como: *"Las alucinaciones de la IA pueden definirse como desviaciones de los resultados esperados en el contenido generado por un sistema de inteligencia artificial (IA), caracterizadas por la introducción de elementos de imaginería o sin sentido durante la producción de dicho contenido (Merriam-Webster, s.f.). En el contexto del procesamiento del lenguaje natural (NLP) y el aprendizaje de máquina, estas alucinaciones representan patrones inesperados o artefactos que emergen durante el proceso de creación de contenido de un modelo de IA…"*

[22] Poder Judicial de Costa Rica. Secretaría General de la Corte. Op. cit. p.2.

(Barría Huidobro, C.D. (2024). Alucinaciones de la inteligencia artificial: impacto en tecnología, política y sociedad. Revista

22 Poder Judicial de Costa Rica. Secretaría General de la Corte. Op. cit. p.2.

Estrategia Poder y Desarrollo, 3(5), pág. 50). Esas alucinaciones producidas por las inteligencias artificiales producen respuestas a los cuestionamientos del usuario que suenan coherentes y convincentes, pero que son falsas, inexactas o que no pueden verificarse con datos reales, debido a que este tipo de inteligencias generativas están creadas para resolver problemas conforme a los datos de aprendizaje que se les han suministrado, llenando los vacíos en su esquema de datos con la invención de información plausible. Por ello, es necesario que se haga un uso responsable y ético de las inteligencias artificiales, en las que no exista una confianza excesiva en la infalibilidad de las mismas y en donde siempre exista la verificación o supervisión humana, sobre todo en un ámbito como el derecho en el que podrían generarse implicaciones éticas importantes. Esto es especialmente importante en los abogados, quienes de conformidad con el artículo 127 del Código Procesal Penal y 17 del Código de Deberes Jurídicos, Morales y Éticos del profesional en Derecho deben litigar con lealtad, probidad, de forma veraz y de buena fe, por lo que se hace un llamado de atención al recurrente para que en lo sucesivo realice una verificación de las fuentes citadas, primero, por un ejercicio responsable de su función como representante legal de la persona que defiende y, segundo, para evitar acciones que podrían ser interpretadas como tendientes a inducir a error a las autoridades judiciales sobre lo que deban resolver" [23].

[23] Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago. Resolución N°2025-592, de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del cinco de diciembre del dos mil veinticinco. En la misma línea, la Resolución N°2025-499, emitida por el

De lo anterior se colige que, sin duda alguna, las personas servidoras judiciales que utilicen IA como herramienta auxiliar, tienen la obligación de verificar el contenido de toda la información que incluyan en sus resoluciones judiciales, siendo una omisión grave el hacer constar datos que no han sido verificados porque, entre otros puntos, se hace evidente con ello que no hubo lectura de esos extractos citados y mucho menos análisis para determinar la relación que tienen con el caso en concreto. Un descuido de esta naturaleza no solo haría ver que se utilizó la IA para la redacción de ese documento, sino que lo más grave es el impacto negativo en la garantía del debido proceso y la debida fundamentación de toda resolución judicial, por lo que, según sea su impacto en la decisión, podría acarrear la nulidad de la misma, con las consecuencias negativas aparejadas, al tener que realizarse nuevamente el juicio.

Si se tratase de un caso penal, en el que las personas víctimas tendrían que volver a declarar (victimización), se podría estar ante la tramitación de una persona imputada privada de libertad y se incurriría en gastos propios del proceso, retrasándose la resolución del caso, por lo que se afectan los principios de tutela judicial efectiva y justicia pronta y cumplida. Es pertinente apuntar que la confiabilidad de las respuestas proporcionadas por la inteligencia artificial guarda relación con los distintos tipos de sistemas existentes y sus niveles de autonomía y seguridad, lo que no elimina ni disminuye en nada, la obligación de quien los utiliza, en cuanto a verificar de manera rigurosa la exactitud de los contenidos generados, tal como se establece en la circular de cita.

Se regula también, mediante la obligación de cumplir con varios principios, el tema de la protección de los datos [24] asociado a la utilización de IA en el contexto judicial, estableciéndose que la responsabilidad por la vulneración de esta garantía es personal, es decir, que recae en cada persona servidora judicial, quien tiene el deber velar por que la información institucional, sensible, confidencial y datos personales no sea expuesta ni utilizada para el entrenamiento de los modelos de IA [25]. En esta misma línea, el Poder Judicial, a través de la Sección de Comunicación Organizacional del Departamento de Prensa y Comunicación Organizacional, recalcó a los funcionarios judiciales, por medio de correo electrónico, que la responsabilidad sobre el contenido generado por IA recae en la persona servidora judicial que lo firma, y en esta línea se indica: *"La responsabilidad profesional y decisión final sobre el contenido de cualquier resolución, oficio, informe, documento, acusación, dictamen o cualquier otro acto en ejercicio de la función jurisdiccional o administrativa, recae exclusivamente en la persona servidora que lo firma… Además, cada persona servidora judicial tiene una responsabilidad individual de garantizar que la información institucional no sea expuesta ni utilizada para entrenar modelos externos"* [26].

De lo transcrito se colige que, según se establece en la circular en estudio, la institución deja claro que el mal uso, e incluso la negligencia en la utilización de la IA en el contexto judicial, genera responsabilidad civil, penal y

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago, al ser las nueve horas veintiún minutos del dieciséis de octubre del dos mil veinticinco.

[24] Poder Judicial de Costa Rica. Secretaría General de la Corte. Op. Cit, p.5. Específicamente se regula el tema en los puntos: 3.3 Principio de seguridad y protección; 3.7 Principio de derecho a la intimidad y protección de datos; 3.9 Principio de transparencia y explicabilidad; y 3.10 Principio de responsabilidad y rendición de cuentas.

[25] Poder Judicial de Costa Rica. Secretaría General de la Corte. Op.ct.p.3. Específicamente se regula el tema en punto *"2. Lineamientos técnicos de privacidad y configuración de herramientas"*.

[26] Acuerdo del Consejo Superior 12-2026 del 12 de febrero de 2026, art. LIII.

administrativa que recae sobre el funcionario mismo. Al respecto, no hay observación alguna porque efectivamente las competencias y funciones propias del ejercicio de un cargo no se pueden delegar, de ahí que la responsabilidad sea personal. Ahora bien, convendría abordar en otro espacio de discusión dedicado a ese aspecto en particular por la profundidad del tema, el hecho de que el Estado también podría resultar responsable y deberá, por ende, reparar todo daño ocasionado a terceros por falta de sus servidores cometida en el desempeño de sus deberes o con ocasión a un cargo. Esto según lo establecido en el numeral 190 de la Ley General de Administración Pública que prevé lo siguiente: *"1. La Administración responderá por todos los daños que cause su funcionamiento legítimo o ilegítimo, normal o anormal, salvo fuerza mayor, culpa de la víctima o hecho de un tercero. 2. La Administración será responsable de conformidad con este artículo, aún cuando no pueda serlo en virtud de las secciones siguientes de este Capítulo, pero la responsabilidad por acto lícito o funcionamiento normal, se dará únicamente según los términos de la Sección Tercera siguiente"* [27]. Abordar, entonces, el tema de la autorización que se da para el uso de la IA en el contexto judicial como una fuente de riesgo llevaría a la aplicación de la Teoría de la responsabilidad objetiva, que no se tratará en esta oportunidad, pero se deja hecho el planteamiento para un análisis posterior.

Por el momento y volviendo al punto de origen, respecto a la confidencialidad de la información, se debe que recordar que, en Costa Rica, la despersonalización en el contenido de las resoluciones judiciales es una acción necesaria para garantizar la protección de los datos sensibles de las personas involucradas en los procesos [28], y sobre este extremo, la Circular en análisis regula que esa privacidad es responsabilidad individual de la persona servidora judicial, lo que, como ya se dijo líneas precedentes, deja abierto todo un espacio de debate por la posible responsabilidad objetiva del Estado; pero, además, se indica que la manera de lograr esa garantía en el uso de la IA se consigue cumpliendo una serie de condiciones que se desarrollan en el punto *2. Lineamientos técnicos de privacidad y configuración de herramientas* [29].

La primera de esas condiciones es que la persona servidora judicial deshabilite en la configuración de privacidad, el uso de datos de entrenamiento por parte de la IA generativa que se utilice; sobre este extremo, cabe mencionar que este tipo de herramientas tecnológicas se denominan predictivas, porque su funcionamiento parte del análisis de datos que las personas usuarias les proporcionan y hacen predicciones partiendo de información que ha ido adquiriendo sobre el tema, es decir, cuando se utiliza la IA para hacer una pregunta, toda la información que se le suministra para que elabore la respuesta es "aprendida", o almacenada para su uso posterior en casos similares. Es aquí donde se genera el riesgo de infringir con el uso de la IA, lo establecido en la Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales[30] y en su respectivo reglamento [31], dada la protección

[27] Asamblea Legislativa de Costa Rica. Ley N.º 6227, del 02 de mayo de 1978. *"Ley General de la Administración Pública"*.

[28] La Sala Constitucional de Costa Rica, en sus resoluciones, ha dejado en claro que los datos sensibles deben protegerse, por lo que debe ser anonimizada antes de permitirse el acceso público a los documentos que los contengan, con lo que se logra un equilibrio entre el derecho de acceso a la información pública y la protección de datos personales, evitando así que se ponga en riesgo a los individuos. En este sentido: Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N°15289– 2019, de las nueve horas veinte minutos del dieciséis de agosto de dos mil diecinueve.

[29] Poder Judicial de Costa Rica, Secretaría de la Corte. Op.ct.p.3.

[30] Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Ley N.º 8968 del 07 de julio del 2011. Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales.

[31] Poder Ejecutivo de la República de Costa Rica. Decreto

que se hace en Costa Rica del derecho a la autodeterminación informativa, en relación al tratamiento automatizado o manual de los datos personales.

Sobre este aspecto, podría efectuarse un análisis integral de la normativa vigente en Costa Rica para la protección de datos con miras a determinar las posibles afectaciones que se generan con las nuevas tecnologías de IA; pero, de cara al presente artículo, basta decir que, por ejemplo, en materia penal se emiten resoluciones y sentencias judiciales que contienen datos de información sensible de los intervinientes e incluso que dentro de los elementos probatorios se cuenta en no pocas ocasiones con documentos privados, tal es el caso de la información médica de una persona. Si se aplica la Circular en estudio, la persona juzgadora está autorizada a ingresar información sensible, confidencial y datos personales a los sistemas de IA, siempre que deshabilite la opción de uso de datos para el entrenamiento.

Salta entonces a la palestra la seguridad que ofrecen estas herramientas a las personas usuarias como garantía de confidencialidad. Véase que la Circular hace alusión de manera genérica a distintos sistemas de inteligencia artificial generativa que puede ser utilizada por parte de las personas servidoras judiciales (ChatGPT, Gemini y NotebookLM), es decir, que no se autoriza una en específico, sino tres de ellas. De conformidad con la generación del riesgo que se está creando con esta autorización, se espera que el Poder Judicial cuente con un estudio previo o información de calidad que respalde la solidez técnica de estas plataformas, para poder así asegurar que se cuenta con las condiciones de seguridad en el manejo de datos que haga de esta una opción auxiliar para el desempeño de las funciones en el contexto judicial, la cual sea respetuosa de la legislación nacional e internacional en cuanto a privacidad y transparencias, así como fiabilidad y posibilidad de supervisión y control humano de los contenidos generados [32].

En contextos de riesgo como el que ocupa este documento, se hace indispensable que la institución que autoriza el uso de una fuente de riesgo, en este caso una herramienta de IA, adopte un papel activo en cuanto a la supervisión de esos riesgos que se generan, siendo recomendable que se establezcan los mecanismos de gestión respectivos. Existe la posibilidad incluso de que, dentro del marco normativo creado, se regulen los requisitos que deben cumplir los sistemas de IA autorizados, así como las obligaciones de los operadores[33]. En esta línea, el diagnóstico de riesgos resulta indispensable para adoptar medidas de prevención y mitigación.

Hasta aquí se hizo una presentación sucinta de puntos críticos que se extraen de la lectura de la Circular mediante la cual el Poder Judicial autorizó a los funcionarios el uso de la IA en el desempeño de sus cargos. En resumen, se puede afirmar que este documento es un importante instrumento que pretende orientar el uso de estas tecnologías para que se haga de manera ética y en resguardo de la legalidad, pero presenta vacíos

Ejecutivo N.º 37554 del 30 de octubre del 2012.

[32] Sobre la solidez técnica y seguridad, se indica en el Reglamento (UE) 2024/1689, de 13 de junio de 2024 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, lo siguiente: *"Por «solidez técnica y seguridad» se entiende que los sistemas de IA se desarrollan y utilizan de manera que sean sólidos en caso de problemas y resilientes frente a los intentos de alterar el uso o el funcionamiento del sistema de IA para permitir su uso ilícito por terceros y reducir al mínimo los daños no deseados".*

[33] El Reglamento (UE) 2024/1689, de 13 de junio de 2024 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, expone el enfoque basado en riesgos como base para la generación de normas y para ello se toman en consideración las Directrices éticas para una IA fiable, de 2019, elaboradas por el Grupo independiente de expertos de alto nivel sobre IA creado por la Comisión, que desarrolló siete principios éticos para contribuir a garantizar la fiabilidad y el fundamento ético de la IA.

y ambigüedades que obstaculizarían alcanzar ese objetivo en el proceso de implementación. Cada uno de los puntos críticos expuestos son, sin duda alguna, oportunidades de mejora que, de ser atendidas, fortalecerían la propuesta y ayudarían a consolidar los objetivos propuestos con este primer esfuerzo.

III.- Conclusiones

El Poder Judicial de Costa Rica se enfrenta a una realidad en la que la inteligencia artificial ha alcanzado avances vertiginosos que traen aparejadas ventajas significativas para la administración de justicia, pero, también, representa riesgos latentes para el debido proceso y amenazas graves para los derechos fundamentales de las personas que se ven inmersas en procesos que requieren indefectiblemente de la intervención del ser humano, en tanto, son estos los que tienen la potestad exclusiva de tomar decisiones y la obligación de fundamentarlas de manera debida y apegada al ordenamiento jurídico vigente. Ante este escenario, el pretender regular el uso de estas nuevas tecnologías en el ámbito judicial por medio de una única circular es peligroso y, claramente, insuficiente.

La Circular 31-2026 de la Secretaría de la Corte, además de ser genérica y, por ende, superficial, ignora la especificidad de cada jurisdicción y enumera una serie de principios respecto de los cuales se desconoce la manera de llevarlos a la práctica, así como los mecanismos disponibles para supervisar su debido cumplimiento, lo que conlleva un riesgo enorme de que se incurra en errores, omisiones y abusos que pueden ocasionar, entre otras cosas, la nulidad de las sentencias en segunda instancia o en casación, o por parte de la Sala Constitucional, con el consecuente perjuicio para la persona usuaria, para la institución por mora judicial y costos económicos, así como para el Estado de Derecho.

En esta línea, se recomienda:

- Se requiere de una regulación fuerte sobre el uso de la IA en el Poder Judicial y para ello es relevante tener en consideración las resultas de aprobación del proyecto de ley que está en la orden del día en la Asamblea Legislativa: “Ley para la promoción responsable de la inteligencia artificial en Costa Rica”.
- Elaborar una política institucional para la implementación de la IA como herramienta de trabajo en el Poder Judicial.
- Adoptar e instalar una plataforma estandarizada de IA que responda a las necesidades prácticas y de seguridad de las diferentes áreas de trabajo del Poder Judicial (labores administrativas, de investigación, jurisdiccionales) y por materia. Esta plataforma permitiría el uso de la IA en el Poder Judicial de una manera controlada, incorporando un mecanismo idóneo para el resguardo de los datos sensibles que se manejan en la institución, además, haría posible generar una trazabilidad del uso de estas tecnologías por parte de los funcionarios judiciales, de manera tal que objetivamente se puedaverificar, por ejemplo, si una sentencia es producto de la IA o si, por el contrario, fue hecha por la persona juzgadora, quien resolvió el caso por el fondo mediante una labor intelectiva, aun cuando hubiera utilizado la tecnología como una herramienta para mejorar su labor, pero sin desnaturalizar las garantías del debido proceso.
- Generar mesas de trabajo en las que se involucre personal judicial de las diferentes materias que se atienden en el Poder Judicial (contencioso administrativo, penal, penal juvenil, constitucional, familia, violencia doméstica, agrario, tránsito, cobro judicial, civil, laboral, entre otras), e incorporar servidores judiciales (entre ellos personal

administrativo y jurisdiccional) de las diferentes etapas procesales (primera y segunda instancia, Salas de Casación y Sala Constitucional), para definir de manera clara y específica los alcances y limitaciones del uso de la IA en funciones tan delicadas como el dictado de sentencias judiciales.

- Las mesas de trabajo deberán estar a cargo de las distintas comisiones que ya conforman cada una de las jurisdicciones del Poder Judicial, con el auxilio del Departamento de Tecnología de la Información, Planificación y la Dirección Jurídica.
- El Colegio de Abogadas y Abogados de Costa Rica, a través de las diferentes Comisiones, también podría constituir mesas de trabajo y diálogo que den participación a los agremiados litigantes en las distintas áreas del Derecho para generar insumos referentes a la utilización de la IA como herramienta de trabajo.
- Construir protocolos para la implementación de IA en el Poder Judicial propios para cada materia, asegurándose así el cumplimiento de la regulación en la materia.
- En paralelo a la plataforma estandarizada y los protocolos de uso de IA por materia, se recomienda que el Poder Judicial construya protocolos y mecanismos (dentro de la misma plataforma) para la supervisión o control por parte de los tribunales de alzada, de manera que se pueda constatar, de forma objetiva y confiable, si el uso de la IA en una resolución judicial se hizo respetándose la normativa vigente y las regulaciones del Poder Judicial.
- Llevar a cabo labores de capacitación del personal judicial para garantizar el uso responsable, ético y seguro de la IA en el ejercicio de sus funciones.

La IA en el mundo moderno es una realidad que impacta las más bastas áreas de desarrollo de la humanidad y el Poder Judicial no puede ser la excepción. Por lo tanto, no es aceptable que, por miedo, desconocimiento o falta de regulación, le demos la espalda a los avances tecnológicos y pretendamos ejercer una resistencia ciega a su uso generalizado en una sociedad que avanza a pasos céleres.

Los sistemas de IA forman parte de nuestra realidad y la resistencia es estéril. Por ello, lo que se requiere es de una debida gestión de riesgos. Consecuentemente, la Circular 31-2026 de la Secretaría de la Corte debería suspenderse en su aplicación, o bien, dejarse sin efecto, hasta que se cuente con las herramientas idóneas para una implementación segura de este tipo de tecnologías.

IV.- Bibliografía

Acta de Consejo Superior N°67-2025, del 31 de julio del 2025, propiamente en el artículo XXIX, el Poder Judicial de Costa Rica.

Acuerdo del Consejo Superior 12-2026 del 12 de febrero de 2026, art. LIII.

Acuerdo PCSJA24-12243, de 16 de diciembre de 2024, aprobado por el consejo Superior de la Judicatura, Colombia.

Asamblea Legislativa de Costa Rica. "Ley para la promoción responsable de la inteligencia artificial en Costa Rica. Expediente N°23.919", 06 de marzo del 2025.

Asamblea Legislativa de Costa Rica. Ley N°6227, del 02 de mayo de 1978. *"Ley General de la Administración Pública"*.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Ley N°8968 del 07 de julio del 2011.

Ley de protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales.

Consejo de Europa. "El Consejo de Europa adopta el primer tratado internacional sobre inteligencia artificial", Consejo de Europa, 17

de mayo del 2024.

Consejo Superior de la Corte Suprema de Justicia. Acta N°084-2025, de fecha 16 de setiembre del 2025.

Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Martínez Esquivia Vs. Colombia Serie C N°412, 106.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela Serie C N°227, 118.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Grijalba Bueno Vs. Ecuador Serie C N°426.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Digesto Themis

Dirección Jurídica del Poder Judicial de Costa Rica. Oficio N.º DJ-2119—2025, dirigido a la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 04 de setiembre del 2025.

Dirección Jurídica del Poder Judicial de Costa Rica. Oficio N.º DJ-2119—2025, dirigido a la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 04 de setiembre del 2025.

Instrucción 2/2026, de 28 de enero del 2026, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de España, sobre la utilización de sistemas de inteligencia artificial en el ejercicio de la actividad jurisdiccional.

Poder Ejecutivo de la República de Costa Rica. Decreto Ejecutivo N°37554 del 30 de octubre del 2012

Poder Judicial de Costa Rica, Secretaría de la Corte. Circular N°31-2016, "Reglas y lineamientos éticos para el uso de Inteligencia Artificial Generativa (ChatGPT, Gemini y NotebookLM) por parte de las personas servidoras judiciales". Publicada en el Boletín N°039 del 26 de febrero del 2026.

Prensa y Comunicación, Divulgaciones. *"Responsabilidad sobre contenido generado por IA recae en la persona servidora judicial que lo firma"*. Información enviada por correo electrónico masivo el 19 de marzo del 2026.

Reglamento (UE) 2024/1689, de 13 de junio de 2024 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N°15289–2019, de las nueve horas veinte minutos del dieciséis de agosto de dos mil diecinueve.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Resolución N°00213-2001, de las nueve horas cinco minutos del veintitrés de febrero de dos mil uno.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago. Resolución N°2025-592, de las nueve horas cuarenta y cinco minutos del cinco de diciembre del dos mil veinticinco.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago. Resolución N°2025-499, de las nueve horas veintiún minutos del dieciséis de octubre del dos mil veinticinco.

Sicariato en menores de edad: evaluación de reforma para que sean juzgados como mayores de edad

Por Ubaldo CHAVES PÉREZ[1]

Resumen

Una revisión de la normativa internacional y costarricense permite establecer que, en el proceso penal, cuando se juzgan menores de edad, debe prevalecer una serie de principios como la protección del interés superior del niño, así como su reinserción social; todo esto por medio de aplicación de penas que se podrían llamar benignas comparadas con las que se imponen a los mayores de edad. No obstante, el tema del crimen organizado mantiene en estos momentos a nivel mundial serias implicaciones que impactan la economía de los países y con esto, la inversión en los problemas sociales, por lo que un combate frontal y efectivo se vuelve una obligación para cualquier Estado de Derecho. Se concluye que los Estados pueden utilizar políticas restrictivas y fuertes en la lucha contra el crimen organizado, aun cuando existan partícipes menores de edad, siempre que se respeten sus condiciones especiales y vulnerabilidades, también con el fin de velar por los "otros menores de edad" que no se encuentran en este giro delincuencial.

Palabras claves: justicia penal juvenil, principio superior del niño, reinserción social, lucha contra crimen organizado, sicariato, responsabilidad penal, menores de edad.

Abstract

"An examination of international and Costa Rican regulations allows us to establish that in criminal proceedings involving minors, a series of principles must prevail, such as the protection of the best interests of the child and their social reintegration, primarily through the application of sanctions that could be described as lenient compared to those imposed on adults. Nevertheless, organized crime currently presents serious global implications that impact national economies and, consequently, social investment; therefore, a direct and effective confrontation becomes an obligation for any constitutional State. It can be concluded that States may employ restrictive and robust policies in the fight against organized crime, even when minors are involved, provided that their special conditions and vulnerabilities are respected, also with the aim of ensuring the protection of 'other minors' who are not part of this criminal environment".

Key Words: Juvenile Criminal Justice, Best Interests of the Child, Social Reintegration, Combating Organized Crime, Contract Killing, Criminal Liability of Minors

[1] Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica, máster en Derecho penal por la Universidad de Las Américas, actualmente estudiante del doctorado en Derecho penal de la Universidad Libre de Derecho, fiscal auxiliar del Ministerio Público.

Sumario: I. Introducción. II. Los menores de edad infractores de la norma penal de crimen organizado, marco jurídico aplicable. II.I Principios que rigen el proceso penal juvenil y normativa nacional. II.II Normas de Derecho internacional. III. El crimen organizado con énfasis en el delito del sicariato y la participación de menores de edad. IV. Ordenamientos jurídicos que juzgan a menores de edad como mayores de edad: Los modelos estadounidenses y el salvadoreño como ejemplos vigentes. IV.I El modelo estadounidense. IV.II El Salvador. Ordenamientos jurídicos "en proceso" de juzgar a menores de edad como mayores de edad: Los modelos el modelo peruano y sueco. V.I El modelo peruano y su fracaso. V.II Suecia, ¿un modelo en construcción? VI. Análisis del expediente 24.006: Ley de Crimen Organizado Penal Juvenil. VII. Conclusión.

I. Introducción

El presente artículo aborda el tema de los menores de edad y su participación en el crimen organizado, con un enfoque en el delito de sicariato. Además, se evalúa si es posible que los menores de edad sean juzgados como mayores en Costa Rica, generando con esto un perfil victimológico de todo el fenómeno social referido. Y es que el tema de los menores de edad que se encuentran en conflicto con la ley penal, especialmente por delitos de crimen organizado como el sicariato, se mantiene en este momento bajo continuo escrutinio público; el actuar de las autoridades judiciales es cuestionado por la población general.

No es raro escuchar a los ciudadanos de todos los círculos y espacios sociales, argumentar sobre si se deben mantener las prerrogativas que gozan los menores de edad en el proceso penal, siendo estos beneficios plenamente conocidos y utilizados por parte de las organizaciones de crimen organizado; las cuales utilizan a los menores de edad para cometer delitos violentos, esto por su baja relevancia para la organización, por lo que no es mayor problema su detención, sumado a que gozan de un mínimo reproche penal.

Analizar el tema propuesto, sin lugar a duda, se vuelve un desafío; más desde un enfoque victimológico, con el fin de responder una serie de cuestionamientos y desentrañar la complejidad victimológica del fenómeno del crimen organizado en la sociedad.

Con el objetivo de cumplir con las metas propuestas, se revisan los principios y normativa que componen el Derecho penal juvenil, para, posteriormente, realizar un estudio del Derecho comparado y, por último, analizar el proyecto de ley existente en Costa Rica. De esta manera, se concluye si es plausible, en un Estado democrático de Derecho como el costarricense, castigar a los menores de edad con reglas de mayores de edad.

II. Los menores de edad infractores de la norma penal, marco jurídico aplicable

En este primer apartado, se analiza el marco jurídico aplicable, tanto las normas internacionales como leyes costarricenses, que regulan a los menores de edad en conflicto con la ley penal. De igual manera, se realiza una revisión de los principios que componen el proceso penal juvenil y, finalmente, se analiza el abordaje del crimen organizado, con enfoque en el delito de sicariato cuando existen menores partícipes.

II.I Principios que rigen el proceso penal juvenil y normativa nacional

Tal como se adelantó anteriormente, en el proceso penal juvenil, rige una serie de

principios propios de la población que se juzga. El perfeccionamiento de estos principios corresponde a una evolución prolongada a lo largo del desarrollo jurídico en los Estados de Derecho, esto apoyado por la cuestión principal: la minoría de edad del sujeto activo. Al respecto, el doctor Burgos Mata refiere lo siguiente:

> La concepción tutelar del derecho de menores se fundamenta en la llamada "doctrina de la situación irregular", según la cual, la persona menor de edad se considera sujeto pasivo de la intervención jurídica, objeto y no es sujeto de derecho. La figura del juez es una "Figura paternalista", que debe buscar una solución para ese sujeto que era objeto de protección que se encuentra en situación irregular. Tal objetivo es logrado por medio de la aplicación de las medidas tutelares, que tienen como fin la recuperación social de la persona menor de edad. Con ello, lo que se está afirmando es que se individuo es un ser incompleto, inadaptado y que requiere de ayuda para su reincorporación en la sociedad [2].

Del extracto anterior, es claro el fundamento de la aplicación diferenciada en los sujetos investigados menores de edad, propiamente la doctrina de la situación irregular, tomando en cuenta que los menores de edad están sujetos a un proceso de formación, esto plenamente asociado a sus experiencias vividas y forma de analizar el mundo, por su minoría de edad.

Más que un argumento jurídico o social, corresponde a un fundamento de la ciencia, propiamente del análisis psicológico del ser humano en las distintas etapas de su vida. Laurence Steinberg, psiquiatra, en un estudio referente a los riesgos sociales de los adolescentes desde la neurociencia, indica cómo el desarrollo cerebral de este grupo etario se caracteriza por cambios estructurales y funcionales en la corteza prefrontal, región clave para la autorregulación. Según el autor, la maduración de las conexiones entre esta zona y el sistema límbico permite una mejor coordinación entre las emociones y la cognición. Estos cambios biológicos son los que permiten al individuo frenar conductas impulsivas de búsqueda de sensaciones y resistir la presión de grupo; factores que, en conjunto, reducen la propensión a asumir riesgos [3]. Por lo que este grupo, al encontrarse en esta etapa de maduración cerebral, presenta un menor manejo de las emociones, así como menor capacidad para analizar las consecuencias de sus acciones.

Como consecuencia directa de esta situación irregular (plenamente asociado con ese proceso de desarrollo cerebral en proceso), se genera lo que el doctor Burgos Mata denomina el "juez paternalista", más que un juzgador, un educador, que tiene como función garantizar la resocialización del menor de edad; claro está, desde el punto de vista del deber/ser. Culminando, entonces, con el principal postulado de la justicia penal juvenil; el menor de edad para el sistema jurídico es un ser humano en proceso de formación y el Derecho penal debe buscar su resocialización, aún en contra de los intereses punitivos de la sociedad como conjunto organizado, tal como se analizará posteriormente.

Por su parte, la Ley de Justicia Penal

[2] Álvaro Burgos Mata, Justicia Penal Juvenil Costarricense (San José: Editorial Jurídica Continental, 2023), 115.

[3] This account is consistent with a growing body of work on structural and functional changes in the prefrontal cortex, which plays a substantial role in self-regulation, and in the maturation of neural connections between the prefrontal cortex and the limbic system, which permits the better coordination of emotion and cognition. These changes permit the individual to put the brakes on impulsive sensation-seeking behavior and to resist the influence of peers, which, together, should diminish risk-taking. Laurence Steinberg, "A Social Neuroscience Perspective on Adolescent Risk-Taking," Developmental Review 28, no. 1 (2008): 95. 14.

Juvenil, cuerpo normativo que regula la materia relacionada con los menores de edad infractores en Costa Rica, establece los principios anteriores, en el artículo 7.

> Artículo 7- Principios rectores. Serán principios rectores de la presente ley, la protección integral del menor de edad, su interés superior, el respeto a sus derechos, su formación integral, la inserción, integración y restauración individual y social de la persona menor de edad en su familia y la sociedad. El Estado, en asocio con las organizaciones no gubernamentales y las comunidades, promoverá tanto los programas orientados a esos fines como la protección de los derechos e intereses de las víctimas del hecho.

Una vez analizados los principios rectores del proceso penal juvenil, en la siguiente sección, se verifican las leyes internacionales que tienen una implicación en el proceso de juzgamiento de menores de edad en Costa Rica.

II.II Normas de Derecho internacional

El Derecho internacional, desde la antigüedad, se ha ocupado de velar por los menores de edad, en distintos ámbitos del Derecho, siendo de vital importancia para esta investigación cómo se ha tutelado a los menores de edad en conflicto con el Derecho penal.

De reciente data, la Convención sobre los Derechos del Niño, Observación General número 24 (2019), relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil, regula en su párrafo segundo lo siguiente:

> 2. Los niños se diferencian de los adultos por su desarrollo tanto físico como psicológico. En virtud de esas diferencias, se les reconoce una menor culpabilidad y se les aplica un sistema distinto con un enfoque diferenciado e individualizado. Se ha demostrado que el contacto con el sistema de justicia penal perjudica a los niños, al limitar sus posibilidades de convertirse en adultos responsables.

Este artículo se encuentra en armonía con los principios anteriormente referidos por la doctrina, así como la normativa costarricense, reconociendo plenamente que los menores de edad tienen una culpabilidad menor; esto producto de las diferencias en su desarrollo físico y psicológico con una persona mayor de edad, al ser personas aún en proceso de desarrollo. Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño regula como responsabilidad estatal velar por los derechos del menor de edad en conflicto con la ley y el fin resocializador de la pena, al establecer lo siguiente:

> 40. 1.- Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

Es claro, entonces, que la normativa internacional se decanta por un trato favorable al menor delincuente, no obstante, ¿existe un límite para esta aplicación benigna? Y surge la duda sobre si los Estados pueden utilizar sus potestades de Imperium para combatir la criminalidad organizada cuando el sujeto activo es un menor de edad; situación que, como se verá, la participación

de menores de edad en el crimen organizado se encuentra en crecimiento en diversas partes de Latinoamérica y el mundo.

Para responder la anterior interrogante, es importante tomar en cuenta que Naciones Unidas establece una serie de reglas mínimas para la administración de justicia de menores, conocidas como las Reglas de Beijing, aprobadas el 29 de noviembre de 1985 por la Asamblea General en su resolución 40/33, en el artículo 5.1, regulan lo siguiente:

"El sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y **garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito".** Resaltado no es del original.

De acuerdo con el artículo anterior, es claro que, si bien se reconoce que el sistema de justicia debe buscar el bienestar de los menores, también debe normatizar que el castigo, regulado como "la respuesta estatal", debe ser proporcional a las circunstancias del delincuente y del delito. Este artículo se vuelve esencial para la legitimidad de las legislaciones y la forma en que combaten los delitos en los que participan menores de edad, ya que, si bien se debe tomar en cuenta una serie de situaciones favorables para el menor delincuente, también faculta que la respuesta estatal sea acorde al delito que se investiga. Por lo que esta respuesta, en delitos violentos como aquellos contra la vida, puede ser de mano dura por el Estado legislador, debido a la magnitud del daño social causado, tanto al sujeto pasivo del delito como a la sociedad en general.

Teniendo claro el panorama referente a las normas aplicables a los menores de edad en conflicto con la ley, en el siguiente título se analiza la participación de estos en el creciente fenómeno del crimen organizado con un enfoque en el sicariato.

III. El crimen organizado con énfasis en el delito del sicariato y la participación de menores de edad

Para acreditar que el fenómeno del crimen organizado se encuentra en auge en Latinoamérica, región de la que Costa Rica forma parte, basta con realizar una revisión de las noticias y telediarios, en los que se documenta cómo, a diario, los problemas por delitos como el narcotráfico y el sicariato se vuelven rutina en la sociedad, alcanzando todos los estratos sociales.

Nina Aguiar Mariño, tomando como referencia un estudio del año 1998, indica que ya para este momento se establecía que el problema de crimen organizado se encontraba con un crecimiento desmedido desde finales del siglo XX, generado por el lucrativo negocio de las drogas ilícitas.

> Los países latinoamericanos se han visto afectados no sólo por el narcotráfico, sino también por sus consecuencias directas e indirectas, situación que ha generado un clima de inseguridad y violencia en las sociedades afectadas. La migración, el sicariato, el ajuste de cuentas, el lavado de dinero, la contaminación ambiental por la producción ilegal de la coca, el abastecimiento de armas, la inestabilidad y el deterioro social, el tráfico de estupefacientes; son consecuencias directas del narcotráfico, y forman parte de este proceso Sicariato como parte del crimen organizado que se ha ido desarrollado en los últimos diez años. [4]

Tal como lo indica la autora, el narcotráfico

4 Nina Aguiar Mariño, "Violencia y crimen organizado: sicariato como consecuencia del narcotráfico. Idea de seguridad y participación de los Estados" (ponencia presentada en el XII Congreso ALAIC, Lima, 2014): 1.

se encuentra íntimamente ligado con otros delitos de crimen organizado, siendo uno de estos el homicidio, en su modalidad del sicariato. Con respecto a este tipo específico del homicidio, la Real Academia Española define el sicariato como: "actividad criminal desempeñada por sicarios"; siendo necesario acudir a la definición de sicario que se define como: "asesino asalariado". La figura del sicario tiene especial importancia en los grupos organizados, ya que corresponde al partícipe que realiza uno de los delitos que permite mantener el control del grupo criminal, asesinando a otros miembros de grupos criminales rivales, así como a civiles no relacionados con la actividad criminal, ya sea por ajustes de cuentas o con el fin de amedrentar a la población.

La vida, entonces, queda en segundo plano, donde el sujeto activo del homicidio comete el delito por una remuneración económica recibida, muchas veces bajo un monto ya establecido en la misma organización. Sin lugar a duda, el sicariato genera un grave daño social, al tener como afectación el principal bien jurídico tutelado: la vida. Costa Rica se encuentra en continua evolución jurídica para combatir este tipo de criminalidad, siendo un claro ejemplo la reforma y adición de un nuevo capítulo a la Ley contra la Delincuencia Organizada, Ley 8754 del 22 de setiembre de 2009 y sus reformas, para desarticular y penalizar el sicariato que indica lo siguiente en el preámbulo:

> Las muertes por contrato son un tipo particular de homicidio intencional en el que el asesino ejecuta a sus víctimas por una remuneración económica, sin embargo, este es solo el síntoma de un entramado de violencia criminal que trasciende al hecho y a sus protagonistas, para conformar un sistema de posiciones y relaciones sociales en el que la violencia homicida se comercializa, tiene un precio monetario.

De igual manera, el fenómeno del reclutamiento ha sido objeto de estudio por parte de la Asamblea de las Naciones Unidas, donde se reconoce la compleja condición dual del menor de edad como víctima y, a su vez, victimario dentro del crimen organizado. Según el *Manual sobre Niños Reclutados y Explotados por Grupos Terroristas y Extremistas Violentos,* uno de los mayores desafíos para los operadores de justicia es determinar el estatus legal del menor. Por un lado, el reclutamiento infantil se reconoce universalmente como una violación al Derecho internacional y una forma de explotación. No obstante, dada la naturaleza de estos grupos, los menores pueden convertirse en autores de delitos que oscilan desde infracciones menores hasta graves actos de violencia [5].

Lamentablemente, los menores de edad no se encuentran exentos de participar como sicarios, siendo utilizados por los grupos criminales aprovechando que las legislaciones les otorgan penas más favorables, como se analizó en el título anterior. En el siguiente título, se analiza la situación de los menores de edad ante el crimen organizado, siendo tanto víctimas como partícipes de esta criminalidad.

Lo anteriormente referido se puede

[5] One of the common challenges faced by justice professionals is the determination of the legal status of the child. On the one hand, it is widely acknowledged that the recruitment of children, regardless of the circumstances and methods employed, constitutes a violation of international law and leads to violence and exploitation. On the other hand, because of the tactics utilized by terrorist and violent extremist groups, children may become the perpetrators of criminal offences that range from petty offences to serious terrorist attacks. A number of questions arise: Should the recruitment of a child by a terrorist or violent extremist group determine that the legal status of the child is that of a victim? And if so, would the child's victim status exonerate the child from being held criminally liable for the commission of terrorism-related offences? Handbook on Children Recruited and Exploited by Terrorist and Violent Extremist groups ONU. Viena, 2017: 70.

ejemplificar en el Informe del Estado de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia en Costa Rica (conocido como EDNA), proyecto interdisciplinario realizado por la Universidad de Costa Rica, el cual estudia los factores que afectan a los menores de edad en Costa Rica. Con relación al tema de estudio, el informe EDNA del 2024 en los resultados obtenidos presenta las siguientes afirmaciones:

> En este contexto es en el que puede ubicarse los casos de adolescentes considerados como "sicarios" o pertenecientes a bandas de crimen organizado que cometen homicidios dolosos, los cuales han sido reportados por los diferentes medios de comunicación. Aunque no puede establecerse una correlación entre estos homicidios dolosos y los adolescentes condenados por homicidio, si es importante resaltar que en el acápite 3.5.2 del informe IX del EDNA, se observó una tendencia al aumento de los homicidios ejecutados por adolescentes, y un incremento de la población adolescente institucionalizada bajo la categoría de delitos "Contra la Vida" [6].

El informe determinó que, efectivamente, existen factores socioeconómicos y problemas sociales que motivan a los menores de edad a ingresar a bandas de crimen organizado, esto promovido por los mismos miembros de estas organizaciones, quienes en muchas ocasiones son personas mayores de edad. Situación que fue abordada por la normativa penal costarricense nacional, con el fin de combatirla, propiamente realizando un tipo penal para esta acción.

La Asamblea Legislativa de Costa Rica, mediante la Ley para Sancionar el Reclutamiento Ilícito de Personas, promulgada en el mes de abril de 2025, modificó el Código Penal incorporando el siguiente artículo:

> 281 ter- Reclutamiento ilícito de personas menores de edad. Será reprimida con prisión de cuatro a seis años, la persona mayor de edad que, conociendo la minoría de edad de una persona, la reclute para involucrarla como autor, coautor o partícipe en la comisión de delitos dolosos La pena será de cuatro a ocho años de prisión, si el autor del hecho agrede, intimida o amenaza a la persona menor de edad, su núcleo familiar o se aprovecha de las condiciones de pobreza, exclusión del sistema educativo, condición migratoria irregular, para coaccionarlo a participar en la comisión de hechos delictivos.

Combatir a las personas mayores de edad que reclutan a menores de edad para involucrarlas en la participación de delitos parece ser una iniciativa necesaria por el Estado costarricense; no obstante, esto no parece ser un criterio eficaz para combatir la criminalidad de los menores de edad, valorando que, si bien se castiga la génesis de la participación, se vuelve necesario también sancionar al menor infractor. Esto así determinado por el legislador o en proceso de valoración, existe un proyecto de ley en la corriente legislativa para sancionar a los menores de edad que participan en el crimen organizado, como se verá en el próximo capítulo.

Y es que el problema se vuelve aún mayor cuando se logra concluir la afectación del menor de edad introducido en el crimen organizado, como víctima y victimario; pero también debiéndose valorar a la sociedad, afectada como conglomerado, producto del crimen organizado, situación que motiva a los Estados a realizar una lucha mucho más eficaz contra el problema del crimen organizado, incluyendo el problema de los menores de edad en conflicto con la ley.

Esta situación se determina al ver la realidad

[6] Universidad de Costa Rica, Informe del Estado de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia en Costa Rica (EDNA) 2024 (San José: UCR, 2024), 83.

de los países centroamericanos y las noticias en medios de comunicación. El periódico el País, en fecha 28 de abril del 2025, mediante el artículo titulado: *El Banco Mundial insta a América Latina a priorizar la lucha contra el crimen organizado,* indica que: "El crecimiento regional de las mafias tiene efectos negativos sobre la inversión, la competitividad, el capital humano y la calidad de los gobiernos". [7] El problema para el país surge, entonces, cuando pierde capacidad de crecimiento e inversión, y con esto, reduce la posibilidad de invertir en programas de educación, para niños y jóvenes en situaciones de vulnerabilidad.

Algunos países han optado por realizar reformas legales con el fin de combatir el crimen organizado perpetrado por menores de edad, atacando directamente uno de los principales intereses de los grupos organizados: las mejores condiciones relacionadas con la pena por imponer a los menores de edad, tal como se verá en el próximo capítulo.

IV. Ordenamientos jurídicos que juzgan a menores de edad como mayores de edad: Los modelos estadounidenses y el salvadoreño como ejemplos vigentes

IV.I El modelo estadounidense

El modelo de justicia estadounidense siempre se ha caracterizado por mantener penas sumamente rigurosas y con los menores de edad que realizan delitos violentos no es la excepción. En un estudio realizado por la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos en el año 2018 se concluyó que: "Como resultado de sus visitas y de la información recibida, la CIDH observa que una cantidad significativa de niños, niñas y adolescentes son tratadas como adultos en el sistema de justicia penal de Estados Unidos, en violación de su derecho fundamental a la protección especial y a ser juzgados por un sistema de justicia juvenil especializado" [8]

El Código de los Estados Unidos (aplicación federal), en el título 18: "Crimes and criminal procedure", define los criterios de aplicación para menores de edad, indicando la palabra juvenil para los menores de 18 años, al igual que en Costa Rica.

Propiamente, la Sección 5032: "Delinquency proceedings in district courts; transfer for criminal prosecution" regula el procedimiento de transferencia de un menor de edad, para ser juzgado como adulto. El párrafo cuarto establece que un menor de 18 a 15 años puede ser juzgado como adulto, propiamente por la realización de delitos graves. De igual manera, se regula que un menor que tenga los 13 años cumplidos puede ser juzgado como mayor de edad ante delitos sumamente graves que se realicen con armas de fuego, siendo ambos supuestos aplicables al delito de homicidio y con esto el sicariato. Por lo anterior, es claro que un menor de edad mayor de 13 años puede ser juzgado como mayor de edad al realizar un delito de sicariato.

Un aspecto sumamente relevante es que el estudio citado de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos refiere preocupación por esta circunstancia jurídica de los menores de edad. También indica que, posterior a que se establecieron estas políticas de mano dura contra los menores de edad, se generó una baja en la tasa de arresto de los menores delincuentes, reconociendo implícitamente la efectividad de dicha práctica jurídica.

La Comisión toma nota de la importancia del

[7] "El Banco Mundial insta a América Latina a priorizar la lucha contra el crimen organizado", *El País,* 28 de abril de 2025, https://elpais.com/america/2025-04-28/el-banco-mundial-insta-a-america-latina-a-priorizar-la-lucha-contra-el-crimen-organizado.html.

[8] Comisión Interamericana de los Derechos Humanos. Niños, niñas y adolescentes en el sistema penal adulto en Estados Unidos. 2018, p.9.

> hecho de que, según las estadísticas emitidas por el Departamento de Justicia de Estados Unidos, las tasas de detención de jóvenes por crímenes violentos ya habían alcanzado su punto máximo en 1994, y disminuyeron sistemáticamente en los años subsiguientes. De hecho, en 2012, la tasa de arresto de delincuentes juveniles fue la más baja de las tres últimas décadas [9].

El informe, no de forma explícita, indica que la norma y praxis jurídica de los Estados Unidos, referentes a la aplicación de normas penales de mayores de edad a los menores, son contrarias a los tratados internacionales relacionados con los derechos humanos. Sin embargo, no se indica ninguna consecuencia directa para el país por dicha situación; mientras que, como se estudió anteriormente, sí existen desventajas económicas directas para los otros países del continente americano por el agresivo aumento del crimen organizado.

Parece ser, entonces, que, si se toman ambos temas en una balanza, desde un punto de vista de un Estado de Derecho que tutela efectivamente los derechos de sus administrados, debería ser una prioridad la lucha contra el crimen organizado; siempre siguiendo lineamientos de los tribunales de derechos humanos, pero manteniendo una línea de acción efectiva, desde el punto de vista jurídico.

En el tema que concierne este análisis, como se analizó anteriormente, las reglas de Beijing regulan que: "cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito". Por lo que en delitos de crimen organizado, principalmente el sicariato, es claro que el aparato estatal debe actuar con mano dura, al vulnerarse el principal bien jurídico tutelado: la vida.

[9] Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, p.32.

IV.II El Salvador

La Ley Penal Juvenil (LPJ) es la normativa base que establece los procedimientos y sanciones para menores de 18 años en el Salvador. Sin embargo, ha sufrido cambios drásticos a través de decretos legislativos recientes, propiamente desde la promulgación del régimen de excepción de marzo del 2022 por medio de dos decretos legislativos. Dichos decretos establecen normas diferentes cuando los menores participen en crimen organizado, propiamente las pandillas.

> Un aspecto sumamente relevante de los decretos es que su interludio resalta la responsabilidad de los Estados de combatir el crimen organizado desde todas sus vertientes.
>
> Que es un hecho notorio que las organizaciones criminales antes mencionadas, realizan dentro de su accionar, atentados sistemáticos a la vida, seguridad e integridad personal de la población, incluidos contra las autoridades civiles, militares, policiales y penitenciarias; contra la propiedad, (…) muchas veces siendo cometidas inclusive por menores de edad.

Que a tales efectos, es necesario modificar las reglas sustantivas y procesales relativas a la sanción de las conductas delictivas cometidas por todos los miembros, y colaboradores de maras o pandillas, cuando estos sean menores de edad; elevando el rango de las penas máximas aplicables tomando como parámetro la naturaleza terrorista de tales organizaciones criminales, con la finalidad de reprimir y disuadirlos de que ejecuten el comportamiento legalmente prohibido, de manera que estos, a sabiendas de las consecuencias negativas que supondría una determinada actitud, se abstenga de incumplir lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. (Resaltado no es del original).

Nótese que, en la enunciación de los motivos

de promulgación del cuerpo normativo, se resalta el fin preventivo general de la pena, donde, por medio del endurecimiento de las penas, se busca disuadir a los menores de edad a realizar delitos dentro del crimen organizado de las pandillas. De igual manera, se indica, tal como se analizó ampliamente en el capítulo anterior, que los beneficios al momento de la imposición de la pena de los menores de edad son conocidos por las pandillas que los usan a su favor, lo que motivó las reformas referidas.

El decreto 344 es la reforma clave que elevó las penas de prisión para menores de edad vinculados a pandillas, modificando los artículos 8 y 15 de la Ley Penal Juvenil. Además, estableció que los menores de entre 12 y 15 años pueden recibir hasta 10 años de cárcel, de igual manera, se regula que los menores de entre 16 y 18 años pueden recibir hasta 20 años de cárcel.

Por su parte, el decreto 225 aprobó reformas para que los menores condenados por delitos de crimen organizado sean trasladados a centros penitenciarios para adultos; reforma que permite que la Dirección General de Centros Penales gestione a estos menores en pabellones separados dentro de cárceles comunes. Dichas modificaciones se realizaron con el fin de combatir al crimen organizado en la modalidad pandillas en el Salvador y se mantienen vigentes en la actualidad.

Estados Unidos y El Salvador son dos claros ejemplos de países que juzgan a menores de edad con penas, que se podrían calificar como de mano dura, propiamente por delitos violentos, como el sicariato. En la siguiente sección, se analiza el caso de Perú y Suecia, como países que aún se encuentran "en proceso" de realizar estas reformas legislativas.

V. Ordenamientos jurídicos "en proceso" de juzgar a menores de edad como mayores de edad: Los modelos peruano y sueco

V.I El modelo peruano y su fracaso

Referir que el sistema jurídico peruano se encuentra en proceso de juzgar a menores de edad como mayores no parece ser del todo exacto, ya que el país efectivamente promulgó una legislación de mano dura que subió las penas por imponerse a los menores de edad que cometen delitos graves, no obstante, se declaró inconstitucional.

La Ley número 32330 incorpora a los menores de edad de 16 y 17 años como sujetos imputables en el proceso penal ordinario para delitos graves, entre los que se encuentra el sicariato. El artículo 20 del cuerpo normativo regulaba lo siguiente:

> Artículo I.- Responsabilidad penal especial
> 1. El adolescente entre catorce (14) y menos de dieciocho (18) años de edad, es sujeto de derechos y obligaciones, y responde por la comisión de una infracción en virtud de una responsabilidad penal especial, considerándose para ello su edad y características personales. Si el adolescente tiene entre dieciséis (16) y menos de dieciocho (18) años y comete los delitos señalados en el numeral 2 del artículo 20 del Código Penal, se le aplicará responsabilidad penal ordinaria.

Sin embargo, contra dicha ley, las siguientes instituciones: Defensoría del Pueblo, Colegio de Abogados de Ayacucho, Ministerio Público y Poder Judicial contra Congreso de la República interpusieron un recurso de inconstitucionalidad, mismo que fue conocido por el Tribunal Constitucional de Perú. En este punto, llama la atención que el Ministerio Público interpuso un recurso de inconstitucionalidad, no así la defensa pública.

El Tribunal Constitucional de Perú, mediante la sentencia 2/2026, voto de mayoría, declaró inconstitucionales las siguientes expresiones: "con excepción de los adolescentes de dieciséis y menos de dieciocho años", así como "por conexidad, los decretos supremos 022-2025-JUS, que modifica el Reglamento del Código de Ejecución Penal, aprobado por Decreto Supremo 015- 2003-JUS, para adecuarlo a las disposiciones de la Ley 32330; y 023-2025-JUS, que modifica el Reglamento del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes, aprobado mediante Decreto Legislativo 1348, aprobado mediante Decreto Supremo 004-2018- JUS, para adecuarlo a las disposiciones de la Ley 32330".

> El voto indica que, en dicha ley, se debe interpretar lo siguiente:
>
> a) La edad mínima de imputabilidad penal es de 18 años, por lo que los adolescentes de 16 y 17 años a los que se les atribuya la comisión de una infracción a la ley penal, deberán ser juzgados y sancionados en el sistema penal juvenil, en los términos previstos en el Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes.
>
> b) Toda alusión a las personas desde los 16 años incluidas en el artículo IV del Título Preliminar y en los artículos 11.4, 63.2, 63-A.1, 63-B.1, 63-C primer párrafo y 63-D.1 del Código de Ejecución Penal aprobado por el Decreto Legislativo 654, deberá entenderse como referidas a personas de 18 años en adelante.
>
> c) El marco normativo aplicable a los adolescentes de 16 y 17 años para la medida socioeducativa de internación es, en tanto no se apruebe alguna reforma por parte del legislador, el previsto en el artículo 163.1 del Código de Responsabilidad Penal de Adolescentes.

Se vuelve sumamente interesante, desde el punto de vista jurídico, analizar que estamos ante un conflicto entre poderes del Estado, donde se promulgó una ley por parte del Poder Legislativo, que permitía juzgar a los menores de 16 y 17 años como mayores de edad en hechos sumamente gravosos, siguiendo la tesis que se mantiene en esta investigación, en concordancia con los principios de Beijing. No obstante, el Tribunal Constitucional, utilizando argumentos que resultan obvios a este momento de la investigación (interés superior del niño, principio de reinserción social, etc.), declaró inconstitucional la ley. Esto se ejemplifica en los siguientes extractos de la resolución:

> Vinculado con lo anterior, el ya citado artículo 37 de la CDN ha precisado los parámetros mínimos que los Estados deberán respetar para el establecimiento de dicho sistema. En estas situaciones, la Convención establece de forma clara, expresa y manifiesta, entre otros asuntos, que la privación de la libertad debe ser la medida de último recurso (inciso b) y que, de ser el caso, los NNA deberán estar separados de los adultos (último párrafo inciso c).
>
> Respecto al primero, si bien se permite, como último recurso, la privación de la libertad del adolescente en conflicto con la ley penal como una medida excepcional, esta deberá implementarse adecuadamente, lo que supone contar con un mecanismo garantista que tenga como eje la reintegración del niño y adolescente a la sociedad.

A continuación, se analiza un caso sumamente interesante, como lo es la situación actual del tema en estudio en Suecia, donde existe un proyecto de ley presentado que se encuentra en discusión.

V.II Suecia, ¿un modelo en construcción?

Analizar el caso de Suecia se vuelve

sumamente desafiante, tomando en cuenta que el sistema jurídico sueco difiere del continental-romano utilizado en la mayoría de Latinoamérica y países de habla hispana; esto sumado a la barrera del lenguaje.

El proyecto denominado: "Sänkt straffbarhetsålder för allvarliga brott", en español traducido como: "Reducción de la edad de responsabilidad penal para delitos graves", busca entrar a regir en julio del 2026, con una vigencia de 5 años. El mismo proyecto, en la enunciación de motivos, indica:

> La delincuencia grave entre los jóvenes es especialmente frecuente y está aumentando progresivamente en edades más avanzadas. Para garantizar que la legislación satisfaga las necesidades derivadas de este desarrollo de la delincuencia, es necesario modificar las normas para los jóvenes infractores. En este contexto, se propone la introducción de una normativa especial que reduzca la edad de responsabilidad penal a 13 años para los delitos con una pena mínima de prisión de cuatro años o más, así como para la tentativa, la preparación y la instigación a cometerlos.

Aunque la ley no establece una pena para los menores de edad equiparable con los mayores de edad, sí presenta una situación significativamente punitiva, como lo es la responsabilidad penal de los menores de hasta 13 años (cuando anteriormente era de 15 años) para delitos graves, con penas de 4 años o más.

Si bien no parece ser un cambio mayor, tomando en cuenta los modelos de penales juveniles de América, no se puede dejar de lado que la cultura sueca es reconocida por políticas de bienestar y resocialización, lo que ha generado un gran debate público.

En una entrevista ante el medio de comunicación BBC realizada el 27 de enero del 2026, Gunnar Strommer, ministro de Justicia de Suecia, refirió lo siguiente en relación con el motivo del proyecto, que el país se encuentra en una situación de emergencia y detener el uso de niños por redes criminales es una tarea para el gobierno [10].

Llama la atención cómo el ministro refiere en la entrevista que las organizaciones criminales utilizan a los menores de edad, lo que genera una situación de emergencia, tal como se valoró en el capítulo anterior, por cuanto, las bandas criminales sacan provecho de la no penalidad o beneficios carcelarios de las que gozan los menores de edad, instrumentalizándolos. De igual forma, el ministerio Strommer indica que la penalización solo aplicará para delitos graves, entre estos, el homicidio.

De los aspectos más resaltables que se regulan el proyecto, es que se indica el papel del Estado de protector de los ciudadanos, siendo el conglomerado social una víctima abstracta del crimen organizado y se busca tutelar el papel de la víctima, propiamente su restitución por la acción penal de la que fue ofendida:

> El sistema de justicia penal y sus intervenciones en el ámbito del derecho penal tienen por objeto tener un efecto preventivo del delito en las personas en general, mientras que la prevención individual presupone que el riesgo de castigo puede disuadir al delincuente individual de cometer un delito, en parte mediante la disuasión individual y en parte mediante la incapacitación. Sin embargo, el sistema de justicia penal también cumple otras funciones. Una función importante es la protección social. El Estado debe proteger a sus ciudadanos del delito y,

[10] (…) the country was in an "emergency situation" and stopping the use of children in criminal networks was a "crucial task" for the government.

por lo tanto, tiene la obligación de adoptar las medidas adecuadas para proteger a las personas. El sistema de justicia penal también cumple la función de que una víctima pueda recibir cierta reparación al establecer la responsabilidad por un delito.

Por lo tanto, se volverá sumamente interesante examinar el rumbo del proyecto legal sueco en caso de que se apruebe y verificar en el futuro si su aplicación benefició la lucha contra el crimen organizado en Suecia.

VI. Análisis del expediente 24.006: Ley de Crimen Organizado Penal Juvenil

De entrada, es importante indicar que el proyecto de ley mencionado no establece penas para los menores de edad equiparables con las penas a imponerse para los mayores de edad en delitos relacionados con el crimen organizado, tampoco sube el rango de las penas ya existentes.

Entre los aspectos relevantes del proyecto, se encuentra su preámbulo, donde se analiza la necesidad de contar con una legislación de crimen organizado que regule a los menores de edad, entre otros aspectos, tal como se detalla en los siguientes extractos:

> El crimen organizado es una realidad que enfrenta el país, en la cual la integración de personas jóvenes a estructuras criminales es innegable, y por ello siempre en el marco del Estado de Derecho deben habilitarse en el sistema penal mecanismos para investigar, juzgar y fortalecer el sistema penitenciario juvenil ajustados a esta nueva realidad.
>
> "(…) tenemos personas jóvenes liderando grupos criminales, o integrándolos junto a personas adultas, o que están siendo reclutadas para realizar actividades criminales de carácter esencial en la vigilancia de territorios, extorsiones, sicariato, utilizando armas de grueso calibre e ilegales, controlando espacios públicos y territorios, generando violencia hacia otras personas jóvenes, o propiciando el reclutamiento de pares en barrios o centros educativos (…)".

El preámbulo deja claro que los legisladores encargados del proyecto tienen la certeza de que los menores de edad innegablemente participan en estructuras de crimen organizado de forma activa, así como en sicariatos, indicando que, en muchas ocasiones, los menores llegan a liderar las bandas; todo esto por los motivos ampliamente expuestos anteriormente.

El proyecto de ley, que se podría calificar como bastante moderado, presenta una serie de cambios respecto a la ley penal juvenil, aplicables cuando en una investigación se califiquen los hechos como crimen organizado y exista la participación de un menor de edad. Entre los principales cambios, se encuentra una ampliación de los plazos legales en la fase de investigación.

Se reforma el artículo 58, la detención provisional, incorporando la declaratoria de crimen organizado como uno de los motivos por los que se puede ordenar. Este es el punto con mayor carácter represivo del proyecto de ley, al establecer la posibilidad de ordenar la prisión preventiva de un menor que se investiga por crimen organizado como causal directa.

La ley establece que, para efectos de los casos tramitados bajo la Ley de Delincuencia Organizada, regirán los plazos establecidos en el artículo 3 de esta Ley y el artículo 10 de la Ley N.º 9481, *Creación de la jurisdicción especializada en delincuencia organizada en Costa Rica,* permitiendo que las investigaciones de los partícipes mayores y menores de edad se puedan llevar en conjunto, aunque sean conocidos por jurisdiccionales distintas.

Se prohíbe la conciliación en delito graves, en los que se utilizaron armas de fuego, limitando la justicia alternativa en un caso que lo amerita, como lo es la utilización de un arma de fuego por un menor de edad. Además, el artículo 121 limita las sanciones menos gravosas para permutar la pena, por el internamiento en centro penal en los siguientes supuestos:

> No procederá la aplicación de las sanciones de los incisos a), b) o internamiento domiciliario, en los casos en que se determine que la participación de la persona menor de edad infractora haya ejecutado el delito grave con arma de fuego, o formando parte de delincuencia organizada, o de un grupo estructurado de dos o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves.

Se establece como causal de internamiento la participación del menor en crimen organizado: c) Que el delito se haya ejecutado utilizando arma de fuego, o se determine la participación en delincuencia organizada o grupo criminal al momento de cometer el delito grave.

El contenido de este artículo ataca directamente a uno de los principales motivadores de la delincuencia organizada. En el primer capítulo, se determinó que para las organizaciones criminales, entre los motivos por los cuales reclutan a menores de edad, se encuentran los beneficios carcelarios con los que cuentan los menores de edad. Al excluir de los beneficios carcelarios los hechos realizados, formando parte de un grupo organizado, se ataca directamente uno de los principales alicientes para incorporar a menores de edad a las filas de las agrupaciones, ya que el menor condenado, de igual manera, tendría que computar la pena en prisión.

Si bien no se puede concluir que esta circunstancia limite la participación del menor de edad en el crimen organizado, sin lugar a duda, es un paso legislativo para combatir, por medio de endurecimiento de penas, la criminalidad desarrollada por menores de edad.

Ahora bien, el proyecto de ley parece quedarse corto, cuando se analizan otros casos que han logrado efectividad para combatir el crimen organizado y los delitos violentos por medio de las legislaciones.

Si bien, equiparar las penas de los menores de edad con las penas existentes para los mayores de edad podría comprometer la armonía con el principio de convencionalidad del proyecto de ley, ya que esta situación no tomaría en cuenta las el proceso de desarrollo del menor, así como ser contrario al principio superior del niño; subir las penas existentes para los delitos de crimen organizado, como es el caso del Salvador, parece ser una respuesta que podría ser efectiva tanto al corto como largo plazo.

El artículo 131 de la Ley Penal Juvenil establece como pena máxima para la medida de internamiento 15 años para menores entre los 15 y los 18 años, y de 10 años para menores con edades entre los 12 y los 15 años. Si se analizan dichos montos, se vuelven penas ínfimas, para un menor que cuente con una condena por múltiples delitos de sicariato. Esto, sumado a que una persona mayor de edad de 18 años tendría un trato carcelario totalmente distinto que un menor de edad de 17 años que realice el mismo delito. La duda surge en si realmente esta diferencia etaria, que podría ser menos de un año, hasta meses o días, de verdad genera una diferenciación significativa entre la madurez, así como el desarrollo del menor que le genere un beneficio de acceder a una pena con mejores condiciones. Esto sin contar con los beneficios carcelarios que podría contar.

Es importante recordar que el principio de

Beijing establece la posibilidad de imponer una sanción acorde al hecho cometido, por lo que una pena máxima de 15 años para un sujeto entre los 16 y 17 años que elimine a varias personas por una remuneración no parece que se adecue a la magnitud de daño causado.

Sin determinar un número específico, a falta de un estudio especializado sobre el tópico, se puede concluir que sería totalmente viable y esperable que el proyecto de ley incorpore un aumento en las penas a los menores de edad que participen en delitos relacionados con el crimen organizado, principalmente el sicariato, al tratarse de un delito contra el principal bien jurídico tutelado: la vida.

VII. Conclusión

Finalizada la presente investigación, se logra responder las siguientes interrogantes: ¿es posible castigar a un menor como mayor de edad? No sin violar las normas de derechos internacionales. Ni siquiera la legislación de Estados Unidos, la cual permite que los menores de edad sean juzgados como mayores de edad, lo realiza en la totalidad de los casos y los delitos. La única posibilidad es un estado de excepción como El Salvador.

¿Se pueden endurecer penas y reducir los beneficios carcelarios para los menores de edad en conflicto con la ley por el delito de sicariato? Es totalmente factible. En la lucha contra el crimen organizado (en búsqueda del bienestar de la sociedad, siendo el conglomerado la principal víctima de la delincuencia, como tal, así determinado también por las legislaciones salvadoreñas y suecas en sus leyes de mano dura para combatir la delincuencia de menores de edad), es convencionalmente viable aumentar las penas, se pueden limitar los beneficios carcelarios en el marco de respeto de los tratados internacionales, tal como lo indican las reglas de Beijing siempre: "que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito".

La presente investigación permitió concluir que, si bien los menores de edad deben gozar de ciertas prerrogativas al momento de imponer la pena, esto producto de que son seres humanos en formación, tanto emocional como cerebral, lo que genera que sean más influenciables, entre otras falencias emocionales, y siempre se debe buscar su bienestar superior y resocialización; el Estado debe también luchar contra el crimen organizado, que generar un sinnúmero de problemas sociales, entre estos, problemas económicos por disminución de la inversión extranjera. De igual manera, el delito de sicariato lesiona el principal bien jurídico tutelado: la vida y es responsabilidad del Estado garantizar, por medio de un combate legislativo efectivo, la integridad de los habitantes.

Bibliografía

Aguiar Mariño, Nina. "Violencia y crimen organizado: sicariato como consecuencia del narcotráfico. Idea de seguridad y participación de los Estados". Ponencia presentada en el XII Congreso ALAIC, Lima, 2014.

Burgos Mata, Álvaro. Justicia Penal Juvenil Costarricense. San José: Editorial Jurídica Continental, 2023.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Niños, niñas y adolescentes en el sistema de justicia penal de los Estados Unidos. Washington D.C.: OEA, 2018.

Naciones Unidas. Manual sobre niños reclutados y explotados por grupos terroristas y extremistas violentos: El papel del sistema de justicia penal. Viena: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), 2017.

Steinberg, Laurence. "A Social Neuroscience Perspective on Adolescent Risk-Taking".

Developmental Review 28, no. 1 (2008): 78-106.

Universidad de Costa Rica. Informe del Estado de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia en Costa Rica (EDNA) 2024. San José: UCR, 2024.

Normativa

Asamblea General de las Naciones Unidas. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing). Resolución 40/33, 29 de noviembre de 1985.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Ley de Justicia Penal Juvenil, Ley No. 7.576. San José: Diario Oficial La Gaceta, 1996.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Ley Contra la Delincuencia Organizada, Ley No. 8.754. San José: Diario Oficial La Gaceta, 2009.

Congreso de la República del Perú. Ley que incorpora a los menores de 16 y 17 años como sujetos imputables para delitos graves, Ley No. 32.330. Lima: Diario Oficial El Peruano, 2025.

Estados Unidos de América. Código de los Estados Unidos (U.S. Code), Título 18: Crímenes y Procedimiento Criminal.

Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos del Niño. Nueva York, 20 de noviembre de 1989.

Naciones Unidas. Convención sobre los Derechos del Niño: Observación General No. 24 relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil. Comité de los Derechos del Niño, 2019.

República de El Salvador. Ley Penal Juvenil. San Salvador: Diario Oficial, 1994 (y sus reformas mediante Decretos Legislativos 2022-2024).

Jurisprudencia y Proyectos

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. Proyecto de Ley de Crimen Organizado Penal Juvenil. Expediente No. 24.006. San José, 2024.

Gobierno de Suecia. Sänkt straffbarhetsålder för allvarliga brott (Reducción de la edad de responsabilidad penal para delitos graves). Estocolmo, 2026.

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia 2/2026 (Caso de Imputabilidad Penal Juvenil). Lima, 2026.

La victimodogmática en los diferentes estados del delito y en la imputación objetiva

Autor
Rodolfo José SOLÓRZANO MONTERO
Juez de Juicio del Tribunal Penal de Heredia, Sede Sarapiquí

RESUMEN

En la actualidad, poco se habla en la materia penal sobre la incidencia de la víctima, en relación con el resultado derivado de la comisión de un hecho delictivo. En ese sentido, la victimodogmática realiza un aporte esencial, puesto que, desde el principio de autorresponsabilidad, procede a determinar escenarios donde la víctima, a través de ciertas acciones, contribuye a la configuración de un hecho delictivo. En el presente artículo, se desarrolla el concepto de victimodogmática, así como la aplicabilidad de esta en los estados del delito y en la imputación objetiva, determinando un instrumento de utilidad para evaluar y graduar, así como establecer la responsabilidad penal de las personas en un proceso penal.

ABSTRACT

Currently, there is little discussion in criminal law about the victim's involvement in relation to the outcome resulting from the commission of a criminal act. In this regard, doctrinal victimology makes a significant contribution, since, based on the principle of self-responsibility, it proceeds to determine scenarios in which the victim, through certain actions, contributes to the occurrence of a criminal act. In this paper, we will develop the concept of doctrinal victimology, as well as its applicability to the stages of a crime and to objective imputation, providing a useful tool for assessing and grading, as well as establishing the criminal responsibility of individuals in a criminal process.

PALABRAS CLAVE: victimodogmática, autorresponsabilidad, imputación objetiva.

KEYWORDS: Dogmatic Victim, Self-responsibility, Objective Imputation.

ÍNDICE: 1. Introducción. 2. Victimodogmática. Definición y generalidades (evolución, principio de autorresponsabilidad). 3. Victimodogmática en la imputación objetiva (autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida). 4. Victimodogmática en la teoría del delito. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

1. Introducción

Tal como se indicó en el resumen, en la cotidianidad, se dan diferentes circunstancias en los procesos judiciales, donde claramente se observa cierta incidencia en el resultado final, determinado por influencia de la persona víctima, derivada de distintas maneras. En esos escenarios, resulta de vital aporte la victimodogmática, a través de la cual, en las distintas etapas de la teoría del delito, se puede brindar una mejor comprensión, para la resolución final de los procesos judiciales. Aunado a lo anterior, se analiza en el presente trabajo, cómo dicho concepto mantiene una vinculación, no solamente con el establecimiento de la responsabilidad penal, sino también como método para graduar la pena, según la forma en la cual se analice y determine.

2. Victimodogmática

2.1. Definición

Considerando que se analiza la influencia de la victimodogmática dentro de la teoría del delito, resulta necesario determinar un concepto de esta. Según el diccionario prehispánico es: *"(...Pen. Especialidad de la dogmática del derecho penal que tiene por objeto de estudio la influencia del comportamiento de la víctima en el delito y su influencia en la responsabilidad penal del autor(...)"*. [1] De este concepto se deriva que, en efecto, existen escenarios donde el comportamiento de la víctima tiene un efecto, tanto en la comisión del hecho delictivo como en la responsabilidad penal.

2.2. Orígenes

La victimodogmática encuentra sus orígenes a finales del siglo XX, donde, debido a la política criminal defensiva que se venía aplicando, se consideraba que, ante cualquier escenario, lo primordial era aplicar penas más altas, determinado como la respuesta del sistema penal a las víctimas; sin establecer si existían circunstancias donde la víctima hubiere mantenido incidencia en el hecho delictivo. En dado caso, claramente, mantendría consecuencias de relevancia relacionadas a la aplicación de la teoría del delito, así como en la determinación del *quantum* de la pena y la dosificación de la misma.

Para Schüenemann y Raimund Hassemer, la victimodogmática surge como un "retorno de la víctima" en todas las facetas, marcando una tendencia al desarrollo del principio de subsidiariedad penal, así como de oportunidad. [2] La influencia victimológica, inherente a la dinámica penal relacional entre el sujeto activo y la víctima, se reconoce como un factor fundamental que contribuye a la generación de elementos determinantes en la comisión del hecho delictivo.

Según Margarita Bonet Esteva, estos apuntes victimodogmáticos vienen a conformarse en una teoría completamente fundamentada en los trabajos de Schünemann [3] y de Raimund Hassemer. [4] La idea básica de ambos autores es que el principio de subsidiariedad deriva en el de autorresponsabilidad de la víctima y que esto conforma unos criterios interpretativos

[1] Definición de victimodogmática - Diccionario panhispánico del español jurídico – RAE (Consultado en el sitio web https://dpej.rae.es/lema/victimodogmática al ser las 14:00 horas del día 03 marzo del 2026

[2] BONET ESTEVA (1999) citando a R. HASSEMER, SCHÚNEMANN. B. Zur, Stellung des Opfer sim System der Strafrechtspflege. NStz, 1986, pág. 439.

[3] BONET ESTEVA. La víctima del delito (La autopuesta en peligro como causa de exclusión del tipo de injusto). Notas a pie núm. 259 y siguiente. Publicado en Madrid, primera edición en español, por MCGRAW-HILL/ INTERAMERICANA DE ESPAÑ. S.A.U.

[4] BONET ESTEVA. La víctima del delito (La autopuesta en peligro como causa de exclusión del tipo de injusto) Notas a pie núm. 270. Publicado en Madrid, primera edición en español, por MCGRAW-HILL/INTERAMERICANA DE ESPAÑ. S.A.U.

teleológicos que pueden anular el carácter típico de las acciones del autor. [5] [6]

Tal como se indicó anteriormente, este concepto encuentra respaldo con el principio de "Última Ratio" del Derecho penal, en relación con la búsqueda del Estado sobre cómo regular solamente las conductas que en efecto presenten una lesión o exposición considerable de ciertos bienes jurídicos, excluyendo o buscando otras alternativas, menos graves, para sancionar o regular la transgresión de estos bienes jurídicos, inclusive, hasta determinando un rango de exclusión en ciertos escenarios, donde la víctima haya provocado directamente la lesión a su propio bien jurídico. Aspectos que nos llevan a analizar el principio de autorresponsabilidad y su relación directa con el concepto de victimodogmática.

2.3. Principio de autorresponsabilidad

En la victimodogmática se establece una intención de trasladar al ámbito de la dogmática jurídico- penal, las acciones de la victimología sobre la importancia de la contribución de la víctima al origen en el desarrollo del delito. Se determina la existencia de deberes de autotutela de la víctima, dando lugar a una restricción del alcance del tipo en los casos en que se produzca una falta de merecimiento o de necesidad de protección. La víctima tiene el deber de no ponerse en peligro; si lo hace, se entiende que no merece o no necesita protección, por lo que la responsabilidad penal del autor se atenúa.

Este concepto se conoce como el Principio de autorresponsabilidad; un principio fundamental para el desarrollo del concepto propio de victimodogmática, dada la naturaleza propia de este, donde se analiza cómo la víctima, como sujeto pasivo en la comisión de un hecho delictivo, tuvo cierta incidencia en el desarrollo y resultado final del mismo. Veremos en el presente trabajo que, a nivel del ámbito de protección de la norma, el legislador determinó ciertos escenarios, donde la víctima, a través de este principio de autotutela, debió protegerse y resguardar dicho bien jurídico, por esa razón, el resultado negativo o lesivo de dicho bien jurídico (propio de transgresión de este) no se encuentra dentro del ámbito de protección de la norma.

El principio de autorresponsabilidad, para Schünemann, se establece como una figura dogmática de la parte general, gemela de las aportaciones de la víctima y representada por el principio de autorresponsabilidad. La imposición de la pena como última ratio del Estado no es apropiada en aquellos casos en los cuales la víctima no merece protección o no necesita de protección. [7]

Determinándolo, tal como lo indicamos, como esas acciones de las cuales el legislador realiza un análisis *ex ante* de la transgresión al bien jurídico y considera que la víctima debe, en estos casos, proteger su bien jurídico y no exponerlo. Entre las consideraciones relevantes, se observa sobre las consecuencias jurídico-penales de esta

[5] SCHÚNEMANN. B. op. cit. Pág. 439. Citado por BONET ESTEVA. En su Obra La víctima en el delito (La autopuesta en peligro como causa de exclusión del tipo injusto).

[6] MARGARITA BONET ESTEVA. La víctima del delito (La autopuesta en peligro como causa de exclusión del tipo de injusto). Pág. 67. Publicado en Madrid, primera edición en español, por MCGRAW-HILL/INTERAMERICANA DE ESPAÑ. S.A.U.

[7] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito? Introducción al debate sobre la victimodogmática". En: Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. (Libro homenaje al Prof. Antonio Beristain). IVAC-KREI. San Sebastián, España, 1989, pp. 633 y ss.

"victimodogmática", lo siguiente: [8] [9]

- El sujeto pasivo debe ser obligado por medios coactivos jurídico-administrativos, a impedir su propia posibilidad de llegar a ser víctima, de tal manera que, en virtud del principio de autorresponsabilidad, se niega la protección jurídico-penal de las víctimas cuando son ellas mismas las que crean o incrementan el riesgo de la lesión. De esta manera, se establece un límite en relación con los escenarios donde la víctima debe responsabilizarse por sus propias acciones en cuanto a la puesta en riesgo de su propio bien jurídico.

-Se establece como parámetro dosificador de la pena el comportamiento de las víctimas.

- Se retoma lo ya conocido en la parte especial, en cuanto hay hechos que se vuelven lícitos por el consentimiento o por determinadas características o con el comportamiento de las víctimas. Aspecto que analizaremos más adelante, cuando desarrollemos la victimodogmática en la imputación objetiva, con la autopuesta en peligro o en la antijuricidad de la teoría del delito, con las causas de justificación, por ejemplo, la legítima defensa.

3. Victimodogmática en la imputación objetiva

La victimodogmática encuentra asidero legal en la imputación objetiva, puesto que existen varios autores creadores de Teorías propias de imputación objetiva que pregonan con el análisis de la contribución de la víctima, en el desarrollo del delito. Por ejemplo, del libro titulado *Conducta de la Víctima e Imputación Objetiva en Derecho Penal,* de Manuel Cancio Meliá, se cita en la pág. 178, que Claus Roxin emprendió la elaboración en uno de sus trabajos que más intensos impulsos habría de generar para el desarrollo de la teoría de la imputación objetiva. [10] Dentro de estas consideraciones sobre las diversas cuestiones relativas a la imputación del resultado y bajo aplicación del criterio del "fin de protección de la norma" como principio metodológico rector, [11] Cancio Meliá indica que ROXIN aborda la problemática de la intervención de la víctima en el acontecer arriesgo. En este sentido, intenta resolver los casos de producción de una "autopuesta en peligro" con consecuencias lesivas recurriendo a los límites de punibilidad existentes en el ordenamiento alemán en relación con un suicidio ajeno. ROXIN se pronuncia en contra de un esquema estático de "interrupción del nexo causal" o "prohibición de regreso" en el sentido desarrollado por la doctrina más antigua bajo estas denominaciones. [12]

De las anteriores aproximaciones, es posible observar que, en efecto, Claus Roxin determinó la necesidad de establecer parámetros donde se analizará la contribución de la víctima en el nexo de causalidad, como factor determinante del resultado final lesivo.

A continuación, se analizan aspectos de relevancia de la presencia de la victimodogmática en la imputación objetiva, tales como el principio de confianza, el incremento del riesgo permitido, la prohibición de regreso, el ámbito de aplicación

[8] Cfr. SCHNEIDER, Hans Joachim. La posición de la víctima del delito en el Derecho y en el proceso penal. En: Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona (libro homenaje al Profesor Antonio Beristain). IVAC-KREI. San Sebastián, España 1989 pp. 39 y ss. 21. Cfr. SCHÜNEMANN, Bernard. Victimodogmática. En: Problemas capitales del moderno derecho penal a principio del Siglo XXI. CEPOLCRIM. México, 2002.

[9] Cfr. SCHÜNEMANN, Bernard. Victimodogmática. En: Problemas capitales del moderno derecho penal a principio del Siglo XXI. CEPOLCRIM. México, 2002.

[10] Zum Schutzzweck der Norm bei fahlassigen Delikten, en Karl LACKNER et al. (ed.), Festschrift fur Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag, 1973, pp243 y ss.

[11] FS Gallas, p 251.

[12] Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal, Manuel Cancio Meliá, p 178.

de la norma, así como la autopuesta en peligro y la heteropuesta en riesgo. Escenarios donde la víctima realiza una contribución determinante en relación con el curso causal de los hechos delictivos.

3.1. Riesgo permitido

Existen múltiples actividades arriesgadas en determinados espacios de la cotidianidad que, desde un principio, no se encuentran cubiertas por las normas penales. Como un comportamiento que debe responder penalmente *(se trata de casos donde no se encuentra el riesgo jurídicamente relevante).* En estos casos, se ha determinado un análisis del legislador, en cuanto al riesgo que se crea con esta conducta, concluyendo la necesidad de ponderar hasta cierto grado, la determinación, propia del riesgo y si este, en efecto, se encuentra dentro de la escala permitida; por ejemplo, en Costa Rica, el conducir vehículos automotores es permitido, siempre y cuando, se cuente y se cumpla con una serie de requisitos, tales como la aprobación del proceso que certifica a una persona como conductor con licencia para conducir libremente por las vías de tránsito. Sin embargo, esta conducción debe realizarse cumpliendo con ciertas normas de tránsito, las cuales se establecieron como un marco normativo, que diferencia entre las acciones permitidas en la conducción y las acciones que desbordan el riesgo permitido.

Estos escenarios son relevantes, puesto que determinan cómo podría el conductor de un vehículo, así como un peatón, provocar un desborde del riesgo permitido, determinando ya no una conducta que podría considerar como típica de un delito imprudente, por una conducción indebida, o por infracción a las leyes de tránsito. Puesto que se determina que la propia víctima ha desplegado una acción, donde ha provocado un incremento del riesgo permitido, que determina el curso del hecho delictivo, siendo que, al realizar el análisis de la conducta de la víctima, se aprecia el incremento del riesgo permitido.

Por otro lado, de no existir este desbordamiento del riesgo permitido, nos encontraríamos ante casos donde el riesgo es permitido por parte de la legislación, a estos se les suele llamar "cursos causales irregulares"; actividades socialmente normales o con una conexión muy débil con el posterior resultado o que se trata de un "riesgo permitido". En estos escenarios, no existe forma alguna de tipificar las conductas, dado que la propia normativa permite ese riesgo, debido al ejercicio de graduación de este, determinando ese rango como parte de las actividades que, en la cotidianidad, cumplen cierto sentido de normalidad. Encontrándose no reguladas como parte de los riesgos no permitidos.

Según el jurista Manuel Cancio Meliá, en su libro *La conducta de la víctima e imputación objetiva en el proceso penal,* un ejemplo de estos casos donde se desborda el riesgo permitido, por parte de la víctima, es el siguiente: "*...El agente causante del daño rebasa la velocidad máxima permitida, pero poco después vuelve a observar la velocidad prescrita, observando todas las reglas de la conducción. Entonces atropella a un niño que había salido, repentinamente, de detrás de un automóvil y se introduce delante de su vehículo, con lo cual el accidente resulta inevitable por el conductor. El accidente no sólo ha sido causado por la conducción en sí misma (riesgo permitido, que normalmente es imputable, pero no en este caso concreto, debido a la culpa exclusiva de la víctima se analiza la incidencia de la conducta de la víctima en el resultado final) ...*"

3.2. Principio de confianza

Otro de los parámetros establecidos en la teoría de la imputación objetiva, para determinar en el caso de la victimodogmática, la relevancia de la conducta de la víctima en la comisión de

un hecho, es el principio de confianza. Se trata de casos donde el tercero puede ser garante de la situación de riesgo por él creada y, sin embargo, le está permitido confiar en que el comportamiento de otros en esa situación será cuidadoso. Según lo indicado por Cancio Meliá, en estos casos, no podría reprochársele al sujeto activo la lesión del bien jurídico, por esta posibilidad de confiar en la conducta diligente de la víctima.

Según lo pregona STRATENWERTH: *"... por regla general no ha de responderse de faltas de cuidado ajenas, sino se puede confiar en que todos cumplirán con sus deberes de cuidado…"*. De esta manera, se determina esa posibilidad de confiar en que las demás personas tendrían una debida diligencia que evita una lesión a un bien jurídico. Un ejemplo de estos escenarios lo establece Cancio Meliá de la siguiente manera: *"…No responde quien deja determinadas cosas o aparatos en un contenedor de basura con las que se lesiona después alguien al manipularlas de modo descuidado…"*.

3.3. Prohibición de regreso

Cancio Meliá lo conceptualiza como los casos en los que, con posterioridad a una conducta imprudente, se produce un comportamiento doloso, que no podría retrocederse al primer sujeto, para reprocharle a este su conducta.

En su libro titulado *La conducta de la víctima e imputación objetiva en el proceso penal,* el jurista Manuel Cancio Meliá establece un ejemplo de una conducta de la víctima que podría encuadrar en este escenario de la imputación, estableciendo que, para Gunter Jakobs: *"…Cuando el empleado de una gasolinera llena el depósito de combustible de un automóvil cuyas cubiertas se encuentran de modo tan evidente en mal estado que es palmario que va a producirse un accidente si se sigue circulando con el vehículo, esta aportación causal del empleado no puede dar lugar a una responsabilidad por un delito de lesión…"*. El anterior ejemplo tiene sus particularidades, puesto que, desde la teoría de imputación objetiva creada por Jakobs, las personas en su concepto de sociedad con roles prestablecidos solamente podrán responder penalmente por alguna circunstancia en relación propia del deber o rol que desempeñan en esta sociedad. Siendo distinto para Claus Roxin, quien analiza el conocimiento propio del sujeto activo, que puede determinar el curso causal de las condutas. Este parámetro sería el determinante para establecer un criterio de exclusión, de la responsabilidad penal del sujeto activo, por la propia contribución de la víctima.

3.4. Concurrencia de culpas

Otro criterio considerado en el análisis sobre el surgimiento de la victimodogmática dentro de la imputación objetiva es la concurrencia de culpas; esto implica la coexistencia de responsabilidad tanto por parte de la víctima como del autor, sin que se ofrezca una explicación detallada respecto a la naturaleza específica de dicha "culpa" atribuida a la víctima. Queda claro que no se trata de imprudencia conforme al uso habitual del término en la doctrina jurídico-penal, ya que la víctima no incurre en infracción imprudente al exponerse al riesgo de sus propios bienes. Asimismo, resulta evidente que la existencia de una "culpa" no puede eliminar automáticamente la presencia de otra "culpa".

En estos escenarios, debido a la ponderación de las acciones de la víctima y del sujeto activo, en relación con el curso causal, determinando como un parámetro individualizador de responsabilidades, en relación con el reparto de funciones. Se trata de casos donde tanto la víctima como el sujeto activo despliegan acciones que determinan el curso causal, de tal manera que desencadenan en el resultado final. Por ende, ambos sujetos contribuyen en la generación del resultado. A nivel de nuestra normativa penal,

se ha establecido en el numeral 105, la manera en la cual incidirían las acciones de la víctima en relación con la responsabilidad penal. De la literalidad de este artículo, se extrae lo siguiente: *"... Cuando la víctima haya contribuido por su propia falta a la producción del daño, el juez podrá reducir equitativamente el monto de la reparación civil…"*.

Por lo anterior, en Costa Rica, la forma en la cual incide la culpa de la víctima, en el resultado del hecho delictivo, se analiza como un criterio que atenúa la responsabilidad civil, mas no la responsabilidad penal; por lo que, para el sujeto activo, vendría a generar un beneficio en relación con la reparación civil, pero no en la fundamentación *quantum* de la pena.

Un ejemplo, según Margarita Bonet Esteva, en su libro titulado: *La Víctima del delito (La autopuesta en peligro como causa de exclusión del tipo de injusto),* en sus páginas 137 y 138, expone un caso que sucedió en España, el cual se procede a indicar:

STS 24-V-91: El propietario de una finca, a pesar de comprobar que el viento soplaba en dirección a la carretera, decide prender fuego en la acequia para quemar la maleza que allí se encontraba, sin llevar a cabo previamente un surco cortafuegos. En poco tiempo se produjo una gran humareda que invadió la carretera adyacente, sin que el imputado pidiera ayuda alguna para sofocar el fuego, de forma que el humo entorpecía la visibilidad y constituía un evidente riesgo para el tráfico rodado. Justamente por esta razón, el conductor de un camión que por allí circulaba disminuyó la velocidad (inferior a 70 km/h), encendió las luces de cruce (para hacerse visible) y se ciñó a su derecha para atravesar un puente sin arcenes y limitado por vallas de cemento, pues la altura de su vehículo le permitía tener mayor visibilidad. El choque mortal se produjo cuando un turismo en sentido contrario de dirección, y a pesar de apercibirse de la poca visibilidad, se introdujo a una velocidad superior a los 70 km/h. en el puente e invadió la parte izquierda de la calzada, que correspondía al camión, por lo que este, aun haciendo uso de su sistema de frenado, no pudo evitar la colisión, en la que murió la conductora del turismo.

Se logra observar la concurrencia de culpas en cuanto al aporte e incremento del riesgo parte de ambos sujetos, determinando el nexo de causalidad, dentro del curso causal.

En la jurisprudencia patria

El Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Guanacaste, en la resolución N.º 334 – 2013, de las nueve horas con cincuenta minutos del día diecisiete de diciembre del año dos mil trece, analizó la aplicación de la concurrencia de culpas en Costa Rica y su incidencia en el proceso penal, en relación con la responsabilidad penal y civil, así como el ejercicio intelectivo que debe realizar la autoridad jurisdiccional, para poder determinar con claridad cuál de las acciones provocó con mayor influencia, el resultado lesivo de los bienes jurídicos afectados. Del voto se extrae lo siguiente:

"...la primera, porque la aplicación de la culpa concurrente es contraria al criterio que sobre dicho tema ha establecido la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia desde 1991, cuando en su resolución de las ocho horas treinta minutos del trece de diciembre de mil novecientos noventa y uno, dispuso: "En efecto, la denominada concurrencia de culpas en los ilícitos de esta naturaleza no solamente tiene incidencia en la responsabilidad civil (caso al que se refiere el artículo 105 del Código sustantivo, cuando la víctima contribuyó por su propia falta a la producción del daño, lo que permite reducir equitativamente el monto de la indemnización), sino, de modo obvio, en la responsabilidad

penal, cuyo significado es que cada autor carga individualmente con la culpa que le corresponde (Cfr. al respecto obra de [Nombre1] [Nombre2] ., El Delito Culposo; [Nombre3]- , edit., 1984, p. 145), pues la falta al deber de cuidado de uno no elimina, ni tampoco compensa, la falta al deber de cuidado de otro. Lo anterior significa que ni en una ni en otra situación, ya sea que se trate de la víctima la que contribuyó con su propia falta al resultado dañoso o que se trate de dos autores -por ejemplo dos conductores de autos- que conjuntamente produjeron dicho resultado en perjuicio de un tercero, se excluye la responsabilidad penal, debido a la específica e individual culpa de cada uno (ver sobre este tema -entre otros autores- obra de Abdelnour Granados, Rosa María; La responsabilidad civil derivada del hecho punible; edit. Juricentro, 1984, ps. 64 y 65)." Este voto a pesar de su vieja data, ha sido reiterado en múltiples ocasiones, siendo una de esas el voto 191-2008 de las nueve horas quince minutos del veintinueve de febrero del 2008. Debe quedar claro, que la existencia de la culpa concurrente no debe llevar a una absolutoria por compensación de culpas, sino por el contrario a un examen más detallado del juzgador para establecer cuál de esas es la causa eficiente del hecho bajo examen, correspondiendo a dicha causa una disminución en su resarcimiento de acuerdo con las normas referidas. Esto implica analizar minuciosamente la prueba documental aportada por el oficial de tránsito que atendió el suceso, tales como parte oficial y [Placa1], a fin de determinar junto con la prueba testimonial cual fue la causa eficiente de la colisión y consecuentemente de las lesiones producidas al ofendido…". [13]

3.5. La víctima del delito (La autopuesta en peligro como causa de exclusión del tipo de injusto)

En la diversidad de escenarios anteriormente planteados, se encuentran aspectos de relevancia, donde se determina por parte del legislador y de la propia doctrina, parámetros interesantes para establecer, no en el curso causal del desarrollo del delito, sino de forma anticipada, la protección de un bien jurídico, como parámetro generador de la victimodogmática.

Para el trabajo de marras, se extrae un parámetro de protección del bien jurídico, donde se analiza el ámbito *ex ante,* según Cancio Meliá; *"…Abstracto: Determinado Ex ante por el legislador al establecer el tipo. (Se espera del titular del bien jurídico la disposición de una serie de medidas de autoprotección, por ende, que no lleve a cabo una autopuesta en peligro de su bien jurídico…".* Entre estos, se encuentra la autopuesta en peligro de la víctima, para Claus Roxin: "Concurre la autopuesta en peligro cuando alguien sufre un daño a través de su propia acción arriesgada, aunque también otro haya contribuido a producirlo" De esta manera, se analizan casos donde concurre la autopuesta en peligro, así como las características definidas por la doctrina, como parte de esta figura.

De acuerdo con SCHMIDHÄUSER, no se trata de causas de justificación, sino de supuestos en los que la lesión típica resulta inexistente. Según este autor, no hay conflicto entre bienes jurídicos; por el contrario, se identifica una situación donde el ordenamiento jurídico concede un margen de autonomía respecto al peligro o la lesión del bien protegido. Dicho margen únicamente se aplica a bienes de carácter individual y encuentra fundamento teórico en la figura del acuerdo. En la postura de SCHMIDHÄUSER, se distinguen dos elementos clave: por un lado, el consentimiento entendido como expresión de autonomía del

[13] Consulta Nexus Poder Judicial, en el sitio web (https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-595546ttps://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-595546) al ser las 19:00 horas del día 04 de marzo del 2026.

titular del bien y, por otro, el criterio para excluir la tipicidad de la conducta. [14]

De previo a desarrollar el concepto propio de autopuesta en peligro, se considera de relevancia extraer tres formas en las cuales consideró Margarita Bonet Esteva, que la víctima puede participar en un delito indicando lo siguiente:

- a) Es consciente, quiere, consiente y, además, se dirige la voluntad hacia la comisión de un delito por parte de otro con la intención de inculparlo: caso de la provocación, que viene explícitamente recogida cuando se dirige a la comisión de un delito amparándose bajo una causa de justificación (ejemplo, provocación en la legítima defensa).
- b) Es consiente, quiere y consiente la realización de un presunto delito en su persona: este sería el caso de las lesiones consentidas y del homicidio a petición. En estos casos, la víctima podría ejecutar la acción lesiva ella misma (ejemplo ayuda al suicidio eutanásico).
- c) Es consciente, pero no quiere que el resultado lesivo o, al menos no expresa esa voluntad de que este suceda: en este caso intervendría en el curso causal de forma que puede ser relevante en el enjuiciamiento del injusto imputable al autor material. Se trataría de casos que, tal vez, podrían ser resueltos mediante la "autopuesta en peligro de la víctima" determinando la necesidad de analizar la conciencia y libertad en la decisión ante el peligro. [15]

Se observan aproximaciones donde la víctima, claramente, tendría mayor incidencia en el resultado final del curso causal.

Según Manuel Cancio Meliá, en su libro titulado: *La Conducta de la Víctima e Imputación Objetiva en el Derecho Penal,* existen aproximaciones dogmáticas que, desde ciertas premisas desarrolladas por varios juristas, en las cuales se ha logrado crear herramientas para la solución de casos, la víctima puede tener cierta participación, describiéndolos como aquellos donde habría una aportación material de la víctima. [16]

3.6. Autopuesta en peligro de la víctima

Para Claus ROXIN, se trata de casos donde la víctima ocupa una posición central en el acontecer arriesgado. De inmediato, ROXIN procede a realizar una distinción entre la autopuesta en peligro de la víctima y la heteropuesta en peligro consentida. Indicando que, en esta última, la víctima se expone al riesgo remanente de otro siendo plenamente consciente del riesgo. [17] Para la victimodogmática, colabora en el análisis del nexo de causalidad, el resultado lesivo mantiene una conexión con el riesgo asumido por la víctima y por el riesgo creado del autor.

Se desarrolla un ejemplo de la autopuesta en peligro en supuestos donde un sujeto realiza una actividad de competición de vehículos automotores o de entrega de estupefacientes. Como parte de casos donde claramente la propia víctima es consciente del riesgo de la actividad que está desplegando. En igual sentido, se determinan factores importantes, en la autopuesta en peligro, la víctima tiene consciencia total de la actividad y, en igual sentido, tiene control y disposición del curso causal, en la heteropuesta en peligro consentida, no es así.

3.7. Heteropuesta en peligro de la víctima

[14] SCHMIDHÄUSER, E., cit. Pág. 214 y ss.

[15] BONET ESTEVA, La Víctima del delito (La autopuesta en peligro como causa de exclusión del tipo de injusto). Pag 190.

[16] CANCIO MELIÁ, Conducta de la Víctima e Imputación Objetiva en el Derecho Penal. Pag 177.

[17] ROXIN, FS Gallas, pp. 245 y ss.

Para Claus Roxin: *"... Por ella entiendo el caso de que alguien ponga en peligro a otro, pero de forma tal que éste asuma tal puesta en peligro con pleno conocimiento del riesgo. Probablemente el caso más frecuente en la práctica es el de quien, tras asistir a una fiesta nocturna, se deja llevar en un automóvil por otro invitado, sabiendo que éste ha consumido alcohol y que no está por tanto en condiciones de conducirlo de forma segura. ¿Responde por homicidio imprudente el conductor si, por la influencia del alcohol, se produce un accidente mortal?"*. Para este jurista, se trata de aquellas actividades donde el sujeto activo (autor) es quien tiene la condición de figura central y la víctima tan solo está de acuerdo con la actividad arriesgada. [18]

En el ejemplo supra citado, se analiza la distinción realizada por ROXIN, en cuanto a la necesidad de que la víctima tenga clara consciencia de la actividad arriesgada, y pueda en esa inteligencia, tomar la decisión de disponer de ese bien jurídico, asumiendo el riesgo. Sin embargo, también se requiere que esta víctima tenga el control del curso causal, en cierto escenario, lo cual, en el caso de marras, no ocurre.

Otro ejemplo es el desarrollado por la jurisprudencia alemana: el caso del río Memel (Memel-Fall) 3. Este caso, aún hoy famoso, fue resuelto por el Tribunal Supremo Imperial (Reichsgericht, RG) antes de la Segunda Guerra Mundial. Un barquero, ante la insistencia de dos viajeros y a pesar de haberles advertido del peligro que suponía para su empresa tanto el tiempo tormentoso como la profundidad de las aguas, accedió a cruzar el río Memel con ellos a bordo. La barca zozobró y los viajeros se ahogaron. [19]

3.8. Principales diferencias entre la autopuesta y la heteropuesta

— **- Consciencia del riesgo que implica la actividad**

En la autopuesta debe encontrarse en total conocimiento la víctima. En la heteropuesta no es así. No se cuenta con ese conocimiento sobre el dominio del curso causal.

— **- Posibilidad de control**

En la heteropuesta, el suceso lesivo, por parte de la víctima, se desarrolla dado que se expone al peligro originado por otro. Sin embargo, se trata de un desarrollo imprevisible, en el que, a menudo, no existe ya aquella posibilidad de intervenir para controlarlo o cancelarlo que todavía podría tener quien se pusiera a sí mismo en peligro.

3.9. Fin de protección de la norma

Para Claus Roxin, en el análisis de la actuación de la víctima en el delito que, además, da lugar al movimiento victomodogmático, estudia qué efectos para el injusto puede tener una corresponsabilidad de la víctima en los hechos y si tal responsabilidad puede producir una exclusión del tipo o la antijuricidad. Concluye que no es necesaria la protección penal, para quienes pueden protegerse a sí mismos.

Tal como se ha desarrollado en el presente trabajo, existen escenarios donde la víctima propia ha provocado la lesión a su bien jurídico, actividades donde la legislación y la doctrina ha calificado como no merecedoras de tutela o protección normativa.

El ejemplo de los ciclistas ilustra cómo la imputación objetiva se aplica en situaciones de autoprotección y protección de terceros. Cuando

[18] "Einvertändliche Fremdgefährdung" en alemán (por contraposición a la participación en una autopuesta en peligro - "Teilnahme an einer Selbstgefährudung"); la traducción propuesta por LUZÓN PEÑA en la versión castellana por él elaborada del trabajo de ROXIN en FS Gallas (cfr. ROXIN, Problemas básicos, p 190).

[19] RGSt 57, pp. 172 y ss. (Cfr. El supuesto de hecho esta sentencia supra 1 II. B 4); cfr ROXIN, AT 1, 11/98.

dos ciclistas circulan uno detrás del otro sin luces, y el primero choca con otro que venía de frente y fallece, surge un punto clave: si el segundo ciclista hubiese tenido luces, el resultado posiblemente se habría evitado. Aquí, la norma que exige circular con luces responde tanto a la autoprotección como a la protección de terceros frente a los riesgos derivados de una conducción sin la debida precaución. En este contexto, el resultado fatal no guarda relación directa con el incumplimiento de la regla de cuidado, ya que el comportamiento del segundo ciclista está fuera del riesgo permitido. Esta característica es similar a la conducta que crea un riesgo no permitido, donde el resultado no está cubierto por el fin de protección de la norma de cuidado. Por lo tanto, se concluye que debe negarse la imputación, ya que el resultado no puede atribuirse objetivamente al incumplimiento de la norma por parte del segundo ciclista.

3.10. Aplicación de la autopuesta en peligro, en la jurisprudencia patria

El Tribunal de Apelación de Sentencia Penal II Circuito Judicial de San José, en la resolución N.º 1023 – 2023, de las nueve horas del día ocho de agosto del año dos mil veintitrés indica lo siguiente: *"...Ahora bien, esta cámara estima que no lleva la razón el recurrente, cuando pretende aplicar a este caso la tesis de la autopuesta en peligro de las víctimas, como eximente de tipicidad según expresamente así lo manifiesta. Ello es así por dos razones: la primera es por la no concurrencia de los presupuestos de la ruptura del nexo de causalidad por un hecho de la víctima, y la segunda es por un obstáculo sistémico. Acerca de lo primero, la autopuesta en peligro precisa de que tanto el sujeto activo como la víctima, conozcan del riesgo que el primero crea y la segunda acepta, lo cual no se da en este caso que, por sus características fue obra de la casualidad con motivo del uso de las vías públicas. Al respecto, valga recordar que este tribunal, con distintas integraciones, sobre el tema ha afirmado que: "...no en todos los casos la conducta resulta impune, sino que deben concurrir determinados requisitos: en primer lugar, es necesario que la víctima conozca el riesgo en la misma medida que quien realiza la puesta en peligro; en segundo lugar, que la lesión sea consecuencia del riesgo asumido, y no de otro distinto; finalmente y en tercer lugar, quien es puesto en peligro debe ser igualmente responsable del acontecer que quien genera el riesgo. Si se dan estos requisitos, el sujeto habrá "asumido el riesgo (ver, ROXIN, Derecho Penal…, cit., pp. 393; en igual sentido, CANCIO MELIÁ, Conducta de la víctima…, cit. P. 180). Podemos señalar algunos ejemplos de la puesta en peligro de un tercero aceptada por éste, veamos: i) Un pasajero quiere que un barquero le lleve por el río durante una tempestad. El barquero lo desaconseja, aludiendo a los peligros, pero el cliente insiste en su deseo, el barquero emprende el arriesgado intento, el bote vuelca y el pasajero se ahoga. ii) El acompañante conmina al conductor a que vaya a velocidad excesiva y prohibida porque quiere llegar a tiempo a una cita. A consecuencia de la excesiva velocidad se produce un accidente, en el que resulta muerto el acompañante. iii) Un automovilista que ya no estaba en condiciones de conducir por el consumo de alcohol admite que le acompañe en su coche otro de los asistentes a la fiesta a petición expresa de éste. El acompañante resulta lesionado en un accidente causado por estado alcohólico del conductor (estos casos son expuestos por ROXIN, Derecho Penal…, cit., pp. 393-394). En todos estos casos estamos ante conductas que reúnen los requisitos antes citados, por lo que las mismas son impunes..." (las negritas son del original, el subrayado es suplido). (Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, segundo circuito judicial de San José, voto número 01727-2020 de las 13:30 horas del 26 de octubre del 2020). Ahora bien, como se indicó, la segunda razón para descartar la tesis de la autopuesta en peligro, es de orden sistémico, cuya explicación se hace recurriendo a un precedente que esta integración*

suscribe plenamente, cuando se afirma que: "... No obstante, esa posición - en nuestro criterio- no resulta aplicable ni a este caso ni a otros en los que se alegue la ruptura del nexo causal ante el comportamiento de la víctima porque la misión del intérprete de las normas es partir de éstas y, en el caso costarricense (a diferencia del alemán citado en la resolución mencionada), de la relación de los artículos 115, 116 y 129 del Código Penal, así como de los artículos 45 y 46 del Código Civil, se desprende que para nuestro legislador no son disponibles los bienes jurídicos "vida", "salud" e "integridad física" salvo que, expresamente por ley así se autorice, lo que no sucede en tales hipótesis. De modo que, en casos en los que la culpa de la víctima concurra con una acción carente del deber de cuidado del agente, ello no enerva la tipicidad culposa tal y como lo refieren los mismos artículos 105, 117 y 128 del Código Penal al aludir al grado de culpa del agente y de la víctima como parámetros para, respectivamente, efectuar la fijación de las consecuencias civiles y penales. Ergo, con independencia del criterio que sobre tales normas se pueda tener, es lo cierto que están vigentes y en tales casos, a pesar de la autopuesta en peligro, siempre subsistirá la imputación del resultado al agente que faltara al deber de cuidado (en sentido contrario, comentando legislación similar a la nuestra y citando en su apoyo diversa doctrina: CANCIO MELIÁ, Manuel. Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal. Universidad Externado de Colombia, José María Bosch editor, 2ª edición para América Latina, setiembre, 2001, pp. 65-69). Por ende, aún cuando se aceptara a título hipotético (porque, se insiste, no se encuentra acreditado en autos), que las ofendidas, pese a existir aceras, no caminaban por ellas, ello en nada afectaría la configuración del delito por el que se condenó al encartado sino, a lo sumo, la pena impuesta o su responsabilidad civil, las cuales se fijaron cerca de los extremos mínimos que correspondían. En virtud de lo expuesto, el motivo debe rechazarse".[20]

La cámara de jueces determina que, básicamente, la autopuesta en peligro, por sí misma, no excluye la responsabilidad penal, sino que, a criterio de los juzgadores, realiza un ejercicio de dosificación o atenuación de la responsabilidad civil. Sin embargo, es posible observar que, en otros países, dicha teoría se aplica de manera distinta, donde sí excluye la responsabilidad penal del sujeto activo, dada la intensidad e influencia en el curso causal de las acciones desplegadas por la víctima, determinando un análisis en la tipicidad objetiva del tipo penal que se estudie, culminando, en ciertos casos, con la conclusión de un criterio de exclusión de la tipicidad objetiva. Por ausencia de nexo de causalidad en relación con el incremento del riesgo, asociado a una acción propia de la víctima, que desencadena con el resultado lesivo final.

3.11. Corrientes de la imputación objetiva

— - Corriente radical

Según Günter Jakobs, quien impulsa la corriente radical, la imputación objetiva constituye un elemento central en el Derecho penal. Este concepto evalúa si es posible atribuir responsabilidad penal a una persona midiendo el riesgo generado por su conducta, sin considerar la intención o la culpabilidad del sujeto. Jakobs sostiene que la imputación objetiva resulta esencial para distinguir entre comportamientos socialmente aceptables e inadmisibles, partiendo de que los individuos tienen expectativas sociales respecto a quienes actúan dentro de su entorno. Aunque esta teoría ha sido debatida y criticada, sigue siendo un referente importante en la dogmática penal actual. Cabe señalar que Jakobs desarrolló una propuesta donde la sociedad

[20] Nexus Poder Judicial, (sitio web https:// nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-1181673) Consultado al ser las 15:00 horas del día 03 de marzo del 2026.

está formada por miembros que desempeñan roles previamente establecidos; estas funciones permiten definir la conducta esperada. Por lo tanto, una vez clarificados los deberes de cada individuo, se puede delimitar hasta qué punto es posible analizar o reprochar su responsabilidad penal según su participación en determinada acción.

Para Jakobs, no basta con que una persona tenga conocimiento, de hecho, este parámetro no es de relevancia para este autor, sino que el factor determinante radica en establecer si esta persona cumplió o no con el deber esperado y asignado en esta sociedad de roles.

Jakobs desarrolla un ejemplo en el libro titulado *La imputación objetiva en el derecho penal:* "Si un mecánico repara un automóvil sabiendo que es notorio que su conductor suele circular a velocidades con mucho exceso, puede que el mecánico defina su actuar como apoyo a la conducta imprudente del conductor, pero objetivamente ésta no le atañe, puesto que no forma parte del rol del mecánico el preocuparse del modo de conducción del propietario del vehículo". [21]

— - Corriente moderada

La teoría moderada, desarrollada principalmente por Claus Roxin, introduce una perspectiva diferenciada sobre la imputación objetiva en el ámbito jurídico-penal. Roxin propone un análisis que no se limita únicamente al establecimiento del nexo de causalidad entre la conducta y el resultado, sino que requiere la valoración de elementos adicionales para atribuir responsabilidad penal por un resultado. [22]

Entre estos elementos, destaca la necesidad de identificar la generación de un riesgo jurídicamente no permitido a través de una acción relevante, así como la materialización de dicho riesgo en el resultado lesivo. Además, es imprescindible que la conducta y el resultado guarden correspondencia con el tipo penal específico. De este modo, la imputación objetiva se descarta en aquellos casos en que la acción ejecutada por el sujeto haya reducido el riesgo o no represente un peligro significativo para el bien jurídico protegido. [23]

No obstante, la teoría moderada ha recibido críticas principalmente porque incorpora criterios susceptibles de interpretación subjetiva, lo que otorga al juez cierto grado de discrecionalidad. Esto puede provocar inseguridad jurídica, ya que la decisión final podría depender de valoraciones que no son completamente objetivas.

Sin embargo, brinda criterios de relevancia para la solución de problemas jurídicos, donde se puede establecer a través del análisis de la conducta de la víctima y la generación e incremento del riesgo jurídicamente desaprobado, si existe o no ámbito de aplicación de la norma penal, para responsabilizar a un sujeto activo, o si, por el contrario, dado el aporte esencial de la víctima, sería una excluyente. Aspecto que analizaremos seguidamente, relacionado con la aplicación de la victimodogmática en las diferentes etapas de la teoría del delito, así como su aporte vital y solución en ciertos casos.

[21] JAKOBS, La imputación objetiva en el Derecho Penal. Pag 22. Editorial Ad-Hoc. Primera Edición, 1996. Reimpresión en Buenos Aires, Argentina, 1997.

[22] Roxin, C. (1997) Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos, La Estructura de la Teoría del Delito. De la traducción y notas, Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal Editorial Civitas, S. A. Ignacio EUacuria, 3. 28017 Madrid (España)

[23] Roxin, C. (1997) Derecho Penal Parte General, Tomo I, Fundamentos, La Estructura de la Teoría del Delito. de la traducción y notas, Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal Editorial Civitas, S. A. Ignacio EUacuria, 3. 28017 Madrid (España)

4.Victimodogmática en las etapas de la Teoría del delito

Tal como hemos desarrollado en el presente trabajo, la víctima puede tener inferencia en el curso causal de una acción con posibles matices delictivos, sin embargo, no solamente dentro de la imputación objetiva se ha determinado ese aporte relevante de la víctima, como causa determinante del desenlace final, sino que, en la teoría del delito, en igual sentido, se establecen conductas del sujeto pasivo, como factor determinante en el resultado final, típico, y en la posible atipicidad de la conducta, por ausencia de elementos configurantes propios de la tipicidad atribuibles al sujeto pasivo. Aunado a lo anterior, en la antijuricidad, se analiza cómo las acciones del sujeto pasivo son determinantes a la hora de analizar la configuración o no de las causas de justificación. Y, por último, desarrollaremos las causas de exculpación con relación a ciertos contextos y cómo la víctima determina el curso, no solamente en relación con la imputación objetiva, sino desde el análisis de la culpabilidad.

4.1. En la acción

Recordemos que la teoría del delito encuentra un concepto amplio en cuanto a la acción, determinado por diversas corrientes, sin embargo, me he decantado por definirla como una manifestación de la voluntad, exteriorizable, humana, dirigida a un fin, con su elección de medios y efectos concomitantes. De esta manera, se logra abarcar la totalidad de escenarios en los cuales se podría materializar una acción jurídicamente relevante para el ordenamiento.

A través de este concepto, y centrándonos en el tema de marras, debemos determinar que, en la acción regulada por la teoría del delito, se observa muy poca participación de víctima, como configurante del curso causal, y del resultado final. Sin embargo, se procede a describir un escenario en el cual las víctimas contribuyeron en el curso causal, dadas las acciones desplegadas por estas.

En la zona de Quepos, Costa Rica, hace algunos años atrás, un grupo de turistas, quienes tenían interés en realizar una actividad de rafting, procedieron a abordar en una barca apta para este tipo de actividades, sin embargo, por el mal tiempo, mientras se encontraban realizando la actividad, estos perdieron la vida. A nivel jurídico-penal, se procesó a los encargados de brindar el servicio y seguridad en el lugar, para el desarrollo de la actividad, no obstante, se analizó por parte del Tribunal Penal de Puntarenas, la causa que elimina la acción de caso fortuito, misma que definió que se trató de una acción que no era jurídicamente relevante para el ordenamiento. [24]

El caso anterior, si bien es cierto, se determina por ciertas circunstancias distintas a la víctima, mantiene una naturaleza interesante y relevante en cuanto a la victimodogmática, puesto que las víctimas observaron el clima y, aun así, procedieron a asumir el riesgo, determinando con la lamentable muerte de estos.

4.2. En la tipicidad

La victimodogmática, como factor determinante de la tipicidad, encuentra su mayor influencia, puesto que, desde la propia redacción de los tipos penales, a la hora de establecer las conductas típicas, en algunos tipos penales se ha utilizado una técnica de imputación, donde se describen en los elementos normativos o descriptivos, acciones, consecuencias, o efectos, necesarios para la materialización del tipo penal, directamente relacionados con el sujeto pasivo.

Uno de los casos donde se logra observar este tipo de técnica de redacción es en el tipo penal

[24] Consulta sitio web https://www.repretel.com/noticia/absuelven-a-tres-acusados-en-juicio-por-muerte-de-turistas-en-quepos/

de estafa, regulado en el numeral 216 del Código Penal costarricense, del cual se extraen elementos objetivos, que analizaremos, a continuación: *"...Artículo 216.-Quien induciendo a error a otra persona o manteniéndola en él, por medio de la simulación de hechos falsos o por medio de la deformación o el ocultamiento de hechos verdaderos, utilizándolos para obtener un beneficio patrimonial antijurídico para sí o para un tercero, lesione el patrimonio ajeno…".* [25]

Del anterior artículo, se observa la necesidad de que las acciones desplegadas por el sujeto activo provoquen un efecto en el sujeto pasivo, necesario para la configuración del tipo penal, indicándose la palabra induciendo, determinada como la acción de dirigir o direccionar a otra persona, a error; siendo esta última, la consecuencia que debe provocar en el sujeto pasivo, un contexto errado, que provoque una lesión en su patrimonio. Estableciendo la victimodogmática un papel trascendental, en la tipicidad del tipo penal analizado, puesto que, de no existir esa inducción a error y, por ejemplo, de tener pleno conocimiento la víctima del contexto errado o falso, no se configuraría la tipicidad objetiva, por el contrario, se trataría de una conducta atípica.

En igual sentido, existen otros escenarios donde resulta vital la conducta de la víctima, por ejemplo, en los delitos de índole sexual, los abusos sexuales, o violación, en los cuales se requiere que las acciones desplegadas por el sujeto activo no sean consentidas por la víctima, con excepción de ciertos tipos penales en perjuicio de menores de edad, donde por el bien jurídico indemnidad sexual, no sería un factor determinante para la configuración de la tipicidad objetiva.

Otro de estos escenarios se encuentra en el tipo penal de coacción, donde se establece la necesidad de causar efectos en la psiquis del sujeto pasivo para la configuración del delito, del cual se extrae lo siguiente: "…Será sancionado con pena de prisión de tres a cinco años, quien mediante amenaza grave o violencia física o moral compela a una persona a hacer, no hacer o tolerar algo a lo que no está obligado…". [26]

Aunado a lo anterior, existen otros factores de la tipicidad, donde la víctima juega un papel relevante en la configuración del delito, por ejemplo, en el caso de la persona menor de edad, que ingresa a un bar donde solamente se aceptan personas mayores de edad, sin embargo, ingresa con un documento de identidad falso. Una vez en el interior del lugar, debido a su avanzado desarrollo físico, ningún funcionario de seguridad nota algún problema con ella, horas posteriores, la menor conoce a un sujeto, quien al observarla logra establecer una conversación, que culmina en un encuentro sexual entre ambos; al siguiente día, los padres de la menor, al enterarse de lo sucedido, denuncian al sujeto penalmente. Se observa una acción relevante de la víctima, puesto que existe consentimiento de esta, sin embargo, al tratarse de una persona menor de edad, podría no ser una circunstancia excluyente la edad de la menor, no obstante, se debe analizar la figura del error de tipo, puesto que, claramente, todo el escenario en el cual actuó el sujeto activo parece ser errado, en la realidad. Por lo que es importante determinar si se puede estar ante un error de tipo que, dependiendo del análisis, podría no encontrar forma de adecuarse a la norma, pero se analiza este caso como otra forma en la cual la propia víctima tiene una participación activa en el desarrollo de los posibles hechos delictivos, que genera mayores posibilidades de materialización.

[25] Consulta Código Penal sitio web al ser las 20:39 del día 03 de marzo del 2026. (https://sitiooij.poderjudicial.go.cr/images/Documentos/Codigos/CodigoPenalCostaRica.pdf)

[26] Consulta Código Penal sitio web al ser las 20:39 del día 03 de marzo del 2026. https://sitiooij.poderjudicial.go.cr/images/Documentos/Codigos/CodigoPenalCostaRica.pdf)

4.3. En la antijuricidad

Tal como se indicó en la introducción de este acápite, podemos observar que, en la antijuricidad, se observa de igual manera la presencia de acciones propias de la víctima, que mantienen una influencia con el desarrollo del delito o no. Estas acciones se pueden observar en algunas causas de justificación, por ejemplo, en la causa de justificación de legítima defensa, se observa según el numeral 28 del Código Penal, lo siguiente: *"...No comete delito el que obra en defensa de la persona o derechos, propios o ajenos, siempre que concurran las siguientes circunstancias: a) Agresión ilegítima; y b) Necesidad razonable de la defensa empleada para repeler o impedir la agresión. Se entenderá que concurre esta causal de justificación para aquel que ejecutare actos violentos contra el individuo extraño que, sin derecho alguno y con peligro para los habitantes u ocupantes de la edificación o sus dependencias, se hallare dentro de ellas, cualquiera que sea el daño causado al intruso…".*

De la anterior redacción, se describe la necesidad de que el sujeto pasivo haya desplegado ciertas acciones, que claramente lo hayan posicionado en una condición de víctima, y estas mismas acciones justificarían la respuesta defensiva del sujeto activo, en aras de proteger bienes jurídicos.

Otro escenario ocurre con la causa de justificación de consentimiento del derecho habiente, donde la propia víctima otorga una autorización al sujeto activo, para que vulnere sus bienes jurídicos, por ejemplo, en un procedimiento médico, la paciente le otorga al profesional en la salud, autorización de lesionar, con la finalidad de mejorar su salud, por lo que estas acciones encontrarían una autorización legal del ordenamiento. Si bien es cierto, esta autorización tiene sus límites, para la intervención inicial, encuentra su justificación, por la anuencia del sujeto pasivo.

4.4. En la culpabilidad

Tal como lo hemos desarrollado en las otras etapas de la teoría del delito, en la culpabilidad, también existen circunstancias donde la víctima juega un papel trascendental en la configuración de los hechos delictivos; por ejemplo, en casos de violencia de género, donde podría aplicarse una causa de exculpación por miedo insuperable, coacción o amenaza hacia el sujeto activo, por parte de la víctima.

Lo anterior encuentra sustento en lo dispuesto por el numeral 27 del Código Penal, del cual se extrae lo siguiente: *"... 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 concurran 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…".* [27]

A nivel jurisprudencial, se ha establecido la figura del estado de necesidad exculpante, en escenarios donde la víctima, por ejemplo, es una persona que ha sufrido violencia de género, y se encuentra ante los requisitos del numeral supracitado. En igual sentido, se ha determinado por la Sala Tercera de la Corte, en el voto 2007-00230, de las diez horas con treinta minutos del día catorce de marzo del año dos mil siete, que debe existir un ciclo de violencia doméstica predominante.

Asimismo, existen otros escenarios, por ejemplo, el caso de la persona que ingresa estupefacientes a un centro penal, dadas las amenazas y agresiones, desplegadas por parte del

[27] Consulta Código Penal sitio web al ser las 20:39 del día 03 de marzo del 2026. (https://sitiooij.poderjudicial.go.cr/images/Documentos/Codigos/CodigoPenalCostaRica.pdf)

sujeto otro sujeto. Si bien es cierto, la persona despliega actos delictivos, estos se encuentran direccionados por una causa de exculpación, dado que la persona actúa por factores externos a su autodeterminación.

5.- Conclusiones

A modo de conclusión, al tratarse del análisis del crimen organizado, considero que la victimodogmática viene a establecer parámetros necesarios, entre el ámbito de aplicación del Derecho penal, como garantía del principio de ultima ratio; en igual sentido, determina de una forma más clara, cómo la conducta de la víctima tiene una incidencia trascendental, en la comisión y desarrollo de los hechos delictivos:

- De los orígenes, observamos que, en determinado momento, surgió la necesidad de establecer ciertos escenarios donde la propia víctima provocó el riesgo y el resultado final, o con sus acciones, aumentó el mismo.

- Lo anterior motivó el surgimiento de teorías que buscaban establecer un ámbito de aplicación de la norma, para regular solamente las acciones donde claramente resultaba relevante la protección de los bienes jurídicos, excluyendo otros escenarios donde la víctima debía tutelar por el resguardo de sus bienes jurídicos.

- Aunado a lo anterior, considero que debe existir este análisis propio de los dos sujetos participantes de un hecho, propiamente el sujeto activo y pasivo (imputado y víctima), puesto que, solamente con este análisis, se podrá arribar a mejores resoluciones penales, determinando en cada caso el incremento del riesgo, el establecimiento del principio de confianza, la prohibición de regreso, la heteropuesta en peligro consentida, la autopuesta en peligro de la víctima, causas de justificación, causas de exculpación, aspectos de atipicidad, entre otros factores propios de acciones desplegadas por la víctima.

Considero que, tal como lo estableció SCHUNEMANN: "…Si el autor y sus comportamientos tienen un espacio dogmático, debe ocurrir lo mismo con la víctima y sus posibles actuares. No se trata sólo de que ese actuar de la víctima mida la pena, sino que, se ubique su influencia en la valoración de los hechos realizados por el autor…" [28]

A lo largo de los años, el actuar de las víctimas se ha utilizado solamente como parámetro de aplicación del numeral 71 del Código Penal costarricense, en relación con la dosificación de la pena y determinación del *quantum.* Sin embargo, este actuar, a través de la victimodogmática, lleva a los operadores del Derecho penal, a analizar la conducta de la víctima, desde otra perspectiva, propia de la fuente generadora o influenciadora del delito.

6. Bibliografía

-Consulta Código Penal sitio web al ser las 20:39 del día 03 de marzo del 2026. (https://sitiooij.poderjudicial.go.cr/images/Documentos/Codigos/CodigoPenalCostaRica.pdf)

-CANCIO MELIÁ MANUEl, Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal, p 178. Ss. (1998) Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas, editor José M° Bosch, Librería Bosch, Barcelona.

-Consulta Nexus Poder Judicial, en el sitio web

[28] (SCHUNEMANN, B, op, cit, pág. 408).

(https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-595546ttps://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-595546) al ser las 19:00 horas del día 04 de marzo del 2026.

-JAKOBS, La imputación objetiva en el Derecho Penal. Págs. 16 y 17, 22. Editorial Ad-Hoc. Primera Edición, 1996. Reimpresión en Buenos Aires, Argentina, 1997.
Consulta sitio web https://www.repretel.com/noticia/absuelven-a-tres-acusados-en-juicio-por-muerte-de-turistas-en-quepos/

-MARGARITA BONET ESTEVA. La víctima del delito (La autopuesta en peligro como causa de exclusión del tipo de injusto). Pág. 67. Publicado en Madrid, primera edición en español, por MCGRAW-HILL/INTERAMERICANA DE ESPAÑ. S.A.U.

-Nexus Poder Judicial, (sitio web https:// nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-1181673) Consultado al ser las 18:00 horas del día 03 de marzo del 2026.

-SCHMIDHÄUSER, E., Strafrecht Allemeiner Teil, Túbingen, 1970. cit. Pág. 214

- SCHÚNEMANN, B. Zur Stellung des Opfer sim System der Strafrechtsflege, NStz, 1986, pág. 439.

-SCHNNEIDER, H, J: "La posición jurídica de la víctima del delito en Derecho y en el proceso penal (Nuevos desarrollos en la política criminal de los Estados Unidos, de la RFA, del Consejo de Europa y de las Naciones Unidas)" CPC, 1988, págs., 355 a 376.

-SCHÜNEMANN, Bernard. Victimodogmática. En: Problemas capitales del moderno derecho penal a principio del Siglo XXI. CEPOLCRIM. México, 2002.

-SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito? Introducción al debate sobre la victimodogmática". En: Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. (Libro homenaje al Prof. Antonio Beristain). IVAC-KREI. San Sebastián, España, 1989, pp. 633 y ss.

-ROXIN CLAUS, Zum Schutzzweck der Norm bei fahlassigen Delikten, en Karl LACKNER et al. (ed.), Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag, Berlin,1973, pp 243 a 259. (cit ROXIN, FS Gallas)

-ROXIN CLAUS, Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes (traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña) en ROXIN, Problemas básicos del Derecho Penal, Madrid, 1976.

"VIOLENCIA DE GÉNERO, POLÍTICAS DE PARIDAD Y REPRESENTACIÓN, MONITOREOS Y VALUACIÓN, PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES Y EL FEMICIDIO"

Licda. Fabiola CHAVARRÍA PERALTA

RESUMEN

El objetivo de este artículo es reflexionar sobre los derechos de las mujeres, así como aspectos que han marcado la diferencia en este ámbito; los desafíos actuales que ellas viven, además de conocer que el Estado debe garantizarlos y resguardarlos, por medio de leyes, políticas públicas y mecanismos de justicia, que garanticen la vida, integridad física y psicológica de las mujeres. También se profundiza sobre la diferencia entre lo que es violencia doméstica, intrafamiliar y violencia de género; se estudian diferentes pensamientos defendidos por mujeres para hacer valer sus garantías fundamentales, en diversos campos, así como los retos que se presentan en la actualidad, al mantener y promover una cultura patriarcal, que minimiza a la mujer y fomenta estereotipos. Dicha cultura se ha sostenido a través de la política, religión, educación, medios publicitarios, androcentrismo y propicia el control del sexo masculino sobre el femenino. Además, con el transcurrir del tiempo, ha normalizado la violencia, el acoso y femicidios, debido a esta errónea concepción de pertenencia que se le da a la mujer.

Palabras clave: violencia de género, violencia doméstica, violencia contra la mujer, femicidio, igualdad, género, discriminación, políticas de paridad, derechos.

ABSTRACT

The objective of this research is to reflect on women's rights, as well as the aspects that have made a difference, the current challenges women face, and to recognize that the State must guarantee and protect women through laws, public policies, and justice mechanisms that ensure their life, physical, and psychological integrity. It delves into the difference between domestic violence, family violence, and gender-based violence, and examines different perspectives defended by women to assert their fundamental rights in various spheres. It also explores the challenges they facetoday due to the maintenance and promotion of a patriarchal culture that minimizes women and fosters stereotypes. This culture has been sustained through politics, religion, education, advertising, and androcentrism, promoting male control over women. Over time, this culture has normalized violence, harassment, and femicides, stemming from this erroneous conception of ownership attributed to women.

Keywords: Gender violence, domestic violence, violence against women, femicide, equality, gender, discrimination, parity policies.

INTRODUCCIÓN

En este análisis, se profundiza sobre la violencia contra las mujeres, la cual constituye una de las manifestaciones más persistentes de desigualdad estructural en las sociedades contemporáneas. Lastimosamente, muy lejos de tratarse de hechos aislados, esta lamentable realidad responde a antecedentes históricos, patrones culturales y jurídicos que han reproducido relaciones asimétricas de poder sustentadas en un sistema patriarcal.

Por lo que se estudia la sentencia del caso del "Campo Algodonero", el cual es un precedente paradigmático en el desarrollo de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), ya que, por primera vez, la Corte IDH examina una situación estructural de violencia contra las mujeres basada en su género; este es el tipo de violencia que define el art. 1 de la Convención de Belém do Pará.

Conocer aspectos relacionados con la perspectiva de género es una necesidad, principalmente, para buscar una solución. En Costa Rica, es alarmante la situación que vive la mujer, es lamentable ver cómo día a día incrementan las muertes de mujeres por condición de género, es decir, asesinadas por un hombre, quien, en la mayoría de los casos, era su pareja o expareja sentimental. Si a esto se suma la cantidad de denuncias ingresadas a la Fiscalía de Género por tentativa de femicidios y maltratos, la violencia de género surge como una herramienta analítica y jurídica que permite comprenderla no solo en el ámbito doméstico o intrafamiliar, sino como un fenómeno estructural que se proyecta en los espacios políticos, laborales, institucionales y sociales.

Por lo tanto, el análisis del proyecto de investigación involucra de forma integral la evolución conceptual y normativa de la violencia contra las mujeres, distinguiendo entre lo que es violencia doméstica, intrafamiliar y de género, a partir de desarrollos doctrinarios y del marco internacional de derechos humanos.

Asimismo, se examina la evolución y el desarrollo en Costa Rica. El artículo profundiza en el concepto de paridad política como expresión del derecho a la igualdad sustantiva y mecanismo de transformación democrática, políticas de cuotas, la paridad vertical y horizontal, así como la alternancia; las cuales no solo constituyen herramientas de acción afirmativa, sino que representan un intento por corregir históricas exclusiones estructurales en la representación política femenina. Dicho estudio se proyecta hacia el fenómeno del femicidio como forma extrema de violencia de género, entendida no solo como la privación de la vida de una mujer por razones de género, sino como la culminación de una continuidad de violencias toleradas social e institucionalmente.

Además, el estudio pretende aportar una reflexión crítica sobre el rol del Estado en la debida diligencia, la prevención, la sanción y la erradicación de la violencia, así como en la consolidación de una democracia paritaria que garantice el goce pleno de los derechos humanos de las mujeres. Se investiga sobre la responsabilidad que tiene el Estado como garante para la resolución de esta triste amenaza que se vive, así como de las instituciones en la investigación y resolución de los casos.

VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

ÁSPECTOS BÁSICOS SOBRE LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

Citando a la autora Bendezú Barnuevo (2018), desarrolla diversos términos donde se ha empleado la violencia contra la mujer, como lo son: violencia doméstica, violencia familiar o

intrafamiliar y más reciente sobre violencia de género.[1]

Refiere que la violencia doméstica es una de las denominaciones más utilizadas para abordar la problemática de la violencia que sufren las mujeres, sobre todo en países latinoamericanos; entre estos, Costa Rica, Uruguay y Panamá, en los que se denomina mayoritariamente así a sus leyes especiales.

En Costa Rica, la Ley contra la Violencia Doméstica N.o 7586, en su artículo 2, define:

Violencia doméstica: acción u omisión, directa o indirecta, ***ejercida contra un pariente colateral por consanguinidad, afinidad o adopción hasta el tercer grado inclusive, por vínculo jurídico o de hecho, o por una relación de guarda, tutela o curatela*** y que produzca, como consecuencia, el menoscabo de su integridad física, sexual, psicológica o patrimonial. El vínculo por afinidad subsistirá, aun cuando haya finalizado la relación que lo originó.

Además, enfatiza el tema de violencia doméstica con relación al parentesco y la equipara con la violencia familiar. También incluye otras formas de manifestación de la violencia, como lo son: **psicológica, física, sexual, patrimonial y vicaria.**

Por su parte, la Ley de Violencia Doméstica de Uruguay N.o 17.514 del 9 de julio del 2002, en su artículo 2, establece que: "Constituye violencia doméstica toda acción u omisión, directa o indirecta, que por cualquier medio menoscabe, limitando ilegítimamente el libre ejercicio o goce de los derechos humanos de una persona, causada por otra con la cual tenga o haya tenido una relación de noviazgo o con la cual tenga o haya tenido una relación afectiva basada en la cohabitación y originada por parentesco, por matrimonio o por unión de hecho". Aun denominada como Ley de Violencia Doméstica, la define como aquella violencia que se produce en una relación de pareja o relación afectiva relacionada por parentesco.

Panamá, el 16 de junio de 1995, promulgó la Ley N.o 27 o Ley de Violencia intrafamiliar, donde introdujo delitos de violencia intrafamiliar y de maltrato a menores. Posteriormente, dictó la Ley N.o 38 de 10 de julio del 2001, donde sustituye la expresión violencia intrafamiliar por violencia doméstica, estableciendo en su artículo 2: "que la violencia doméstica constituye un patrón de conducta en el cual se emplaza la fuerza física o la violencia sexual o psicológica, intimidación o persecución contra una persona por parte de su cónyuge, ex cónyuge, familiares, parientes, con quien cohabita o haya cohabitado, viva o haya vivido bajo el mismo techo, sostenga o haya sostenido relación consensual o con una persona con la que se haya procreado un hijo (a) como mínimo, para causarle daño físico a su persona o a la persona de otro para causarle daño emocional".

Esta misma denominación la utiliza Puerto Rico, en la Ley N.o 54 o Ley de Prevención e Intervención con la Violencia de Puerto Rico, con recientes reformas, tratándose de un delito y problema de política pública, incorporando violencia económica como forma de violencia doméstica. Por otra parte, se encuentra la Ley contra la Violencia Doméstica de Honduras, Decreto 132-97 con reformas recientes en 2024 para fortalecer su aplicación en cuanto a la protección de la mujer frente a la violencia, entendiendo como la violencia doméstica, aquellas desigualdades de poder entre géneros.

De seguido, refiere la autora Bendezú Barnuevo que la expresión violencia doméstica encuadra el ejercicio de la violencia en el hábitat familiar y , aunque este es el ámbito donde

[1] Sandra Bendezú Barnuevo, Delito de feminicidio. Análisis de la violencia contra la mujer desde una perspectiva jurídico-penal (Santiago: Ediciones Olejnik, 2018), 30–31.

generalmente se comete la violencia contra las mujeres, no es el único; también pueden sufrir actos violentos en ámbitos extrafamiliares, como en lo laboral a través del acoso sexual o psicológico. Esta expresión sitúa la razón última de este tipo de violencia en la propia naturaleza de las relaciones familiares.[2]

Dichas leyes comparten principios comunes, como que la violencia doméstica es aquella conducta repetida que puede causar daño físico, psicológico, sexual, patrimonial o económico y se considera de esta forma cuando se da dentro del entorno doméstico, en una relación íntima o familiar, incluyendo parejas actuales o pasadas, familiares o convivientes. Lo que se busca proteger es la integridad, dignidad y derechos humanos de las víctimas, al establecer medidas de protección o sanciones.

Violencia familiar o intrafamiliar Ambos términos han sido empleados de modo intercambiable, pero no son equiparables al de violencia doméstica, ya que tienen a la familia como sujeto de referencia. Describe la violencia que se ejerce contra personas que mantienen entre sí relaciones de parentesco, ya sea por consanguinidad o afinidad, con la persona agresora. En un sentido más amplio, pese a que la expresión extiende el ámbito de violencia más allá de los miembros que integran estrictamente el núcleo de la convivencia, aún la limita al ámbito familiar.

Refiere la autora que la violencia contra la mujer se da primordialmente y de forma más generalizada en el ámbito familiar, pero no es el único escenario en que sufre actos violentos, por lo que una única denominación como la referida restringiría otras manifestaciones de violación a los derechos de la mujer, como en lo laboral, político o religioso.

Violencia de género: este concepto proviene de la expresión inglesa *"gender violence"* o *"gender – based violence"*. Dicha expresión se difundió a partir de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995, cuyo uso se fue consolidando a raíz de iniciativas internacionales.

Bendezú Barnuevo refiere que el concepto género se trata de aquella construcción social elaborada sobre la existencia de dos sexos biológicos, donde se cimientan pautas de identidad y de conducta; se les atribuyen roles, identidad, poder, recursos, tiempos, espacios diferenciados y producto de esta socialización interiorizada, el género masculino resulta ser expresión de superioridad y el género femenino de subalternidad. Estas representaciones están en la base de relaciones de poder que subyacen la violencia sobre las mujeres.

El sexo está determinado biológicamente, el género se dota de contenido socialmente. Algunos de estos estereotipos surgen de procesos históricos, culturales y de lo establecido por la sociedad, en relación con las costumbres o educación; por ejemplo, el hombre era quien mantenía el poder, dentro de lo público, en lo político, económico; distinto de la mujer, a la que se le asignaban tareas relacionadas a la maternidad, crianza, educación o economía doméstica, infravaloradas socialmente. Esta desigualdad es lo que ha conllevado a la subordinación de la mujer. [3]

La violencia contra la mujer constituye una violación de sus derechos fundamentales: vida, integridad física, moral, dignidad, propiedad privada, seguridad, y lejos de ser una cuestión individual, tiene un carácter estructural, social y político de diversas direcciones, basado en un sistema sexo/género que da lugar a la dominación y la subordinación estructural de las mujeres; que

[2] *Ibid.,* 34.

[3] *Ibid., 35-39.*

es, a su vez, el origen y la causa de la violencia y que deviene del sistema patriarcal.

Uno de los problemas del concepto de violencia de género es que reduce las experiencias femeninas a la violencia, lo cual podría suponer un retroceso en la protección de derechos, siendo que se ha querido homologar este tipo de agresión a la violencia masculina en pareja y esta no es más que un tipo, no se reduce a esta. El género no es el sexo de la víctima, además, la violencia no es neutra al género.

No se podría decir que género es sinónimo de mujeres; no se trata de sexualizar al hombre como el agresor y a la mujer como la víctima, ya que, de ser así, se estaría perpetuando el modelo sexuado, que naturaliza a la mujer como débil. Las características físicas y psíquicas no permiten considerarla así, la mujer no es un sujeto vulnerable, el sujeto agresor por medio del ejercicio de la violencia la convierte en ello.

Refiere el autor Merino-Sancho (2019) que, si se perpetúa el modelo sexuado, las mujeres, las mismas siempre, serían consideradas víctimas porque se naturaliza la relación entre ser mujer y ser víctima de violencia. Diferente del término género, el cual debe entenderse de un modo dinámico por tener este origen estructural y sistémico.

El concepto de violencia de género no se desenvuelve en el ámbito jurídico de forma aislada, sino que forma parte de un proceso social que lo supera ampliamente, aquel fenómeno cuya causa es sociocultural, proveniente de la asignación de roles en el proceso de socialización del que surgen desigualdades arraigadas que permiten su persistencia.

Se entiende como aquella violencia física y psicológica, que se ejerce contra las mujeres por razón de su sexo, por solo el hecho de ser mujeres, en consecuencia del sometimiento al varón.

La sociedad de estructura patriarcal comprende la violencia que sufre la mujer, tanto el ámbito doméstico como familiar, pero amplía en cuanto aquella relación de pareja que no media convivencia, como en el ámbito laboral, religioso o institucional.

En el mismo sentido, indica que la definición de violencia de género ha sido un reto importante en el ámbito objetivo, es decir, los actos que engloba y su influencia; también en el género de los sujetos que cometen un hecho violento, es decir, no hay un acuerdo sobre cuáles son los caracteres que singularizan una violencia y cuáles son las medidas jurídicas para combatirla. [4]

Definición de violencia de género en el ordenamiento jurídico costarricense

Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer, Ley 7142

Su ámbito de obligación se enmarca en la obligación del Estado de promover y garantizar la igualdad de derechos entre mujeres y hombres, en los ámbitos políticos, económicos, social y cultural; fue publicada en marzo de 1990, se trata de la primera norma interna referente a la materia que se aprueba 5 años después de la ratificación de la CEDAW, con el fin de obligar a que la mujer no sufra de discriminación alguna en razón de su género y que goce de los mismos derechos que los hombres, sea cual sea su estado civil.

Promueve la creación y desarrollo de servicios para facilitar la participación plena de la mujer, mediante la creación de la Defensoría de los Derechos Humanos, la cual, en el año 1992, da

[4] Víctor Merino Sancho, *"La (a) simetría de género en el concepto de violencia. Una propuesta de reforma a la Ley Orgánica 1/2004 tras el Convenio de Estambul,"* Anuario de Filosofía del Derecho 35 (2019): 93–126.

pie a lo que se conoce hoy como la Defensoría de los Habitantes, teniendo la primera de ellas como objeto tomar las medidas necesarias para garantizar la igualdad de oportunidades en favor de la mujer, con el fin de eliminar la discriminación en el ejercicio de cargos públicos. Además, en 1998, se da la creación del Instituto Nacional de las Mujeres.

No se define el término violencia, pero en su capítulo cuarto se tutelan medidas a favor de la protección sexual de la mujer y en contra de la violencia; estableciéndose que la denuncia deberá ser recibida en la medida de lo posible por una funcionaria y cuando se requiera prueba forense, la mujer tendrá derecho a hacerse acompañar por alguien de su elección. [5]

Finalmente, constituye el fundamento para políticas públicas de igualdad de género, con el fin de crear programas para asegurar la protección y orientación de las víctimas en caso de agresiones por parte de un familiar, yasea consanguíneo o afín, de agresión sexual y nace la obligación para que el Poder Judicial capacite a su personal en materia de violencia contra la mujer.

También establece prohibición en cualquier institución educativa de exponer contenidos que asignen roles de género que sean contrarios a la igualdad o que mantengan una condición subalterna para la mujer. Fomenta la educación mixta y la responsabilidad compartida de derechos y obligaciones; promueve el estudio de la participación de la mujer a través de la historia, la obligación de impartir capacitación al personal docente con el fin de lograr los alcances de la norma.

Sumado a ello, establece funciones de la Defensoría General de los Derechos Humanos, la protección de los derechos de las mujeres, las personas menores de edad y el consumidor, velar por el cumplimiento de la normativa internacional, leyes, reglamentos y disposiciones administrativas respecto a los derechos de las mujeres; la investigación de las acciones que lesionen sus derechos y la prevención de las violaciones a los derechos de la mujer.

Desde el inicio de los años noventa se venían fijando términos como género y que la pertenencia al sexo femenino era inferior, producto de un sistema patriarcal que impedía el acceso y pleno desarrollo de la mujer en los campos político, económico, social y cultural; pudiendo concluirse que la violencia es, en efecto, una manifestación de las diferencias entre hombres y mujeres, además, la necesidad de intervenir en aspectos como la educación para evitar su reproducción.

En abril de 1998, se aprobó la Transformación del Centro Nacional para el Desarrollo de la Mujer y Familia en el Instituto Nacional de las Mujeres, creando una entidad autónoma y descentralizada con amplitud de funciones y atribuciones, especializada en la promoción de la igualdad y equidad de las mujeres, en pro de la protección de sus derechos.

Es el fundamento para la creación de una legislación especializada, así como de órganos de protección de los derechos de las mujeres. Dicha ley ha tenido reformas como la Ley 9677 en el año 2019, destinada a fortalecer la igualdad salarial entre mujeres y hombres.

Ley contra la Violencia Doméstica, Ley 7586

Vigente desde el 2 de mayo de 1996, se trata de la primera legislación que brinda protección a las mujeres víctimas de violencia mediante la creación de medidas de protección de naturaleza cautelar, y fue promulgada justo un año después de la ratificación, por parte de Costa Rica, de la Convención Belém Do Pará.

[5] Costa Rica, Asamblea Legislativa, Ley de Promoción de la Igualdad Social de la Mujer, Ley N.º 7142 (1990).

Menciona el autor Carmona Pérez (2020) que no se trata de una legislación de naturaleza sancionatoria penal, sino que es de naturaleza preventiva, y no es constitutiva de derechos, a pesar de que constituye una orden jurisdiccional restrictiva, encuentra su sustento en el numeral 51 de la Constitución Política, el cual establece que: *"La familia, como elemento natural y fundamento de la sociedad, tiene derecho a la protección especial del Estado. Igualmente, tendrán derecho a esa protección la madre, el niño (a) las personas adultas mayores y las personas con discapacidad"*. [6]

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que no existe lesión alguna al orden constitucional y convencional al establecer que: *"el derecho fundamental a la libertad personal debe también considerarse la especialidad de la materia que origina el caso, como es la violencia doméstica, en este caso contra la mujer y que genera a favor de ella otros derechos, también fundamentales",* reconociendo especial protección a la mujer y la debida diligencia estatal.

Ley de Penalización de la Violencia contra la Mujer, análisis de la Ley 8589

Con su entrada en vigor en mayo del 2007, es la primera legislación género- específica que regula, mediante un régimen meramente sancionatorio, la violencia contra las mujeres.

Ha sido objeto de reformas en marzo del 2011, ya que en los años 2008 y 2009, dos de los delitos —maltrato y ofensas a la dignidad— fueron declarados por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia mediante las resoluciones 15447 del 15 de octubre del 2008 y su ampliación en la resolución 7398 del 6 de mayo del 2009, como inconstitucionales, por lo que debieron de reformarse íntegramente. En el 2021, se amplía el ámbito de aplicación femicidio, restricción a la libertad de tránsito y amenazas contra una mujer.

La más reciente reforma fue realizada en el mes de enero del año 2025 e introduce la Ley contra la Violencia Vicaria 10634. Se considera violencia vicaria, cuando una persona que ha mantenido relación con una mujer causa daño psicológico o patrimonial, a través del daño a personas o bienes de ella, como sus hijos, otros parientes, mascotas o bienes materiales. El objetivo es afectar emocionalmente a la mujer.

La presente ley tiene como fin proteger los derechos de las mujeres víctimas de violencia y sancionar las formas de violencia física, psicológica, sexual, patrimonial y vicaria perpetradas en su contra, por ser una práctica discriminatoria por razón de género, específicamente en una relación o vínculo de pareja, sea matrimonial, unión de hecho, noviazgo, convivencia, de no convivencia, casual u otra análoga, aun cuando medie divorcio, separación o ruptura, en cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Estado en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Ley 6968, de 2 de octubre de 1984, así como en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer, Ley 7499, de 2 de mayo de 1995.

Establece a nivel adjetivo las medidas de protección estipuladas en la Ley contra la Violencia Doméstica y el Código Procesal Penal, incluyendo el peligro para la víctima como supuesto para otorgar la prisión preventiva y otras formas de privación de libertad, como el uso de dispositivos electrónicos. A nivel sustantivo, crea causales agravantes de los delitos, más amplias y específicas que las de la norma general, contra

[6] Costa Rica, Asamblea Legislativa, Ley contra la Violencia Doméstica, Ley N.º 7586 (1996).
Adán Carmona Pérez, Aspectos teóricos y prácticos para la defensa penal en los delitos de violencia contra las mujeres (Heredia: Poder Judicial de Costa Rica, 2020), 26–34.

mujeres con una condición de discapacidad, en estado de embarazo, en perjuicio de adultas mayores, en presencia de hijos e hijas menores, o bien, mediante el uso de armas, con el uso de animales o de un alto grado de conocimiento en áreas científicas, profesionales o tecnológicas del autor.

Inserta la pena alternativa de cumplimiento de instrucciones pudiendo ser estas el sometimiento a un programa de adicciones en el caso de que se encuentre relacionada con la conducta, el sometimiento a un programa especializado de ofensores para el control de conductas violentas y tratamiento de estas, la prohibición de residir en un sitio determinado o transitar en determinado lugar, atendiendo la necesidad de protección de la víctima y la limitación del uso de armas.

Se establecen los delitos, subdivididos por el tipo de violencia, sea esta física, psicológica, sexual, patrimonial o vicaria y crea de forma específica el delito de incumplimiento de medida de protección de la Ley contra la Violencia Doméstica. También sanciona de manera especial, a las personas funcionarias públicas que incumplan sus deberes u obstaculicen el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia. [7]

CONCEPTO Y ALCANCES DE LA PARIDAD

Citando a la autora Torres García (2008), la misma refiere que: "la igualdad y la prohibición de la discriminación, son las dos piedras angulares de los sistemas de derecho y de la cultura de la legalidad. El respeto a los derechos humanos y a estos principios fundamentales, constituyen la base para el desarrollo de una sociedad democrática y la vigencia de un Estado de Derecho". [8]

Menciona que la discriminación tiene un impacto en el ordenamiento y formas de funcionamiento de cada sociedad en particular y, aun cuando las expresiones de la discriminación hayan variado a lo largo del tiempo y en los diferentes contextos históricos, sus bases se mantienen y se reproducen en nuevas actitudes. Los derechos humanos nacen con vocación universal, las reglas del ordenamiento social responden a patrones socioculturales y la discriminación hacia la mujer se encuentra asentada en ellos.

Los derechos de las mujeres se crearon pensados en relación con el sexo masculino, lo que hacía ver a la mujer como minoría, ejemplo de ello es que las mujeres gozaban de algunos derechos por ser cónyuges de un hombre. En algún momento, se les negó el derecho al sufragio, el cual fue reconocido hasta los inicios del siglo XX, generando una invisibilización de la mujer.

La autora Torres García da una definición en cuanto a la igualdad, indicando que esta no se define a partir de la semejanza, sino de la justicia; se otorga el mismo valor a personas diversas integrantes de una sociedad. La igualdad es importante justamente entre diferentes, es una convención social, de la cual se reconocen como iguales a quienes pertenecen a distintos sexos, razas, etnias o clases sociales. La igualdad tiene que ver con el deber ser, no es un hecho, sino un valor establecido ante el reconocimiento de la diversidad. Al hablar de los derechos humanos de las mujeres, significa tener las mismas oportunidades, ser reconocidas, tratadas como iguales, cada persona vale por igual y se encuentra sujeta de derechos.

Las políticas de paridad y representación buscan garantizar la participación equitativa, de mujeres y hombres, en espacios de toma de decisiones, en órganos legislativos, cargos ejecutivos, partidos políticos, órganos judiciales y administración pública; lo que implica que exista

[7] Costa Rica, Asamblea Legislativa, Ley de Penalización de la Violencia contra la Mujer, Ley N.º 8589 (2007).

[8] Ileana Torres García, Derechos políticos de las mujeres, acciones afirmativas y paridad (San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008).

una distribución igualitaria de puestos públicos. Se fundamenta en el derecho a la igualdad, no discriminación, derecho a la participación política, implementándose las medidas esenciales para verificar la eficacia de las políticas públicas en materia de igualdad y erradicación de la violencia.

DEREC HOS HUMANOS, DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO, DERECHOS POLÍTICOS Y CIUDADANÍA

Seguidamente, citando a la autora Torres García, enfatiza en que las mujeres han sufrido discriminación, por el hecho mismo de ser mujeres, al recibir un trato desigual, en relación con el conjunto de normas de conducta, de estereotipos, de valores, desventajas otorgadas por la misma sociedad; pero menciona que estos patrones sociales y culturales pueden ser modificados, ya que la discriminación hacia la mujer no es natural, puede cambiarse y de ahí radica la perspectiva de género, la cual da las características de mujeres y de hombres, definidas socialmente, fomentadas culturalmente, las cuales generan la desigualdad y la discriminación.

> ***Convención de CEDAW, artículo 1: la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión a restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.***

Continúa citando la autora, que el Estado tiene la obligación de brindar las condiciones para el goce y ejercicio de sus derechos por parte de las mujeres, en igualdad y no discriminación, en concordancia con las obligaciones que los Estados asumen en los instrumentos internacionales de derechos humanos, obligaciones de respeto, garantía, protección y promoción, la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno y, por ende, la obligación estatal de garantizar las condiciones para que los postulados constitucionales de igualdad se reflejen en toda la normativa jurídica nacional.

Son todas aquellas acciones integrales, de legislación y de política pública, del Estado en su conjunto y de los poderes que lo conforman (Ejecutivo, Legislativo, Judicial y Electoral), para propiciar la igualdad, considerando que para las mujeres es necesario alcanzar la igualdad de oportunidades, de acceso a las oportunidades e igualdad de resultados.

Manifestaciones del derecho a la **participación política:** el derecho a votar y a ser elegido o elegida, el derecho de toda persona a participar en la dirección de los asuntos públicos, y el derecho a tener acceso a la función pública.

El Centro de Asesoría y Promoción Electoral del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH-CAPEL) dice que la participación política comprende:

> ***"Que todas las personas, independientemente de su sexo, origen nacional o étnico y sus condiciones económicas, sociales o culturales, tengan la posibilidad real de ejercer, en forma individual o colectiva, todas las actividades derivadas de su derecho a decidir sobre el sistema de gobierno, elegir representantes políticos, ser elegidos y actuar como representantes políticos, participar en la definición de normas y políticas públicas y controlar el ejercicio de las funciones públicas asignadas a los representantes políticos".***

Torres García citando a Woldenberg y Becerra (2010) refiere que la representación política se entiende como el resultado del proceso, mediante el cual una comunidad ha seleccionado y ha elegido a algunos de sus integrantes para que se hagan cargo, defiendan y argumenten sobre temas e intereses comunes; la representación política es un problema de la democracia. El Estado tiene la obligación de garantizar el pleno goce y ejercicio al derecho de participación y representación de mujeres y hombres, en igualdad y no discriminación.

Seguidamente, citando a Torres García, afirma que las mujeres participan activamente en partidos políticos y en procesos electorales, pero que no se encuentran equitativamente representadas en las posiciones de jerarquía, ya que, conforme se asciende en la pirámide de toma de decisiones, el porcentaje de participación de las mujeres disminuye. Además, menciona que el problema no se da en la participación, sino en cuáles espacios se les permite participar y cuáles obstáculos limitan su participación.

PARIDAD DE GÉNERO Y SUS ALCANCES

Citando al autor Piedra Pérez (2025), refiere que la paridad de género en puestos de elección popular cuenta con reconocimiento formal en el ordenamiento jurídico, pero debe alcanzar en la práctica una adecuada tutela que garantice a plenitud el derecho de participación política de las personas candidatas de forma equilibrada en razón de género. Además, la lesión de tal derecho conduciría a la existencia de esquemas de discriminación estructural que no tendría cabida en un Estado democrático de derecho, máxime en procesos electorales de puestos de gobiernos locales. [9]

Seguidamente, hace referencia a la Constitución Política costarricense, que regula los principios de igualdad y no discriminación en el artículo 33: “Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana”.

Tal precepto constitucional se refleja en el Código Electoral, Ley 8765 del 19 de agosto de 2019, donde se regula expresamente el principio de paridad de género, según el artículo 2 de dicho cuerpo legal, donde se reconoce como derecho humano la participación política de hombres y mujeres, al disponer el deber de integración de las nóminas con 50% de hombres y 50% de mujeres; así como la alternancia por sexo, la cual se entiende como la prohibición de que en las listas de elección se presenten dos personas candidatas del mismo sexo de manera consecutiva.

Los artículos 52 incisos ñ, o y p; 53 inciso d, 61 y 148 del Código Electoral exigen que, en los estatutos de los partidos políticos, se incluyan normas sobre el respeto a la equidad por género, tanto en la estructura partidaria como en la conformación de las papeletas de elección popular, así como asegurar entre sus integrantes el derecho a la libre participación equitativa por género, junto con el deber atinente de que todas las delegaciones de las asambleas cantonales, provinciales y nacionales de los partidos políticos y todos los órganos de dirección y representación política estén conformados de forma paritaria

Al referirse al *género,* se trata de todas aquellas condiciones y rasgos sociales o culturales que conforman las identidades de hombres y mujeres; sus maneras de ser, de sentir, de pensar y de actuar en determinada sociedad. Estas características no son naturales, sino que han sido aprendidas a través de la cultura, de la familia, la educación, la religión, las tradiciones y costumbres. En esta

[9] José Alejandro Piedra Pérez, *“Paridad de género en cargos públicos de elección popular de los gobiernos locales: análisis de la normativa electoral y jurisprudencia constitucional de Italia y Costa Rica,”* Revista Derecho Electoral, no. 40 (2025) .

lógica, el concepto de género es más amplio que la definición de sexo.

INSTRUMENTOS NORMATIVOS DE CARÁCTER INTERNACIONAL

Con la Revolución francesa, en 1789, se hace la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* que establece el respeto al ser humano como base de la convivencia social, las mujeres no estaban incluidas; tampoco tenían derechos ciudadanos otras personas por el color de su piel o carencia de bienes materiales.

Esta declaración, como todo documento histórico, responde a los valores culturales predominantes en cada época. Sin embargo, las voces femeninas que piden ser incluidas se empiezan a escuchar con Olympe de Gouges (1745-1793), mujer francesa de origen humilde quien, tomando como base la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano,* escribe la *Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana,* donde reclama la ausencia de las féminas y exige igualdad de trato para ellas en el ejercicio de todos los derechos civiles, tales como el derecho al voto, a manifestarse y hablar en público sobre temas relacionados con la política, a ocupar cargos públicos, entre otros también relacionados con la igualdad de trato en la familia.

Posteriormente, en 1948, después de la Segunda Guerra Mundial, en la recién creada Organización de las Naciones Unidas, surge como un acuerdo de los Estados, la *Declaración Universal de los Derechos Humanos,* para buscar el respeto y la convivencia de las personas garantizándole los derechos humanos fundamentales.

En el siglo XX, gracias a las luchas feministas, el concepto evoluciona incorporando la noción de persona para referirse a hombres y mujeres, ya no solo hacía referencia al hombre; en Costa Rica se le confiere el derecho al voto a la mujer en la Constitución de 1949.

En su artículo 2 indica: "Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición..." (ONU, 1948). [10]

ESTÁNDARES JURISPRUDENCIALES DE LA CORTE IDH EN CUANTO A ENFOQUE DE GÉNERO Y DERECHOS DE LAS MUJERES

La jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre distintos casos sometidos a su jurisdicción ha conllevado como consecuencia la determinación de una serie de estándares relacionados al tema de género y a derechos humanos de las mujeres; se han complementado los mismos con conceptos integrales de salud, obligaciones de los Estados y requisitos para que opere algún tipo de vulneración a los derechos protegidos.

Derecho a la igualdad y no discriminación: la Corte ha emprendido una suerte de interpretación integral en la cual no se basa en el mero principio de la igualdad ante la Ley, sino que ha analizado las diversas distinciones, requiriendo para su legalidad, entre otros factores, un fundamento objetivo y un fin legítimo. La jurisprudencia ha sido enfática en el rechazo de construcciones basadas en supuestos estereotipados que se han perpetuado a lo largo de los años.

Es de interés referirse en cuanto a la Opinión Consultiva OC- 4/84. Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, solicitada por el Gobierno de Costa Rica. La resolución de 19 de enero de 1984 fue solicitada a la Corte con el

[10] Naciones Unidas, Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).

fin de verificar la conformidad de la normativa constitucional con la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación con una norma constitucional que distinguía en sus efectos, el matrimonio de una mujer extranjera con un costarricense y el de un extranjero con una costarricense. La Corte recomendó cambiar la distinción y , en respeto al principio de igualdad conyugal, cambiar el término de mujer extranjera a persona extranjera.[11]

Otro caso que se presenta, con relación al tema de igualdad y no discriminación, se da con la opinión de la Corte en el Caso Átala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 24 de febrero de 2012. La Corte hace un análisis amplio sobre la no discriminación y la calificación números *apertus* de los elementos sujetos a discriminación cuando se presentan en una persona en particular, con lo cual se deja plasmado que no se hace referencia solo a las categorías allí mencionadas expresamente, sino que también pueden incluirse otros elementos como la orientación sexual en el grupo de "Cualquier otra condición social." Por lo cual expresamente señala:

91. Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía [...], la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual. [12]

El caso versó sobre la custodia de tres menores de edad que, en principio, habían sido dispuestas bajo el cuido de su madre, quien tomó la decisión de continuar con su vida amorosa e iniciar una relación con una persona de su mismo sexo; situación que alarmó al padre de las menores y ante lo cual recurrió a las vías judiciales chilenas en aras de conseguir la custodia de las menores, lo cual se concedió.

La Corte externó el impedimento de establecer cualquier tipo de distinción o limitación por la orientación sexual, elemento que es parte fundamental de la identidad de las personas y que no implica ninguna alteración en cuanto a su rol parental. En ese sentido, enunció:

140. La Corte considera que exigirle a la madre que condicionara sus opciones de vida implica utilizar una concepción "tradicional" sobre el rol social de las mujeres como madres, según la cual se espera socialmente que las mujeres lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos e hijas y que en pos de esto hubiera debido privilegiar la crianza de los niños (as) renunciando a un aspecto esencial de su identidad. (...)

La Corte, en sus fallos, visibiliza las situaciones denunciadas como una consecuencia de los estereotipos y violencia estructural que impera en la mayoría de los estados, de la cual no están exentas las autoridades.

En el Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, la Corte señaló:

400. [...] ha quedado establecido que algunas autoridades mencionaron que las víctimas eran "voladas" o que "se fueron con el novio", lo cual, sumado a la inacción estatal en el comienzo de la investigación, permite concluir que esta

[11] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Cuadernillo de Jurisprudencia No 4: Género* (2017), 6-7.

[12] Corte Interamericana de Derechos Humanos. *"Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile"*. 2012.

indiferencia, por sus consecuencias respecto a la impunidad del caso, reproduce la violencia que se pretende atacar, sin perjuicio de que constituye en sí misma una discriminación en el acceso a la justicia. La impunidad de los delitos cometidos envía el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres, así como una persistente desconfianza de estas en el sistema de administración de justicia [...] [13]

La Corte no limita su resolución a los actos en sí, sino que, conforme al Derecho internacional, analiza en este caso en particular la creciente ola de homicidios (efectuada por particulares) aunada a la ineficiente e indebida diligencia judicial; la cual, al estar permeada de estereotipos, termina fomentando la impunidad de esta clase de delitos. La Corte amplió de la siguiente manera:

401.[...]Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado [...], es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso. ***La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer.*** [14]

En el Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012, la Corte señaló en el par. 302 que estos estereotipos no podían coincidir con la legalidad y que más bien debían implementarse medidas para su erradicación en aras de evitar desproporciones. [15]

En relación con el tema de los estereotipos de género y la violencia estructural de la cual estos prejuicios se nutren, resulta importante señalar lo que la Corte ha manifestado con relación al tema de violencia contra la mujer, para lo cual se ha fundamentado en lo enunciado en la Convención Belem Do Pará y el Comité de la CEDAW.

Ejemplo de ello es el Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009, en el cual la Corte señaló:

"395. El CEDAW ha declarado que la definición de la discriminación contra la mujer "incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer [i] porque es mujer o [ii] que la afecta en forma desproporcionada". El CEDAW también ha señalado que "la violencia contra la mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre" [14]

Con estricto apego al tema de violencia de género, la Corte Interamericana ha establecido criterios con relación al deber del Estado de adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres.

En reiterada jurisprudencia se ha mencionado la obligación de los estados de contemplar en su ordenamiento jurídico normas para la protección de las mujeres, pero, además, se requiere una efectiva aplicación de la normativa.

"Gran parte de los desarrollos jurisprudenciales sobre ***DEBIDA DILIGENCIA*** se relaciona con países que enfrentan la pregunta sobre qué hacer con las atrocidades del pasado o qué medidas

[13] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *"Cuadernillo de Jurisprudencia No. 4: Género (2017)".*

[14] *Ibid. 17*

procede adoptar para superar una situación de conflicto armado o de violaciones masivas y sistemáticas de derechos. En dichos contextos existe un fuerte debate respecto a qué especificidad alcanzan algunas obligaciones relacionadas con la investigación y sanción de estos crímenes. Al respecto, algunos autores consideran que la jurisprudencia de la Corte ha sido poco sensible a las complejas exigencias inherentes a la "justicia transicional".

Pese a ello, la Corte ha insistido en la responsabilidad y obligación de los Estados con respecto a sus deberes de respeto, protección y garantía, derivados de la Convención. Específicamente en dos momentos: antes de la desaparición de las víctimas y antes de la localización de los cuerpos sin vida.

En el Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009 par. 258, la Corte IDH estableció como parte de las medidas integrales de prevención, la obligación de los Estados de adoptar medidas en aquellos casos en que la amenaza contra mujeres y niñas es latente, pues esta no es solo una obligación genérica de la Convención, sino que está reforzada por la Convención Belem Do Pará. Además, añade en el par. 282, que, como parte de esas medidas (previas a la desaparición de las víctimas), cuando se tenga conocimiento de una situación riesgosa para las mujeres, en virtud del contexto, el Estado debe iniciar una política general, en cuyo defecto podría ser internacionalmente responsable por eludir su deber de prevención. [15]

Asimismo, como parte de las obligaciones de garantía, la Corte ha enunciado, en el Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, que el Estado debe contar con prácticas eficaces ante denuncias:

"283. En cuanto al segundo momento –antes del hallazgo de los cuerpos- [...]. La Corte considera que ante tal contexto surge un deber de debida diligencia estricta frente a denuncias de desaparición de mujeres, respecto a su búsqueda durante las primeras horas y los primeros días. Esta obligación de medio, al ser más estricta, exige la realización exhaustiva de actividades de búsqueda. En particular, es imprescindible la actuación pronta e inmediata de las autoridades policiales, fiscales y judiciales ordenando medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación del paradero de las víctimas o el lugar donde puedan encontrarse privadas de libertad. [...]. Las autoridades deben presumir que la persona desaparecida está privada de libertad y sigue con vida hasta que se ponga fin a la incertidumbre sobre la suerte que ha corrido". [16]

CONCLUSIÓN

De la investigación desarrollada se afirma que la violencia contra las mujeres no puede ser comprendida ni abordada desde una perspectiva reduccionista o exclusivamente doméstica, la distinción conceptual entre violencia doméstica, violencia intrafamiliar y violencia de género resulta fundamental para evidenciar que esta última responde a causas estructurales vinculadas con patrones socioculturales de discriminación y subordinación histórica.

El marco internacional de derechos humanos ha establecido obligaciones claras para los Estados en materia de prevención, protección y sanción, imponiendo el estándar de debida diligencia reforzada. Costa Rica, mediante la creación de legislación especializada y el fortalecimiento

[15] Corte Interamericana de Derechos Humanos. *"Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica"*. 2012.

[16] Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México.* 2009.

institucional, ha avanzado significativamente en la construcción de un sistema normativo orientado a la protección de los derechos de las mujeres; sin embargo, persisten desafíos en la aplicación efectiva, en la transformación cultural y en la erradicación de estereotipos de género que continúan reproduciendo desigualdad.

Se concluye de la presente investigación que la realidad que viven las mujeres es muy lamentable y es una lucha diaria, es importante atacar la violencia contra la mujer, destacando desde la educación, erradicando comentarios sexistas y despectivos hacia la mujer. Además, se requiere que las instituciones que a diario deben resolver sobre aspectos donde existan víctimas, sean sensibles y empáticas, dejando de lado cualquier perjuicio.

El femicidio como manifestación extrema de la violencia de género revela la insuficiencia de respuestas meramente formales y exige políticas públicas integrales que articulen prevención, educación, sanción efectiva y reparación, solo a través de una transformación estructural que combine reformas normativas, fortalecimiento institucional y cambios socioculturales, será posible avanzar hacia una sociedad libre de violencia y discriminación.

La erradicación de la violencia de género y la consolidación de la paridad política constituyen no solo un imperativo jurídico internacional, sino un compromiso ético y democrático orientado a garantizar la dignidad humana, la igualdad sustantiva y el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de las mujeres.

Es importante que perspectiva de género, interseccionalidad y principio de la debida diligencia, se logren interiorizar en el personal encargado de las investigaciones por caso de Femicidio, para ampliar conocimiento, dar mayor respuesta, resolución de casos y se sensibilice para dar atención oportuna, objetiva, eficaz, que no se pierda tiempo, para no perder indicios y que no perjudique la resolución de un caso.

BIBLIOGRAFÍA

Libros y revistas:

Carmona Pérez, Adán Aspectos teóricos y prácticos para la defensa penal en los delitos de violencia contra las mujeres (Heredia: Poder Judicial de Costa Rica, 2020).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 4: Género.* 2017.

Bendezú Barnuevo Sandra, Delito de feminicidio. Análisis de la violencia contra la mujer desde una perspectiva jurídico-penal (Santiago: Ediciones Olejnik, 2018).

Merino Sancho, Víctor (2019). La (a) simetría de género en el concepto de violencia. Una propuesta de reforma a la Ley Orgánica 1/2004 tras el Convenio de Estambul. Anuario de Filosofía del Derecho.

Piedra Pérez José Alejandro, *"Paridad de género en cargos públicos de elección popular de los gobiernos locales: análisis de la normativa electoral y jurisprudencia constitucional de Italia y Costa Rica,"* Revista Derecho Electoral, no. 40 (2025).

Torres García Ileana, Derechos políticos de las mujeres, acciones afirmativas y paridad (San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008).

Normativa
Tratados Internacionales

Organización de las Naciones Unidas. *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW).* 1979.

Organización de las Naciones Unidas. *Declaración Universal de los Derechos Humanos.* 1948.

Organización de las Naciones Unidas. *Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer.* 1993.

Organización de las Naciones Unidas. *Recomendación General de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.* 1992.

Naciones Unidas (2017). Recomendación de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Leyes Nacionales:

Asamblea Legislativa de Costa Rica. *Constitución Política de la República de Costa Rica.* 1949.

Asamblea Legislativa de Costa Rica. *Ley de Penalización de la Violencia contra las Mujeres, Ley N.º 8589 y sus reformas.* 2007.

Asamblea Legislativa de Costa Rica. *Ley contra la Violencia Doméstica, Ley N.º 7586.* 1996.

Asamblea Legislativa de Costa Rica. *Código Procesal Penal, Ley N.º 7594.* 1998.

Jurisprudencia:

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso González y otras *("Campo Algodonero")* vs. México. 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile.* 2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica.* 2012.

El delito de carácter internacional y de crímenes de guerra en Costa Rica, a la luz del principio de legalidad penal: problemas de tipicidad y remisión normativa

Flor Sidey SALAZAR FALLAS[1]

Resumen

Este estudio analiza los artículos 381 y 385 del Código Penal costarricense a la luz del principio de legalidad y la exigencia de taxatividad. Se examinan los problemas de tipicidad derivados de las remisiones amplias al Derecho internacional y al Derecho internacional humanitario. A partir del marco constitucional, convencional y dogmático, se distingue entre la admisibilidad de los tipos penales en blanco y la incompatibilidad de los tipos abiertos con la legalidad penal. En el artículo 381 del Código Sustantivo, se identifica un déficit de determinación normativa, mientras que el artículo 385 del mismo Código Penal exige una interpretación restrictiva basada en los Convenios de Ginebra de 1949 y el Estatuto de Roma. Finalmente, el estudio propone criterios interpretativos orientados a garantizar la certeza normativa y la función limitadora del Derecho penal.

Abstract

This article analyzes Articles 381 and 385 of the Costa Rican Criminal Code in light of the principle of legality and the requirement of specificity. It examines the issues of typicity arising from broad references to international law and international humanitarian law. Based on constitutional, conventional, and doctrinal frameworks, the study distinguishes between the admissibility of blank criminal provisions and the incompatibility of open criminal norms with the principle of legality. In relation to Article 381 of the substantive Criminal Code, a deficit of normative determination is identified, whereas Article 385 of the same Code requires a restrictive interpretation grounded in the 1949 Geneva Conventions and the Rome Statute. The paper proposes interpretative criteria aimed at ensuring legal certainty and preserving the limiting function of criminal law.

Palabras claves: principio de legalidad penal, taxatividad, tipicidad penal, tipos penales en blanco, Derecho internacional humanitario, crímenes de guerra.

Keywords: Principle of legality, Specificity, Criminal typicity, Blank criminal provisions, International humanitarian law, War crimes.

[1] Doctora en Derecho Penal de la Escuela Libre de Derecho, magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Estatal a Distancia, especialista en Derechos Humanos de las Mujeres del Centro Latinoamericano de Derechos Humanos y profesora universitaria. linkedin.com/in/florsalazar01 Correo electrónico: florsidey@gmail.com

I. Introducción

El principio de legalidad penal constituye uno de los pilares fundamentales del Estado de Derecho, en tanto delimita el ejercicio del poder punitivo y garantiza que la determinación de lo punible no quede sujeta a la arbitrariedad. Esta exigencia no se agota en la existencia previa de la ley, sino que implica, además, que las conductas sancionables se encuentren descritas con un grado suficiente de claridad, precisión y determinación; de modo que el ciudadano pueda conocer anticipadamente el alcance de la prohibición penal. En este contexto, la taxatividad adquiere un papel central como garantía material, estrechamente vinculada con la seguridad jurídica y la previsibilidad de la norma.

Sin embargo, estas exigencias se ven particularmente tensionadas en aquellos ámbitos en los que el legislador recurre a técnicas de tipificación que incorporan remisiones a ordenamientos externos, especialmente al Derecho internacional y al Derecho internacional humanitario. En estos casos, la dificultad no radica en la remisión en sí misma, sino en el grado de determinación que conserva la norma penal interna y en el riesgo de que la delimitación del comportamiento punible sea desplazada hacia la interpretación judicial, debilitando la función garantista del principio de legalidad.

A partir de este marco, el presente trabajo analiza la configuración de los artículos 381 y 385 del Código Penal costarricense [2], relativos a los delitos de carácter internacional y a los crímenes de guerra, respectivamente. El objetivo es examinar si dichas disposiciones cumplen con las exigencias de taxatividad derivadas del principio de legalidad y, en su caso, proponer criterios interpretativos que permitan reconducir su aplicación dentro de parámetros compatibles con la Constitución y con los estándares del Derecho internacional de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario.

II. El principio de legalidad penal como límite al *ius puniendi*

El principio de legalidad penal se configura como uno de los pilares estructurales del Estado de Derecho, en tanto establece un límite material al ejercicio del poder punitivo del Estado. Su formulación clásica, *nullum crimen, nulla poena sine lege* [3], expresa la exigencia de que ninguna conducta pueda ser considerada delito ni sancionada, si no ha sido previamente definida como tal por una norma jurídica válida, lo que lo erige en una garantía sustantiva orientada a prevenir la arbitrariedad en la determinación del injusto penal. [4]

Desde esta perspectiva, el principio de legalidad se erige como una condición de legitimidad del *ius puniendi,* en la medida en que subordina el ejercicio del poder sancionador a la existencia de normas previas, claras y expresas para los ciudadanos. Esta función de garantía se vincula directamente con la seguridad jurídica, pues permite a los individuos prever las consecuencias jurídicas de sus actos y orientar su comportamiento conforme a las pautas normativas previamente establecidas. [5] En este

[2] Costa Rica, Asamblea Legislativa, *Código Penal,* Ley No. 4573, 4 de mayo de 1970, publicada en *La Gaceta* No. 257, 15 de noviembre de 1970, art. 381 y 385.

[3] Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho penal. Parte general,* 9.ª ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), p. 109.

[4] "…solo las leyes pueden decretar las penas sobre los delitos; y esta autoridad no puede residir más que en el legislador, que representa a toda la sociedad agrupada por un contrato social." Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas* (Argentina: Editorial Temis, 2018), p. 12.

[5] Lo que se relaciona con lo afirmado por Becaria, en cuanto a que: *"Si la interpretación de las leyes es un mal, es evidente que lo es también la oscuridad que arrastra consigo necesariamente la interpretación, y lo será grandísimo, si las leyes se escriben en un lenguaje extraño al pueblo, que*

sentido, el principio también incorpora una dimensión informativa esencial, que se traduce en el derecho del individuo a conocer qué conductas están prohibidas y cuáles son las consecuencias jurídicas de su realización, [6] reforzando así su carácter garantista dentro del sistema penal.

Desde una perspectiva dogmática, el principio de legalidad se descompone en una serie de garantías y subprincipios: *lex praevia, lex scripta, lex stricta* y *lex certa,* que, en conjunto, buscan evitar la arbitrariedad del sistema penal. Entre ellos, la exigencia de taxatividad *(lex stricta)* ocupa un lugar central como mandato dirigido prioritariamente al legislador, en cuanto exige que los tipos penales se formulen con precisión y claridad suficientes para delimitar adecuadamente las conductas prohibidas. [7]

1. La taxatividad como derecho humano y su articulación con el bloque de convencionalidad

El desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos ha llevado al reforzamiento del principio de legalidad penal, en la que la taxatividad ha pasado a ser concebida no solo como una exigencia técnica del legislador, sino como una verdadera garantía convencional.

En efecto, del artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [8], se deriva el principio de legalidad como un derecho humano, lo que implica que su vulneración no solo constituye un defecto de técnica legislativa, sino una violación de derechos fundamentales. En este marco, la taxatividad se configura como una manifestación concreta de este derecho, en tanto garantiza al individuo la posibilidad de conocer de manera clara y previa las conductas prohibidas.

La jurisprudencia interamericana ha reforzado esta concepción al establecer que: *(...) en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste".* [9] En este sentido, se desprende que el tipo penal debe ser accesible y comprensible, de modo que el ciudadano pueda conocerlo antes de actuar, como condición para garantizar la

lo pongan en dependencia de unos pocos, sin poder juzgar por sí mismo en qué pueden venir a parar su libertad o sus miembros; en una lengua que haga de un libro solemne y público algo particular y doméstico." Beccaria, *De los delitos y de las penas,* pp. 15–16.

[6] En este sentido, Moreso señala: *"(...) dado que somos seres racionales —capaces de trazar y perseguir fines— es importante para nosotros el conocimiento de los obstáculos que pueden impedirnos alcanzar nuestros fines. Entonces el principio de taxatividad puede contemplarse como una de las dimensiones del principio de legalidad y más en general como una de las garantías del Estado de Derecho —de la Rule of Law, que comporta concebir el Derecho penal como un conjunto de pautas públicas dirigidas a personas racionales con el propósito de guiar su comportamiento y de suministrar las bases de la cooperación social. También puede contemplarse de esta manera la vinculación de la taxatividad con la libertad." Josep Joan Moreso, "Principio de legalidad y causas de justificación (sobre el alcance de la taxatividad)", Doxa 24 (2001): 525–545, pp. 532–533.*

[7] Claus Roxin, *Derecho penal. Parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito,* trad. Diego-Manuel Luzón Peña et al. (Madrid: Civitas, 1997), p. 169; Enrique Bacigalupo, *Principios constitucionales del derecho penal* (Buenos Aires: Hammurabi, 1999), pp. 44–45.

[8] *Convención Americana sobre Derechos Humanos,* art. 9.

[9] Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 106.

seguridad jurídica y la protección de la libertad individual.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado el alcance del principio de taxatividad, señalando que la formulación de los tipos penales debe realizarse mediante términos claros, estrictos y unívocos que permitan delimitar con precisión las conductas punibles. En esta línea, en el caso Kimel Vs. Argentina, retomando criterios previamente establecidos, indicó: *"(...) si la restricción o limitación proviene del derecho penal, es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad. Así, deben formularse en forma expresa, precisa, taxativa y previa. El marco legal debe brindar seguridad jurídica al ciudadano. Al respecto, este Tribunal ha señalado que: La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana".* [10]

Desde la perspectiva del sistema interamericano, la taxatividad trasciende la mera técnica legislativa y se configura como una garantía convencional estrechamente vinculada con la libertad individual y la seguridad jurídica. Por ello, no basta con la previsión formal de una figura penal, sino que el Estado debe describir las conductas prohibidas con un grado suficiente de claridad y precisión que permita al ciudadano conocer *ex ante* el alcance de la prohibición y que, al mismo tiempo, evite que la definición de lo punible quede sujeta a la discrecionalidad de la autoridad judicial. En estos términos, las formulaciones penales ambiguas o indeterminadas no solo debilitan la función garantista del principio de legalidad, sino que pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado por violación del artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. [11]

2. Tipos penales en blanco y tipos penales abiertos: admisibilidad y límites

El principio de legalidad penal enfrenta a una tensión particular en el ámbito de los crímenes internacionales, donde la tipificación de las conductas prohibidas debe articularse con el bloque de convencionalidad y con las obligaciones estatales de investigar y sancionar graves violaciones de derechos humanos.

Sin embargo, cuanto mayor es el poder punitivo que se pretende ejercer, mayor debe ser la exigencia de precisión normativa. En este sentido, el desafío consiste en armonizar la necesidad de sancionar graves violaciones de

[10] Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 53. En sentido similar pueden verse: *Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párr. 125; *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 121; *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 174; y *Caso Cantoral Benavides vs. Perú.* Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 157.

[11] Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 9.

derechos humanos con el respeto irrestricto de las garantías penales, evitando tanto el formalismo extremo que conduce a la impunidad como la flexibilización excesiva que abre la puerta a la arbitrariedad.

Por ello, desde la perspectiva del principio de legalidad penal, la utilización de técnicas legislativas como la ley penal en blanco y los tipos penales abiertos plantea problemas específicos en relación con la exigencia de taxatividad. Sin embargo, ambas figuras no reciben el mismo tratamiento desde la doctrina ni desde el control constitucional.

En relación con la ley penal en blanco, y aunque existen discusiones doctrinarias al respecto (que no se abordarán en esta ocasión), se puede definir como aquellas disposiciones en las que la norma penal contiene la sanción y una descripción incompleta de la conducta, cuya determinación requiere acudir a otra norma que la complementa, del mismo o de otro rango. [12]

No obstante, como lo indica Muñoz Conde: *"el uso o abuso de este procedimiento técnico legislativo dificulta extraordinariamente la labor del penalista, no sólo porque se ve remitida a ámbitos jurídicos que le son desconocidos o que, por lo menos, no conoce tan bien como el penal propiamente dicho, sino también porque el distinto alcance y contenido de la norma penal respecto a las demás normas jurídicas produce una discordancia entre las propias normas penales que no ayuda en absoluto a la certeza y seguridad jurídicas"*. [13]

En este contexto, la utilización de las leyes penales en blanco ha generado importantes debates en la doctrina y la jurisprudencia respecto de su legitimidad y de los límites que deben observar en el marco del principio de legalidad; no obstante, existe un consenso mayoritario en cuanto a la necesidad de su empleo en determinados ámbitos, particularmente en aquellos sectores cuya complejidad técnica o constante dinamismo normativo dificulta una regulación penal completamente autosuficiente. [14]

A partir de estas consideraciones, resulta pertinente atender a la línea jurisprudencial de la Sala Constitucional sobre la ley penal en blanco. Desde la sentencia N°1876-90, de las 16:00 horas del 19 de diciembre de 1990 [15], la Sala ha sostenido que esta técnica legislativa no es, por sí misma, incompatible con el principio de legalidad, siempre que la ley defina con claridad los presupuestos de la punibilidad y la pena aplicable. Más adelante, en la sentencia N°2005-00175 de las 15:33 horas del 19 de enero del 2005 [16], precisó que esa validez constitucional depende de que la ley penal mantenga autonomía, contenga al menos el núcleo esencial de la conducta prohibida y reserve a la norma complementaria únicamente el desarrollo de circunstancias, límites o aspectos accesorios; de ahí que la delegación en una fuente infralegal de elementos esenciales del tipo, como la conducta, el sujeto activo o la sanción, resulte contraria al principio de legalidad. [17]

[12] Enrique Cury, *La ley penal en blanco* (Bogotá: Editorial Temis, 1988), p. 24; Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée, *Lecciones de derecho penal. Parte general* (Madrid: Trotta, 2006), p. 91; José María Rodríguez Devesa, *Derecho penal español. Parte general,* 8.ª ed. (Madrid: Autor-Editor, 1981), p. 179.

[13] Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho penal. Parte general,* p. 25.

[14] En este sentido Klaus Tiedemann, "La técnica legislativa del derecho penal económico", en *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad,* 2.ª ed. (Lima: Editora Jurídica Grijley, 2007), p. 80; José Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español. Parte general,* t. I, 5.ª ed. (Madrid: Tecnos, 1997), p. 156; Cury, *La ley penal en blanco,* p. 30.

[15] Sentencia No. 1876-90, de las 16:00 horas del 19 de diciembre de 1990.

[16] Sentencia No. 2005-00175, de las 15:33 horas del 19 de enero de 2005.

17 Criterios retomados en la sentencia N.º 10160-2020 de las 10:15 horas del 3 de junio de 2020.

Distinta es la situación de los tipos penales abiertos, entendidos como aquellos supuestos en los que la materia de prohibición no queda suficientemente definida por el legislador y su determinación se desplaza al intérprete. En estos casos, la objeción constitucional no deriva de la mera utilización de conceptos normativos, sino del grado de indeterminación que impide conocer con certeza las conductas prohibidas. En esta línea, la Sala Constitucional, desde la resolución N.º 01877-1990, de las 16:02 horas del 19 de diciembre de 1990 [18], ha señalado que el principio de legalidad, en su dimensión de tipicidad, exige que las conductas punibles se encuentren descritas con suficiente claridad y precisión, de modo que el ciudadano pueda conocer cuáles acciones debe abstenerse de realizar. En dicha sentencia, se advierte que la utilización de términos amplios, ambiguos o generales traslada al juez la determinación de lo punible, generando un margen de discrecionalidad incompatible con el artículo 39 constitucional, pues solo cuando el tipo penal se encuentra debidamente estructurado, con una descripción clara de la conducta y sus elementos esenciales, cumple su función de garantía frente al poder punitivo del Estado.

III. El artículo 381 del Código Penal: indeterminación normativa y déficit de tipicidad

1. Configuración del tipo penal y problemas conceptuales

El artículo 381 del Código Penal [19] tipifica los denominados "delitos de carácter internacional", y sanciona a quienes dirijan o formen parte de organizaciones dedicadas a traficar con esclavos, mujeres o niños, drogas y estupefacientes, o a cometer actos de secuestro extorsivo, terrorismo e infracciones a disposiciones previstas en tratados suscritos por Costa Rica para proteger los derechos humanos. En su estructura, el precepto revela una técnica de tipificación especialmente amplia, en la que se agrupan en una misma disposición supuestos heterogéneos, finalidades diversas y remisiones múltiples, lo que genera problemas relevantes desde la perspectiva de la tipicidad penal.

La primera dificultad aparece en el uso de la expresión "organizaciones de carácter internacional". En sentido técnico, el Derecho internacional emplea esa fórmula para referirse a organizaciones intergubernamentales creadas por tratados o instrumentos internacionales, lo que no coincide con el objeto real de la norma penal, que parece dirigirse más bien a estructuras de criminalidad organizada que actúan a través de varios territorios estatales.

Esta terminología no es irrelevante, en la medida en que incide directamente en la determinación del sujeto activo y en el ámbito de aplicación de la norma, afectando la claridad mínima que exige el principio de legalidad. Por ello, desde una perspectiva de mayor precisión, resultaría más adecuado referirse a organizaciones de carácter transnacional, entendidas como aquellas que desarrollan relaciones entre individuos o grupos de distintas nacionalidades, sin que necesariamente intervenga un agente estatal u organización intergubernamental.

A esa primera ambigüedad se añade la pluralidad de verbos y finalidades típicas contenidas en la disposición. El tipo sanciona a quien "dirija" o "forme parte" de tales organizaciones, pero esas modalidades de intervención aparecen conectadas, indistintamente, con supuestos tan distintos como el tráfico de esclavos, mujeres, niños, drogas y estupefacientes, los actos de secuestro extorsivo, el terrorismo y la infracción de disposiciones previstas en tratados de derechos humanos. Esta acumulación de hipótesis dificulta identificar

[18] Sentencia No. 01877-1990, de las 16:02 horas del 19 de diciembre de 1990.

[19] *Código Penal,* art. 381.

con precisión el núcleo de la conducta prohibida y desdibuja la estructura típica, pues la norma no diferencia claramente entre conductas de organización, fines delictivos y formas concretas de realización.

Si bien algunos elementos del tipo pueden ser reconducidos o interpretados de manera restrictiva acudiendo a otras normas del propio ordenamiento jurídico costarricense, no ocurre lo mismo con la cláusula que remite a la infracción de disposiciones previstas en tratados de derechos humanos. Esta última introduce un nivel de apertura que no puede corregirse mediante interpretación sistemática y que aproxima la disposición a los problemas característicos de los tipos penales abiertos.

Esta dificultad se intensifica si se considera que ni el Derecho penal internacional ni el Derecho internacional de los derechos humanos conforman un sistema homogéneo, cerrado ni directamente trasladable al ámbito penal interno. Por el contrario, es un entramado normativo complejo, integrado por categorías diversas y regímenes de responsabilidad diferenciados, cuya recepción en el ordenamiento nacional exige una delimitación especialmente cuidadosa.

En ese contexto, la cláusula que remite a disposiciones previstas en tratados de derechos humanos no revela solo una deficiente técnica legislativa, sino una auténtica indeterminación del comportamiento punible, al abrir el tipo a normas, cuya función originaria no es describir delitos, sino reconocer derechos y establecer deberes generales para los Estados. De modo que la determinación de la conducta penalmente relevante no es fijada por la ley y se desplaza hacia la interpretación judicial, con la consiguiente afectación del principio de legalidad por falta de taxatividad.

2. Interpretación conforme al principio de legalidad: criterios restrictivos

Aun así, la objeción dogmática al artículo 381 del Código Penal no obliga necesariamente a detener el análisis en un plano puramente crítico, debido a que es posible formular criterios de interpretación restrictiva orientados a contener, en la mayor medida posible, la amplitud del precepto y a reconducirlo dentro de los límites del principio de legalidad. [20]

El primer criterio consiste en interpretar restrictivamente la expresión “organizaciones de carácter internacional”, descartando su acepción técnico-institucional propia del Derecho internacional público y reconduciéndola exclusivamente a supuestos de criminalidad organizada transnacional.

La interpretación del artículo 381 también exige acudir a normas específicas que permitan dotar de contenido a varios de sus elementos normativos. Así, cuando el tipo alude al tráfico de personas, debe atenderse a la definición contenida en el artículo 3, incisos a) y b), del Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, aprobado por Costa Rica mediante la Ley N.º 8314 de 26 de setiembre de 2002 [21], que lo describe como la facilitación de la entrada ilegal de una persona a un Estado del cual no sea nacional o residente permanente, con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material.

De igual forma, la referencia a la esclavitud, la

[20] Flor Salazar Fallas, “Comentario al artículo 381 del Código Penal de Costa Rica” (Click Legal, 2022), https://www.clicklegal.app

[21] Naciones Unidas, *Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional,* adoptado por la Asamblea General en su resolución 55/25, 15 de noviembre de 2000.

trata de esclavos y la servidumbre debe interpretarse a partir de las fuentes internacionales que las prohíben y definen, en particular el artículo 4 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, [22] el artículo 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [23] y, de modo más preciso, la Convención sobre la Esclavitud de 1926, [24] cuyo artículo 1 define la esclavitud como el estado o condición de una persona sobre la cual se ejercitan atributos del derecho de propiedad y caracteriza la trata de esclavos como actos de captura, adquisición, cesión, comercio o transporte de personas con fines de venta o intercambio.

En esa misma línea, los objetos materiales referidos a drogas y estupefacientes deben ser determinados conforme a las listas y clasificaciones establecidas en la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961, en el Convenio de Viena sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971, [25] en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988, [26] así como en la normativa interna que desarrolla ese régimen, particularmente la Ley N.º 8204. [27]

La misma exigencia de precisión rige respecto de los actos de secuestro extorsivo y de terrorismo mencionados en el tipo. En ambos casos, el artículo 381 del Código Penal no crea autónomamente esas conductas, por lo que su contenido debe ser reconstruido a partir del propio ordenamiento penal costarricense. Así, el secuestro extorsivo debe interpretarse conforme al artículo 215 del Código Penal, que establece sus elementos objetivos y subjetivos, mientras que el concepto de actos de terrorismo debe precisarse a partir del artículo 253 del mismo cuerpo normativo, reformado por la Ley N°8719, que delimita expresamente cuáles hechos deben entenderse comprendidos bajo esa categoría para efectos penales.

Este método de integración normativa permite concretar varios de los elementos del tipo. Sin embargo, no ocurre lo mismo con la cláusula final relativa a la infracción de disposiciones previstas en tratados suscritos por Costa Rica para proteger los derechos humanos, pues allí la remisión ya no conduce a categorías previamente delimitadas en el Derecho penal interno ni a definiciones convencionales cerradas, sino a un conjunto amplio y heterogéneo de normas, cuya función principal es reconocer derechos y establecer deberes generales de protección, lo que mantiene un grado de apertura difícilmente conciliable con las exigencias de determinación propias del principio de legalidad.

Dado que se trata de un delito doloso, la imputación exige acreditar que el sujeto conocía no solo su vinculación con una organización de carácter transnacional, sino también el fin delictivo específico que integra el injusto. En especial, respecto de la cláusula final, no bastaría una referencia genérica al conocimiento de que se actúa contra "derechos humanos", sino que sería imprescindible demostrar el conocimiento de una conducta concreta previamente delimitada y penalmente relevante, puesto que esta exigencia subjetiva también es una barrera frente a lecturas extensivas del tipo.

[22] Naciones Unidas, *Declaración Universal de Derechos Humanos,* 10 de diciembre de 1948.

[23] *Convención Americana sobre Derechos Humanos,* art. 6.

[24] Sociedad de Naciones, *Convención sobre la Esclavitud,* Ginebra, 25 de septiembre de 1926.

[25] Naciones Unidas, *Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes,* Nueva York, 30 de marzo de 1961, enmendada por el Protocolo de 25 de marzo de 1972.

[26] Naciones Unidas, *Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas,* Viena, 20 de diciembre de 1988.

[27] Costa Rica, Asamblea Legislativa, *Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo,* Ley No. 8204, 26 de diciembre de 2001, publicada en La Gaceta No. 8, 11 de enero de 2002.

IV. El artículo 385 del Código Penal: el modelo de tipo penal en blanco en materia de crímenes de guerra

1. Estructura típica y remisión al Derecho internacional humanitario

El artículo 385 del Código Penal [28] sanciona a quien, con ocasión de un conflicto armado, realice u ordene 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 heridos, enfermos y náufragos, el trato a los prisioneros de guerra, la protección de las personas civiles y la protección de los bienes culturales, así como "cualesquier otro instrumento del Derecho Internacional Humanitario".

Desde su formulación legal, se advierte que el delito bajo análisis se trata de un tipo penal en blanco, pues la ley nacional no describe exhaustivamente las conductas prohibidas, sino que remite a un conjunto externo de fuentes, propias del Derecho internacional humanitario, para completar el contenido del injusto penal, en razón del bien jurídico protegido y la densidad del Derecho internacional humanitario; por lo cual, se debe acudir a las normas y reglas del Derecho internacional humanitario aplicables tanto a conflictos armados internacionales como no internacionales, desarrolladas en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, (Estatuto de Roma), Convenios I, II, III y IV de Ginebra (1949), el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (1977) y el Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra (1907). [29]

2. Alcances y límites de los tipos penales en blanco

En abstracto, el artículo 385 del Código sustantivo responde al modelo de ley penal en blanco: el sujeto activo, el verbo rector y la consecuencia jurídica está prevista en la ley, pero la determinación de la conducta depende de normas complementarias. Como se dijo, líneas atrás, ese esquema no es, por sí mismo, incompatible con el principio de legalidad, siempre que la ley mantenga un núcleo de determinación suficiente y que la remisión sea para concretar el tipo penal.

Por ello, para completar el delito de "crímenes de guerra", es necesario acudir al Estatuto de Roma, no para expandir el tipo, sino para cerrarlo interpretativamente. El artículo 8.2 del Estatuto de Roma ofrece una tipificación más precisa de los crímenes de guerra, distinguiendo entre Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 (párrafo a), Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco del derecho internacional (párrafo b), actos del art. 3° de los cuatro Convenios de Ginebra, sobre conflictos armados no internacionales, dirigidos a proteger a las personas que no participan directamente en las hostilidades incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y los que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, lesiones, detención o por cualquier otra causa (párrafo c), actos ilícitos por violaciones graves a leyes y usos aplicables a los conflictos armados de carácter no internacional

[28] *Código Penal,* art. 385.

[29] Corte Penal Internacional, *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional,* adoptado el 17 de julio de 1998, en vigor desde el 1 de julio de 2002. Comité Internacional de la Cruz Roja. *Convenios de Ginebra I, II, III y IV de 12 de agosto de 1949.* Ginebra, 12 de agosto de 1949. Comité Internacional de la Cruz Roja. *Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II).* 8 de junio de 1977. Conferencia Internacional de la Haya. *Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra, anexo a la Convención (IV) relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre.* La Haya, 18 de octubre de 1907.

(párrafo d), Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional (párrafo e) y exclusiones que se realizan en el párrafo f. [30] Esta estructura del Estatuto permite que la lectura o interpretación de los elementos normativos del artículo 385 del Código Penal se haga a partir de una remisión restrictiva y taxativa en sentido material a aquellas conductas que ya cuentan con una configuración suficientemente precisa en el Derecho internacional humanitario vinculante para Costa Rica, y no como una cláusula abierta que permita incorporar cualquier infracción genérica al Derecho internacional humanitario.

3. Interpretación conforme al principio de legalidad: criterios restrictivos

La aplicación del artículo 385 del Código Penal, en cuanto tipo penal en blanco que remite al Derecho internacional humanitario, debe realizarse mediante una interpretación estricta conforme al principio de legalidad. [31] Ello implica que la determinación del comportamiento punible no puede construirse de manera amplia o abierta, sino únicamente a partir de parámetros normativos previamente definidos y suficientemente precisos.

En la práctica, esto obliga a concentrar la integración típica en el núcleo convencional ratificado por el Estado, particularmente en los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales, así como en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Este último resulta especialmente relevante, en la medida en que establece un catálogo sistemático de crímenes internacionales y, en su artículo 8.2, desarrolla de forma detallada las conductas que constituyen crímenes de guerra, diferenciando entre conflictos armados internacionales y no internacionales.

El tipo penal exige que la conducta se realice "con ocasión de un conflicto armado", lo que introduce un elemento contextual que no puede ser entendido de forma amplia o indeterminada. Su delimitación debe hacerse conforme a los parámetros del Derecho internacional humanitario. En el caso de los conflictos armados internacionales, el artículo 2 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 dispone que estos comprenden la guerra declarada o "cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias de las Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra", de modo que su configuración presupone un enfrentamiento armado entre Estados.

Por su parte, tratándose de conflictos armados no internacionales, el Estatuto de Roma establece en el artículo 8.2.f que no se incluyen dentro de esa categoría los disturbios y tensiones internas, como motines, actos aislados y esporádicos de violencia u otros actos de carácter similar, sino únicamente los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, o entre tales grupos. De este modo, la existencia del conflicto armado, internacional o no internacional, no queda librada al arbitrio del intérprete, sino que debe ser determinada conforme a criterios normativos previamente definidos por los Convenios de Ginebra de 1949 y el artículo 8 del Estatuto de Roma, lo que opera como un límite esencial para la aplicación del tipo penal conforme al principio de legalidad.

En la cláusula "violaciones graves o crímenes de guerra" únicamente pueden considerarse comprendidas aquellas conductas que cuentan con una descripción suficientemente concreta en las categorías establecidas en el artículo 8.2.a, 8.2.b, 8.2.c y 8.2.e del Estatuto de Roma. No

[30] *Estatuto de Roma,* art. 8.2.

[31] Flor Salazar Fallas, "Comentario al artículo 385 del Código Penal de Costa Rica" (Click Legal, 2022), https://www.clicklegal.app.

basta, por tanto, la invocación genérica de una infracción al Derecho internacional humanitario, sino que resulta necesario identificar la conducta específica y su correspondencia con una figura previamente tipificada.

Desde la perspectiva subjetiva, la imputación penal exige la acreditación del dolo. El sujeto activo debe conocer no solo la realización del acto, sino también el contexto de conflicto armado y la naturaleza prohibida de la conducta conforme al Derecho internacional humanitario aplicable. Esta exigencia subjetiva refuerza la función garantista del tipo penal, evitando imputaciones basadas en una mera infracción objetiva y exigiendo una verdadera conexión cognitiva y volitiva con los elementos estructurales del delito.

A partir de ello, se puede afirmar que la aplicación del delito de "crímenes de guerra" solo resulta compatible con el principio de legalidad en la medida en que su contenido sea reconducido a categorías previamente definidas y suficientemente precisas del Derecho internacional humanitario. Fuera de estos parámetros, la remisión normativa pierde su función delimitadora y abre el riesgo de una determinación del injusto penal incompatible con las exigencias de certeza y previsibilidad propias del Derecho penal.

V. Conclusiones

El análisis realizado permite afirmar que los artículos 381 y 385 del Código Penal costarricense presentan serias tensiones con el principio de legalidad penal, en su dimensión de taxatividad, derivadas del uso de técnicas de tipificación que incorporan remisiones amplias a normas externas.

En el caso del artículo 381, la deficiente delimitación del supuesto de hecho, sumada a la remisión abierta a disposiciones previstas en tratados de derechos humanos, genera un déficit de determinación normativa que impide identificar con certeza el comportamiento punible, desplazando su concreción hacia la interpretación judicial.

Por su parte, el artículo 385, en tanto tipo penal en blanco, no resulta incompatible con el principio de legalidad en abstracto; sin embargo, su aplicación solo es constitucionalmente admisible mediante una interpretación estricta, que reconduzca su contenido a las categorías previamente definidas en el Derecho internacional humanitario, particularmente en el Estatuto de Roma y los Convenios de Ginebra de 1949.

En definitiva, la compatibilidad de estas disposiciones con el principio de legalidad no depende exclusivamente de su formulación legislativa, sino del modo en que sean interpretadas. De ahí que la adopción de criterios restrictivos de interpretación se presenta como una exigencia indispensable para preservar la certeza normativa y la función garantista del Derecho penal.

VI. Bibliografía

Libros

Bacigalupo, Enrique. *Principios constitucionales del derecho penal.* Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

Beccaria, Cesare. *De los delitos y de las penas.* Argentina: Editorial Temis, 2018.

Bustos Ramírez, Juan, y Hernán Hormazábal Malarée. *Lecciones de derecho penal. Parte general.* Madrid: Trotta, 2006.

Cerezo Mir, José. *Curso de derecho penal español. Parte general.* Tomo I. 5.ª ed. Madrid: Tecnos, 1997.

Cury, Enrique. *La ley penal en blanco.* Bogotá: Editorial Temis, 1988.

Moreso, Josep Joan. "Principio de legalidad y causas de justificación (sobre el alcance de la

taxatividad)". *Doxa* 24 (2001): 525–545.

Muñoz Conde, Francisco, y Mercedes García Arán. *Derecho penal. Parte general.* 9.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

Rodríguez Devesa, José María. *Derecho penal español. Parte general.* 8.ª ed. Madrid: Autor-Editor, 1981.

Roxin, Claus. *Derecho penal. Parte general. Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.* Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et al. Madrid: Civitas, 1997.

Salazar Fallas, Flor. "Comentario al artículo 381 del Código Penal de Costa Rica". *Click Legal,* 2022. https://www.clicklegal.app.

Salazar Fallas, Flor. "Comentario al artículo 385 del Código Penal de Costa Rica". *Click Legal,* 2022. https://www.clicklegal.app.

Tiedemann, Klaus. "La técnica legislativa del derecho penal económico". En *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad,* 2.ª ed. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2007.

Normativa internacional

Comité Internacional de la Cruz Roja. *Convenios de Ginebra I, II, III y IV de 12 de agosto de 1949.* Ginebra, 12 de agosto de 1949.

Comité Internacional de la Cruz Roja. *Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II).* 8 de junio de 1977.

Conferencia Internacional de la Haya. *Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra, anexo a la Convención (IV) relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre.* La Haya, 18 de octubre de 1907.

Corte Penal Internacional. *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.* Adoptado el 17 de julio de 1998. En vigor desde el 1 de julio de 2002.

Naciones Unidas. *Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas.* Viena, 20 de diciembre de 1988.

Naciones Unidas. *Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes.* Nueva York, 30 de marzo de 1961. Enmendada por el Protocolo de 25 de marzo de 1972.

Naciones Unidas. *Convenio de Viena sobre Sustancias Psicotrópicas.* Viena, febrero de 1971.

Naciones Unidas. *Declaración Universal de Derechos Humanos.* 10 de diciembre de 1948.

Naciones Unidas. *Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.* Adoptado por la Asamblea General en su resolución 55/25, 15 de noviembre de 2000.

Organización de los Estados Americanos. *Convención Americana sobre Derechos Humanos ("Pacto de San José de Costa Rica").* San José, 22 de noviembre de 1969.

Sociedad de Naciones. *Convención sobre la Esclavitud.* Ginebra, 25 de septiembre de 1926.

Legislación nacional

Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución Política de Costa Rica.* 7 de noviembre de 1949.

Costa Rica, Asamblea Legislativa. *Código Penal,* Ley No. 4573, 4 de mayo de 1970, publicada en *La Gaceta* No. 257, 15 de noviembre de 1970.

Costa Rica, Asamblea Legislativa. *Ley sobre*

estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, actividades conexas, legitimación de capitales y financiamiento al terrorismo, Ley No. 8204, 26 de diciembre de 2001, publicada en La Gaceta No. 8, 11 de enero de 2002.

Jurisprudencia Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72.

Caso Cantoral Benavides vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69.

Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52.

Caso Kimel vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177.

Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119.

Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.

Jurisprudencia de la Sala Constitucional

Sentencia No. 1876-90, de las 16:00 horas del 19 de diciembre de 1990.

Sentencia No. 2005-00175, de las 15:33 horas del 19 de enero de 2005.

Sentencia No. 01877-1990, de las 16:02 horas del 19 de diciembre de 1990.

Sentencia No. 10160-2020, de las 10:15 horas del 3 de junio de 2020.

Los delitos sexuales y los diferentes grados de dolo en la legislación inglesa y alemana.

Msc. Ligia LACAYO ROSALES[1]

18 de mayo 2026.

Resumen: Este trabajo aborda el papel del consentimiento y los distintos tipos de dolo en los delitos sexuales desde el punto de vista de la víctima dogmática, entendida como la construcción sistemática del papel de la víctima en la teoría del delito. El análisis del papel de la víctima en la configuración del delito y en la responsabilidad penal del autor origina que el tema del consentimiento resulte ser de especial relevancia en delitos sexuales, de ahí que, de previo a tratar el consentimiento, es necesario abordar la evolución histórica y dogmática del dolo en el derecho penal desde su concepción clásica hasta la actualidad, con destacada mención al dolo eventual y su delimitación frente a la imprudencia consciente.

El consentimiento como elemento central de los delitos sexuales también evolucionó al pasar de una concepción psicológica a una normativa, analizado desde la autodeterminación sexual y la validez de la manifestación de libertad. Mediante un estudio comparado entre la legislación inglesa, alemana y costarricense identificamos el tratamiento del consentimiento y la posición del autor y los diferentes tipos de dolos. El estudio desarrollado en este trabajo muestra que mediante casos significativos y reformas legislativas Alemania e Inglaterra han desarrollado modelos normativos más amplios para valorar la ausencia o invalidez del consentimiento en víctimas de delitos sexuales, incorporando criterios como la voluntad reconocible de la víctima, la razonabilidad objetiva de la creencia del autor e incluso recurriendo al dolo eventual.

En Costa Rica el consentimiento resulta relevante en los delitos sexuales al punto de liberar de responsabilidad al "autor" así acusado, sin embargo, no se observa un desarrollo dogmático como en las legislaciones estudiadas, en especial tratándose del consentimiento viciado en todas sus formas, la sumisión, el engaño o la ambigüedad comunicativa. De lo anterior salta la necesidad de resaltar el consentimiento como un elemento normativo esencial para separar las conductas relevantes en el ámbito penal y promover la discusión dogmática del consentimiento frente al autor y los diferentes tipos de dolos en casos como los planteados en este trabajo.

Palabras claves: Delitos Sexuales, Dolo, Consentimiento, Autodeterminación sexual.

Abstract: This paper addresses the role of consent and the different types of intent in sexual crimes from the point of view of the dogmatic victim, understood as the systematic construction of the role of the victim in the theory of crime. The analysis of the role of the victim in the configuration of the crime and in the criminal responsibility of the perpetrator causes the issue of consent to be of special relevance in sexual crimes, hence, prior to dealing with consent, it is necessary to address the historical and dogmatic evolution of fraud in criminal law from its classical conception to the present day. with prominent mention of eventual intent and its delimitation against conscious imprudence.

[1] Licenciada en Derecho de la Universidad de San José. Master en Derecho Penal de la Universidad Internacional de las Américas y egresada del programa de Doctorado en Derecho Penal de la Universidad Escuela Libre de Derecho. Fiscal Auxiliar y Fiscal del Ministerio Público (2008-2021). Jueza Penal de Tribunal desde el 2021 y en la actualidad Jueza del Tribunal Penal de Flagrancia de Liberia, Guanacaste.

Consent as a central element of sexual crimes also evolved from a psychological conception to a normative one, analyzed from the perspective of sexual self-determination and the validity of the manifestation of freedom. Through a comparative study between English, German and Costa Rican legislation, we identified the treatment of consent and the position of the perpetrator and the different types of fraud. The study developed in this work shows that through significant cases and legislative reforms, Germany and England have developed broader normative models to assess the absence or invalidity of consent in victims of sexual crimes, incorporating criteria such as the recognizable will of the victim, the objective reasonableness of the perpetrator's belief and even resorting to eventual malice.

In Costa Rica, consent is relevant in sexual crimes to the point of freeing the "perpetrator" thus accused of responsibility, however, there is no dogmatic development as in the legislations studied, especially in the case of vitiated consent in all its forms, submission, deception or communicative ambiguity. From the above, it is necessary to highlight consent as an essential normative element to separate the relevant behaviors in the criminal field and promote the dogmatic discussion of consent vis-vis the perpetrator and the different types of intent in cases such as those raised in this work.

Keywords: Sexual Crimes, Fraud, Consent, Sexual Self-determination.

INTRODUCCIÓN GENERAL

Generalmente se habla del delito y su ámbito de aplicación relacionado con el autor, sin embargo en este trabajo se pretende abordar a la víctima del delito, en especial de los delitos sexuales, y tal vez se podría justificar que este proyecto surge por motivación o influencia de mi mentora de curso y guía la doctora Angie Arce Acuña, pero es necesario adicionar que el curso de victimo dogmática ha despertado ese interés de profundizar en la posición de la víctima y el dolo en los delitos sexuales y su abordaje más allá de Costa Rica, su evolución y tratamiento por doctrinarios de otras latitudes.

El objeto de estudio en este trabajo se basa en el consentimiento como concepto general y los diferentes tipos de dolos en los delitos sexuales de acuerdo con la legislación ingresa y alemana, adentrándonos en conceptos normativos y filosóficos que permitan darle contenido actual y revisar nuestro dogma y jurisprudencia nacional. En algunos delitos, el consentimiento positivo excluye la ilicitud de la conducta y por tanto la relevancia jurídica que genere como consecuencia una respuesta penal, pero en los delitos sexuales la interpretación errónea del consentimiento puede generar impunidad, sea porque aun siendo un hecho lesivo y relevante jurídicamente exista duda sobre un consentimiento negativo, o el consentimiento positivo sea dado bajo error o engaño o simple *"sumisión"*.

Se pretende examinar como se aplica el consentimiento en el área penal y en específico a los delitos sexuales, y frente a ellos el dolo del autor del hecho, el tratamiento doctrinal, normativa y jurisprudencia para luego trasladar el estudio crítico a los tipos penales existentes en la legislación costarricense. Se pretende identificar el estado de la cuestión en la literatura alemana e inglesa ello porque resulta de relevancia científico jurídico el consentimiento en los delitos sexuales.

I.- FUNDAMENTOS TEÓRICOS DEL DOLO EN EL DERECHO PENAL

1.- Evolución histórica del dolo

La historia del dolo inicia en el derecho penal romano donde los textos hablaban del dolo de primer grado como un dolo reforzado y que ahora llamamos intensión. Sin desarrollar el término de iter criminis sancionaban de manera adelantada lo que consideraban acciones riesgosas y anteriores a la lesión el bien jurídico, así como aquellas que sin quererlas el autor sabía que eran peligrosas, había previsto el resultado, pero no era querido por el autor, un ejemplo de ello es el caso de Evaristus narrado por Ulpiano y citado por el profesor Francisco Castillo. [2]

En el derecho germánico la responsabilidad se establecía a raíz del resultado y el dolo era presumido como *iuris tantum,* luego en el derecho canónico se castigaba la mala voluntad y no el resultado. [3] En este tiempo figuran los decretales de Gregorio que establece tres situaciones (dolo, culpa y preterintencional) para la regla *versariin re ilícita.* [4] Pero no fue hasta que dentro de los pensadores italianos Baldus[5] para quien lo esencial es el conocimiento de la probabilidad de que el resultado se produzca. El desarrollo de estas proposiciones sirvió de base al *dolus indirectus* cuyo fundador fue Cuvarrubias, teoría según el cual quiere el resultado quien ha querido la causa.[6] Otro influyente en el desarrollo del dolo directo e indirecto fue Carpzov, quien resaltó el consentimiento, pero fue Bőhmer quien expone el dolo eventual por primera vez como una mezcla de un elemento intelectivo y un elemento volitivo que es el consentimiento o aceptación del resultado.[7]

Finalmente, Feuerbach define el dolo como una determinación de la voluntad que tiene como finalidad de la voluntad que tiene por finalidad una lesión jurídica, es decir, conciencia y conocimiento de que se viola la ley penal como idea del dolo malo. Esta doctrina fue replicada en el derecho penal Frances que abarcaba el conocimiento de la antijuricidad. Aunque existen otras teorías sobre el dolo que fueron criticadas finalmente es hoy se conoce como dolo el conocimiento y voluntad de la realización del tipo y esta parte es la que posteriormente retomaremos por su importancia en los delitos sexuales.

2.- Tipos de dolo

En la actualidad podemos definir e identificar el dolo de primer grado cuando el autor quiere la realización del resultado o la acción típica, el dolo de segundo grado cuando el autor no quiere directamente la consecuencia que se va a producir, pero la admite como unida de manera necesaria al resultado principal finalmente el dolo eventual que se identifica cuando el sujeto se representa el resultado como de probable producción aunque no quiere producirlo, sigue actuando admitiendo su eventual resultado.[8]

Pero no podemos hablar del dolo aisladamente

[2] Así, Castillo González, Francisco, Derecho Penal Parte General. Tomo I. 2009, pág. 525. Citando a Ulpiano. El joven Evaristus quería divertir a sus compañeros de mesa. Para ello tomó a Claudius lo envolvió en un manto de soldado y empezó a matearlo hasta que en uno de los lances Claudius cayó tan mal, que murió cinco días después a consecuencia de la caída.

[3] Así, Castillo González, Francisco, 2009, pág. 526.

[4] José Antonio Fuentes, Derecho Canónico I. El Derecho del Pueblo de Dios. Pamplona. 1997. Los Decretales de Gregorio IX son una colección de normas del derecho canónico. Los decretales resolvían casos concretos y luego servían de precedentes legales.

[5] Baldus de Ubaldis fue un jurista italiano perteneciente a la escuela de los posglosadores. Explicó el derecho romano y lo adaptó a la realidad medieval.

[6] Así, Castillo, 2009. Pág. 528.

[7] Así, Castillo, 2009. Pág.530.

[8] Sánchez Romero, Cecilia et al. Derecho Penal. Aspectos teóricos y prácticos. 2009. Editorial Juricentro, S.A. San José, Costa Rica.

sin tomar en cuenta las corrientes filosóficas del derecho penal, iniciando con el causalismo con sus representantes Franz Von Liszt y Ernst Beling quienes estructuraban el delito en tipicidad, que incluía la acción como movimiento corporal, resultado como cambio en el mundo exterior y causalidad que aplicaba la teoría de la equivalencia de las condiciones; la antijuridicidad sin existencia de causas de justificación y la culpabilidad como aspecto psicológico que incluía la imputabilidad, elementos de la culpabilidad y el dolo como conocimiento de los hechos y conocimiento de la antijuricidad, y finalmente la ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad. [9]

El finalismo por su parte, realizó un cambio significativo en cuanto a la ubicación del dolo el cual ya no formaba parte de la culpabilidad sino que se ubica en la tipicidad estructurando el delito en tipicidad que incluía dentro del ámbito objetivo, la acción, el resultado y la causalidad y dentro del campo subjetivo las intenciones, motivos y dolo; la antijuricidad sin existencias de causas de justificación y la culpabilidad que incluía la capacidad de culpabilidad, conocimiento de lo injusto y ausencia de causas de exculpación.[10] Se incluye en esta corriente la teoría final de acción que explica que la acción u omisión subsumible en un tipo no es solo un proceso causal, sino un proceso causal dirigido por la voluntad hacia un fin.[11]

La corriente funcionalista mantiene el dolo en la tipicidad y estructura el delito en tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, pero el dolo ya no tiene solamente un contenido psicológico, sino que se interpreta normativamente, otorgando importancia al significado social del comportamiento y desarrollando la imputación objetiva por su mayor exponente Claus Roxin quien es considerado representante del funcionalismo moderado. Gunter Jakob perteneciente a la corriente del funcionalismo radical, se inclina por defender la vigencia de la norma, la estabilización de expectativas sociales y no solo la protección de bienes jurídicos en sentido estricto (vida, libertad y otro). [12]

3.- Delimitación entre dolo eventual e imprudencia consciente

Podemos observar como el desarrollo del derecho penal cambiando de lo que inicialmente era una intensión en el derecho Romano, pasando por la descripción de dolo con un contenido psicológico y ubicado en la culpabilidad hasta variar y revestirse de un contenido normativo viéndose estrechamente relacionado con la finalidad de la conducta y consecuencia social, aspectos que son utilizados en la discusión sobre la interpretación del consentimiento en delitos sexuales. Pero para empezar con el estudio del tema propuesto es necesario delimitar el dolo e imprudencia, ello por la pequeña línea que divide a una figura de otra, así, podemos afirmar que el dolo eventual es la frontera entre el dolo y la imprudencia consciente y sobre esta diferencia el profesor Francisco Muñoz Conde retoma dos teorías, la primera denominada teoría de la probabilidad que admite la existencia de dolo eventual cuando el autor se representa el resultado como de muy probable producción y a pesar de ello actúa y si la probabilidad es lejana habrá imprudencia consciente o con representación; la segunda teoría de la voluntad o del consentimiento donde aún cuando fuere segura su producción actuaría.[13]

Tanto el dolo eventual como la imprudencia consciente o con representación comparten dos

[9] Así, Castillo, 2009. Pág. 228

[10] Así, Castillo, 2009. Pág.239.

[11] Así, Muñoz Conde, Francisco. Teoría General del Delito. 2012. Editorial Temis S.A. Bogotá, Colombia.

[12] Montealegre Lynett, Eduardo, coord. El Funcionalismo en Derecho Penal. Libro homenaje al profesor Gunter Jakobs. 2003. Universidad Externado de Colombia.

[13] Así, Muñoz, 2012, pág. 57

características: en ninguno de estos conceptos se persigue el resultado y en ambos el autor reconoce la posibilidad de que su conducta produce el resultado.[14] La diferencia radica en que en el dolo eventual el autor no descarta la probabilidad de que el delito se dé pero actúa y en cambio en la imprudencia consciente el autor se representa la probabilidad pero piensa que el resultado no se va a producir y por lo tanto no lo acepta. En Costa Rica se sigue una posición asumida por la doctrina alemana que combina la teoría de la probabilidad y la teoría del conocimiento, se mezcla la conciencia de la peligrosidad de la acción con la voluntad del sujeto de actuar.[15]

II.- LOS DELITOS SEXUALES

1.- Generalidades

Es necesario recordar que la creación de tipos penales responde no solo a una política criminal sino también a intereses relevantes de la sociedad merecedora de protección y respuesta penal ello en aplicación del principio de ofensividad o lesividad. Expuesto por Cecilia Sánchez Romero, este principio constituye una doble garantía para el ciudadano en el tanto es un límite al poder punitivo del Estado de manera que no se pueden crear tipos penales que no tutelen bienes jurídicos específicos, ni tampoco aplicar la norma si el bien jurídico tutelado no resulta lesionado con la conducta juzgada.[16]

De la convivencia en sociedad destacan las relaciones interpersonales y dentro de ellas, aquellas que implica el contacto o relaciones sexuales sea maritales u ocasionales, que se traduce en el acuerdo libre y voluntario de ambas partes, indistintamente de las motivaciones que cada una de las partes tenga. Al tratarse de un acuerdo de partes que no afectan intereses comunes o Estatales, se encuentran ubicado en el ámbito privado. La decisión de una de las partes para participar en el acto sexual es una manifestación de libertad en la búsqueda de satisfacer intereses propios; actualmente la expresión de "libertad" ha sido sustituida por autonomía. Cuando esta autonomía se ve afectada por actos de violencia sea física o psicológica ejercida por un tercero y si esa violencia es utilizada con el fin de cosificar a la víctima para satisfacer los deseos sexuales de un tercero, violenta ese interés personal o libertad como bien jurídicamente tutelable, y esa es la razón general, del porque se tutela con tipos penales, las conductas que impliquen violencia de una parte sobre otra para satisfacerse, con mucho mayor razón si la persona violentada es persona menor de edad, quien por ser una persona en desventaja y vulnerable, merece mayor tutela jurídica.

La Organización Mundial de la Salud definió: La violencia sexual consiste en cualquier ataque contra la libertad sexual, entendida como el derecho fundamental consistente en decidir libremente la participación en actos de naturaleza sexual, con quién y en qué circunstancias. Se trata de una evidente vulneración de los derechos humanos, un atentado contra la integridad física y psicológica.[17] De lo anterior se desprende que la libertad sexual es un derecho fundamental y su violación constituye una vulneración a un derecho humano.

2.- libertad sexual o autonomía sexual

En los delitos sexuales tiende a utilizarse el término "libertad" y "autonomía sexual" como un valor de protección, pero la utilización de un vocablo u otro es más que todo por su contenido iusfilosófico. A nivel doctrinario se discute si realmente el ser humano es libre cuando existen

[14] Así, Sánchez, 2009. Pág.257.

[15] Así, Sánchez, 2009. Pág. 257.

[16] Así, Sánchez, 2009, pág. 102.

[17] Ángela Alemany Rojo. Coord. Estudio Comparado de la Regulación del Consentimiento en los Delitos contra la Libertad e Indemnidad sexual. Asociación de Mujeres Juristas.

normas sociales formales e informales que son acatadas debido a un aprendizaje social, limitando con ello ciertas decisiones. Por otro lado, la autonomía implica independencia, autosuficiencia y autodisciplina, lo que hace a la persona soberana de su vida, de elegir y desarrollar son preferencias, de ahí que en algunas legislaciones se utilice el término autonomía sexual en lugar de libertad sexual, en todo caso, ambos refieren a la facultad de cada individuo de decidir sobre su sexualidad.[18]

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la recomendación general 35, exige a los Estados tipificar la violencia sexual basada en la falta de consentimiento y no en la violencia física, ordena eliminar estereotipos de género en la justicia y garantizar la diligencia debida, señalando que la valoración judicial no puede basarse en ideas preconcebidas como "debe" comportarse una víctima.

Anteriormente se protegía la moral y la honestidad como valores morales pero estos términos por obvias razones no se suelen utilizar y la razón de usarlos se debía a la influencia canónica y de valores que imperaba en épocas pasadas.

3.- El consentimiento

El acuerdo de partes para el acto o relaciones sexuales implica un consentimiento, es decir, una voluntad para participar de forma consensuada en el acto sexual y todo lo que ello implique, de manera libre, informada y válida, de ahí que el consentimiento es el punto medular para determinar si la conducta resulta ser socialmente adecuada o relevante jurídicamente para ser objeto de tutela y respuesta penal. La ausencia de consentimiento implica la utilización por una de las partes involucradas, del cuerpo de la otra persona como objeto para satisfacer sus intereses o deseos sexuales.

La Real Academia Española define el "consentimiento" como permiso, autorización, licencia, conformidad, asentimiento, aprobación, beneplácito, aquiescencia, venia, anuencia, también como manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente, la misma entidad define el antónimo como prohibición o desaprobación. [19] El profesor Francisco Castillo refiere que se trata de una manifestación de voluntad con el cual quien consciente, expresa que él acepta la lesión de su bien jurídico por un tercero.[20] Estos conceptos llevan implícito un contenido psicológico relacionado a la voluntad como un mecanismo interno del sujeto expresado al mundo exterior, sin embargo, es esta la base de la discusión en la actualidad.

4.- Evolución histórica del consentimiento

En el derecho romano el consentimiento era válido cuando el titular de un bien jurídico podía disponer, sin embargo, ello no era posible en delitos que lesionaban la moral o afectaban intereses.[21] Luego en el derecho canónico el consentimiento era válido en delitos patrimoniales y algunos delitos en contra del honor. En este período y con influencia del libro de la sabiduría, el hombre no podía disponer de lo que provenía de Dios. Con influencia de la ilustración a finales del siglo XVIII y primera mitad del siglo XIX, el consentimiento era válido dependiendo de si se trataban de derechos inalienables o alienables o privados. Durante este periodo y con la intervención de Birnbaum en 1834, Schaper en

[18] Mario Pereira Garmendía. Buscando un consenso sobre El Consentimiento en los Delitos Sexuales. 2021. Editorial Reus.pág.25

[19] Real Academia Española. Consultado el 14 de abril de 2026. https://www.rae.es/consentimiento.

[20] Así, Castillo, 2010. Pág. 324

[21] Así, Castillo, 2010. Pág. 234

1871 y Von Liszt 1884, se sustituyó el concepto de lesión del derecho por el concepto de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.[22]

Este desarrollo histórico del consentimiento pasando de un concepto de contenido psicológico a uno normativo favorece la identificación de las consecuencias del consentimiento dentro de la teoría del negocio jurídico y la tesis del consentimiento como justificante. Así, el acuerdo tiene como efectos la exclusión de la tipicidad, a manera de ejemplo podemos citar el delito de violación de domicilio donde se protege el ámbito de intimidad del titular, sancionando el ingreso de terceras personas. En el caso de violación de domicilio el acuerdo entre el titular y el tercero de que el último ingrese al domicilio del titular excluye la conducta descrita, esto porque la descripción típica requiere el ingreso sin consentimiento expreso o presunto de su titular.

En la tesis que sostiene el consentimiento como causa de justificación hace una separación respecto al objeto de protección y libertad, se da una colisión entre el mandato o la prohibición y la norma permisiva. Jakobs distingue entre el acuerdo donde el consentimiento excluye el tipo y un consentimiento que es causa de justificación. Para Jakobs, el consentimiento cumple la función de causa de justificación si el bien jurídico que se protege no es un medio para el desarrollo personal.[23]

Para el profesor Roxin el consentimiento produce la atipicidad de la conducta basado en el principio de autodeterminación.

5.- Teorías sobre la manifestación del consentimiento

El consentimiento puede ser manifestado en diferentes formas y el profesor Castillo cita la teoría de la dirección de la voluntad donde basta la simple dirección de la voluntad sin que sea necesario expresarla, en otras palabras, las señales, gestos, movimiento corporales evidencian la voluntad, la teoría de la manifestación de la voluntad la cual es expresada al mundo exterior y la teoría intermedia donde el consentimiento se expresa por la voluntad interna del portador del bien jurídico pero debe ser expresado al mundo exterior para producir consecuencias jurídicas. [24]

Otro aspecto relevante es la validez del consentimiento y ello implica que sea otorgado en un momento anterior al hecho, es decir debe ser actual, e informado en cuanto a todos los aspectos que influyen en el hecho, de manera que en la realización del acto para el cual se otorgó el consentimiento se descubren circunstancias relevantes que no estaban cubiertas por el consentimiento, por lo que puede ser revocado. Por otro lado, el consentimiento puede ser invalido por verse afectado a raíz del error, engaño, amenaza, violencia física o moral.

En el convenio de Estambul, específicamente en el artículo 36, hace referencia a que el consentimiento debe prestarse voluntariamente, obligando a penalizar todo acto sexual no consentido, incluso sin resistencia física, prohibiendo investigar condiciones anteriores de la víctima. Muchos estados europeos aún no adoptan legislación basado en el consentimiento; países como Suecia, España, Finlandia y Eslovenia ya incorporan definiciones explícitas del consentimiento. En el estudio comparado de la regulación del consentimiento en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual desarrollado por las abogadas socias de la asociación de mujeres juristas Themis se identifican a Francia Portugal Italia y Países Bajos como países que siguen exigiendo violencia e intimidación o coacción, Suecia en cambio penaliza los actos sexuales

[22] Así, Castillo, 2010. Pág. 327

[23] Así, Castillo, 2021, pág. 355.

[24] Así, Castillo, 2021, pág. 361.

cuando la persona no participa voluntariamente y reconoce que la pasividad no es consentimiento. España para el año 2022 unifica la agresión y abuso sexual en un solo tipo penal eliminando la exigencia de la violencia.

III.- DERECHO PENAL ALEMAN

1.- Generalidades

En Alemania el delito es analizado en tres campos, la tipicidad, culpabilidad y antijuricidad. El dolo está ubicado dentro de la tipicidad subjetiva y el dolo es clasificado como de primer y segundo grado y también reconocen el dolo eventual. El consentimiento en los delitos sexuales funge como causa de justificación que puede excluir la antijuricidad del acto. Para que el consentimiento sea válido debe ser libre, con capacidad de decisión por edad suficiente bastando el dolo general para realizar el acto.

A raíz de una serie de agresiones sexuales dadas en el centro de Colonia, el treinta y uno de diciembre de dos mil quince se promulgó en el año 2015 la Ley de protección sexual. Las agresiones dadas en Colonia promovieron la consigna de "no es no" y con ello la reforma al artículo 177 que eliminaba la necesidad de violencia física o amenaza para considerar la falta de consentimiento como delito, enfatiza que la resistencia pasiva o la sumisión no implica consentimiento.

Con este evento surgió el término "voluntad perceptible o reconocible" el cual puede demostrarse tanto a través de palabras como con muestras de descontento o negativa tanto para el autor del delito como para un tercero observador externo tanto si se manifiesta de forma explícita o verbal o implícito. Esta figura penal reformada permitía atribuir responsabilidad a título de dolo eventual.[25]

Con mayor detalle se transcribe un extracto de los artículos publicados en la Gaceta de Leyes Federales 2016 Parte I No. 52, emitida el 9 de noviembre de 2016, página 2460 establece:

Agresión sexual; coacción sexual; violación

> (..) (1) Cualquiera que, en contra de la voluntad aparente de otra persona, realice actos sexuales en otra persona o haga que los realice, o que induzca a esta persona a realizar o tolerar actos sexuales en o por un tercero, será castigado con pena de prisión de seis meses a cinco años … (el subrayado no pertenece al original). Se puede observar que no requiere la existencia de violencia y que basta con la voluntad aparente.[26]

También refiere el artículo citado: Cualquiera que realice actos sexuales en otra persona o haga que los realice o induzca a esta persona a realizar o tolerar actos sexuales en o por un tercero también será castigado si,

1. el autor se aprovecha del hecho de que la persona es incapaz de formar o expresar una voluntad contraria,

2. el autor se aprovecha del hecho de que la condición física o mental de la persona significa que está significativamente limitada para formar o expresar su voluntad, a menos que haya obtenido el consentimiento de esta persona… (el subrayado no pertenece al original). En esta parte se puede apreciar que amplia las diferentes modalidades de expresión de consentimiento evitando con ello la impunidad. Anterior a esta reforma, el tipo penal requería la existencia de violencia o amenaza.

Con la reforma que aplica la frase "en contra de la voluntad aparente" implica que el autor debe saber o al menos aceptar con dolo eventual que la otra persona no consiente o manifiesta verbal o no verbal, una voluntad contraria. El error sobre

[25] Así, Ángela Alemany, pág.33

[26] Así, Ángela Alemany, pág.33

el consentimiento es un error de tipo que excluye la responsabilidad, si el error es vencible atenúa la pena y subsiste la responsabilidad a título de imprudencia si existe el delito. Se critica que la comunicación puede ser ambigua por estado de shock, miedo o intoxicación que no cubre el tipo penal. A diferencia del sólo "sí es sí" no exige un sí afirmativo, basta la negativa reconocible si el autor percibe la posibilidad de una voluntad negativa aplica el dolo eventual.

Pese a la reforma citada, esta no incluyó los casos en que se induce a una persona a consentir actos sexuales mediante engaño, como ocultar enfermedades contagiosas o fingir tener determinadas características personales. El engaño puede versar sobre la naturaleza del acto sexual, sobre la identidad del autor, sobre las características físicas y corporales del autor o sobre otras circunstancias como cualidades personales motivos o intenciones del autor.[27]

IV.- DERECHO PENAL INGLES

1.- Generalidades

La estructura del delito esta compuesta por Actus reus como elemento objetivo dentro del cual se incluye el análisis de la conducta, resultado y nexo causal. Como elemento subjetivo esta el Mens rea y comprende los estados mentales: intención, conocimiento, imprudencia y negligencia. Ambos elementos deber darse simultáneamente ello denominado como principio de coincidencia.

En el derecho penal ingles en lugar de causas de justificación existen las defensas completas y defensas parciales. Las defensas completas son legitima defensa, locura y acto involuntario, estas figuras elimina la responsabilidad. Las defensas parciales lo constituyen: la capacidad mental disminuida y la provocación, ambas reducen la responsabilidad. Herbert Lionel Adolphus Hart distingue entre reglas primarias (obligaciones) y secundarias (poderes).

2.- Evolución histórica de los delitos sexuales

El Conservadurismo legal o moralismo conservador sustenta que es moralmente legítimo prohibir conductas que vayan a provocar grandes o drásticos cambios en nuestro tradicional modo de vida, en nuestras tradiciones. Esta etapa va desde la Sexual Offences Act de 1976 y hasta 1982. El concepto de consentimiento se predica en sentido negativo, estableciendo que habrá delito sexual cuando no haya consentimiento, y este se entiende inexistente cuando la víctima se encuentre en una situación de sumisión. La sumisión se lograba mediante fuerza física, amenazas de lesiones graves o muerte o fraude contra la víctima. [28]

Dentro de esta etapa del conservadurismo existía un margen legítimo de sometimiento de la esposa al esposo la cual emanaba de la incapacidad jurídica de la mujer en la normativa civil y que la colocaba bajo tutela del hombre.[29] Es por lo anterior que no existía legalmente el delito de violación en el ámbito matrimonial porque se le atribuía a la mujer el complimiento de obligaciones matrimoniales.

La segunda etapa es denominada de enfoque liberal y se desarrolla hasta la reforma en el año 2003. Esta reforma fue motivada por el caso "Olugboja". El caso: Jayne, una joven de 16 años de edad y su amiga Karen de diecisiete años de edad conocieron a Olugboja y Lawal en una discoteca. Los acusados las llevaron engañadas a un bungalow. Lawal violó a Jayne en el coche, mientras Olugboja permanecía en la casa. Al llegar al bungalow, Jayne estaba en shock, llorando y semidesnuda. Olugboja le indicó que se desnudara; ella lo hizo "presa del pánico".

[27] Hoven Elisa, Sobre la Punibilidad de los Engaños en los Delitos Sexuales. 2018. Publicado en KriiPoz.

[28] Así, Mario Pereira, 2021.

[29] Así, Mario Pereira, 2021. Pág. 3.

No hubo resistencia física, gritos ni forcejeo. Olugboja mantuvo relaciones sexuales con ella. La defensa alegó que Jayne "consintió" porque se quitó la ropa y no se resistió. En primera instancia del juicio la defensa de Olugboja alego que la víctima se quitó la ropa y Olugboja no utilizó ni fuerza física ni amenaza, pese a sus argumentos, Olugboja salió condenado.

A raíz de la apelación plateada por la defensa de Olugboja, la Corte de Apelaciones Britanica convalidó las instrucciones giradas al jurado que modificaba la doctrina anterior (old rule)[30]en cuanto explica que el consentimiento en los delitos sexuales se explica como un estado mental que deberá analizarse de acuerdo a las circunstancias en las que se encuentra la víctima. Así las cosas, el tema del consentimiento cubre un vasto rango de estados mentales sin que resulte incompatible un estado mental propio de libre consentimiento con cierto grado de presión o sumisión.

Es necesario explicar que, en el sistema penal inglés, la Corte asume el rol del dogmático y no legislativo, es decir, lo que emana de la Corte son pautas o reglas dirigidas al Jurado (las llamadas "instrucciones al jurado") la verdadera producción dogmática del sistema penal angloamericano y no las sentencias porque en ocasiones suelen carecer de falta de fundamentación.

Las pautas emanadas de la Corte de Apelaciones son aplicadas como reglas de la experiencia, para poder discernir entre un riesgo socialmente adecuado y un riesgo típicamente relevante. Esta nueva valoración del consentimiento validada y desarrollada por la Corte de Apelaciones aclara que la voluntariedad del consentimiento no se puede establecer de manera apriorística, sino que debe valorarse de la situación fáctica, fortaleza psíquica y temperamento de la víctima. Este pronunciamiento no solo da un giró importante en la forma de interpretación del consentimiento, sino que logra identificar otras formas de invalidación, así como la posición del autor frente al hecho y la responsabilidad de no asegurarse de un consentimiento válido y expreso para actuar. El consentimiento basado en el acuerdo mutuo de partes debe ser libre e informado.

En este período evoluciona el reconocimiento de los derechos de las mujeres y con la nueva valoración del consentimiento, resulta necesario el consentimiento en las relaciones maritales, dejando atrás las obligaciones maritales que sometían a la realización de actos sexuales sin un pleno y libre consentimiento.

El liberalismo, aplicado al ámbito del Derecho penal, sostiene que solo mediante el principio de lesividad u ofensividad se puede proporcionar una legítima razón para fundamentar la legislación penal y su valor central es la libertad y su expresión más moderna es la autonomía. Lo anterior implica valorar la conducta lesiva al bien jurídico de libertad o autonomía sexual, ya que puede suceder que en el contexto de las relaciones sexuales exista violencia, pero esta se debe a la práctica del sadomasoquismo acordado libre y voluntariamente por las partes para satisfacer sus intereses o deseos personales y ello no afecte el bien protegido, en otras palabras, la conducta no constituye un riesgo o afectación a un interés jurídicamente relevante merecedor de tutela penal.

La tercera etapa denominada moralismo legal estricto ocurre con la reformar legislativa introducida por la Administración de Blair en 2003 (Sexual Offences Act de 2003). Bajo esta reforma se establece un sistema de presunciones legales claramente inspiradas por las concepciones feministas, es especial el denominado "feminismo de la tercera ola". "El feminismo de la tercera ola" surge a través del movimiento neomarxismo de la época, y que comenzaron a marcar presencia

[30] La *old rule* sustentaba que para que hubiera violación debía existir fuerza física o amenaza.

en los campus universitarios de la costa este estadounidense, sobre los finales de los años setenta. Este movimiento atacaba las instituciones sociales que beneficiaban el capitalismo afirmando que las agresiones sexuales era el resultado de un constructo social y no de la conducta libre y voluntaria de los individuos. Este movimiento alegaba que la institucionalidad porque reforzaba roles y modelos patriarcales fomentando la "cultura de la violación".

Debido a este movimiento se crea el Título IX de la Ley de Derechos Civiles de los EEUU como forma de afrontar la discriminación de género y que creo un procedimiento sumario que imponía la carga de la prueba al denunciado, calificando a la mujer como débil y al acto sexual como peligroso. Bajo estas premisas con influencia feminista de la tercera ola, todos los hombres abusan de las mujeres y los delitos sexuales obedecen a factores instituciones y sociales lo cual generó una fuerte critica por cuanto el injusto no podría serle reprochado puesto que no pudo motivarse por la norma, o estaríamos ante un delito culturalmente motivado o estaríamos ante un error de tipo. [31]Los postulados del feminismo de la tercera ola introducen conceptos antropológicos que debilitan no solo el principio de inocencia, sino que debilita la teoría del injusto favoreciendo al agresor. De lo anterior se desprende que el extremo no resulta ser beneficioso para dar respuesta a los estados mentales relacionado al consentimiento y de ahí que Mario Pereira Garmendia propone un consenso entre estos extremos.

3.- jurisprudencia relevante

El máximo tribunal del Reino Unido o casa de Lores resolvió un caso clave Hyam, Moloney, Hancock & Shankland, Nedrick, Woollin), se abordó el concepto de intención en delitos graves. El apelante admitió haber arrojado violentamente a su hijo, provocando lesiones fatales, pero negó haber tenido intención de matar o causar daño grave. La acusación sostuvo que la acción fue tan peligrosa que el acusado debía haber reconocido la posibilidad de daño grave. La condena por asesinato fue apelada, alegando instrucciones incorrectas al jurado sobre cómo inferir la intención. El tribunal aclaró que el jurado debe considerar todas las pruebas para establecer la intención y que la "certeza virtual" de causar daño grave sólo aplica cuando la intención se deduce de las acciones y consecuencias. Finalmente, se consideró que las instrucciones del juez fueron adecuadas y la apelación fue rechazada, manteniendo la condena por asesinato.

Este pronunciamiento resulta relevante precisamente por la discusión que en el ámbito doctrinario se ha desarrollado en cuanto al dolo eventual o culpa consciente para los delitos sexuales. De no tener certeza de que el consentimiento es libre, informado y válido para mantener relaciones sexuales, sería previsible la existencia de un daño al bien protegido por la norma, de seguir actuando; trasladando la obligación de la víctima de demostrar que opuso resistencia o hizo saber que "no" quería al autor que continúa actuando obligándole a asegurarse de que hay consentimiento válido de la contra parte a participar en el acto sexual. La crítica

V.- ESTADO ACTUAL DE LA CUESTION

Actualmente la discusión versa sobre la interpretación del consentimiento como elemento normativo dejando atrás el concepto psicológico por uno normatizado contrapuesto al dolo del autor entendido como conocimiento y voluntad de realización del tipo penal. En Alemania el debate sobre el dolo versa sobre la voluntad versus conocimiento, la psicología, restricción versus expansión del dolo para abarcar el dolo eventual. Actualmente en el derecho Ingles y en delitos sexuales no basta que el autor crea en la existencia de un consentimiento, sino que debe

[31] Así, Mario Pereira, 2021, pág 127.

tratarse de una creencia objetivamente razonable.

Corresponde al jurado considerar todas las circunstancias en que se da el hecho y si el acusado tomó las medidas necesarias para verificar el consentimiento. En Alemania se exige el dolo sobre todos los elementos del tipo incluida la falta de consentimiento, o debió al menos representarse la posibilidad y aceptarla (dolo eventual). Se propone analizar el consentimiento desde el disvalor de la acción y no desde el bien jurídico tomando en consideración la persona media y no desde la subjetividad de la víctima. Las presunciones son rígidas e impiden la lógica del consentimiento, de ahí que las sentencias no suelen ser homogéneas provocando inseguridad jurídica. La discusión sobre estos temas no ha logrado llegar a una solución equilibrada entre las corrientes protectoras de género y el derecho penal dogmático.

VI. DELITOS SEXUALES EN COSTA RICA

1.- Generalidades

En Costa Rica se aplican las teorías del acuerdo, que excluye la tipicidad y el consentimiento, que genera causa de justificación. La teoría personal del bien jurídico no implica que no haya controles sociales a esa libertad y he de ahí que algunos bienes no estén totalmente disponibles.

Sobre la disponibilidad de bienes el artículo 28 de la Constitución Política establece: "Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley. Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley." [32]; de lo anterior se extrae que las acciones calificadas como privadas que no dañen la moral o el orden público o que no perjudiquen a terceros, contrario sensu, de afectar alguno de estos ámbitos les será aplicada la ley. En tratándose de actos o relaciones sexuales consentidas libre y válidamente por ambas partes estarán en el ámbito privado por ser una forma de relacionarse.

El artículo 45 del Código Civil al respecto refiere: "Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física excepto los autorizados por la ley. Es válido disponer del propio cuerpo o parte de él para después de la muerte."[33]; lo anterior es un ejemplo de las limitaciones a un bien parcialmente disponible. El consentimiento como causa de justificación está contenido en el artículo 26 del código penal que dice: "No delinque quien lesiona o pone en peligro un derecho con el consentimiento de quien válidamente pueda darlo."; y el artículo 129 del mismo cuerpo legal que dicta: "No son punibles las lesiones que se produzcan, al lesionado con su consentimiento, cuando la acción tiene por fin beneficiar la salud de otros."[34]

En Costa Rica, la discusión sobre el análisis del consentimiento y los diferentes tipos de dolos en delitos sexuales no ha tomado fuerza. El Doctor Juan Carlos Morales Jiménez desarrolla el tema del consentimiento, vulnerabilidad e incapacidad de resistir en su artículo titulado "Análisis de la vulnerabilidad de la víctima y la incapacidad para resistir como elementos objetivos normativos del tipo penal de violación[35]. Pese a lo amplio y claro del artículo, no aborda las diferentes formas de manifestación del consentimiento ni de su

[32] Asamblea Nacional Constituyente, Constitución política de la República de Costa Rica, San José, Costa Rica, 1949.

[33] Asamblea Legislativa de Costa Rica, Código Civil. San José, Costa Rica, 1887.

[34] Asamblea Legislativa de Costa Rica, código penal, San José, Costa Rica. Ley N 4573, 1970.

[35] Juan Carlos Morales Jiménez. Análisis de la vulnerabilidad de la víctima y la incapacidad para resistir como elementos objetivos normativos del tipo penal de violación. 2022. https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP.

invalidación como se discute actualmente en Europa. De manera magistral el Doctor Morales concluye que el consentimiento debe ser libre, previo, informado, expreso o manifiesto por acto unívocos, revocable en cualquier momento.

Por su parte el voto 80-2022 de Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha mencionado que:

> "... La voluntad o el consentimiento de la víctima sigue siendo el núcleo esencial para distinguir lo punible de lo que no lo es o en qué supuestos lo es; salvo en los casos de menores de doce años, pues aquí la ley mantiene la presunción absoluta de que no pueden emitir un consentimiento válido y los actos sexuales a los que se les someta serán siempre abusivos, desde el punto de vista jurídico penal";

Se reconoce la importancia del consentimiento para delimitar el injusto penal, sin embargo, no profundiza sobre las circunstancias que lo puedan invalidar.

2.- Delitos sexuales

El artículo 156, inciso 3) del código penal prescribe: "Será sancionado con pena de prisión de diez a dieciséis años, a quien se haga acceder o tenga acceso carnal por vía oral, anal, vaginal o mediante orificios creados en cualquier parte del cuerpo, con una persona de uno u otro sexo, en los siguientes casos: (…) 2.- Cuando la víctima esté en condición de vulnerabilidad o no puede resistir; y 3- Cuando se use la violencia corporal o la intimidación." (lo subrayado no pertenece al original). En cuanto a la protección de los menores por parte del Estado a través de tipos penales no hay más cuestionamiento, ya que, por la minoría de edad, es esperable la inexperiencia social y sexual que lo coloca en desventaja con relación a un adulto. La limitación para prever consecuencias e identificar riesgo coloca a los menores en condición de vulnerabilidad por lo que aun expresando el consentimiento, este resulta ser irrelevante. Ahora bien, aunque este presupuesto penal no hace referencia explicita sobre el consentimiento, de su lectura se desprende que requiere dolo directo por parte del autor, lo que implica el conocimiento de la condición de vulnerabilidad o la incapacidad de resistir, aspectos objetivos que requieren valoración jurídica, ética y socio cultural.

> Antes de las dos reformas, este tipo penal establecía que:
>
> "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.";

Estos términos de incapaz o incapacidad generaban problemas de interpretación. Algunos legisladores ubicaban bajo el término de "incapaz" a las personas con capacidades especiales, como si su condición le impidiera tomar la libre decisión de mantener relaciones sexuales; por otro lado, la incapacidad para resistir permitía al operador jurídico interpretar que se trataba a cualquier tipo de limitante físico excluyendo situaciones de sumisión por ingesta de bebidas alcohólicas o sustancias enervantes. De ahí que se sustituyó el termino de incapaz por condición de vulnerabilidad y la frase "incapacitada para resistir" por "no puede resistir", frase que resulta más amplia para abarcar otras situaciones que pese a la lesividad de la acción, pudieran quedar fuera de respuesta penal.

En las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en Condiciones de Vulnerabilidad se conceptualiza: "Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas

que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico."[36] El uso de este término en la actual descripción penal permite ampliar las condiciones en las que, encontrándose la víctima, sea conocido y aprovechado por el autor.

> Sobre la vulnerabilidad la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia indicó:
>
> "... vulnerabilidad se refiere a "las características de una persona o grupo y su situación, que influencian su capacidad de anticipar, lidiar, resistir y recuperarse del impacto de una amenaza" (Wisner, B., P. Blaikie, T. Cannon and I. Davis (2004), At risk: natural hazards, people's vulnerability and disasters, (2a ed.), Routledge, Londres). Por su parte, el Diccionario Jurídico Panhispánico del Español Jurídico, define el concepto general respecto a la persona "que, con mayor riesgo que el común, es susceptible de ser herido o lesionado, física o moralmente." (https://dpej.rae.es/lema/vulnerable consultado el 08 de noviembre de 2021). Sala Tercera. Voto 80-2022.

Por otro lado, la frase "incapacidad de resistir" permite incluir situación en la que se encuentre la victima que le impida resistir, como inconsciencia entre otros. Retomando la discusión sobre el consentimiento y utilizando como ejemplo el caso de Olugboja, una víctima en Costa Rica que se encuentre en estado de shock por circunstancias ambientales y ante los requerimiento acceda a quitarse la ropa (sin voluntad positiva) quedaría desprotegida por la norma penal, ello porque no se refleja en el mundo exterior el impedimento para resistir y al requerir la norma dolo directo, queda fuera de la respuesta penal aunque la conducta sea lesiva al bien jurídico autodeterminación sexual.

Revisado el delito de abuso sexual en perjuicio de menor y en perjuicio de mayor de edad, no se encuentra relación alguna al consentimiento, en su lugar menciona el abuso con una conducta contraria al consentimiento, sobre este término normativo Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica indicó: "El carácter abusivo de la conducta, para que sea considerada delictiva, es un elemento normativo-valorativo del tipo penal, y como tal, requiere de un análisis casuístico. Sobre el particular, se ha indicado que: "…no se trata (…) simplemente de realizar actos con fines sexuales, sino que deben ejecutarse de manera abusiva y el abuso, por definición, consiste en hacer algo que puede ser: contra la voluntad expresa o presunta del sujeto pasivo; sin su voluntad (v. gr.: los abusos sorpresivos), que vaya más allá de lo que la víctima consintió o estuvo dispuesta a consentir o prevaleciéndose de diversas circunstancias en cuanto signifiquen que la persona ofendida no podía expresar una voluntad libre o ejercer una resistencia efectiva, por citar algunos ejemplos..."

VII.- POSICIÓN

Los extremos nunca son buenos, la influencia de casos mediáticos en la legislación europea relacionado a los delitos sexuales ha generado una expansión que a la postre más de asegurar la

[36] Cumbre Judicial Iberoamericana. Reglas de Brasilia sobre Acceso de Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. Brasilia. 2008.

respuesta penal a todos los presupuestos bajo los cuales se puede dar la agresión sexual, debilita la teoría del delito, debilita la presunción de inocencia y deforma en el dolor bajo la influencia de la responsabilidad por riesgo. Es por lo anterior que resulta importante lograr un equilibrio entre la protección de la autodeterminación sexual y la expansión del derecho penal. No cabe duda de que el consentimiento es primordial en los delitos sexuales y de ahí la importancia de su valoración como un elemento normativo pues dejando atrás las percepciones psicológicas. Consideró primordial hacer una revisión de los tipos penales a efectos de avanzar en la configuración y sanción de conductas que en la práctica se dan y que resultan ser lesivas a la libertad sexual pero no es una celebridad todo ello con perspectiva de género, pero sin caer en derecho penal de autor. El riesgo típicamente relevante debe servir de fundamento en la creación de tipos penales conforme a las políticas criminales actualidad y normas sociales o costumbre ya

VIII.-CONCLUSIONES

En conclusión, el consentimiento resulta ser un elemento de relevancia penal en las conductas sexuales, debe ser entendido como un concepto normativo y no psicológico vinculado al disvalor de la acción y la protección de la autodeterminación sexual. Del estudio de las legislaciones europeas y en especial de la inglesa y alemana, se pudo observar la evolución del dolo en este tipo de delitos, extendiéndose la responsabilidad bajo el dolo eventual. Modelos penales como el alemán, que reconocen la actuación en contra de la voluntad reconocible y el modelo inglés que exige una creencia objetivada mente razonable del consentimiento por parte del autor, hace que replanteemos si debemos incorporar estos modelos o parte de ellos a la legislación costarricense.

El replanteamiento histórico y dogmático del dolor así como la aplicación del dolo eventual en los delitos sexuales es una forma de abordar aquellas situaciones en las que el autor, sin proponerse directamente la lesión del bien jurídico, actúa aceptando la posibilidad de que el consentimiento no exista o se encuentre viciado esta forma de imputación permite desplazar la carga impuesta en la conducta de la víctima hacia la creación de un riesgo jurídicamente relevante por parte del autor, aplicando con ello una perspectiva de género. Pese al avance de los modelos alemán inglés con relación a la valoración del consentimiento en delitos sexuales existen aún supuestos que no han sido resueltos y se encuentran en discusión actualmente en la comunidad penal europea y es el consentimiento obtenido mediante engaño o bajo contextos de ambigüedad comunicativa.

Pese a que en Costa Rica el consentimiento es un concepto esencial, nuestra legislación no la aborda y no prevé otras formas de consentimiento inválido cómo así lo hacen las legislaciones europeas estudiadas. El presente estudio es una pequeña muestra de las discusiones que actualmente se mantiene en el derecho penal europeo relacionado al consentimiento en delitos sexuales y tiene como fin motivar la reflexión de este tema actual.

Referencias

Libros:

Albin Eser, Hans Joachim Hirsch, Claus Roxin, Nils Christie, Julio B. J. Maier, Eduardo Andrés Bertoni, Alberto Bovino y Elena Larrauri. *De los Delitos y de las Víctimas.* Argentina: AD-HOC S.R.L., 1992.

Conde, Francisco Muñoz. *Teoría General del Delito.* Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A., 2012.

Donna, Edgardo Alberto. *Delitos contra la*

Integridad Sexual. Argentina: Runinzal-Culzoni Editores, 2001.

Eduardo Montealegre Lynett, coord. *El funcionalismo en Derecho Penal. Libro homenaje al profesor Gunter Jakobs.* Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003.

Garmendia, Mario Pereira. *Buscando un consenso sobre El Consentimiento en los Delitos Sexuales.* Buenos Aires: Reus, 2021.

González, Francisco Castillo. *Derecho Penal. Parte Especial.* San José, Costa Rica: Editorial Juridica Continental, 2010.

Jiménez, Juan Carlos Morales. «Análisis de la Vulnerabilidad de la Víctima y la Incapacidad para Resistir como elementos objetivos normativo del tipo de violación.» *Revista Digital de Ciecias Penales de Costa Rica,* nº 2 (2022).

Laura Fernández Gómez, Beatriz Lázaro Martínez, Cristina Ventura Alameda. *Estudio comparado de la regulación del consentimiento en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual.* Madrid: Asociación de Mujeres Juristas Themis , 2023.

Vega, Dulce María Santana. *La sexta Ley de Refporma del Código Penal Alemán de 1998 en materia de delitos conrra la libertad sexual.* España: Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 2000.

Página de internet

Constituyente, Asamblea Nacional. *www.pgr.go.cr.* 1949. (último acceso: 14 de abril de 2026).

Iberoaméricana, XIV Cumbre Judicial. «Derechos Humanos.» 2008. https://accesoalajusticia.poder-judicial.go.cr/index.php/normativa/reglas-de-brasilia (último acceso: 14 de abril de 2026).

Real Academia Española. s.f. https://www.rae.es (último acceso: 14 de abril de 2026).

Rica, Asamblea Legislativa de la República de Costa. *www.pgr.go.cr/código civil.* 1887. (último acceso: 14 de abril de 2026).

—. *www.pgr.go.cr/código* penal. 1970. (último acceso: 14 de abril de 2026).

Tendencias actuales de imputación: Victimidogmática y Análisis de la Conducta de la Víctima en la Tipicidad y la Teoría del Dolo Unitario de Winfried Platzgummer y las Tesis Aglutinadoras.

Luis Alonso ROJAS RISHOR

I. Introducción

En el presente trabajo, se pretende hacer un análisis de nuevas vertientes de imputación en materia penal, en primer término explicando desde un enfoque victimodogmático como el principio de autorresponsabilidad ha permeado la teoría del delito, en el ámbito de la imputación objetiva en los delitos culposos, con lo que se pretende indagar las consecuencias que produce la actuación de la víctima en la determinación de la responsabilidad penal del sujeto activo del delito culposo.

Posteriormente, se realiza una valoración de las tendencias actuales de imputación subjetiva, en particular del dolo en la tesis de Winfried Platzgummer y en las tesis aglutinadoras.

II. La víctima en el derecho penal

El derecho penal, es una rama del ordenamiento jurídico que regula el poder punitivo del Estado, claro está, que se trata de un mecanismo de control social, donde se han establecido penas como consecuencia de la comisión de un hecho típico, antijuridico y culpable y medidas de seguridad para mantener el orden de personas inimputables que participaron en la comisión de un injusto penal. En este sistema de normas, se adversan dos grandes intereses, por un lado el *derecho de castigar,* el cual está totalmente afincado como una potestad exclusiva del Estado y por otro lado el *derecho de defensa* de quien se ve acusado. Entonces salta a la vista, que la víctima no es parte de esta batalla campal, por tanto resulta importante establecer ¿cuál ha sido su papel en el derecho penal?

Primero podríamos encontrar una respuesta semántico, lo que necesariamente nos remite a nuestra raíz lingüística, así para la Real Academia de la Lengua Española "víctima" significa: *"(...). 1. f. Persona o animal sacrificado o destinado al sacrificio.2. f. Persona que se expone u ofrece a un grave riesgo en obsequio de otra. 3. f. Persona que padece daño por culpa ajena o por causa fortuita. 4. f. Persona que muere por culpa ajena o por accidente fortuito" 9.*[1] , es decir, desde aquí podemos observar que el concepto ya hace alusión a un sujeto pasivo, de un daño o un vejamen, pero en el caso del Derecho Penal, debemos entenderlo como quien sufre o padece a raíz de una acción típica, antijurídica y culpable.

De igual forma desde la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 29 de noviembre de 1985 (Res. 40/34), se define de la siguiente forma: *"Se entenderá por "víctimas" las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder."*[2]

[1] Diccionario de la lengua española. Real Academia Española. Consultado en: https://dle.rae.es/víctima?m=form, el 31 de marzo de 2026.

[2] Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder,

Un segundo intento explicativo puede provenir desde el punto de vista histórico, podríamos decir, que esa relegación a un plano absolutamente secundario incluso proviene desde su nacimiento, al respecto se ha indicado: *"El ordenamiento jurídico-penal, se dice, es consecuencia de una evolución histórica que ha discurrido desde la reacción privada de la víctima o de su grupo familiar, pasando por los pactos de paz de la Edad Media hasta llegar al monopolio en la imposición de penas y en el ejercicio de la violencia establecido a favor del Estado en la sociedad actual, o, dicho de otro modo, el proceso de publificación del ordenamiento penal es al mismo tiempo una evolución de desvictimización."* (Melía, 2026, 1-2)[3] es decir, podríamos afirmar que el nacimiento del ordenamiento jurídico penal, según algunos autores es directamente proporcional al momento de confiscación del conflicto privado por parte del Estado.

No obstante, nos encontramos en un momento donde se ha dado un resurgimiento de la víctima en el ámbito científico y social, una visión criminológica crítica que se ha manifestado contra ese papel estático y limitado de la víctima como un objeto de la acción criminal, para dar paso a la explicación procesos de exclusión y violencia estructural que han influido en los procesos de "victimización" de ciertos grupos sociales y económicos más vulnerables, dando pie a un fuerte activismo social que propone la promulgación de reformas procesales penales, así como la prevención eficaz frente factores criminológicos que influyen en la dinámica criminal.

Todo lo anterior, permite arribar a una primera conclusión, que el papel de la víctima en el derecho penal, ha venido de menos a más, y en continuo crecimiento por oposición, su creciente protagonismo no ha sido pacifico, ni gratuito, es el fruto de lucas sociales que se han librado desde varios frentes, pero que han venido desarrollándose en un redescubrimiento del papel de la víctima en el Derecho Penal no únicamente desde la órbita de la indemnización civil, sino también en el plano procesal penal y con participación directa y activa en el ejercicio de la persecución penal.

III. Sobre la victimología:

Es precisamente este resurgimiento antes indicado, lo que ha originado la existencia de ciencias criminológicas que explican el papel de la víctima dentro de la dinámica delictiva, lo que ha dado pie a la victimología, sobre su campo de acción podemos establecer que se trata de un ámbito en crecimiento, donde se ha realizado enfoques sobre el papel de las víctimas en el desencadenamiento del hecho criminal, los problemas de esta población para el acceso a asistencia jurídica, moral y terapéutica, entre otros.

Una definición de esta rama criminológica consiste en la siguiente: *"la disciplina que tiene por objeto el estudio de la víctima de un delito, de su personalidad, de sus caracteristicas biológicas, psicológicas, morales, sociales y culturales, de sus relaciones con el delincuente y del papel que ha desempeñado en la génesis del delito.* (Díaz, 18, 1998)"[4]. es decir se trata de un campo de estudio que se centra en la identificación del conflicto no a través del perfil antisocial del infractor o la relevancia penal del incidente, sino desde el ámbito de la víctima variando el dogma tradicional que le otorgaba un papel secundario.

adoptada por la Asamblea General de la ONU el 29 de noviembre de 1985 (Res. 40/34) https://www.oas.org/ext/es/seguridad/red-prevencion-crimen/Recursos/Biblioteca-Digital/declaraci243n-onu-principios-v2 37ctimas.

[3] Manuel Cancio Melía, Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal, 2026 (Argentina, Elías Porter Talleres Gráficos), 1-2.

[4] Gerardo Landrove Díaz. La moderna victimología, 1998, (España, Valencia, Tirant lo Blanch, 18.

Sobre su origen, no existe una precisión absoluta, sin embargo se ha indicado que: *"(..), viene produciéndose desde algún tiempo una evolución científica -y también en cierta medida, y en parte como consecuencia de esta, legislativa- en los países de nuestro entorno mediante la cual desde la perspectiva de la criminología tiene lugar un "redescubrimiento" de la víctima, naciendo incluso una nueva ciencia llamada "Victimología" que pretende sistematizar los conocimientos empíricos relativos a la víctima. No es muy claro cuál es el origen de esta corriente científica. Parece, sin embargo, que su surgimiento no es ajeno a determinadas tendencias de política criminal centradas en demandar una represión más eficaz de los comportamientos desviados y que resaltan la experiencia negativa sufrida por la víctima, sobre todo de delitos violentos* (Melía, 2026, 286-287)"[5]. Es decir, si pudiéramos establecer una finalidad de la victimología reconocida por la dogmática contemporánea, pues es un impulso al estudio de la víctima, su comportamiento, el desplazamiento del papel pasivo o marginal con que originalmente se ha tratado y una conclusión inefable de este conocimiento es el impulso a un cambio de paradigma, en el ámbito jurídico, con el fin de equilibrar una desigualdad sistemática originada por el desplazamiento o confiscación del conflicto por parte del Estado.

A modo de conclusión, la victimodogmática se posiciona actualmente como un movimiento criminológico-jurídico se con fines académicos, pero con implicaciones practicas a nivel legal y social, que incluye una serie de temáticas que han aportado fuertes campañas para la elaboración de disposiciones legales que permitan no solo indemnización a la victimas sino además la generación de instrumentos preventivos del delito, reactivos frente a la comisión de actos criminales en perjuicio de las víctimas y desde un plano más terapéutico asistenciales y restaurativos para las víctimas del delito.

IV. Sobre la victimodogmática:

Como una sub-especie de esta corriente criminológica surge la victimo dogmática, que constituye una exploración del papel de la víctima en la realización del hecho delictivo, pero no desde una perspectiva criminológica sino absolutamente jurídica, es más integrándola como un elemento en la teoría del delito. Al respecto Landrove Díaz ha indicado: *"Incluso, y desde hace no demasiado tiempo, se habla-fundamentalmente en la doctrina alemana- de una Viktimodogmatik que abordaría el análisis de la incidencia de planteamientos de esta naturaleza en el ámbito de la teoría jurídica del delito. Victimo dogmática que, al menos en cierta medida, pretende una reinterpretación de la dogmática jurídico-penal con base en concretos principios victimológicos y que sólo ha encontrado un limitado eco en nuestro país"* (Díaz, 1998, 20)[6]. Ahora bien, esta postura de la victimodogmática pretende dejar de lado el papel marginal de la víctima, revitalizar la figura y dejar de lado esa posición anteriormente reseñada de ser objeto del delito, para pasar a un análisis donde su conducta puede incluso develar una interacción importante en la producción del delito, así Silva Sánchez ha indicado: *"Este "redescubrimiento" de la víctima y de su contribución al hecho delictivio propicia, pues, una distinción entre la aportación del autor y la de la propia víctima, con la consiguiente atribución de "ámbitos de responsabilidad a uno y a otra. Así evita la posible imputación al autor de todos los efectos lesivos derivados (en sentido puramente casual) de su conducta. Una imputación, que con la correspondiente pena, contradiría el principio de fragmentariedad, al representar la sanción de hechos que en sí no*

[5] Manuel Cancio Melía, Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal, 2026 (Argentina, Elías Porter Talleres Gráficos) 286-287.

[6] Gerardo Landrove Díaz. La moderna victimología, 1998, (España, Valencia, Tirant lo Blanch, 20.

son especialmente graves y que sólo adquieren virtualidad lesiva (o más lesiva a partir de la interacción de la víctima"[7]. Es decir, a modo de conclusión, para los efectos del presente, bajo la denominación Victimodogmática, se entiende el fenómeno de la contribución de la conducta ex ante al delito por parte de la víctima, lo cual debe analizarse cuidadosamente para no introducir obligaciones indebidas a quien sufre el delito y con esto degradar la protección a bienes jurídicos, exigiéndole a la víctima un deber preventivo o adopción de medidas activas de autoprotección, tampoco exigir comportamientos heroicos que obliguen al sujeto pasivo a la pérdida de su protección penal.

Considero que el enfoque victimodogmático, debe pasar por una adecuada precisión del contenido, lo cual ha tenido acogida y concordancia con la teoría de la imputación objetiva, al respecto Silva Sánchez ha indicado: *"Así, la teoría de la imputación objetiva, a partir de de la diferenciación de un momento ex ante (creación del riesgo relevante) y otro ex post (realización de ese riesgo en el resultado producido), constituye una de las vías más adecuadas para traducir en tesis dogmáticas las consideraciones victimológicas. El análisis del comportamiento de la víctima puede revelar la inexistencia de un injusto típico (de la conducta) o la imposibilidad de imputar el resultado concretamente producido a esa conducta antijuridica, también en los delitos dolosos"*[8] Es decir, ese rol que se le ha otorgado al comportamiento de la víctima en el abordaje del hecho delictivo, debe ser analizado la dentro de la teoría del tipo objetivo pudiendo derivar en mantener, atenuar o inclusive excluir la imputación objetiva de la conducta delictiva del autor del hecho.

V. El principio de autorresponsabilidad en los delitos culposos.

La evolución de la victimodogmática antes referida ha desencadenado en el análisis de la conducta de la víctima en particular en los delitos culposos, propiamente en el estrato de la tipicidad. Para adentrarnos en el tema, es necesario establecer que existe acuerdo en la dogmática penal sobre una dualidad en la tipicidad culposa, propiamente una tipicidad objetiva que reside esencialmente sobre el disvalor de la acción, propiamente la infracción al deber de cuidado, un nexo de causalidad y el resultado y por otro lado, la tipicidad subjetiva, que se configura con la voluntad de realizar la conducta, pero que a diferencia de la tipicidad dolosa, consiste en un asunción del riesgo sin querer realizar la conducta, lo cual admite grados como culpa consciente y culpa inconsciente. Además este esquema se complementa con la previsibilidad, entendida como la posibilidad de advertir la existencia de consecuencias dañosas y evitar lesiones a los bienes jurídicos.

Sobre el tema, se ha indicado: *"La estructura del tipo imprudente se logra identificar mediante los siguientes elementos: "1) La parte objetiva del tipo culposo contiene la infracción de la norma de cuidado (disvalor de la acción) y el resultado de la parte objetiva contenida en el tipo penal (disvalor del resultado); distinción esta que es verificable en los delitos dolosos. 2) La parte subjetiva del tipo requiere el elemento positivo de haber querido la conducta descuidada, ello es, con conocimiento del peligro que en general conlleva (culpa consciente) o sin él (culpa inconsciente) y, además, el elemento negativo*

[7] - "La 'victimo-dogmática' en el Derecho español", en: Antonio Beristain/José Luis de la Cuesta (ed.), Victimología (v. supra), pp. 195 a 203 (cit.: Silva Sánchez, en: Beristain/de la Cuesta [ed.], Victimología). https://www.ehu.eus/documents/1736829/2030810/16+-+Victimodogmatica+derecho.pdf

[8] - "La 'victimo-dogmática' en el Derecho español", en: Antonio Beristain/José Luis de la Cuesta (ed.), Victimología (v. supra), pp. 195 a 203 (cit.: Silva Sánchez, en: Beristain/de la Cuesta [ed.], Victimología). https://www.ehu.eus/documents/1736829/2030810/16+-+Victimodogmatica+derecho.pdf

de no haber querido el autor cometer el hecho resultante"(Chinchilla, 2004, 28-29)[9]

Ahora bien, ante esta estructura clásica del delito culposo, debemos precisar que el *análisis del comportamiento de la víctima,* entra en juego desde el finalismo, pero es precisamente con el funcionalismo y en particular con la teoría de la imputación objetiva desarrollada por Claus Roxin, que se apertura una ventana al análisis de si la conducta de la víctima es un elemento excluyente de la tipicidad y no como el consentimiento que se ha valorado tradicionalmente en el plano de la antijuricidad.

Así Claus Roxin, al respecto de esta temática de la autorresponsabilidad de la víctima, desarrolló el concepto ligado a la evolución de la victimodogmática como ciencia criminológica, atribuyéndole a esta su desarrollo, al respecto establece: *"(...)La impunidad resultante de una corresponsabilidad de la víctima se desprende en parte de la falta de peligrosidad social de la agresión para el bien jurídico respectivamente protegido (§§ 146 s., 240), en parte también del hecho de que no se lesiona la libertad de actuación del titular del bien jurídico autorresponsable (cooperación en una auto-puesta en peligro, puesta en peligro de un tercero aceptada por él), y en parte del hecho de que el que actúa en legítima defensa pierde (por hacerse indigno) o ve restringida su facultad de hacer prevalecer el Derecho por su conducta previa. Será tarea de la dogmática elaborar estas y otras manifestaciones del principio victimológico y precisar de ese modo la amplitud del mismo en todas las constelaciones que se planteen."* (Roxin, 1997, 566)[10], desde esta postura material del principio de autorresponsabilidad, es posible entender que este principio de autorresponsabilidad de la víctima, va ligado a que los titulares de los bienes jurídicos al disponer de ellos, no hacen más que una ratificación de su papel protagónico y de la creencia de que no es posible una lesión al bien jurídico cuando se basa en la disposición de su portador.

Sobre esta postura material, se ha indicado: *"(...)Ello no solo se manifiesta en la responsabilidad que el ordenamiento jurídico exige a quienes infringen las normas jurídico-penales, sino que debe tener repercusión también en el establecimiento de esferas de responsabilidad cuando son varios sujetos los que intervienen en un hecho. En este sentido, por regla general no se responde del comportamiento de otros. Por ello -pasando al ámbito que aquí interesa-, cuando la víctima ha intervenido junto con un tercero en la actividad generadora del riesgo -a salvo de ciertas situaciones, este no deberá responder, ya que no puede ser hecho responsable de lo realizado por la víctima. Este principio de autorresponsabilidad sirve también como pauta de solución para fundamentar la impunidad de la intervención de aquellos entre varios sujetos que contribuyen causalmente a la comisión de una infracción penal que no cumplen los requisitos de la participación o autoría delictivas(...)"*(Meliá, 2026, 365) [11]

Podría afirmarse entonces, que ante las posturas pregonadas por las nuevas tendencias victimodogmáticas encuentran eco en la teoría de imputación objetiva desarrollada por Roxin, misma que ha sido analizada en vastos pronunciamientos jurisprudenciales en nuestro país[12] y que se encuentra sustentada en tres

[9] Carlos Chinchilla Sandí. La culpa en el Derecho Penal. 2004, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental 2004, 28-29

[10] Claus Roxin. Derecho Penal, Parte General. 1997, Madrid, España, Editorial Civitas S.A. 1997, 566

[11] Manuel Cancio Melía, Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal, 2026 (Argentina, Elías Porter Talleres Gráficos) 365

[12] En este sentido ver votos N. 00313-2019 Tribunal de Apelación de Sentencia de Guanacaste, Tribunal de Apelación de Sentencia de II Circuito Judicial de San José

criterios fundamentales como lo es la creación de un riesgo no permitido, la realización del riesgo no permitido y el alcance del tipo, es precisamente en este último apartado que el autor desarrolla varios casos donde la conducta de la víctima puede excluir la tipicidad de la conducta.

Este tercer componente es denominado fin de la norma o alcance del tipo y dentro de la estructura teleológica-funcional del planteamiento de Roxin, consiste en la determinación una vez de configurado la creación de riesgo no permitido y la concreción de ese peligro en un resultado lesivo, se necesita establecer si esa conducta se encuentra dentro del fin de protección de la norma, al respecto el Dr. Salas ha indicado: *"Para atribuir una responsabilidad penal a alguien, lo que puede conllevar incluso a privarlo de su libertad, se requiere no de una mera comprobación de causalidad o de un hecho objetivamente verificable como el de creación de un peligro, además se debe acudir a una valoración global del fin que persigue la norma penal (de allí lo de reducción teleológica). Dado que la norma penal es uno de los instrumentos más violentos con que cuenta el derecho para sancionar a los miembros de una comunidad, entonces es aconsejable preguntarse, antes de su aplicación, sobre la finalidad o finalidades de protección que esta busca."(Salas, 2020, 12)*[13], es así como dentro de este requisito existen dos ámbitos de participación de la víctima en la producción del resultado que excluyen la imputación y estos son a) La colaboración en una autopuesta en peligro dolosa y b) la puesta en peligro de otro admitida por este.

a) La colaboración en una autopuesta en peligro dolosa

Al respecto de la autopuesta en peligro debemos indicar que se ha fundamentado su existencia bajo el análisis de la siguiente premisa: en si el suicidio o las autolesiones son impunes, no pueden ser punibles tampoco la colaboración en una dolosa autopuesta en peligro. Al respecto, se ha indicado: *"Esto debe responderse negativamente según las valoraciones que sirven de base a la ley. Puesto que, según la ley alemana, en principio es impune la participación en un suicidio, o sea en una muerte dolosa de sí mismo, o también en una autolesión dolosa, no puede ser punible tampoco la colaboración en una dolosa autopuesta en peligro. Y es que si se puede realizar impunemente lo mayor (la autolesión), con más razón deberá quedar sin sanción lo menor (la autopuesta en peligro.* (Roxin, 2014, 126)"[14]

Así las cosas, dentro del alcance del tipo, se excluirían las conductas donde la víctima dolosamente entrañen acciones peligrosas muy superiores a parámetros que puedan ser definidos convencionalmente como normales. El autor Marco Antonio Terragni ha desarrollado el tema de la autopuesta en peligro en los delitos culposos, estableciendo condiciones para que resulte impune la intervención en un suceso en el que el lesionado se ha puesto en peligro, ha identificado las siguientes:

> *"Que quien padece las consecuencias haya puesto en marcha el acontecimiento.*
>
> *Que la decisión de haber puesto en marcha el acontecimiento sea el producto de su voluntad libre; es decir, no determinada por el otro.*
>
> *Que mantenga en sus manos el control del suceso, desde el primer momento hasta el*

N. 01023-2023, Tribunal de Apelación de Sentencia de Alajuela, San Ramón, N. 000660-2012

13 Minor Salas. Aspectos Básicos de la Imputación Objetiva. (2020), 12. https://www.studocu.com/co/document/universidad-santiago-de-cali/recursos-humanos/aspectos-basicos-de-la-imputacion-objetiva-salas/101033829

14 Claus Roxin. La Imputación Objetiva en el Derecho Penal, 2014, Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L. 2014, 566

último (cuando se produce la lesión).

Que el daño sea la consecuencia exclusiva del mismo peligro inicial." (Terragni, 2010, 289-290)[15]

Así el autor establece que si concurren estas circunstancias, opera la autopuesta en peligro y por ende no habría tipicidad. El presupuesto consiste que si este hecho ha sido asumido voluntaria y dolosamente por la víctima; es decir, por el titular concreto del bien jurídico protegido, no existiría tipicidad, el presupuesto es el principio de autorresponsabilidad y la concepción de un estado liberal donde no es posible arrogarse la decisión de los ciudadanos, al respecto se ha indicado: *"El argumento que se esgrime contra una imputación de responsabilidades es que se va más allá del fin del tipo penal de homicidio (imprudente), pues este no abarca aquellos supuestos donde la violación del deber de cuidado es asumida por el propio lesionado. Igualmente, una eximente de responsabilidad en estos casos se desprende de dos criterios: del llamado principio de autoresponsabilidad (Schumann, 1986, Roxin, 1999, p.304) y de una concepción liberal del ordenamiento jurídico y de las funciones del derecho penal. El Estado no puede arrogarse el derecho de decidir por sus propios ciudadanos lo que les convenga o no. Cada quien es libre de configurar las decisiones que desee tomar dentro del marco o esfera de su vida donde no afecte la convivencia pacífica con otros miembros de la comunidad. Sancionar conductas de este tipo sería propio de un Estado paternalista que irrespeta las decisiones voluntarias de los individuos. Distinto es el caso, por supuesto, si se demuestra que quien ha tomado la decisión no es consciente del riesgo en que incurre, pues en esos supuestos habrá que aplicar los criterios de la participación."(Salas, 2020, 13)*[16]

Es decir, la autopuesta en peligro ocurre cuando una persona de forma libre y voluntaria, además de absolutamente consciente asume un riesgo para sus propios bienes jurídicos, por ejemplo serían los deportes de alto riesgo, el contagio de enfermedades venéreas o incluso el consumo de drogas.

b) Heteropuesta en peligro consentida

Se ha denominado como la puesta en peligro de otro admitida por este, es el segundo presupuesto que consiste en términos sencillos en una forma de aprobación de la víctima de la conducta riesgo pero esta vez no dominada por ella, sino por un tercero.

Al respecto indicó: *"Este grupo de casos todavía poco explotado (258), se refiere a la situación en la que alguien no se lesiona a sí mismo dolosamente, sino, conociendo los riesgos, hace que otro lo ponga en peligro. Ejemplo 1 (T. Reich, tomo 57, p. 172): En medio de una tormenta, un pasajero le pide a un barquero que lo haga cruzar el río Memel. El barquero le recomienda que no hay que añadir que, en los homicidios, la idea jurídica del art. 216 [muerte a petición] se opone a la efectividad de un consentimiento"* (Roxin, 2014,138-139)[17] La diferencia radical entonces entre la autopuesta en peligro y la heteropuesta en peligro consentida, se encuentra en que no son equiparables desde el alcance del tipo, toda vez que quien admite la puesta en peligro dominada por otro está más expuesto a los acontecimientos que aquel que se pone a sí mismo en peligro ya que no domina los peligros de la acción sometida al escrutinio de imputación. A su vez Roxin,

[15] Marco Antonio Terragni. El delito culposo en el Tránsito y la Medicina. 2010. San José, Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, 2010, 289-290.

[16] MinorSalas. Aspectos Básicos de la Imputación Objetiva. (2020), 16. https://www.studocu.com/co/document/universidad-santiago-de-cali/recursos-humanos/aspectos-basicos-de-la-imputacion-objetiva-salas/101033829

[17] Claus Roxin. La Imputación Objetiva en el Derecho Penal, 2014, Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L. 2014. 566

establece que quien se somete a sí mismo a este riesgo dominado por otro, debe tener capacidad de culpabilidad, no debe haber sido coaccionado y tiene que haberse dado cuenta del riesgo en la misma medida en que lo había hecho el que genera el peligro.

De esta forma para concluir con el tema del ámbito de los delitos culposos, de lo anteriormente indicado se demuestra que se fundamente las excluyentes del tipo objetivo en el principio de autorresponsabilidad, lo cual considero es sistematizado de una forma adecuada mediante la autopuesta en peligro y la heteropuesta en peligro consentida, son escenarios o ámbitos que adquieren una función relevante en el análisis sistémico de la teoría del delito y particularmente en delitos culposos ya que delitos se caracterizan por la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado que se concreta en un resultado lesivo.

La cuestión central reside entonces en determinar si el resultado puede ser atribuido a la conducta imprudente del autor o si, por el contrario, la conducta de la víctima ha intervenido de tal manera que el resultado debe ser considerado como parte de su propia esfera de responsabilidad. En este sentido, no hay que perder de vista los presupuestos planteados por Roxin, que aseguran bajo ciertos parámetros un modelo pragmático y sistémico para analizar cuando ese aporte de la víctima interrumpe ese nexo normativo excluyendo así la imputación del resultado al autor del hecho.

La corriente de imputación normativa del dolo

En esta segunda parte del artículo, me avocare a exponer de forma sintéticas dos de las teorías más novedosas en el ámbito de la normativización del dolo. Debemos partir de una premisa, es que el tema de análisis del dolo no ha sido un tema apacible, ya que encuentra serios cuestionamientos sobre la posibilidad de extraerlo tanto en el ámbito sistemático conceptual, como en el ámbito forense probatorio. Esto es un desafío que han enfrentado las distintas vertientes de la dogmática jurídico penal y que persiste en la actualidad.

No obstante, hay una predominancia de las posturas dualistas, estas son las que exigen un componente de conocimiento y otro de voluntad en el autor para la configuración del dolo, pertenecen a una vertiente denominada volitiva o sicologista del dolo, a esta postura se le ha hecho varias criticas esenciales, que se pueden resumir de la siguiente forma:

> *"a) la voluntad es un elemento básico común a toda conducta entendida como un comportamiento humano externo y voluntario, por lo que* ***no sirve como elemento diferenciador entre el tipo doloso y el tipo imprudente****;*
>
> *b) sólo el dolo directo se corresponde psicológicamente con lo que el autor ha querido. En el dolo de las consecuencias necesarias y* ***en el dolo eventual el autor no pretende alcanzar el resultado, sino que sabe que éste está vinculado de forma necesaria o posible con la conducta ejecutada voluntariamente;***
>
> *c)* ***el dolo definido como intención es demasiado limitado porque lleva a sancionar como imprudencia supuestos con un merecimiento de pena de comportamientos dolosos,*** *por lo que la doctrina y la jurisprudencia en el siglo XIX crearon los conceptos de dolo directo de segundo grado y de dolo eventual para ampliar el ámbito de los delitos dolosos y no tener que sancionar como imprudentes supuestos de cierta gravedad;*
>
> *d)* ***no pueden probarse las intenciones.***

Lo que el sujeto quiera pertenece a su fuero interno que no puede ser objeto de valoración1;

e) ***la intención que llevó al sujeto a actuar puede no coincidir con la realización típica.*** *Así, el sujeto puede asaltar un banco con la intención de salir en los periódicos;*

f) ***conduce a un abuso del lenguaje porque obliga a encontrar el elemento volitivo en sucesos que difícilmente coinciden con el vocabulario cotidiano,*** *afirmándose que "en sentido jurídico" se puede aceptar consecuencias no deseadas, de manera que "el autor también puede aprobar un resultado que para él mismo es no deseado". Ello equivale a sostener que "perro, en sentido jurídico, también es un gato", ya que en la comprensión corriente del lenguaje no concurre un "aprobar" y lo que debe comprenderse bajo "aprobar en sentido jurídico" queda indeterminado;*

g) ***carece de un contenido propio que justifique su inclusión en el concepto de dolo, ya que la inferencia del elemento volitivo a partir de la "actuación pese al conocimiento*** *"tiene un tinte cognoscitivo que hace dudar sobre la necesidad de incluir en el dolo un requisito volitivo, ya que, así definido, carece de un contenido que justifique su inclusión;*

h) en los ***delitos de mera actividad se afirma la existencia de dolo con el solo conocimiento de las circunstancias típicas.*** *Ningún juez negaría el dolo del acusado de abuso sexual que afirme haber realizado tocaciones a una víctima de diez años conociendo su edad, pero "no queriendo hacerlo";*

j) ***conduce a un Derecho penal de autor, ya que para probar la existencia del elemento volitivo, sobre todo en los casos de dolo eventual, la jurisprudencia presume el dolo en personas*** *que por sus antecedentes, por su personalidad o por realizar una actividad no aceptada socialmente, se parte de la base de que "querían" o "aceptaban" el resultado lesivo y se niega el dolo respecto de personas que realizan una actividad generalmente aceptada por su utilidad social (médicos, abogados), presumiendo que "no querían", excluyendo la punición dolosa y optando por la imprudente, por consideraciones de Derecho penal de autor;*

k) ***si el dolo es un estado mental también lo sería la imprudencia,*** *sin embargo, es discutible que concurra un estado mental en la imprudencia inconsciente, en la que el sujeto responde porque estaba ante un riesgo cognoscible, que debía conocer y que, sin embargo, no conoció"(Espinoza, 2023, 17-18)* [18]

A partir de lo anterior, es posible extraer que las principales críticas pueden ser sub-divididas en dos grandes temas, por un lado los cuestionamientos que podríamos indicar pertenecen a la *delimitación conceptual del dolo* y un segundo ámbito que gira en torno a la *demostración forense del dolo.* En el primer grupo podríamos entonces establecer que los principales problemas devienen de incluir el elemento volitivo dentro del dolo, ya que ese "querer" de realizar el tipo penal genera problemas para diferenciar los diferentes grados, pero principalmente para diferenciar el delito doloso del delito imprudente. El segundo gran tema corresponde a las capacidades probatorias, es decir, como demostrar mediante un análisis objetivo de la prueba la existencia de esa intención del autor, e incluso como diferenciarlo en grados e incluso con el elementos subjetivo del delito imprudente, donde se cuestiona que incluso se ha recurrido jurisprudencialmente a presunciones

[18] Mauricio Rettig Espinoza. Sobre la Distinción entre Indicios e Indicadores de Dolo en el Derecho Penal. 2023 Universidad Alberto Hurtado, 2023, 17-18 https://revistadecienciaspenales.cl/wp-content/uploads/2023/10/Revista-CP-2023_Numero-2-Final-19-60.pdf

basadas en la personalidad o antecedentes del sujeto para afirmar su existencia.

Esto ha llevado, a la aparición de propuestas normativistas del dolo, que lo que pretenden es reducir el margen de discrecionalidad que se ha utilizado en la aplicación de la valoración subjetivista del dolo y establecer conforme a parámetros objetivos establecidos principalmente descritas como competencias cognitivas la atribución objetiva del dolo.

En la dogmática penal moderna, la discusión sobre el tema ha llevado a la aparición de diferentes autores que defienden el concepto normativo del dolo, que van desde las teorías funcionalistas más mesuradas como Roxin que defiende un concepto de voluntad normativo en el que: *"la finalidad se presenta como realización conforme a un plan de un tipo de delito"* (Roxin, 1997, 426)[19], hasta las propuestas más radicales que como veremos niegan la necesidad la inclusión de ese estado mental subjetivo (conocimiento y voluntad) y aducen que en el dolo debe considerarse como una atribución normativa basada en competencias cognitivas y la infracción de deberes, de ellas nos enforcaremos en adelante en dos posturas propiamente la Teoría de Co-conciencia y las Tesis Aglutinadoras.

VI. Teoría de Co-conciencia de Winfried Platzgummer

La teoría de Platzgummer pertenece a un grupo radica que no solo pretende normatizar el concepto de dolo sino que además, establece un concepto unitario del dolo. La percepción del autor corresponde a que el sujeto tiene conocimientos esenciales, vitales o inherentes a cada persona. La propuesta tiene como base un concepto denominado Co-consciencia, el cual define como un conocimiento potencial de los elementos el tipo penal, subdividiendo esto en dos grupos principales:

1. **Significado de objetos:** es decir, hay una posibilidad de percibir varios elementos de forma sensorial, social y materialmente. Este primer grupo no representaría problemas en el juicio o atribución subjetiva ya que según Platzgummer, todo ser humano tiene esa capacidad de percepción de forma automática, lo que denomina como una **síntesis psíquica,** al respecto el autor ha indicado: *"Sobre este grupo, Platzgummer va a sostener que el sujeto es dotado de una capacidad de percepción automática, es decir, percibe de modo automático el significado y el sentido del objeto, no siendo necesario que dicha percepción sea expresa, pues el sujeto es advertido inmediatamente del objeto y su significado social y material. A lo sumo, el primer grupo de elementos puede ser resumido como aquellos percibidos de forma global, siendo así «abarcados en toda la extensión y significado», aprendidos inmediatamente de forma, incluso, no expresa."* [20] ((Rudá, 2020, 346) sobre el particular el sujeto del hecho no necesitaría ni verbalizar o reflexionar expresamente sobre lo que percibe pone por ejemplo el hijo que mata a su padre sabe de forma inherente la condición de su progenitor sin pensarlo conscientemente.
2. **Características u obligaciones del sujeto:** esto es lo referente a las condiciones que pueden ser ya propias del individuo, a través del tiempo, como por ejemplo la condición de funcionario público, es una de las categorías en que se da la co-consciencia, se denominan como ***co-conocimiento,*** se refiere a cualidades inherentes y duraderas del individuo, como la condición de funcionario público, al respecto

[19] Claus Roxin. Derecho Penal, Parte General. 1997, Madrid, España, Editorial Civitas S.A. 1997, 426

[20] Antonio Solón Rudá. Dolo e imprudencia, Un Viaje Crítico por la Historia de la Imputación. 2020 (Barcelona, España) J.M. Bosch Editor. 346.

se ha referido: *"Esto ocurre porque, según Platzgummer, la cualidad de funcionario ya está implícita en el conocimiento del sujeto, tanto que «cuando alguien pregunta por esa cualidad, el sujeto no necesita, para contestar, ningún esfuerzo de la memoria, sino que la respuesta está siempre inmediatamente disponible en base a la vivencia inmediata y actual, sin necesidad de reflexionar y sin los característicos fenómenos que se presentan cuando uno se acuerda de algo"* (Rudá, 2020, 347)[21], es decir, se trata de un conocimiento que estaba implícitamente presente en el autor, sin necesidad de realizar un esfuerzo importante de memoria.

Así las cosas desde esta teoría se puede indicar que para Platzgummer, existe dolo cuando los elementos del tipo penal objetivo son conocidos por el autor básicamente de forma automática pues forman parte de su vida inmediata y actual.

Críticas a la teoría de la co-consciencia:

Son múltiples las críticas que ha recibido la teoría de la co-consciencia de Platzgummer, han sido recogidas por Antonio Solón Rudá los argumentos consisten en los siguientes:

1. Tendencia generalizadora: se ha hecho una crítica desde lo que indica Schewe, quien establece que la postura incluye en la figura del dolo que todas las personas poseen conocimiento y un nivel de percepción idéntico, lo que considera imposible ante la diversidad de personas. Así se ha indicado como crítica la siguiente: *"En ese sentido, considerando que Platzgummer confiere aplicabilidad a su teoría confiando de forma inconsecuente que todas las personas presenten naturalmente el mismo nivel de percepción y reflexión ante hechos ocurridos a su vuelta, y debido a esto estamos de acuerdo con las críticas de Schewe que descaracterizan el concepto de dolo de Platzgummer de modelo único para todos los hechos delictuosos."* (Rudá, 2020, 348)[22]
2. Ampliación desproporcionada del dolo: esta es la postura de Köhler, quien cuestiona la figura de la síntesis psíquica, estableciendo que hay una expansión conceptual del dolo de forma desproporcionada y que no responde a parámetros objetivos, se ha establecido que: *"Köhler va a concentrar su crítica en la idea de «síntesis psíquica» sostenida por Platzgummer, con la cual no está de acuerdo. Igual a Schewe, este autor va a apuntar el equívoco que queda estribado en la teoría de la co-consciencia, que es el de promover una ampliación conceptual del dolo de forma «objetiva y desproporcionada», razón por la cual no se debe dar validez a la dicha tesis"* (Rudá, 2020, 349)[23]
3. Presunción del contenido del dolo: otra de las criticas proviene de Francisco Muñoz Conde quien establece que la utilización del concepto de la co-conciencia hace que se fuerce la inclusión de datos en el concepto de dolo, presuponiendo que debe la persona conocerlo, se ha indicado: *"Lo que ambas hacen no es más que llevar en consideración que el sujeto, de una forma obligatoria y automática, lleva a cabo una conducta tras percibir los objetos del mundo exterior en toda su dimensión y significado, percepción que surge basada en experiencias*

[21] Antonio Solón Rudá. Dolo e imprudencia, Un Viaje Crítico por la Historia de la Imputación. 2020 (Barcelona, España)
J.M. Bosch Editor. 347.

[22] Antonio Solón Rudá. Dolo e imprudencia, Un Viaje Crítico por la Historia de la Imputación. 2020 (Barcelona, España)
J.M. Bosch Editor. 348.

[23] Antonio Solón Rudá. Dolo e imprudencia, Un Viaje Crítico por la Historia de la Imputación. 2020 (Barcelona, España)
J.M. Bosch Editor. 349.

pasadas. Lo que el propio Schmidhäuser va a definir como «conocimiento basado en el pensamiento material». Así, criticando tanto a Schmidhäuser cuanto a Platzgummer, Muñoz Conde va a aducir que ambas teorías «no son más que fórmulas para incluir en el concepto de dolo datos o elementos que no siempre quedan abarcados en este tipo de conocimiento actual exigido por el aspecto intelectivo del mismo»" (Rudá, 2020, 349)[24]

4. Generalización del concepto de dolo: esta crítica proviene de la autora Díaz Pita, quien destaca que hay una generalización en la figura del dolo que no puede permitirse, amplia el elemento presuponiendo que todas las personas tienen la misma capacidad de reflexión, al respecto se ha indicado lo siguiente: *"En definitiva, partiendo del hecho de que no todos los sujetos tienen la misma capacidad de percepción y reflexión ante una situación determinada, Díaz Pita se va a poner contra la tesis de Platzgummer y debido a esto va a negar validez general. Por tanto, dicha teoría no nos sirve, como patrón general, para resolver todos los problemas que el elemento intelectual del dolo plantea"* (Rudá, 2020, 350)[25]

5. Además de estos autores, Antonio Solón Rudá añade que la tesis de Platzgummer no es más que una presunción de dolo encubierta que dota a la imputación de una "automatización" impropia de las conductas humanas y ajena a los preceptos de un Estado democrático de Derecho, en la que acusa falta de innovación y rigor dogmático. Al respecto refiere: *"De nuestra parte, la tesis de Platzgummer no ha innovado de forma sustancial y relevante en la cuestión de la imputación y en la búsqueda por un concepto unitario de dolo. En definitiva, lo que se ha percibido es que nuestro autor no hay conseguido, a ejemplo de tantos otros, librarse de los clichés del tema, como el excesivo grado de objetivismo en el concepto de dolo."* (Rudá, 2020, 350)"[26]

A la luz de los planteamientos aquí esbozados, resulta evidente que la postura de la co-consciencia lejos de permitir un margen reducido de discrecionalidad como pretenden las tesis funcionalistas o normativistas del dolo, aumenta a un grado mucho mayor la posibilidad de que se tenga por sentada la presencia del dolo en todos los casos, lo cual definitivamente resulta incompatible con un Estado Democrático, resultando un grave equivoco presumir además que exista un concepto universal para aplicarlo a todas las personas.

VII. Teorías Aglutinadoras del dolo.

Contrario a las teorías sicologistas, para determinar la imputación subjetiva, las teorías aglutinadoras han propuesto desde el normativismo parámetros para determinar la relevancia penal de lo subjetivo, pero sin hacer una interpretación de lo que el autor tenía en su consciencia. Al igual que la co-conciencia, la idea es abandonar el supuesto volitivo de la valoración del tipo, para el autor Cornelius Prittwitz proyecta una tesis para aglutinar indicios probatorios para determinar el dolo y distinción con la imprudencia y también Schünemann quien desarrolló una teoría donde lo importante es la acreditación forense del dolo.

[24] Antonio Solón Rudá. Dolo e imprudencia, Un Viaje Crítico por la Historia de la Imputación. 2020 (Barcelona, España)
J.M. Bosch Editor. 349.

[25] Antonio Solón Rudá. Dolo e imprudencia, Un Viaje Crítico por la Historia de la Imputación. 2020 (Barcelona, España)
J.M. Bosch Editor. 350.

[26] Antonio Solón Rudá. Dolo e imprudencia, Un Viaje Crítico por la Historia de la Imputación. 2020 (Barcelona, España)
J.M. Bosch Editor. 350.

Teoría basada en indicios (Prittwitz):

Lo que pretende el autor es establecer una teoría basada en indicios, parece más enfocada a la constatación del dolo o culpa y no a la identificación interna de un "querer", para Prittwitz se considera una actitud interna del sujeto en la realización del tipo y no una valoración consistente en el querer o consentir.

Al respecto se ha indicado: *"En definitiva, lo que hace Prittwitz es defender una valoración de todas las teorías, considerando, desde ya, sus indicios de forma conjunta, es decir, una utilización de todos los criterios definitorios de una y otra categoría de la imputación, teniendo en mente que la valoración individual sola no ofrece condiciones para la constatación del dolo. Para este autor, tanto la imputación objetiva cuanto la subjetiva debe servirse de la entidad del riesgo creado, razón por la cual, elige a este como la entidad que proporciona un concepto central para su «teoría en base a indicios». El fundamento para una imputación a título de imprudencia, por ejemplo, según Prittwitz, es la aceptación de determinado riesgo cuya probabilidad de realización se verifique muy baja lo suficiente para causar un daño apenas insignificante, pues al contrario teníamos la figura dolosa." (Rudá,2020,409)*[27] como vemos, se trata una alternativa de constatación de la intención del autor, lo cual considera es necesario a partir de la observación de indicios que permitan diferenciar la imputación subjetiva del dolo o la culpa, para ello el autor ha definido cuatro indicios que según su teoría permiten arribar a esa conclusión, los cuales deben ser considerados de forma conjunta serían los siguientes:

1. La probabilidad de ocurrencia del resultado: ante mayor probabilidad en la ocurrencia del hecho se determina la presencia del dolo de forma indiciaria, se ha indicado: *"nuestro autor va a sostener que lo importante es la probabilidad de ocurrencia del resultado en los términos de la teoría de la probabilidad, siendo dicha probabilidad un «síntoma esencial» que indica la presencia del dolo, pues la alta probabilidad indicaría que el sujeto, proporcionalmente, «quiere» el resultado en alta cuenta lo que torna este indicio (probabilidad)" (Rudá, 2020,409)*[28]
2. La aprobación o consentimiento del sujeto: si la persona o autor consentía o aprobó la ocurrencia del resultado, es una actitud presuntiva de dolo.
3. La voluntad de evitación (factor para distinguir el dolo de la imprudencia): si la persona a pesar de reconocer la posibilidad de un resultado, tiene la voluntad dirigida a evitar una lesión o la ocurrencia del resultado no actúa con dolo, esto es parte de la doctrina finalista de Armin Kaufmann, al respecto Antonio Solón Rudá (2020) indicó: *"la voluntad de evitación presentada en la doctrina por Armin Kaufmann como factor de distinción entre el dolo y la imprudencia, es fundamental en la propuesta aglutinadora de Prittwitz en cuanto trata tal disposición como indicio y no como factor definitorio excluyente." (Rudá, 2020,409)*[29]
4. La naturaleza del peligro o riesgo creado: Esta se fundamenta en la teoría de

[27] Antonio Solón Rudá. Dolo e imprudencia, Un Viaje Crítico por la Historia de la Imputación. 2020 (Barcelona, España)
J.M. Bosch Editor. 409.

[28] Antonio Solón Rudá. Dolo e imprudencia, Un Viaje Crítico por la Historia de la Imputación. 2020 (Barcelona, España)
J.M. Bosch Editor. 409

[29] Antonio Solón Rudá. Dolo e imprudencia, Un Viaje Crítico por la Historia de la Imputación. 2020 (Barcelona, España)
J.M. Bosch Editor. 409.

Herzberg que argumenta que si el autor no es consciente de que está creando un riesgo prohibido el dolo no existe aun cuando se produce el resultado.

Como vemos se trata de una noción innovadora para la valoración del dolo, que incluye elementos de carácter subjetivo y objetivo pero aglutinados en un único análisis. Incluso se trata de un reduccionismo que excluye el conocimiento y voluntad del espectro de estudio del dolo, es criterio que se trata de una tesis que tiene que ser probada casuísticamente pero que determina un viraje radical en la concepción consuetudinaria del análisis de la imputación subjetiva.

Tesis de Schünemann: concepto tipológico del dolo

Se centra la presente teoría en establecer que las discusiones sobre la determinación del dolo, corresponden al ámbito filológico, que se tratan de distintas conceptualizaciones que al final pertenecen al mundo del sentido de las palabras y no propiamente a una discusión sobre el contenido propio del dolo, por ello la propuesta es un concepto libre de estos elementos filológicos y tratarlo como un "typus" compuestos por elementos objetivos y subjetivos.

Al respecto Antonio Solón Rudá (2020) estableció: *"Para Schünemann, no hay más que algunas variaciones lingüísticas en dichas discusiones y esto «no permite reconocer ninguna nueva concepción por detrás de la 'niebla del lenguaje'». La idea central de Schünemann es la de construir un concepto libre del filologismo identificando en la mayoritaria doctrina, lo que va a llamar de «concepto tipológico» donde, a ejemplo de la concepción de Prittwitz, pretende reunir tanto elementos objetivos como subjetivos." (Rudá, 2020,412)*[30]

La crítica que se le hace a esta teoría aglutinadora, consiste en que el autor establece que el concepto debe ser según establece Antonio Solón Rudá como: "«compuesto de varios elementos distintos con una intensidad graduable de la expresión de los elementos, pudiéndose compensar la expresión menos intensa de un elemento mediante la expresión más intensa de otro elemento», pero propiamente no establece cuales son esos elementos que deben ser conglobados, es decir, defiende un concepto tipológico pero no establece claramente el contenido.

CONCLUSIONES:

A raíz del presente trabajo es posible extraer las siguientes conclusiones:

1. De la revisión de las tendencias contemporáneas en materia de imputación penal, podemos observar que el redescubrimiento de la víctima podría incluso sostenerse ha influido en su perjuicio, toda vez que la valoración de la conducta de la víctima en el ámbito de la tipicidad penal podría tener como consecuencia la generación de impunidad penal, al cargar de protección al autor respecto al titular bien jurídico.
2. La teoría de la imputación objetiva en su vertiente funcional ha ofrecido un marco conceptual para abordar estas cuestiones, las figuras de autopuesta en peligro y la heteropuesta en peligro consentida, constituyen categorías abiertas cuya aplicación puede oscilar entre la legitima exclusión de imputación y una desprotección del bien jurídico.
3. En el ámbito de la imputación subjetiva, encontramos que las críticas al modelo

[30] Antonio Solón Rudá. Dolo e imprudencia, Un Viaje Crítico por la Historia de la Imputación. 2020 (Barcelona, España) J.M. Bosch Editor. 412.

psicológico del dolo han aperturado un espacio para la proliferación de propuestas normativistas, que pretenden superar las dificultades probatorias del elemento volitivo.

4. La teoría de la co-consciencia de Winfried Platzgummer representa una manifestación radical del normativismo, su construcción del dolo unitario basado en conocimientos inherentes y automáticos presupone que una universalización de los sujetos, lo cual no sólo raya contra el principio democrático sino además resulta incompatible con un derecho penal de acto.
5. Las teorías aglutinadoras, aunque menos radicales tienen una serie de problemas o críticas que no han podido superar, pero que plantean distintos indicios de valoración del dolo, se trata de un dolo metodológicamente estructurado.

BIBILIOGRAFÍA:

Bibliografía

Libros

* BONET ESTEVA, Margarita. La víctima del delito (La autopuesta en peligro como causa de exclusión del tipo de injusto). Madrid: MCGRAW-HILL/INTERAMERICANA DE ESPAÑA, S.A.U., primera edición en español, p. 67.

* CANCIO MELIÁ, Manuel. Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal: estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. Barcelona: José María Bosch Editor, Librería Bosch, 1998, p. 178 y ss.

* JAKOBS, Günther. La imputación objetiva en el Derecho Penal. Primera edición. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 1996; reimpresión, 1997, pp. 16-17 y 22.

* ROXIN, Claus. Problemas básicos del Derecho Penal. Madrid, 1976.

* SCHMIDHÄUSER, Eberhard. Strafrecht Allgemeiner Teil. Tübingen, 1970, p. 214.

* SCHÜNEMANN, Bernd. "Victimodogmática". En Problemas capitales del moderno Derecho Penal a principios del siglo XXI. México: CEPOLCRIM, 2002.

—

Revistas y artículos académicos

* ROXIN, Claus. "Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten". En Karl Lackner et al. (eds.), Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag. Berlín, 1973, pp. 243-259.

* SCHNEIDER, H. J. "La posición jurídica de la víctima del delito en Derecho y en el proceso penal (Nuevos desarrollos en la política criminal de los Estados Unidos, de la RFA, del Consejo de Europa y de las Naciones Unidas)". Cuadernos de Política Criminal, 1988, pp. 355-376.

* SCHÜNEMANN, B. "Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege". NStZ, 1986, p. 439.

* SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. "¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito? Introducción al debate sobre la victimodogmática". En Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona (Libro homenaje al Prof. Antonio Beristain). San Sebastián, España: IVAC-KREI, 1989, pp. 633 y ss.

—

Códigos, jurisprudencia y consultas web

* Consulta al Código Penal de Costa Rica , realizada a las 20:39 horas del 03 de marzo de 2026.

* Consulta a Nexus Poder Judicial , realizada a las 19:00 horas del 04 de marzo de 2026.

* Consulta a Nexus Poder Judicial , realizada a las 18:00 horas del 03 de marzo de 2026.

El Delito de Incumplimiento del Deber de Abstención, Inhibición o Excusa en la Función Pública y su Relación con el Conflicto de Intereses

M.Sc. Amalia Sánchez de LEÓN CASTELLANOS [1]
M.Sc. Andrés ÁLVAREZ RODRÍGUEZ [2]
Dr. Alfonso NAVAS APARICIO [3]

Resumen: El delito de incumplimiento de deberes contempla dos supuestos de hecho que se tipifican como delitos de omisión, los primeros; y como delitos de acción, los segundos. Estos últimos, relativos a la ausencia de abstención, inhibición o excusa del funcionario público, fueron introducidos en el año 2001, con un error de sintaxis y de semántica que hacen ininteligible el sentido de la norma y quebranta los principios de precisión, certeza y seguridad jurídica. No se trata de un delito formal, pues exige la incidencia en derechos subjetivos conforme a una concepción personalista del bien jurídico probidad en el ejercicio de la función pública. Uno de los supuestos que abarca ese tipo penal es la ausencia de una debida gestión del conflicto de intereses, que debe tener particular relevancia en una nueva tipificación del delito que, como norma penal en blanco, ha de remitir solo a normas legales, no reglamentarias.

Abstract: The crime of breach of official duties covers two factual cases that are characterized as crimes of omission, the first; and as crimes of action, the second. The latter, concerning the absence of abstention, inhibition or excuse of the public official, were introduced in 2001, with a syntax and semantic error that makes the meaning of the rule unintelligible and breaks the principles of precision, certainty and legal security. It is not a formal offense, as it requires an impact on subjective rights according to a personalist conception of the legal interest integrity in the exercise of public office. One of the situations covered by this criminal type is the absence of proper management of the conflict of interests, which must have relevance in a new codification of the offense which, as a blank criminal norm, must refer only to statutory provisions, not regulatory rules.

Palabras Clave: Delito de Incumplimiento de Deberes; Deberes de Abstención, Inhibición y Excusa en la Función Pública; Conflicto de Intereses; Ética en la Función Pública; Derecho Penal.

Keywords: Crime of Breach of Official Duties; Duties of Abstention, Inhibition and Excuse in the Public Service; Conflict of Interests; Ethics in the Publica Service; Criminal Law.

[1] Abogada Penalista independiente, Consultora, Perito y Docente en Compliance Penal; incorporada al Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica y al Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid. Master en Cumplimiento Normativo Penal, Universidad de Castilla La Mancha. Perito Certificada en Cumplimiento Normativo. Experta en Compliance, Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid. ORCID: 0009-0009-1318-0665. E-mail: amaliasdl@ccompliancepenal.com.

[2] Abogado y Notario Público independiente, Consultor privado especializado en prevención de riesgos penales, civiles y administrativos, Asesor de empresas y asociaciones. Máster en Derecho Penal, Universidad Escuela Libre de Derecho. Actualmente cursa el Máster Iberoamericano en Compliance, Universidad de Salamanca. ORCID: 0009-0001-9292-1573. Correo electrónico: alvaguez97@gmail.com

[3] Abogado Penalista independiente, Docente y Consultor en Costa Rica; CEO de Click Legal, empresa española de Legal Tech. Doctor en Derecho Penal y Master en Criminología, Universidad Complutense de Madrid. Diplomado de Postítulo en Derechos Humanos, Universidad de Chile. Ejerció como Defensor Público, Juez de Tribunal Penal y Letrado de la Sala Tercera (Penal); Abogado Penalista del Banco Nacional y Decano de Derecho de la ULACIT. ORCID: 0009-0001-5615-5453. E-mail: anavas.aparicio@gmail.com.

El Delito de Incumplimiento de Deberes.

El artículo 339 del Código Penal, en dos párrafos, tipifica el delito doloso de incumplimiento de deberes mediante la descripción de dos grupos de conductas que atentan contra el deber de probidad en el ejercicio de la función pública, entendido desde el punto de vista de la protección de los derechos y garantías de las personas que el Estado debe respetar y asegurar en un modelo de organización política social y democrático de Derecho. Se trata de una visión de corte humanista y de una concepción filosófica personalista en el entendimiento de los bienes jurídicos tutelados por el Derecho Penal. Tal posición es coherente con el denominado "efecto vertical" en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que subordina la actividad estatal a la protección del ser humano que ocupa un lugar de supremacía. Así lo regulan, por ejemplo, los artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por medio de los deberes estatales de evitar injerencias arbitrarias en la esfera del desarrollo personal y de adoptar todas las medidas que aseguren el ejercicio efectivo de los derechos humanos.

De ahí que se trate de un delito de acción pública, cuya acción penal la puede ostentar no solo el Ministerio Público, sino también la Procuraduría General de la República y la persona particular, con arreglo a los artículos 16 y 75, párrafo segundo, todos del Código Procesal Penal. El primer grupo de conductas tipificadas en el artículo 339 del Código Penal impone un deber de acción, *pues sanciona una conducta omisiva (delito de omisión):* personas funcionarias públicas que deben realizar determinadas acciones, pero no lo hacen. El segundo prevé un deber de omisión, por lo que *sanciona una conducta activa (delito de acción):* personas empleadas públicas que debiendo omitir la acción prohibida, más bien la realizan. En este último supuesto son subsumibles las casos de ausencia de gestión de un conflicto de intereses en el cumplimiento del cargo. Así, en el primer supuesto el incumplimiento reside en ignorar el deber de actuar; mientras en el segundo supuesto el incumplimiento se halla en ignorar el deber de no actuar. Dispone la citada norma:

> *"Incumplimiento de Deberes.*
>
> *Será reprimido con pena de inhabilitación de uno a cuatro años, el funcionario público que ilegalmente omita, rehúse hacer o retarde algún acto propio de su función.*
>
> *Igual pena se impondrá al funcionario público que ilícitamente no se abstenga, se inhiba o se excuse de realizar un trámite, asunto o procedimiento, cuanto [sic] está obligado a hacerlo".*

Esta es la redacción actual y vigente desde el 15 de enero de 2001, tras su reforma mediante la Ley 8056 "Ley para las Negociaciones Comerciales y la Administración de los Tratados de Libre Comercio, Acuerdos e Instrumentos del Comercio Exterior", de 21 de diciembre de 2000, publicada en el Diario Oficial La Gaceta número 10, de 15 de enero de 2001. Se tramitó bajo el expediente legislativo 13.894. La modificación se centró en dos extremos. Por un lado, la norma describía antes solo el primer grupo de conductas omisivas prohibidas; esto es, las relativas al primer párrafo. Y, por otro, su sanción era de veinte a sesenta días multa. Por lo tanto, la reforma legal amplió el catálogo de conductas prohibidas y adaptó la consecuencia jurídica a una más congruente con el ejercicio de la función pública en el que se comete el delito.

La expresión normativa *"...**cuanto** está obligado a hacerlo",* merece una seria reflexión. Lo correcto habría sido utilizar la conjunción "cuando", para tipificar la conducta de quien no se abstiene, inhibe o excusa *"en caso de que" esté obligado a hacerlo,* o *"si" está en el deber de proceder en ese sentido.* El término "cuanto",

sea como adjetivo relativo, pronombre relativo o conjunción no otorga el sentido que, se supondría, se quiso dar a la fórmula legal. El error de sintaxis y de semántica es evidente. La combinación de aquellas palabras descritas en la última parte del artículo 339 del Código Penal carecen, literalmente, de sentido, a pesar de la similitud fonética y visual de los términos "cuanto" y "cuando". Debe tenerse presente que la primera base de la interpretación normativa reside en el sentido literal de las palabras, que asegura el respeto del principio de legalidad. No se puede entender una norma más allá del significado gramatical posible de los términos utilizados en la ley. Pretender equiparar la acepción de ambas palabras resultaría ilegal, inconstitucional e inconvencional [4].

A lo largo del trámite legislativo de la citada Ley 8056 se instó la reforma del delito de incumplimiento de deberes con la redacción que inicialmente indicaba: *"(...) Igual pena se impondrá al funcionario público que debiendo abstenerse, inhibirse o excusarse de la realización de un trámite, no lo haga"*. En consulta facultativa ante la Sala Constitucional, esta indicó a la Asamblea Legislativa, por medio de su resolución 9219-2000, de 18 de octubre de 2000, que esa fórmula legal resultaba inconstitucional al quebrantar los principios de tipicidad y lesividad, y al trasladar al órgano jurisdiccional la determinación exacta de la conducta punible que en el tipo penal se describía de manera ambigua y poco precisa. Fue entonces cuando la Subcomisión de la Comisión Permanente Especial sobre Consultas de Constitucionalidad, propuso, literalmente, la que es hoy redacción del artículo 339 del Código Penal:

> *"Para subsanar los anteriores vicios de constitucionalidad, los Diputados sugieren que se aprueba una moción al proyecto de ley que diga: (...) 'Igual pena se impondrá al funcionario público que ilícitamente no se abstenga, se inhiba o se excuse de realizar un trámite, asunto o procedimiento,* ***cuanto*** *está obligado a hacerlo'...".*

La Comisión Permanente Especial de Redacción no hizo advertencia alguna sobre el uso de la palabra "cuanto". Dicho texto, con el error señalado, fue aprobado por la Asamblea Legislativa y publicado en La Gaceta para su entrada en vigencia. La solución interpretativa para dar sentido a la norma, no podría ir por la vía de una supresión hipotética del último enunciado *"cuanto está obligado a hacerlo"* para pretender que la primera frase resulta suficiente para comprender con exactitud el ámbito de la conducta penalmente relevante, cumple los requisitos de tipicidad, legalidad, precisión, certeza y seguridad jurídica, e imponer la sanción respectiva. Admitir tal proceder abriría el riesgo de legitimar que los órganos jurisdiccionales, invadiendo funciones legislativas, recorten o cercenen palabras y frases de una disposición normativa con el objeto de reorganizar, reordenar o sustituir sus vocablos, y de reconstruir un tipo penal; más allá de lo que las reglas de interpretación permiten. De todos modos, aun cuando se anulara mentalmente la última frase, ni siquiera la previsión del adverbio "ilícitamente" en el primer enunciado permite interpretar que el comportamiento delictivo se comete cuando el funcionario *irrespeta la obligación específica de abstenerse, inhibirse o excusarse,* núcleo esencial del comportamiento penalmente exigido y que, no en vano, da nombre al delito de incumplimiento de deberes.

En el citado voto 9219-2000, de 18 de octubre de 2000, la Sala Constitucional señalaba a la Asamblea Legislativa lo inadecuado de fórmulas legales que involucraran toda actividad de los

[4] Sobre las reglas de interpretación en materia penal sustantiva y el principio de legalidad, véase Alfonso Navas, *Comentarios de los Artículos 1 y 2, Código Penal Comentado de Costa Rica* (Madrid: Click Legal, 2022), https://www.clicklegal.app.

funcionarios "*sin brindar al juzgador ordinario un marco legal dentro del cual precise por qué la conducta es de tal relevancia que deba ser castigada"*. El primer enunciado *"Igual pena se impondrá al funcionario público que ilícitamente no se abstenga, se inhiba o se excuse de realizar un trámite, asunto o procedimiento"* del párrafo segundo del artículo 339 del Código Penal, por sí solo, es en exceso genérico y ambiguo. La precisión del tipo penal se habría cumplido con una frase de seguido que indicara –bien escrita– *"cuando esté obligado a hacerlo"*. Por lo tanto, puede concluirse que el tipo penal previsto en el párrafo segundo del artículo 339 del Código Penal no podría ni debería aplicarse en tanto mantenga la redacción vigente.

De todos modos, el error en la redacción del segundo supuesto del delito de incumplimiento de deberes no impide, en algunos hechos específicos y según la naturaleza y características de cada caso, la aplicación de otras disposiciones penales que permitan sancionar la conducta, conforme a las reglas del concurso aparente de normas, del artículo 23 del Código Penal, o a las reglas del concurso ideal de delitos, del artículo 21 del Código Penal. Tómese en consideración que en los delitos contra el deber de probidad en la función pública, en el fondo subyacen quebrantos a deberes funcionariales, incluso abusos de autoridad, de forma que, atendiendo a cada caso en particular, el tipo penal de incumplimiento de deberes del artículo 339 del Código Penal podría quedar en algunos casos excluido, sea por especialidad o consunción, por otro tipo penal que describa con mayor especificidad la conducta o que contenga en sí todo el desvalor del comportamiento. Como señala Hernández Gamboa, al interpretar el delito de incumplimiento de deberes, *"Este delito... es de aplicación genérica y supletoria, pues salvo que exista otra descripción típica más detallada, se utilizará esta figura. En realidad, prácticamente todas las conductas funcionales se deben a un incumplimiento de los deberes de los servidores públicos, pero, para aplicar este artículo, es necesario que puntualmente se dé alguno de los dos supuestos, sea por acción u omisión"* [5]. O, podría estarse ante un concurso ideal de delitos, por ejemplo, si la persona funcionaria pública, en un trámite, asunto o procedimiento otorga un beneficio patrimonial a su cónyuge o se lo otorga a sí misma, a pesar de tener la obligación de haberse inhibido por conflicto de intereses. El delito de administración en provecho propio del artículo 48 de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública concurriría idealmente con el de incumplimiento de deberes.

Sin embargo, la aplicación de las reglas concursales de delitos o de normas no conduce a restar relevancia a una correcta tipificación penal del incumplimiento de deberes, ante la posibilidad de que en algunos casos, por sus características concretas, aquellas reglas concursales ni siquiera deban emplearse, de forma que el tipo penal del artículo 339 del Código Penal tenga plena autonomía. Por ejemplo, la persona servidora pública que, *aun resolviendo el fondo de un procedimiento con arreglo al Ordenamiento jurídico,* debía haberse abstenido por la relación familiar que tenía con una de las partes y no lo hizo, con conocimiento y voluntad de su ilícita omisión. Entonces, las dificultades interpretativas del tipo penal con su actual redacción que cuestionan su capacidad de rendimiento y aplicación, no impide que en los acápites posteriores se aborden otros extremos relativos al delito de incumplimiento de deberes bajo la hipótesis de que aquel inconveniente en su redacción se solvente.

Aspectos Sancionatorios en las Sedes Penal y Administrativa.

En primer término, la inhabilitación como

[5] Diana Hernández, *Comentario del Artículo 339, Código Penal Comentado de Costa Rica* (Madrid: Click Legal, 2022), https://www.clicklegal.app.

consecuencia jurídico penal puede ser absoluta o especial, según la normativa costarricense. La inhabilitación absoluta supone la imposición de todas las consecuencias jurídicas contempladas en el artículo 57 del Código Penal [6]; mientras que la inhabilitación especial permite la privación o restricción de uno o varios de los derechos previstos en esa norma, según el artículo 58 del Código Penal. Resulta obligada una interpretación restrictiva, conforme al principio de mínima intervención del Derecho Penal y de proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la pena imponible, para entender que la inhabilitación dispuesta para el delito de incumplimiento de deberes es especial, no absoluta.

Además, partiendo de que se trata de un delito en contra de los deberes de la función pública, sólo deberían ser aplicables por congruencia valorativa, dentro del catálogo de supuestos previstos en el artículo 57 del Código Penal, la pérdida del cargo público y/o la incapacidad para obtener un cargo público [7]. El artículo 365 del Código Penal no resulta aplicable al delito de incumplimiento de deberes. Esta norma contiene una cláusula de extensión *facultativa* para imponer la inhabilitación absoluta o relativa *adicionalmente, de forma complementaria,* a las sanciones previstas en cada tipo penal en contra del deber de probidad en la función pública. Si el artículo 339 del Código Penal prevé como consecuencia jurídica principal la inhabilitación, que debe entenderse especial, carece de sentido y resultaría una contradicción lógica y valorativa, complementarla con una pena de la misma naturaleza.

En segundo lugar, conforme al principio de proporcionalidad entre la conducta prohibida y su sanción, el alejamiento de la pena privativa de libertad al tipificar el delito de incumplimiento de deberes, para optar únicamente por la pena de inhabilitación –ambas "penas principales" conforme al artículo 50.1 del Código Penal, sugiere que para la Asamblea Legislativa, al menos en aquel momento, la magnitud del ilícito penal no reviste una elevada gravedad, de forma que a efectos preventivos especiales y generales, tanto positivos como negativos, basta con la amenaza de la inhabilitación para motivar a personas funcionarias públicas en contra de la realización del delito de incumplimiento de deberes. No obstante, las reglas sobre la prescripción general para todos los delitos cometidos en el ejercicio de la función pública contra el deber de probidad, extienden los plazos prescriptivos con el fin de evitar, en su caso, la impunidad, a pesar de que, en este caso concreto la pena sea de inhabilitación. Así, el artículo 31.d del Código Procesal Penal determina que el plazo de prescripción es de treinta años a partir de la comisión del hecho; y el artículo 62.a de la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública anula la reducción a la mitad del plazo de prescripción cuando esta se interrumpe por cualquier causa prevista en la ley, de forma que el nuevo plazo se vuelve a computar en su totalidad.

Nótese que el artículo 50.1 del Código Penal contempla dentro del catálogo de penas principales la "inhabilitación", sin distinguir entre la inhabilitación absoluta y la relativa, lo que permite interpretar que abarca ambas. No obstante, el inciso segundo de dicha disposición prevé la "inhabilitación especial" también como pena accesoria. Esto es, la inhabilitación especial tiene una doble naturaleza: como pena principal (por ejemplo, en el caso del artículo 339 del Código Penal de incumplimiento de deberes)

[6] Sobre los inconvenientes de una imposición automática e indiscriminada y su quebranto al principio de proporcionalidad, véase Laura Chinchilla, *Comentario del Artículo 57, Código Penal Comentado de Costa Rica* (Madrid: Click Legal, 2022), https://www.clicklegal.app.

[7] De hecho, en la práctica suelen ser las consecuencias más aplicadas tratándose de funcionarios públicos. Así, Diana Hernández, *Comentario del Artículo 365, Código Penal Comentado de Costa Rica* (Madrid: Click Legal, 2022), https://www.clicklegal.app.

y como pena accesoria (por ejemplo, en el caso del artículo 117 del Código Penal de lesiones culposas).

En tercer término, el resultado derivado de un proceso penal (sea condena o absolutoria) no condiciona la consecuencia imponible de naturaleza administrativa disciplinaria. La sede penal y la sede administrativa disciplinaria no son excluyentes, pueden gestionarse de modo simultáneo. Así lo ha sostenido, de manera reiterada, la Sala Constitucional:

> *"Reiteradamente este Tribunal ha sostenido la tesis de que no existe tal prejudicialidad del procedimiento penal sobre el procedimiento administrativo disciplinario, toda vez que las actuaciones que se examinan en cada sede, acarrean responsabilidades distintas, por lo que un sobreseimiento o aún una absolutoria en sede penal, no prejuzga sobre la posible responsabilidad moral, ética o profesional, en este caso, del investigado en sede administrativa, y en general, de las responsabilidades derivadas del accionar lícito o ilícito de los funcionarios u operadores, sometidos a este tipo de regímenes disciplinarios. Además, y relativo al non bis in ídem, es de aplicación lo antes dicho, pues estamos ante faltas distintas, cuyo régimen sancionatorio y de responsabilidades es igualmente diferente, y no es novedad que un mismo hecho pueda generar distintas responsabilidades y consecuencias jurídicas en la esfera de derechos de una misma persona, lo que no implica, según se ha reiterado también por este Tribunal, una doble sanción respecto de un mismo hecho"* (Sala Constitucional, resolución 1199-2021, de 22 de enero de 2021).

Y, en cuarto lugar, aunque se trate más de un aspecto procesal, la existencia de un proceso contencioso administrativo en el que se cuestione la legalidad del acto administrativo, no supone la suspensión de este por prejudicialidad con motivo de que en un proceso penal se investigue el delito de incumplimiento de deberes objeto de este análisis. Precisamente, porque el objeto de la sede penal se dirige a verificar si la persona funcionaria pública resolvió un trámite, asunto o procedimiento habiendo omitido el deber de abstenerse, inhibirse o excusarse, aun bajo el supuesto de que lo resuelto sea correcto desde el punto de vista jurídico. No se examina en sede penal si el fundamento fáctico y jurídico de la resolución o acto administrativo es acertado conforme al Ordenamiento jurídico –extremo que podría discutirse en sede contenciosa administrativa–, sino si el funcionario público debió o no haber participado en esa resolución o acto, si existía o no un deber legal de abstención, inhibición o excusa que le habría impedido intervenir.

El Elemento Objetivo del "Trámite, Asunto o Procedimiento".

Como se expuso al inicio, la concepción personalista del bien jurídico penalmente protegido de lo que, por lo general, se entiende como el deber de probidad en el ejercicio de la función pública, exige que el delito de incumplimiento de deberes afecte de manera negativa derechos subjetivos de una o varias personas, sean físicas o jurídicas. Esto es, la relevancia penal surge a partir de que el acto o la resolución que se dictó con inobservancia del deber de abstención, inhibición o excusa otorgue, genere, limite o deniegue derechos subjetivos, aun –como se apuntó– cuando el fondo del asunto se hubiera resuelto conforme a Derecho. El derecho a la imparcialidad, a la justicia pronta, a la prohibición de la arbitrariedad, a la ética y la confianza pública, no pueden desligarse de lo resuelto por la Administración. No se trata de un delito formal, se exige una lesión a un bien jurídico.

Por ese motivo el ámbito de intervención del Derecho penal no abarca la mera entrega de información ya regulada o dispuesta a personas que, en otras circunstancias, sí le exigiría un distanciamiento al funcionario. Ello, por supuesto, no impide que la organización a nivel interno prevea mecanismos para prevenir posibles conflictos de intereses o para gestionar de modo adecuado un conflicto aparente de intereses. Por ejemplo, no constituye un delito doloso de incumplimiento de deberes el supuesto de una Ministra de Cultura y Juventud que informa con una repuesta de "sí" o "no", a su sobrino que le pregunta si el Ministerio concede becas a estudiantes de música –siendo el sobrino estudiante de música–; sea que la Ministra informe aquel "sí" o "no" de manera verbal o mediante un oficio. Desde el punto de vista jurídico penal, ello no habría violentado la ética en la función pública y el deber de probidad en la toma de decisiones, ni le habría exigido inhibirse de responder, al no generar, limitar ni denegar derechos subjetivos. Se estaría en presencia del mismo resultado aun cuando la Ministra se equivoque al responder partiendo por error de que la pregunta se refería a estudiantes de ingeniería, no de música; y aun cuando para uno y otro caso el marco regulatorio de los programas de beca establezca soluciones diferentes. Que un funcionario público informe, por ejemplo, a un familiar –ante la consulta de este– si para una gestión o actividad a realizar en un futuro hay o no un requisito específico que cumplir ante una entidad pública (obtener un permiso, presentar cédula de identidad, llenar un formulario, entregar una certificación, estar al día en el pago de impuestos o cuotas obrero patronales, etc.) no lesiona el deber de probidad en el ejercicio de la función pública. Brindar únicamente una información ya regulada por la normativa que una persona funcionaria pública no puede modificar, no supone resolver un asunto ni tramitar un procedimiento, así como tampoco generar un derecho por ser –se reitera– un dato que ya está reglado. Al brindar una información objetiva, ya regulada, que cualquier empleado público puede brindar no violenta imparcialidad alguna, ni le coloca en una situación de posible conflicto entre algún interés personal o privado suyo y el interés público.

Debe tomarse en seria consideración que uno de los elementos objetivos del tipo penal reside en el "trámite, asunto o procedimiento" respecto del cual la persona funcionaria pública no se abstiene, inhibe o excusa de realizar. La finalidad o propósito de la abstención, inhibición o excusa por parte de un funcionario público reside en evitar que el daño se materialice ante el peligro que supone el conflicto de intereses, en una toma de decisión dentro de *"trámites, asuntos o procedimientos"* (como señala el artículo 339 del Código Penal); esto es, prevenir un eventual riesgo de emitir un acto administrativo que indebidamente favorezca o perjudique a una persona al hacerse prevalecer un interés particular o privado de la persona funcionaria sobre el interés público. Los deberes de abstención, inhibición y excusa protegen el interés público en la toma de decisiones que afectan a las personas físicas o jurídicas, pues tanto el "trámite" como el "procedimiento" están dirigidos a resolver una gestión, como se apuntó, que pueden otorgar, generar, limitar o denegar derechos subjetivos. Incluso, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia señala con cierto que no todo incumplimiento de un deber constituye delito:

> *"Con respecto al delito de incumplimiento de deberes, sancionado en el ordinal 339 del Código Penal... esta Sala ha indicado que la primera parte del tipo se refiere al incumplimiento como inacción, algo que no se hace del todo, o que no se hace dentro del tiempo correspondiente, mientras que la segunda parte tipifica aquellas situaciones en las que el funcionario público actúa cuando más bien su deber era no hacerlo... Resulta de interés, para el caso que nos ocupa, la*

primera parte del tipo penal. Tanto en la omisión como en el rehusar, se deja de hacer el respectivo deber, con la diferencia que en el segundo caso debe haber una interpelación legítima previa, que es precisamente la que se rehúsa. Por su parte cuando se actúa con retardo, la acción se lleva a cabo pero posterior al plazo establecido para ello, con lo cual también deviene un incumplimiento.... Sin embargo hay que tener claro que no todo incumplimiento de deberes por parte de un funcionario configura el delito, de lo contrario se suplantarían las faltas administrativas por delitos, lo que a todas luces es irracional. Aquí conviene aclarar que el bien jurídico tutelado, al igual que en el tipo de abuso de autoridad, es el funcionamiento regular y legal de la Administración Pública. De manera que lo que se pretende es sancionar la arbitrariedad tanto activa como omisiva. Para distinguir el incumplimiento de deberes típico del atípico, resulta fundamental en primer lugar destacar su carácter doloso. Esto significa que el delito se configura únicamente cuando el funcionario público tiene pleno conocimiento del deber que lo obliga a actuar de determinada manera, y decide voluntariamente omitirlo; con lo que queda descartado cualquier incumplimiento por mera incuria. Del carácter doloso del tipo se deriva a su vez la necesidad de que el deber en cuestión sea: (i) particular, es decir propio de ese funcionario; y (ii) concreto, que significa que esté directamente vinculado con un accionar específico. Esto por cuanto el funcionario público comete el delito de incumplimiento de deberes cuando omite, no el deber de manera genérica, sino una acción concreta a la que está obligado de manera específica por el deber…" (Sala Tercera, resolución 990-2017, de 27 de octubre de 2017).

Definición de "Interés" como Presupuesto de un Conflicto de Intereses.

Desde el punto de vista de una buena metodología en materia de cumplimiento normativo no se ha llegado a un consenso unívoco una definición general del conflicto de intereses. Se requiere un conocimiento integral del interés a proteger, así como del resto de los intereses que confluyen en la actividad propia y particular de la organización. En primer lugar, han de identificarse los distintos intereses que deben protegerse. Todo Ordenamiento jurídico posee o debiera poseer una prelación jerárquica de sus principios rectores. Se puede comprender, entonces, que el interés público se vincula con todo aquella que beneficia o protege a la comunidad general por encima de los intereses personales, si bien no solo estos fines forman parte del interés general, también lo son los principios rectores como la imparcialidad, la prohibición de la arbitrariedad, la ética y la confianza pública [8]. El interés particular no se identifica únicamente respecto de los intereses propios del funcionario, sino que también incluye, por ejemplo, una ganancia para una amistad, un familiar o una persona de estrecha vinculación, lo que abarca tanto el beneficio real y actual, como la mera expectativa o apariencia de ventaja personal.

Por otro lado, debe considerarse que el conflicto de intereses es una situación cambiante, no estática, por cuanto los intereses que pudieran entrar en conflicto son tan numerosos como diferentes los intereses particulares, sometidos a cambios constantes. Los actos en que se materializa el conflicto de intereses en los que, efectivamente, el servidor público antepone y abuso de su posición en su interés particular, no

[8] Sobre el concepto de interés público véase con mayor amplitud Jorge Correa, "Algunas Consideraciones sobre el Interés Público en la Política y el Derecho", *Revista Española de Control Externo,* 24 (2006): 135-161, https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2254414.

es propiamente un conflicto de intereses sino un acto de corrupción.

Por tanto, la definición de interés debe referirse no solo al interés de protección, sino también la conceptualización del interés que entra en conflicto, es decir, la del funcionario o de un tercero a través de éste.

El Conflicto de Intereses como Situación Lógica y Predecible en las Instituciones.

Es claro que el conflicto de intereses surge en la confrontación del interés público o de la entidad con el interés particular del empleado o funcionario. No en vano, la organización pública, para garantizar el cumplimiento de sus fines, debe establecer mecanismos de salvaguarda de sus propios intereses cuando estos entran en conflicto con los intereses particulares de sus miembros. Se trata de evitar la desviación de los intereses de la entidad por influencia o imposición de otros intereses del empleado o funcionario en el ejercicio de sus funciones.

En efecto, la persona física que es miembro de una entidad como empleado, directivo o funcionario, no puede definirse a través de los intereses de esta, toda vez que aquella tiene, sin duda, sus propias conveniencias, que se conjugan con las conveniencias de su familia y del entorno al que pertenece, lo que no supone, de modo necesario, que todas se enfrenten con el interés general, pero la institución debe reconocer, con normalidad, de que al menos algunas conveniencias o intereses de sus miembros generen, en efecto, un conflicto de intereses. Este conflicto de intereses de un funcionario incluso podría devenir por el desempeño de varios cargos o en la multiplicidad de roles, como señala la Contraloría General de la República en su Oficio 4852, DJ-0450-2020, de 2 de abril de 2020.

El conflicto de intereses suele clasificarse en real, potencial y aparente. Así, el conflicto de intereses real se caracteriza por la actualidad del enfrentamiento entre los intereses de la Administración y los particulares del funcionario público. El conflicto de intereses *potencial* se define como previsible e inminente; y aparecerá, con certeza, en tanto un funcionario participe o se involucre en determinada actividad. Y por el conflicto de intereses *aparente* se entiende aquella situación en la que surgen dudas razonables acerca de si los intereses particulares del funcionario podrían contravenir los intereses de la Administración, aunque, luego, no pueda concretarse la existencia de ese conflicto. Esta última apariencia debe tener una suficiente significación o magnitud para afectar la confianza pública sobre la toma de decisiones. Sin embargo, Zalaquett cuestiona dicho catálogo y, en su argumento, parece decantarse solo por admitir como verdadero conflicto de intereses el real. Señala el autor:

> *"Los términos de esta categorización no son suficientemente claros. Los conflictos de intereses, a mi parecer, deben conceptualizarse como la existencia de situaciones de riesgo objetivo para los intereses públicos o los intereses de determinado colectivo porque una persona (funcionario público o agente privado) que se encuentra sometida al deber fiduciario de velar por tales intereses, mantiene, a la vez, cargos, intereses o relaciones de carácter privado (excepcionalmente, también de carácter público) que le generan el incentivo de favorecer éstos en desmedro o por encima de aquellos. Puede haber una situación de conflicto de intereses que nunca redunde en un hecho ilícito, sea por la rectitud de la persona involucrada o por falta de ocasión"* [9].

[9] José Zalaquett, "Conflicto de Intereses: Normas y Conceptos", *Anuario de Derechos Humanos,* 7 (2011): 182-183, https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/

El surgimiento de un posible conflicto de intereses, por la conformación humana de las instituciones, es un hecho inevitable, que si bien no supone siempre un acto corrupto, constantemente implica un grave riesgo de corrupción que justifica la sanción penal ante su ausencia de gestión, por la vía del delito de incumplimiento de deberes –con una redacción rectificada–. El reconocimiento de la posibilidad de que acontezca el conflicto exige, precisamente, su gestión preventiva; por lo tanto la *ausencia de gestión que suponga, con conocimiento y voluntad en ese sentido, la omisión de abstenerse, inhibirse o excusarse al realizar un trámite, asunto o procedimiento,* se considera ya un delito de incumplimiento de deberes. La existencia de un conflicto de intereses real, potencial o aparente no gestionado, produce también una pérdida de la objetividad en la decisión que afecta la confianza pública, deteriora reputacional personal y profesional del funcionario, genera ineficiencia institucional y el debilitamiento en la credibilidad de la gobernanza. De ahí que el conflicto de intereses supone un riesgo de corrupción, pero no una corrupción efectiva. En este sentido Baena García y otros, que *"Si el interés particular terminara sesgando efectivamente el juicio profesional de aquella persona, esta obtendría un beneficio personal (directo o indirecto, económico o de otro tipo, presente o futuro) abusando de su posición profesional (de su capacidad de decisión y de los recursos que tiene a su alcance), por lo que diríamos que se habría convertido en un acto de corrupción. Afirmamos pues, que los conflictos de interés constituyen un riesgo de corrupción"* [10].

Históricamente, la ausencia de gestión del conflicto de intereses se ha considerado un acto delictivo desde el momento en que se amplía el concepto de corrupción, que, si bien inicialmente se centraba únicamente en los delitos de cohecho, malversación o tráfico de influencias, empieza a integrarse cuando se destaca la integridad como eje del servicio público y comienzan a relacionarse los intereses privados contrapuestos a la confianza pública. La Convención Interamericana contra la Corrupción (1996) introdujo un concepto más amplio de corrupción e incluyó referencias a dos situaciones que son antecedentes inmediatos del conflicto de intereses, como son el uso indebido de funciones y el aprovechamiento de información privilegiada.

Es en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en el año 2003, cuando se consolida el conflicto de intereses como una categoría autónoma dentro del marco preventivo de la corrupción. Este cambio de paradigma supuso la entrada de la regulación de los conflictos de intereses en los Ordenamientos jurídicos de muchos países como un riesgo de corrupción. Por su parte, en el año 2003 la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) emitió sus "Líneas Directrices" o *"Guidelines"* para la "Gestión de los Conflictos de Intereses en el Servicio Público", que caracteriza como algo en ocasiones inevitable pero, a la vez, como un riesgo gestionable mediante la transparencia, la prevención y la responsabilidad institucional. Una gestión que está dirigida a minimizar los riesgos de corrupción, a mejorar la confianza ciudadana y a fortalecer la cultura de integridad, incluyendo en este manejo todos los tipos de conflicto de intereses.

Las Fases de la Gestión del Conflicto de Intereses y el Deber de No Participar.

El tipo penal del delito de incumplimiento de deberes utiliza los verbos abstenerse, inhibirse y excusarse, todos los cuales se interpretan, en sus efectos, bajo la misma idea de separarse o no participar de un trámite, asunto o procedimiento

view/17363.

[10] Lara Baena y otros, *La Gestión de los Conflictos de Interés en el Sector Público de Cataluña* (Oficina Antifraude de Cataluña, 2016), 33, https://www.parlament.cat/document/cataleg/182556.pdf.

en el que deba tomarse una decisión. Es cierto que la transparencia y el valor dado a la integridad en el servicio público constituyen instrumentos y valores esenciales en la gestión del conflicto de interese, como lo es también del sistema democrático en general y de las estrategia preventivas contra la corrupción. De modo preciso, el imperativo de separarse del conocimiento y resolución de un trámite, asunto o procedimiento es el mecanismo de una de las fases en la gestión del conflicto de intereses. La gestión idónea de este último conlleva varias etapas: a) detección y supervisión; b) declaración y abstención; c) sustitución; y, d) corrección (sancionatoria). A lo largo de estas etapas surgen diversas responsabilidades, pues la gestión del conflicto de intereses no está encomendada, de modo exclusivo, a una sola persona. Tanto el funcionario público sometido a la situación generadora del conflicto de intereses, como su jefatura y los órganos de control, así como la propia institución y la Administración de Justicia, por ejemplo, tienen el deber de gestionarlo. Incluso la participación ciudadanía adquiere una función relevante [11].

Si bien la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que el delito de incumplimiento de deberes es un "delito de propia mano", en el sentido de que *"únicamente el funcionario público puede incumplir sus respectivos deberes legales"* (resolución 990-2017, de 27 de octubre de 2017), no puede concluirse a partir de ello que la autoría del ilícito penal recae solo en el servidor público que participó en el trámite, asunto o procedimiento sin previa abstención, inhibición o excusa. Como se explicará, dicha responsabilidad penal también puede recaer sobre otros funcionarios que ejercen cargos de jefatura o que integran órganos de supervisión si, conociendo la causa de abstención, inhibición o excusa, –y aun cuando no exista un acuerdo previo con el funcionario en quien recae el deber de no participar en el acto– omiten voluntariamente y con el entendimiento de su actuar antijurídico, realizar las acciones debidas para evitar que el funcionario a cargo del trámite, asunto o procedimiento participe en estos. Se estaría en presencia de un delito de incumplimiento de deberes, en su primera modalidad *("...quien ilegalmente omita, rehúse hacer... algún acto propio de su función").*

A) Fase de Detección y de Supervisión.

La detección deviene como deber, en primer lugar, para la persona funcionaria pública cuyos intereses personales pueden enfrentarse a los de la organización. Como se apuntó, y sobre todo a efectos de acreditación del elemento subjetivo del dolo en el delito de incumplimiento de deberes, resulta esencial que la propia institución haya definido, de forma previa y de manera clara la naturaleza, jerarquización y sectorialización en su caso de los intereses institucionales a proteger, y que aquella persona los conozca y comprenda. No existe un interés general único para todo el sector público, sino que por las funciones específicas que cada entidad pública ostenta, debe definirse una gestión concreta y pertinente del conflicto de intereses. Por ejemplo, el interés institucional del Poder Judicial no coindice con el de la Caja Costarricense de Seguro Social, ni con el del Ministerio de Hacienda. Por ello, tal y como exige una debida gestión de riesgos, resulta necesaria una especificidad de los intereses en virtud de la función pública concretamente realizada, como deriva de los artículos 2, 13 y 14 de la Ley General de Control Interno [12]. La Contraloría

[11] Señala el artículo 3 del Reglamento a la Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública: "Participación ciudadana. El derecho a la participación ciudadana en la lucha contra la corrupción, se fundamenta en el libre acceso a la información, en la educación, en la organización y en el poder ciudadano de denuncia".

[12] En este sentido y sobre la adecuada y diferenciada gestión del conflicto de intereses según los objetivos de cada organización, como ejemplo y respecto del sistema

General de la República ha emitido, por ejemplo, las "Directrices Generales sobre Principios y Enunciados Éticos a observar por parte de los Jerarcas, Titulares Subordinados, Funcionarios de la Contraloría General de la República, Auditorías Internas y Servidores Público en General" (D-2-2004-CO), que constituyen una adecuada referencia en esta materia.

Asimismo, la debida gestión del conflicto de intereses debe existir de forma previa al nombramiento de una persona en un cargo público, máxime que la fase de detección integra un régimen de incompatibilidades que impida el acceso a dicho cargo público de aquella persona que no solo no cuenta con las competencias laborales exigidas, sino que además pueda generar una fuente de situaciones de conflicto de intereses que le imposibilite la prestación del servicio público en específico [13]. Además, debe contemplar y regular los casos de las llamadas "puertas giratorias", es decir, situaciones de salida de personas de cargos públicos en dirección al sector privado y viceversa. Para estos casos deben establecerse "periodos de enfriamiento" (o "de espera") que suponen una restricción temporal para realizar trabajos vinculados con las áreas en las que se desempeñaban. Y no debe dejarse de lado el examen de los peligros de conflicto de intereses que pueda generar la unión o concentración de diferentes cargos o funciones en uno o pocos servidores públicos. En este sentido, el Índice de Percepción de la Corrupción del año 2025, elaborado por Transparencia Internacional señala que la concentración del poder es uno de los mayores riesgos de corrupción.

La detección del conflicto de intereses no depende únicamente de la institución. Como se indicó, el funcionario nombrado en el cargo es el primer responsable de evidenciar la pugna de intereses que provoca con la realización de sus actos funcionariales frente a sus intereses particulares, financieros o personales que puedan afectar su decisión –aunque sea aparentemente–; a sus vínculos laborales u organizacionales (cumplimiento de diferentes roles en la institución); a su participación societaria tanto en los órganos de representación, administración o gestión; a la titularidad de participaciones; a la existencia de contratos que brinden beneficios de cualquier índole; e incluso a la pertenencia a grupos o asociaciones. La ausencia de detección de este conflicto podría ser objeto de sanción administrativa por culpa grave, pero no penalmente punible en caso de no concurrir dolo.

La responsabilidad en la detección del conflicto y de su gestión se traslada a la jefatura y a los órganos de control de la propia organización, en los casos en los que el interés particular en pugna sea público o de conocimiento institucional, por cuanto aquellos son responsables del control interno y, por tanto, de la debida gestión del riesgo de conflicto de intereses, en atención al artículo 10 de la Ley General de Control Interno. Este deber de las jefaturas y órganos de control se refuerza con motivo de la obligada implementación de los "modelos de organización, prevención de delitos, gestión y control" para las empresas públicas estatales y no estatales, e instituciones autónomas, según lo previsto en el artículo 9 de la Ley de Responsabilidad de las Personas Jurídicas sobre Cohechos Domésticos, Soborno Transnacional y otros Delitos (Ley 9699), reglamentada a la fecha por el Decreto Ejecutivo 42399, del año 2020. Estas organizaciones están obligadas a implementar en su sistema de control interno modelos de

aduanero costarricense, véase la resolución DJ-2296 / DFOE-FIP-1092, de 3 de diciembre de 2024, emitida por la Contraloría General de la República, que es un oficio de carácter preventivo *"referente a cinco herramientas clave para el fortalecimiento de la integridad en la Gestión Aduanera"*.

[13] Por ejemplo, el impedimento de acceder a la Magistratura por quien posee relaciones familiares con algún miembro de la Corte Suprema de Justicia, toda vez que podría interferir de forma constante en el cumplimiento de sus funciones (artículo 160 de la Constitución Política).

organización en los que se deben *"Identificar las actividades o los procesos de la persona jurídica, sean habituales o esporádicos, en cuyo contexto se genere o incremente el riesgo de comisión de los delitos que deben ser prevenidos"* (artículo 8.a de la Ley 9699). Con independencia de que el delito de incumplimiento de deberes del artículo 339 del Código Penal no se haya incluido dentro del elenco de acciones típicas de las que podrían derivar responsabilidad penal para una persona jurídica, resulta comprensible y evidente que estos modelos deben también evitar la materialización del riesgo de un conflicto de intereses, máxime, como se apuntó con anterioridad, que en general en los delitos contra el deber de probidad en la función pública subyacen incumplimiento de deberes funcionariales como podría ser, no haberse separado del conocimiento de un trámite, asunto o procedimiento cuando se tenía el deber jurídico de hacerlo.

Existen, además, otros órganos de control que asumen una supervisión, al menos, parcial, como es el caso de la Contraloría General de la República, la que a través de la instauración de un registro de declaración jurada de bienes (conforme a los Lineamientos para la Declaración Jurada sobre la situación Patrimonial de Sujetos Privados que Administren o Custodien Fondos y Actividades Públicas, contenidos en la resolución R-DC-00080-2024, de 20 de agosto de 2024), entran en conocimiento de los intereses personales-patrimoniales de determinados funcionarios, con la posibilidad de detectar la existencia de un conflicto de intereses en su función fiscalizadora.

B) Fase de Declaración y de Abstención.

La declaración de la existencia de un conflicto de intereses debe producirse en una fase previa a su materialización, es decir antes de que se genere el acto administrativo o judicial en cuyo marco se origina el conflicto. La obligación de declarar el conflicto surge ante un conflicto de intereses real y aún ante conflicto de intereses potenciales y aparentes. Esta declaración es, por supuesto, exigida a la persona servidora pública a quien le afecta el interés particular, aunque podría ser evidenciada también por la jefatura, los organismos de control interno, los de supervisión e, incluso, el administrado o usuario del servicio público, al que se le habilita un procedimiento para recusar al funcionario y, así, evitar la materialización del peligro inherente al conflicto de intereses.

El funcionario está obligado a declarar a sus superiores u órgano designado a tal fin la causa de la excusa o inhibitoria para conocer un trámite, asunto o procedimiento que tiene a cargo y en el que debe tomar una decisión con repercusiones para terceros. Hecho es, procede la consecuente separación, la sustitución y asignación de ese trámite, asunto o procedimiento a otro funcionario.

C) Fase de Sustitución.

Esta etapa plantea, dentro de la administración, varios retos en algunos cargos de máxima responsabilidad y, especialmente, en los ya citados supuestos de conflictos de intereses organizacionales provenientes de la concentración de funciones, así como en los conflictos de intereses intergrupales, esto es, cuando el interés particular no es solo de un funcionario sino de un grupo o categoría de ellos, situaciones en las que es posible identificar una captura y control ilegítimo de la organización. La gestión del conflicto de intereses no contempla estos supuestos, por lo que las soluciones que se ofrecen generalmente ocultan que en realidad se trata de un conflicto de intereses, siendo los mecanismos insuficientes para su correcto abordaje.

Conclusión.

La reforma del tipo penal de incumplimiento de deberes, en su segunda modalidad que prevé delitos de acción, resulta necesaria en tanto se

pretenda asegurar en un modelo de Estado social y democrático de Derecho los principios de certeza y seguridad jurídica. Pero la posible modificación de la norma no debe limitarse a rectificar el error de sintaxis y de gramática; sino que ha de contemplar otros dos extremos.

El primero de ellos, contemplar o integrar el conflicto de intereses de forma expresa, tanto el real como el potencial, de forma tal que el resultado del delito abarque tanto la lesión para el bien jurídico penalmente protegido, como su grave y objetivo peligro. Si la intervención del Derecho Penal se condiciona a que la persona servidora pública, en efecto, *haya realizado un trámite, asunto o procedimiento, haya tomado una decisión en el ejercicio de sus funciones,* únicamente se podría exigir como elemento objetivo del tipo penal el *daño* a modo de materialización del riesgo que supone el conflicto real de intereses. Esta lesión se produciría con el otorgamiento, concesión, limitación o denegación de derechos subjetivos producto del trámite, asunto o procedimiento llevado a cabo por el funcionario. Se estaría en un caso de una ausencia de gestión de un conflicto real de intereses, pues esta clase de conflicto surge en el momento de toma de una decisión que otorga, concede, limita o deniega derechos subjetivo. La actualidad del conflicto de intereses se manifiesta en el mismo momento en que se resuelve el trámite, asunto o procedimiento.

Si la relevancia penal se restringe a ese supuesto, el conflicto potencial de intereses quedaría fuera del ámbito de protección del bien jurídico, es decir, este conflicto potencial de intereses sería atípico. Un nuevo enunciado del delito de incumplimiento del deber de abstención, inhibición o excusa ante un conflicto de intereses ha de incluir el conflicto potencial de intereses, cuya falta de una debida gestión coloca al bien jurídico penalmente protegido *en grave y objetivo peligro,* por su previsibilidad e inminencia, sin necesidad de esperar a que el daño se materialice en un efectivo acto o resolución que decide sobre un trámite, asunto o procedimiento y que, por consiguiente, otorga, concede, limita o deniega derechos subjetivos. La determinación del grave y objetivo peligro dependerá de los actos concretos que el funcionario público realice antes de tomar la decisión en el trámite, asunto o procedimiento. Como se apuntó antes, no todo incumplimiento de un deber funcionarial debe constituir delito, sino solo aquellos que supongan un grave y objetivo peligro o una lesión para el bien jurídico penalmente protegido. Un conflicto potencial de intereses también ha de gestionarse bajo amenaza del Derecho penal si coloca en grave y objetivo peligro un bien jurídico penalmente tutelado.

Y, en segundo lugar, en la reformulación del tipo penal ha de evitarse el adverbio "ilícitamente" y, en su lugar acudir a una expresión que remita, de forma directa, a la ley. Es cierto que dentro de las técnicas de redacción legislativa puede utilizarse la llamada norma penal en blanco (o tipo penal abierto), en la que el supuesto de hecho o parte del mismo se regula por una norma extrapenal (de carácter no penal) a la que hace referencia, remisión que puede ser explícita o implícita, con la posibilidad de dirigirse a una norma de igual jerarquía (ley), o de inferior rango (reglamento o decreto). La norma extrapenal, por supuesto, nunca contempla el núcleo de la prohibición o mandato, pero tiene la función de complementarlo. La naturaleza del tipo penal y la gravedad de la intervención del Derecho Penal en estos casos –sin que para ello sea excusa que el hecho no se sanciona con pena de prisión sino con pena de inhabilitación especial– exige que la referencia se realice de manera explícita a cualquier ley que regule la gestión de los conflictos de intereses. Se da así un particular predominio y reforzamiento al principio de legalidad.

Esta propuesta no es ajena al vigente Derecho Penal. El primer supuesto del delito de

incumplimiento de deberes (delitos de omisión) del artículo 339 del Código Penal, de forma expresa, alude a la persona funcionaria que *"ilegalmente omita, rehúse hacer o retarde algún acto propio de su función"*. Y el delito de nombramiento ilegal del artículo 344 del Código Penal condiciona la tipicidad objetiva a la inexistencia de *"requisitos legales"*. La "ilicitud" constituye un término genérico y amplio que caracteriza una conducta como contraria a la ley, a un reglamento o a la moral. Las expresiones "ilegal" o "contraria a la ley" no dejan margen de duda en cuanto a que, en lo que ahora interesa, el deber de gestionar un conflicto de intereses o cualquier otro motivo para abstenerse, inhibirse o excusarse venga definido por una norma con rango de ley. Por tal razón, la existencia en las organizaciones estatales de reglamentos, algunos específicos para la institución y otros de aplicación general, sobre el manejo de los conflictos de intereses no resultan útiles.

Y es que la Sala Constitucional de manera reiterada, por ejemplo en su resolución 2660-2010, de 9 de febrero de 2010, ha sostenido que las causales de excusa y recusación previstas en la ley tienen un carácter enunciativo y no taxativo; es decir, no son listas cerradas, sino abiertas que pueden incluir situaciones no contempladas de forma expresa en la norma, pero que se estime que pueden incidir en la imparcialidad u objetividad de la persona funcionaria pública. En estos casos, la definición, sanción y el ámbito del delito de incumplimiento del deber de abstención, inhibición o excusa, no puede depender de "listados abiertos" cuyo contenido deba ser determinado por los órganos jurisdiccionales, asumiendo funciones legislativas.

Bibliografía.

- Baena, Lara, Folguera, Roger, García, Òliver y Miralles, Marisa. *La Gestión de los Conflictos de Interés en el Sector Público de Cataluña.* Oficina Antifraude de Cataluña, 2016. https://www.parlament.cat/document/cataleg/182556.pdf

- Chinchilla, Laura. *Comentario del Artículo 57, Código Penal Comentado de Costa Rica.* Madrid: Click Legal, 2022. https://www.clicklegal.app.

- Código Penal de Costa Rica (Ley 4573, de 4 de mayo de 1970).

- Código Procesal Penal de Costa Rica (Ley 7594, de 10 de abril de 1996).

- Constitución Política de Costa Rica (7 de noviembre de 1949).

- Contraloría General de la República de Costa Rica, *Directrices Generales sobre Principios y Enunciados Éticos a observar por parte de los Jerarcas, Titulares Subordinados, Funcionarios de la Contraloría General de la República, Auditorías Internas y Servidores Público en General,* D-2-2004-CO, 12 de noviembre de 2004.

- Contraloría General de la República de Costa Rica, Oficio 4852, DJ-0450-2020, 2 de abril de 2020.

- Contraloría General de la República, *Lineamientos para la Declaración Jurada sobre la situación Patrimonial de Sujetos Privados que Administren o Custodien Fondos y Actividades Públicas,* R-DC-00080-2024, 20 de agosto de 2024.

- Contraloría General de la República de Costa Rica, DJ-2296 / DFOE-FIP-1092, 3 de diciembre de 2024.

- Convención de las Naciones Unidas contra

la Corrupción (Naciones Unidas, 31 de octubre de 2003).

- Convención Interamericana contra la Corrupción (OEA, 29 de marzo de 1996).

- Correa, Jorge. "Algunas Consideraciones sobre el Interés Público en la Política y el Derecho". *Revista Española de Control Externo* 24 (2006): 135-161. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2254414

- Reglamento a la Ley de Responsabilidad de las Personas Jurídicas sobre Cohechos Domésticos, Soborno Transnacional y otros Delitos de Costa Rica (Decreto Ejecutivo 42399, 4 de junio de 2020).

- Hernández, Diana. *Comentario del Artículo 339, Código Penal Comentado de Costa Rica.* Madrid: Click Legal, 2022. https://www.clicklegal.app.

- Hernández, Diana. *Comentario del Artículo 365, Código Penal Comentado de Costa Rica.* Madrid: Click Legal, 2022. https://www.clicklegal.app.

- Ley contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública de Costa Rica (Ley 8422, de 6 de octubre de 2004)

- Ley de Responsabilidad de las Personas Jurídicas sobre Cohechos Domésticos, Soborno Transnacional y otros Delitos de Costa Rica, (Ley 9699, 10 de junio de 2019).

- Ley General de Control Interno de Costa Rica (Ley 8292, 31 de julio de 2002).

- Navas, Alfonso. *Comentario del Artículo 1, Código Penal Comentado de Costa Rica.* Madrid: Click Legal, 2022. https://www.clicklegal.app.

- Navas, Alfonso. *Comentario del Artículo 2, Código Penal Comentado de Costa Rica.* Madrid: Click Legal, 2022. https://www.clicklegal.app.

- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), *La Gestión de los Conflictos de Intereses en el Servicio Público, Líneas Directrices de la OCDE y Experiencias Nacionales,* 2003.

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica, resolución 9219-2000, 18 de octubre de 2000.

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica, resolución 2660-2010, 9 de febrero de 2010.

- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica, resolución 1199-2021, 22 de enero de 2021.

- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Costa Rica, resolución 990-2017, 27 de octubre de 2017.

- Transparencia Internacional, *Índice de Percepción de la Corrupción,* 2025.

- Zalaquett, José. "Conflicto de Intereses: Normas y Conceptos". *Anuario de Derechos Humanos* 7 (2011): 179-189. https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/17363.

PERFILACIÓN CRIMINAL DEL VICTIMARIO Y LA VÍCTIMA: ANÁLISIS METODOLÓGICO COMPARADO DE LOS CASOS ALDANA ORTIZ, RESOLICIÓN 2015-0883 Y CAMPO ALGODONERO VS. MÉXICO

Criminal Profiling of Perpetrators and Victims: A Comparative Methodological Analysis

Licenciado Rafael CHAVES HERNÁNDEZ

RESUMEN

El presente artículo examina, desde la perspectiva de la criminología forense, la victimología y el derecho penal comparado, la aplicación sistemática de la perfilación criminal a tres casos judiciales de singular relevancia en el ámbito iberoamericano: la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué en el caso Aldana Ortiz (Colombia, 2012), la Resolución 2015-0883 del Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José (Costa Rica, 2015) y la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso González y otras vs. México, internacionalmente conocido como Campo Algodonero (2009). Mediante un enfoque metodológico comparado e interdisciplinario que articula el Análisis de Evidencia Conductual (AEC) deductivo, la victimología forense con perspectiva de género y los estándares internacionales de derechos humanos, se identifican y analizan los perfiles conductuales, psicológicos y demográficos de los agresores, así como los perfiles victimológicos construidos durante las investigaciones judiciales. Los resultados confirman que la perfilación criminal deductiva, integrada al proceso penal como elemento auxiliar de la prueba y no como fundamento autónomo de condena, constituye un instrumento hermenéutico de valor singular para la comprensión de la dinámica del feminicidio íntimo, el homicidio sine corpore y el feminicidio estructural, con importantes implicaciones doctrinales para los sistemas de justicia penal latinoamericanos.

Palabras clave: *perfilación criminal, análisis de evidencia conductual, victimología forense, feminicidio, perspectiva de género, prueba indiciaria, derecho penal comparado.*

ABSTRACT

This article examines, from the perspectives of forensic criminology, victimology, and comparative criminal law, the systematic application of criminal profiling to three landmark judicial cases in the Ibero-American legal tradition: the appellate ruling of the Superior Court of Ibagué in the Aldana Ortiz case (Colombia, 2012), Resolution 2015-0883 of the Appellate Criminal Court of the Second Judicial Circuit of San José (Costa Rica, 2015), and the Inter-American Court of Human Rights judgment in González et al. v. Mexico, the Cotton Field case (2009). Through an interdisciplinary comparative methodology integrating deductive Behavioral Evidence Analysis (BEA), forensic victimology with a gender perspective, and international human rights standards, the article analyzes the behavioral, psychological, and demographic profiles of perpetrators and victims in each case. Results confirm that deductive criminal profiling, integrated into criminal proceedings as a corroborative evidentiary tool rather than an autonomous basis for conviction, provides a hermeneutically valuable instrument for understanding intimate femicide, corpse-absent homicide, and structural femicide, with significant doctrinal implications for Latin American criminal justice systems.

Keywords: *criminal profiling, behavioral evidence analysis, forensic victimology, femicide, gender perspective, circumstantial evidence, comparative criminal law.*

I. INTRODUCCIÓN

Existe algo profundamente perturbador en la forma en que la violencia extrema adopta, casi invariablemente, una lógica interna. El agresor que desmembra el cuerpo de su víctima, el grupo que ejecuta a un hombre en alta mar y registra el acto, el Estado que tolera la desaparición sistemática de mujeres en una ciudad fronteriza: todos estos fenómenos, por distintos que parezcan, comparten una estructura conductual que puede ser leída, interpretada y eventualmente anticipada. De eso se ocupa la perfilación criminal.

La perfilación criminal entendida no como el arte intuitivo de los detectives de ficción, sino como una disciplina que aplica principios lógicos, psicológicos y forenses al análisis de la conducta del agresor y de las circunstancias de la victimización ha experimentado en las últimas décadas una maduración epistemológica notable. [1] Sin embargo, su recepción en los sistemas jurídicos de América Latina sigue siendo heterogénea, cuando no abiertamente resistida por una tradición jurídica recelosa de las inferencias conductuales en el proceso penal.

Los tres casos que articulan el presente análisis representan, cada uno a su manera, un laboratorio criminológico de extraordinaria riqueza: el caso *Aldana Ortiz* (Tribunal Superior de Ibagué, Colombia, 2012) ofrece el primer ejemplo documentado de perfilación criminal deductiva formalmente incorporada a la jurisprudencia penal colombiana; la *Resolución 2015-0883* (Tribunal de Apelación del Segundo Circuito Judicial de San José, Costa Rica, 2015) plantea el desafío epistemológico del *corpus delicti sine corpore;* y el caso *Campo Algodonero* (Corte IDH, 2009) traslada el análisis del agresor individual a la dimensión estructural del feminicidio como fenómeno sistémico.

La hipótesis central de este trabajo es la siguiente: la perfilación criminal del victimario y de la víctima, cuando se aplica con rigor científico, perspectiva de género e integración al proceso judicial conforme a los estándares de la prueba científica, constituye un instrumento hermenéutico de valor singular para la comprensión del feminicidio íntimo, el homicidio calificado sine corpore y el feminicidio estructural, con contribuciones doctrinales relevantes para los sistemas de justicia penal iberoamericanos.

La metodología adoptada es cualitativa y comparada. Se parte del análisis exhaustivo de las fuentes primarias resoluciones y sentencias judiciales, complementado con la revisión de la literatura criminológica, victimológica y jurídico-penal especializada, articulado mediante una estrategia de AEC adaptada al contexto de los casos estudiados.

II. FUNDAMENTOS EPISTEMOLÓGICOS DE LA PERFILACIÓN CRIMINAL

2.1. Concepto, origen histórico y métodos de razonamiento

La perfilación criminal puede definirse, con Meléndez Cardona, como el proceso científico mediante el cual un profesional capacitado analiza la evidencia física y conductual disponible para inferir las características psicológicas,

[1] Deimer Meléndez Cardona, Perfilación Criminal «Práctica» (Bogotá: Editorial Especializada en Ciencias Penales, 2023), 41.

demográficas y comportamentales del agresor desconocido, o para reconstruir la dinámica y secuencia de los hechos delictivos. Esta definición encierra una tensión epistemológica fundamental: la tensión entre la pretensión científica de objetividad y la inevitable subjetividad del proceso interpretativo.

Sus orígenes institucionales se remontan a dos líneas paralelas de desarrollo. En los Estados Unidos, la Unidad de Ciencias del Comportamiento del FBI (*Behavioral Science Unit, BSU*), creada en 1972, desarrolló el método de Análisis Investigativo Criminal (*Criminal Investigative Analysis,* CIA) basado en el estudio sistemático de entrevistas con asesinos seriales y criminales graves. [2] En Europa, la psicología investigativa desarrollada por David Canter propuso una alternativa científicamente más rigurosa, fundada en el análisis estadístico de patrones conductuales y su correlación con características demográficas de los agresores. [3]

La literatura especializada distingue tres formas fundamentales de razonamiento en perfilación criminal, con consecuencias directas sobre el valor probatorio de los perfiles resultantes. El razonamiento **inductivo** fundamento de los métodos del FBI parte de la observación de casos particulares para inferir características generales aplicables a nuevos casos mediante generalización estadística; su debilidad radica en su carácter nomotético, que tiende a asimilar el caso individual a una categoría predefinida. El razonamiento **abductivo** formula hipótesis explicativas plausibles que orientan la investigación sin pretender la certeza que el estándar probatorio penal requiere. El razonamiento **deductivo** base del AEC desarrollado por Turvey [4] invierte la lógica inductiva: parte de la evidencia concreta del caso para derivar conclusiones específicas sobre el agresor individual, lo que lo convierte en un método ideográfico, reproducible y sometible a contradicción en juicio oral.

2.2. La perfilación criminal y el proceso penal: admisibilidad y límites

La admisibilidad de la perfilación criminal como prueba pericial ha sido objeto de intenso debate en los sistemas penales. La perfilación inductiva basada en tipologías estadísticas ha enfrentado serias dificultades para superar los criterios del estándar *Daubert* en los sistemas anglosajones y criterios equivalentes en los sistemas continentales, dada la dificultad de establecer su tasa de error y reproducibilidad.[5] Los sistemas penales colombiano y costarricense exigen que la prueba científica sea conducente, pertinente y útil, y que el perito acredite sus conocimientos especializados. [6] En este marco, la perfilación deductiva anclada en la evidencia verificable del caso concreto tiene mayores posibilidades de admisibilidad. [7]

Reviste especial importancia la distinción entre el derecho penal de acto y el derecho penal

[2] John Douglas y Mark Olshaker, Mindhunter: Inside the FBI's Elite Serial Crime Unit (Nueva York: Scribner, 1995), 32-38.

[3] David Canter, Criminal Shadows: Inside the Mind of the Serial Killer (Londres: HarperCollins, 1994), 15-22; David Canter, Mapping Murder: The Secrets of Geographical Profiling (Londres: Virgin Books, 2004), 45-60.

[4] Brent E. Turvey, Criminal Profiling: An Introduction to Behavioral Evidence Analysis, 4.ª ed. (Waltham: Academic Press/Elsevier, 2012), 12-28.

[5] Brent Snook et al., "The Criminal Profiling Illusion: What's Behind the Smoke and Mirrors?," Criminal Justice and Behavior 35, n.º 10 (2007): 1257-1276, https://doi.org/10.1177/0093854808321528.

[6] Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., 509 U.S. 579 (1993). Para su recepción en sistemas continentales, véase Alfonso García-Pablos de Molina, Criminología: Una introducción a sus fundamentos teóricos, 8.ª ed. (Valencia: Tirant lo Blanch, 2019), 312-318.

[7] Colombia, Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal), arts. 405-422; Costa Rica, Código Procesal Penal, Ley 7594 de 1996, arts. 180-196.

de autor. El primero principio constitucional en los ordenamientos democráticos establece que solo pueden ser objeto de punición las conductas externamente manifiestas, no los rasgos de personalidad o las predisposiciones psicológicas del sujeto. La perfilación inductiva roza peligrosamente los límites del derecho penal de autor al construir perfiles basados en características predefinidas; el riesgo de condenar a alguien porque 'encaja en el perfil' es real y documentado, como ilustra el propio caso Campo Algodonero, donde las autoridades mexicanas inculparon inicialmente a personas sobre la base de criterios perfiladores inadecuados.

III. VICTIMOLOGÍA FORENSE: EL PERFIL DE LA VÍCTIMA

3.1. Fundamentos y clasificación victimológica

La victimología forense constituye la rama de la victimología que aplica el estudio científico de las víctimas al contexto de la investigación criminal y el proceso penal. Sus fundadores Mendelsohn y Von Hentig [8] establecieron las bases para el análisis sistemático del papel de la víctima en la dinámica criminal, bases que la perspectiva contemporánea ha enriquecido con la incorporación de factores estructurales, situacionales e individuales que confluyen en los procesos de victimización. [9]

El estudio victimológico en perfilación criminal cumple una función doble: por un lado, aporta información sobre el agresor (el tipo de víctima seleccionada revela datos sobre el modus operandi, nivel de organización y relación con la víctima); por otro, permite identificar factores de riesgo que orientan tanto la investigación retrospectiva como las estrategias de prevención. Turvey propone una clasificación de las víctimas en función de su nivel de exposición al riesgo alto, moderado y bajo, cuya determinación tiene implicaciones metodológicas fundamentales:[10] una víctima de bajo riesgo asesinada implica que el agresor tuvo acceso privilegiado a ella, sugiriendo una relación previa o esfuerzo planificado de aproximación.

3.2. La relación víctima-victimario en el feminicidio y la perspectiva de género

La perspectiva de género añade una dimensión crucial al análisis victimológico. Como han señalado la criminología feminista y la victimología crítica, [11] las mujeres enfrentan un riesgo diferenciado de victimización que no puede explicarse por factores individuales de estilo de vida, sino que responde a estructuras de desigualdad de género. Diana Russell, quien acuñó el término "femicidio" para designar el asesinato de mujeres por razones de género, [12] distinguió desde sus primeros trabajos entre el feminicidio íntimo y el feminicidio no íntimo, distinción con profundas implicaciones para la perfilación del agresor y la investigación criminal.

El feminicidio íntimo presenta características que lo distinguen de otras formas de homicidio:

[8] Benjamin Mendelsohn, "Une nouvelle branche de la science bio-psycho-sociale: La victimologie," Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique 10, n.º 2 (1956): 95-109; Hans von Hentig, The Criminal and His Victim: Studies in the Sociology of Crime (New Haven: Yale University Press, 1948), 384-416.

[9] García-Pablos de Molina, Criminología, 388-402.

[10] Turvey, Criminal Profiling, 237-258.

[11] Rita Laura Segato, La escritura en el cuerpo de las mujeres asesinadas en Ciudad Juárez: Territorio, soberanía y crímenes de segundo estado (Buenos Aires: Tinta Limón Ediciones, 2013), 17-35; Marcela Lagarde, "Antropología, feminismo y política: Violencia feminicida y derechos humanos de las mujeres," en Retos teóricos y nuevas prácticas, coord. Margaret Bullen y Carmen Díez Mintegui (San Sebastián: Ankulegi Antropología Elkartea, 2008), 209-239.

[12] Diana E. H. Russell, Femicide: The Politics of Woman Killing (Nueva York: Twayne Publishers, 1992), 14-22.

el agresor conoce íntimamente a la víctima, tiene acceso privilegiado a ella, y la violencia letal suele estar precedida por un ciclo de maltrato físico, psicológico y económico. [13] El "Overkill" la violencia excesiva en relación con la necesaria para producir la muerte es frecuente en este tipo de feminicidio y refleja la dimensión emocional y de dominación que subyace al crimen.

IV. EL ANÁLISIS DE EVIDENCIA CONDUCTUAL (AEC): METODOLOGÍA DEDUCTIVA

El Análisis de Evidencia Conductual (AEC) es el método de perfilación criminal deductiva desarrollado por Turvey [14] y sistematizado, en el contexto latinoamericano, por Meléndez Cardona. Su premisa fundamental es que el comportamiento del agresor durante la comisión del delito deja huellas en la escena del crimen y en la víctima misma. El perfilador parte de la lectura cuidadosa de esas huellas conductuales para reconstruir la secuencia del hecho y derivar, mediante razonamiento deductivo, las características del agresor. El AEC se desarrolla en cuatro secciones metodológicas: análisis de la víctima, análisis de la escena del crimen, análisis forense, y síntesis y perfil.

Tres conceptos articulan el análisis conductual en el AEC: el modus operandi (MO), la firma y el sello personal. [15] El *modus operandi* designa el conjunto de conductas ejecutadas para consumar el delito; es dinámico y adaptable. La *firma* comprende las conductas que el agresor realiza para satisfacer una necesidad psicológica específica humillar, controlar, destruir; es relativamente constante entre crímenes del mismo agresor y refleja la motivación subyacente. El sello personal es la manifestación más específica de la firma: el elemento único e irrepetible que distingue los crímenes de un agresor. La reconstrucción del delito —*process of identifying the sequence, direction, and pattern of events that occurred during a crime*— [16] permite ordenar temporalmente los distintos elementos de la evidencia y derivar implicaciones para el perfil.

V. ANÁLISIS DE CASOS

5.1. Caso Aldana Ortiz (Colombia, 2012): feminicidio íntimo y perfilación forense

El 9 de septiembre de 2009, en la vía Ibagué-Alvarado (Tolima, Colombia), se hallaron los primeros restos de lo que luego se identificaría como el cuerpo desmembrado de Erika Cecilia Yenerys Gutiérrez. Los hallazgos distribuidos en bolsas negras a lo largo de varios kilómetros durante los días siguientes revelaban planificación: extracción de tejidos blandos, eliminación de las huellas dactilares mediante el retiro de los pulpejos, extracción de prótesis mamarias y piel del pubis, y dispersión geográfica sistemática. El médico forense Dr. Álvaro Gaitán Bazurto determinó que la víctima había recibido múltiples traumatismos en el cráneo con objeto contundente, seguidos de 58 cortadas pre mortem en el rostro antes de causarle la muerte; el desmembramiento fue post mortem. [17]

El Dr. Gaitán calificó el crimen, técnicamente,

[13] Michael P. Johnson, A Typology of Domestic Violence: Intimate Terrorism, Violent Resistance, and Situational Couple Violence (Boston: Northeastern University Press, 2008), 50-74; Lenore E. Walker, The Battered Woman Syndrome, 4.ª ed. (Nueva York: Springer Publishing, 2016), 98-115.

[14] W. Jerry Chisum y Brent E. Turvey, Crime Reconstruction, 2.ª ed. (Waltham: Academic Press, 2011), 45-78.

[15] Turvey, Criminal Profiling, 195-221.

[16]

[17] Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, Sala de Decisión Penal, sentencia de segunda instancia, 28 de agosto de 2012, rad. 73001 6000 450 2009 01880 01, M.P.: Juan Carlos Arias López, 12-18.

como *Overkill:* crueldad excesiva respecto de la necesaria para producir la muerte, característica de los homicidios con fuerte carga emocional entre personas con vínculo íntimo. La investigación condujo, a través de la reconstrucción de un pulpejo dactilar y el análisis de ADN, a la identificación de la víctima y, consecuentemente, del principal sospechoso: el entonces Coronel de la Policía Nacional Joaquín Enrique Aldana Ortiz, compañero sentimental de la víctima. El registro del domicilio compartido reveló trazas de sangre en el sótano y el baño mediante reactivo *Bluestar Forensic;* asimismo, se estableció la instalación de un programa espía (*spyware*) en el computador de la víctima y la adquisición injustificada de grandes cantidades de ácido muriático. [18]

Aplicando el AEC deductivo, el perfil del victimario revela un **elevado nivel de organización previa y posterior al hecho:** la adquisición anticipada de materiales para el procesamiento del cuerpo, el conocimiento de las técnicas de identificación forense, la selección de rutas de dispersión y la instalación del programa espía descartan la hipótesis de un crimen impulsivo. Las características demográficas inferibles sujeto adulto, con experiencia en situaciones de alta presión y acceso a información especializada en criminalística son consistentes con la condición de alto oficial de policía. [19] En la dimensión **motivacional,** las 58 cortadas pre mortem en el rostro constituyen un elemento de firma destrucción y humillación que trasciende el propósito instrumental del homicidio y la estrategia de desmembramiento tiene una dimensión simbólica: el borrar la identidad de la víctima como expresión extrema del control masculino sobre el cuerpo femenino.

Desde el punto de vista victimológico, Erika Cecilia Yenerys Gutiérrez era una víctima de bajo riesgo situacional no frecuentaba entornos de alta criminalidad, no mantenía relaciones con personas en conflicto con la ley. Esta circunstancia dirigió metodológicamente la investigación hacia su entorno íntimo. La asimetría de poder característica del feminicidio íntimo se expresa aquí con particular nitidez: un alto oficial de policía, con acceso a recursos, información y redes de influencia, frente a su compañera sentimental, cuya vigilancia a través del programa espía constituyó una forma de control previo al crimen.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, mediante sentencia de segunda instancia proferida el 28 de agosto de 2012, confirmó la condena de treinta y tres años y cuatro meses de prisión por homicidio agravado. [20] La particularidad excepcional de este caso en el panorama jurisprudencial latinoamericano reside en que el informe pericial del Dr. Gaitán que incluía la calificación del crimen como Overkill y las inferencias conductuales sobre el tipo de agresor fue elaborado antes de conocerse la identidad del sospechoso, y el perfil resultó congruente con el procesado. El Tribunal no empleó el perfil como fundamento autónomo de la condena lo que hubiera constituido un uso ilegítimo, sino como elemento corroborante de la evidencia física verificable. [21] Este es el uso procesal correcto de la perfilación criminal: auxiliar de la prueba, no sustituto de ella.

5.2. Resolución 2015-0883 (Costa Rica, 2015): corpus delicti sine corpore y perfilación inferencial

La noche del 6 de febrero de 2012, Kenny Bryan McDonald Hills fue conducido por su pareja hasta el barrio Cristóbal Colón de Limón,

[18] Juzgado Primero Penal del Circuito de Ibagué, sentencia condenatoria, 3 de marzo de 2011, rad. 73001 6000 450 2009 01880 00, 35-42.

[19] Meléndez Cardona, Perfilación Criminal, 87-94.

[20]

[21] Tribunal Superior de Ibagué, sentencia, 28 de agosto de 2012, 45-52.

Costa Rica, para reunirse con los hermanos Jonathan Mauricio y Nicolás Jiménez Morales conocidos en la zona como "los Pechán" en lo que se presentó como una salida de pesca. Aproximadamente a las dos de la mañana del 7 de febrero, la víctima y los imputados junto con José Luis Rodríguez Zamora, alias "Chichi" abordaron la embarcación *Octopus* y se adentraron en el mar. Solo tres personas regresaron. La embarcación presentaba rastros de sangre; quienes volvieron portaban manchas hemáticas en la ropa. El testigo Carlos Potoy Cortés declaró que, al preguntar por McDonald Hills, le respondieron que no lo volvería a ver, y que Nicolás Jiménez le mostró un video en el que se observaba cómo la víctima era golpeada, descuartizada y arrojada al mar. [22]

El cuerpo de Kenny Bryan McDonald Hills nunca fue encontrado. Esta circunstancia central en la estrategia defensiva fue también el eje del análisis jurídico de la Resolución 2015-0883. La respuesta del Tribunal de Apelación del Segundo Circuito Judicial de San José fue afirmativa respecto de la posibilidad de condena por homicidio sin el cuerpo de la víctima, fundamentada en la doctrina de la prueba indiciaria convergente. [23] Para que los indicios sustituyan a la evidencia física directa, deben reunir los requisitos de pluralidad, coherencia, convergencia y robustez lógica: la inferencia de culpabilidad debe ser la única que cierre el círculo probatorio sin dejar hipótesis alternativas razonables.

El análisis conductual de los hermanos Jiménez Morales revela un perfil de organización media-alta con características de criminalidad grupal y control territorial. La estrategia del pretexto la supuesta salida de pesca implica elaboración previa de una narrativa de aproximación; la elección de la embarcación como escena del crimen evidencia conocimiento de las condiciones que favorecen la eliminación de la evidencia; el desmembramiento documentado en el video que Nicolás Jiménez exhibió constituye, al igual que en el caso Aldana Ortiz, una estrategia de eliminación de la evidencia identificadora. [24] La conducta exhibicionista posterior mostrar activamente el video del crimen a un tercero revela una psicología de dominio territorial: el crimen como mensaje de poder enviado a la comunidad, incompatible con un agresor que actúa exclusivamente por motivos instrumentales.

Desde la perspectiva de la perfilación criminal, el razonamiento del Tribunal de Apelación en la Resolución 2015-0883 constituye en sí mismo una forma de *perfilación inferencial:* el Tribunal reconstruye, a través de indicios convergentes, la secuencia del crimen, las características de los agresores y las circunstancias de la victimización. El testimonio de Potoy Cortés sobre el video exhibido es evidencia conductual indirecta que permite inferir no solo la comisión del crimen, sino también características específicas del perfil de los agresores: disposición exhibicionista, control territorial y capacidad de planificación y ejecución con eliminación del cuerpo.

5.3. Campo Algodonero vs. México (Corte IDH, 2009): feminicidio estructural y perfilación de patrón

El caso *González y otras ("Campo Algodonero") vs. México,* fallado por la Corte IDH el 16 de noviembre de 2009, trasciende la escala individual para instalarse en la dimensión estructural del feminicidio. Ciudad Juárez, desde 1993 hasta la fecha de la sentencia, había sido escenario de al menos 379 homicidios de mujeres con características de violencia sexual, en su mayoría impunes. [25] No estamos ante un agresor

[22] Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, Resolución 2015-0883, 19 de junio de 2015, expediente 12-000219-0063-PE, 8-15.

[23] Resolución 2015-0883, 22-28.

[24] Resolución 2015-0883, 35-41.

[25] Corte Interamericana de Derechos Humanos, González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, Excepción

identificable: estamos ante un patrón criminal de dimensiones sistémicas que la Corte IDH denominó "feminicidio estructural". Rita Laura Segato ha argumentado, desde la criminología feminista, que esta violencia no puede comprenderse como un conjunto de crímenes individuales sino como una práctica con función social específica en el contexto de la masculinidad hegemónica y el crimen organizado: la violencia sobre el cuerpo de las mujeres como demostración de poder y control territorial. [26]

La Corte IDH determinó que los crímenes de Ciudad Juárez respondían a un patrón: las víctimas mujeres jóvenes, de escasos recursos, trabajadoras o estudiantes compartían características; las circunstancias de los crímenes desaparición, secuestro, violencia sexual, hallazgo del cuerpo en espacios periféricos compartían características; y la respuesta institucional compartía características: indiferencia, estereotipos de género, demoras injustificadas e impunidad. [27] El análisis de patrón serial extensión metodológica del AEC individual revela en los agresores: conocimiento del territorio y de los patrones de movilidad de las víctimas; nivel de organización medio-alto para secuestrarlas, mantenerlas privadas de libertad y disponer de los cuerpos; y confianza en la impunidad basada en la experiencia histórica de ineficacia institucional.

El análisis victimológico de Claudia Ivette González (20 años), Laura Berenice Ramos Monárrez (17 años) y Esmeralda Herrera Monreal (15 años) revela un patrón de vulnerabilidad estructural que la Corte IDH identificó con precisión. Sus actividades cotidianas el desplazamiento entre el hogar y el trabajo o la escuela las exponían a los riesgos propios de un contexto urbano con alta concentración de violencia de género. La Corte destacó un elemento victimológico de primera importancia: entre la desaparición de las jóvenes y el hallazgo de sus cuerpos, sus familiares acudieron a las autoridades y se encontraron con juicios de valor sobre el comportamiento de las víctimas y ninguna acción concreta de búsqueda. Esta no-respuesta institucional es en sí misma un elemento del proceso de victimización, y sus familiares fueron victimizados secundariamente.

El análisis de la posición social de las víctimas revela la operación de la interseccionalidad [28]: González, Ramos y Herrera no eran vulnerables solo en virtud de su género, sino en virtud de la confluencia de género, edad, posición socioeconómica y ubicación geográfica en una ciudad fronteriza con alta presencia del crimen organizado y débil institucionalidad democrática. La Corte IDH estableció que "la ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia", [29] formulando así, implícitamente, un estándar de investigación criminal que incorpora elementos de perfilación: el análisis del patrón de comportamiento del agresor, la identificación de las características de las víctimas y la comprensión del modus operandi como sistema coherente.

preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C, n.º 205, párr. 113-140.

[26] Segato, La escritura en el cuerpo, 47-58.

[27] Corte IDH, Campo Algodonero, párr. 208.

[28] Kimberlé Crenshaw, "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics," University of Chicago Legal Forum 1989, n.º 1 (1989): 139-167.

[29] Corte IDH, Campo Algodonero, párr. 400 (énfasis añadido).

VI. ANÁLISIS COMPARADO

6.1. Cuadro sinóptico

Dimensión	Aldana Ortiz (CO, 2012	Res. 2015-0883 (CR, 2015)	Campo Algodonero (MX/CorteIDH, 2009
Tipología	Feminicidio íntimo individual	Homicidio calificado grupal	Feminicidio estructural/serial
Agresor(es)	Individual; alto oficial de policía	Dos hermanos + cómplice, control territorial	Múltiples; no identificados plenamente
Víctima(s)	Erika C. Yenerys Gutiérrez; bajo riesgo	Kenny B. McDonald Hills; riesgo moderado-alto	González, Ramos, Herrera + cientos de mujeres
Hallazgo cadáver	Desmembrado, parcialmente alterado	No hallado (arrojado al mar)	Hallado en lote baldío; mal preservado
MO principal	Golpeo, desmembramiento, dispersión de restos	Emboscada en embarcación; inmersión	Secuestro, violencia sexual, homicidio
Firma conductual	Overkill: 58 cortadas pre mortem en rostro	Exhibicionismo: grabación y exhibición del crimen	Violencia sexual como instrumento de dominación
Relación V-V	Pareja íntima (convivencia)	Conocidos comunitarios	Desconocidos / víctimas intercambiables
Método perfilación	AEC deductivo (validado prospectivamente)	Inferencia indiciaria (sine corpore)	Análisis de patrón serial + responsabilidad estatal
Desición judicial	Condena 33 años 4 meses	Confirma culpabilidad, reenvía quantum	Responsabilidad internacional del Estado mexicano

Tabla 1. Cuadro comparativo de los tres casos (elaboración propia).

6.2. Patrones convergentes y divergentes

El análisis comparado revela tres patrones convergentes con implicaciones metodológicas y doctrinales relevantes.

El primero es el **patrón de eliminación del cadáver como estrategia de impunidad.** En el caso Aldana Ortiz, el desmembramiento y la alteración del cuerpo buscaron impedir la identificación. En la Resolución 2015-0883, la inmersión del cuerpo desmembrado en el mar buscó su desaparición total. En Campo Algodonero, las deficiencias en la preservación de la escena del crimen favorecieron la impunidad. Este patrón revela consciencia de la ilicitud y

planificación orientada a eludir la responsabilidad penal: no el crimen de un impulso ciego, sino el de un sujeto que calcula.

El segundo es el **patrón de relación previa víctima-victimario como condición de acceso.** En los tres casos, el agresor disponía de un acceso facilitado por un vínculo previo: convivencia conyugal (Aldana Ortiz), conocimiento comunitario y construcción de una cita (Resolución 2015-0883), o aprovechamiento de las rutinas de las víctimas en un contexto territorial conocido (Campo Algodonero). Este patrón desafía la narrativa del "asesino desconocido que acecha a extraños": en la mayoría de los casos de violencia grave, el agresor tiene algún tipo de vínculo o acceso previo a la víctima.

El tercero es la **asimetría de poder entre víctima y agresor.** En Aldana Ortiz es individual (un alto oficial de policía frente a su compañera sentimental); en la Resolución 2015-0883 es territorial (un grupo con control informal sobre un área comunitaria frente a un individuo que depende de sus redes sociales en esa comunidad); en Campo Algodonero es sistémica (el género masculino en un contexto de crimen organizado y débil institucionalidad frente a mujeres jóvenes y precarias). La asimetría de poder no es solo el contexto del crimen: es su condición de posibilidad.

Entre los patrones **divergentes,** el más relevante es el de la escala del fenómeno y su incidencia en la metodología de perfilación. El caso Aldana Ortiz permite aplicar el AEC en su versión más clásica un agresor identificado, evidencia física concreta, perfil individual validado prospectivamente. La Resolución 2015-0883 introduce el desafío de la perfilación sin el cuerpo de la víctima, exigiendo el salto metodológico hacia la inferencia indiciaria. Y Campo Algodonero trasciende la escala individual para plantear los desafíos de la perfilación de patrones seriales y estructurales, donde el "agresor" es en parte una construcción social y donde la responsabilidad del Estado se convierte en un elemento inextricable del análisis.

6.3. Implicaciones para la admisibilidad probatoria de la perfilación criminal

La admisibilidad y el valor probatorio de la perfilación criminal no son fijos: dependen del método empleado, de la calidad de la evidencia disponible, del sistema jurídico en el que opera y del nivel individual, grupal, sistémico al que se aplica el análisis. En el sistema penal colombiano (Ley 906 de 2004, arts. 405-422), el informe pericial del Dr. Gaitán Bazurto fue admitido como elemento corroborante de la evidencia física, no como fundamento autónomo de la condena. [30] Esta distinción es metodológicamente crucial: la perfilación criminal es compatible con los principios del Estado de Derecho cuando opera como auxiliar de la prueba.

En el sistema costarricense, la Resolución 2015-0883 validó una forma de "perfilación inferencial" la reconstrucción del crimen a partir de indicios convergentes y robustos como suficiente para establecer la culpabilidad más allá de toda duda razonable, incluso sin el cuerpo de la víctima. Este precedente tiene implicaciones directas para los casos de feminicidio con desaparición de la víctima. En el plano internacional, el caso Campo Algodonero introdujo una dimensión probatoria radicalmente diferente: la utilización de un análisis de patrón criminal para establecer la responsabilidad estatal ante un sistema de derechos humanos.

VII. CONCLUSIONES

Primera. La perfilación criminal deductiva basada en el AEC fundada en la evidencia concreta del caso y en razonamiento lógico verificable es

[30] Colombia, Ley 906 de 2004, arts. 405-422; Tribunal Superior de Ibagué, sentencia, 28 de agosto de 2012, 60-68.

el método más compatible con los principios del Estado de Derecho y con el estándar probatorio del proceso penal. El caso Aldana Ortiz lo ilustra con claridad: fue la evidencia conductual específica las 58 cortadas pre mortem, la eliminación de las huellas dactilares, el programa espía lo que permitió elaborar un perfil del victimario prospectivamente válido. Los sistemas penales latinoamericanos deberían avanzar hacia la regulación procesal específica de la perfilación deductiva como medio de prueba pericial.

Segunda. La victimología forense es un componente inseparable de la perfilación criminal eficaz. El análisis de la víctima no es un ejercicio de culpabilización retroactiva, sino una herramienta metodológica fundamental para reconstruir la dinámica del crimen e identificar las características del agresor. El bajo nivel de riesgo situacional de Erika Gutiérrez en Aldana Ortiz dirigió inmediatamente la investigación hacia su entorno íntimo; el análisis de las características compartidas por las víctimas de Ciudad Juárez permitió identificar el patrón criminal y las responsabilidades institucionales.

Tercera. La perspectiva de género es imprescindible en la perfilación de delitos de violencia contra la mujer. No se trata de añadir una variable al análisis estadístico: se trata de comprender que el feminicidio, en sus distintas manifestaciones, responde a estructuras de poder y dominación que no pueden reducirse a la psicopatología individual del agresor. El caso Campo Algodonero lo ilustra en su forma más extrema: no hubo análisis individual del agresor porque el agresor era, en parte, el sistema.

Cuarta. La perfilación criminal inferencial aplicada a casos sin cuerpo de la víctima como el de la Resolución 2015-0883 tiene plena legitimidad epistemológica y procesal, siempre que los indicios reúnan los requisitos de pluralidad, coherencia, convergencia y robustez lógica. La ausencia del cadáver no es, en sí misma, un obstáculo insuperable para la reconstrucción del crimen ni para el establecimiento de la culpabilidad, como lo demuestra la doctrina costarricense analizada.

Quinta. La formación especializada de investigadores, fiscales y jueces en perfilación criminal deductiva y victimología forense con perspectiva de género es una necesidad urgente de los sistemas de justicia penal latinoamericanos. La institucionalización de unidades especializadas de comportamiento criminal y la incorporación de la perfilación en los protocolos de investigación de feminicidios contribuirían significativamente al cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos.

Sexta. La perfilación criminal, por sofisticada que sea, no puede sustituir a la voluntad institucional de investigar con seriedad los crímenes contra las mujeres. El caso Campo Algodonero lo demuestra de manera dolorosa: no era la falta de técnicas forenses lo que impedía resolver los feminicidios de Ciudad Juárez, sino la indiferencia institucional y los estereotipos de género arraigados en la cultura de las instituciones de justicia. La mejor perfilación del mundo es inútil ante escenas del crimen contaminadas, autopsias superficiales y una cultura institucional que asume que ciertas vidas valen menos que otras.

BIBLIOGRAFÍA

Fuentes primarias

Colombia, Ley 599 de 2000 (Código Penal). Congreso de la República de Colombia. Diario Oficial No. 44.097.

Colombia, Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal). Congreso de la República de Colombia. Diario Oficial No. 45.658.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. González y otras ("Campo Algodonero") vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C, n.º 205.

Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc., 509 U.S. 579 (1993).

Juzgado Primero Penal del Circuito de Ibagué. Sentencia condenatoria. 3 de marzo de 2011. Rad. 73001 6000 450 2009 01880 00.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del Segundo Circuito Judicial de San José. Resolución 2015-0883. 19 de junio de 2015. Expediente 12-000219-0063-PE.

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, Sala de Decisión Penal. Sentencia de segunda instancia. 28 de agosto de 2012. Rad. 73001 6000 450 2009 01880 01. M.P.: Juan Carlos Arias López.

Fuentes secundarias

Canter, David. Criminal Shadows: Inside the Mind of the Serial Killer. Londres: HarperCollins, 1994.

Canter, David. Mapping Murder: The Secrets of Geographical Profiling. Londres: Virgin Books, 2004.

Chisum, W. Jerry, y Brent E. Turvey. Crime Reconstruction. 2.ª ed. Waltham: Academic Press, 2011.

Crenshaw, Kimberlé. "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics." University of Chicago Legal Forum 1989, n.º 1 (1989): 139-167.

Douglas, John, Robert Ressler, Ann Burgess, y Carol Hartman. "Criminal Profiling from Crime Scene Analysis." Behavioral Sciences & the Law 4, n.º 4 (1986): 401-421. https://doi.org/10.1002/bsl.2370040405.

Douglas, John, y Mark Olshaker. Mindhunter: Inside the FBI's Elite Serial Crime Unit. Nueva York: Scribner, 1995.

García-Pablos de Molina, Alfonso. Criminología: Una introducción a sus fundamentos teóricos. 8.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

Johnson, Michael P. A Typology of Domestic Violence: Intimate Terrorism, Violent Resistance, and Situational Couple Violence. Boston: Northeastern University Press, 2008.

Lagarde, Marcela. "Antropología, feminismo y política: Violencia feminicida y derechos humanos de las mujeres." En Retos teóricos y nuevas prácticas, coordinado por Margaret Bullen y Carmen Díez Mintegui, 209-239. San Sebastián: Ankulegi Antropología Elkartea, 2008.

Meléndez Cardona, Deimer. Perfilación Criminal «Práctica». Bogotá: Editorial Especializada en Ciencias Penales, 2023.

Mendelsohn, Benjamin. "Une nouvelle branche de la science bio-psycho-sociale: La victimologie." Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique 10, n.º 2 (1956): 95-109.

Naciones Unidas. Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. Resolución 48/104 de la Asamblea General. Nueva York: ONU, 1993.

Organización de los Estados Americanos. Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará). Washington: OEA, 1994.

Palma, Joao, Luis Rodríguez, y Marta Soto. "El método VERA en la perfilación criminal: Una aproximación crítica." Revista Española de Investigación Criminológica 18, n.º 2 (2020): 1-28. https://doi.org/10.46381/reic.v18i2.390.

Ressler, Robert K., y Tom Shachtman. Whoever

Fights Monsters: My Twenty Years Tracking Serial Killers for the FBI. Nueva York: St. Martin's Press, 1992.

Russell, Diana E. H. Femicide: The Politics of Woman Killing. Nueva York: Twayne Publishers, 1992.

Segato, Rita Laura. La escritura en el cuerpo de las mujeres asesinadas en Ciudad Juárez: Territorio, soberanía y crímenes de segundo estado. Buenos Aires: Tinta Limón Ediciones, 2013.

Snook, Brent, Richard M. Cullen, Craig Bennell, Paul J. Taylor, y Paul Gendreau. "The Criminal Profiling Illusion: What's Behind the Smoke and Mirrors?" Criminal Justice and Behavior 35, n.º 10 (2007): 1257-1276. https://doi.org/10.1177/0093854808321528.

Turvey, Brent E. Criminal Profiling: An Introduction to Behavioral Evidence Analysis. 4.ª ed. Waltham: Academic Press/Elsevier, 2012.

Von Hentig, Hans. The Criminal and His Victim: Studies in the Sociology of Crime. New Haven: Yale University Press, 1948.

Walker, Lenore E. The Battered Woman Syndrome. 4.ª ed. Nueva York: Springer Publishing, 2016.

Limitaciones a la libre disposición de la pensión jubilatoria: Alcances de la nueva línea resolutoria de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia en materia de seguridad social

MSc. Luz Adina REYES REYES
Lic. Sammy PÉREZ MATAMOROS

En nuestro país desde mediados del siglo XX se ha generado una creciente preocupación por el alto endeudamiento de miles de trabajadores producto de las condiciones crediticias que las instituciones financieras ofrecen y en su gran mayoría con tasas de interés sumamente altas lo que cual ha generado condiciones perniciosas para los tomadores de créditos quienes se han visto despojados de sus viviendas, embargos de su salario, mancha de su record crediticio, entre otros factores.

Es así como el 20 de junio del 2020 se publica la ley No. 9859 que es una reforma a la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor agregando una serie de artículos para garantizar una efectiva tutela a los derechos de los ciudadanos consumidores financieros. Esta ley es conocida, como Ley de Usura, la cual moderniza y fortalece el marco legal para frenar la usura en el país. Valga mencionar que ésta norma es aprobada durante el tiempo de pandemia del COVID-19, y cuyos objetivos esenciales son proteger a los consumidores, estimular la competencia, promover la inclusión financiera, reducir el endeudamiento y promover la estabilidad y la equidad en el sistema financiero nacional.

Dentro de este contexto, esta ley definió con precisión las condiciones bajo las cuales las entidades financieras otorgarían créditos a los consumidores garantizando la transparencia en los créditos en cuanto a la realidad económica de cada individuo, respetando así un mínimo de salario para subsistencia personal y familiar en aplicación de lo establecido en el artículo 172 del Código de Trabajo y familiar, obligando además al ente financiero a aplicar metodologías y porcentajes efectivas para evitar el alto endeudamiento.

También es necesario traer a colación lo normado en los artículos 44 bis y 44 ter, artículos que han venido a sentar las bases para la protección no sólo de un mínimo de salario sino también de todo lo relativo a las condiciones bajo las cuáles las entidades otorgarán esos créditos y sobre el roll que debe cumplir el Banco Central en cuanto a la fijación de las tasas de interés, así como de las obligaciones de la Superintendencia General de Entidades Financieras (SUGEF) máximo órgano fiscalizador del país en temas regulatorios y financieros.

Precisamente en aplicación de dichas normas las instituciones financieras se han visto limitadas en la colocación de créditos, así como en la recuperación de créditos morosos ante las regulaciones que el artículo 44 ter establece, situación que también desde un punto práctico de aplicación ha venido a incrementar la morosidad a nivel de las instituciones financieras y del mismo Poder Judicial. Esta situación tampoco es ajena para los consumidores financieros a quienes si bien es cierto se les respeta un mínimo inembargable, su acceso al crédito se ha visto limitado por los niveles de endeudamiento permitido, por cuanto hay que tener presente que todas las deudas financieras son consideradas en el análisis de

capacidad de pago de previo al otorgamiento de un crédito con fundamento el historial reportado ante SUGEF.

Es así que con de la entrega en vigencia de la ley mencionada, se crea una limitación a la autonomía de la voluntad por parte de los trabajadores consumidores financieros, quienes, según mandato legislativo (artículo 44 ter), no pueden comprometer su salario mínimo para responder por operaciones crediticias, lo cual le implicó a las operadoras de crédito, tal y como se indicó anteriormente, reforzar el análisis crediticio de los consumidores financieros para que estos no pudieran respaldar sus operaciones con dicho salario mínimo. Evidentemente esta limitación cercenó la capacidad de crédito de miles de personas, pero al mismo tiempo, posibilitó que no se autorizarán deducciones más allá de lo permitido que imposibilitarán un ingreso mínimo vital para dichas personas trabajadoras.

La limitación legislativa -más allá de una discusión política sobre su conveniencia o utilidad- fue clara y específica a las personas trabajadoras consumidoras financieras, no obstante, de manera sorpresiva y mediante dos sentencias puntuales de la Sala Segunda de la Cote Suprema de Justicia, se amplió vía interpretación jurisdiccional dicha limitación a las personas pensionadas en los regímenes jubilatorios.

Ante dicha situación, el presente artículo pretende exponer el contexto donde surgen estas sentencias, sus alcances y principales desafíos para los operadores del derecho, pero especialmente, dejar ver que, la tentación de legislar por parte de la autoridad jurisdiccional opera en nuestro ejercicio profesional.

Pensión y salario: Regulaciones normativas disímiles

Es importante señalar, que el artículo 44 ter de La Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor N° 7472, es claro al diferenciar dos conceptos jurídicamente disímiles, sean estos: **salario y pensión.**

El salario se entiende como una suma liquida o en especie, que debe cancelar todo patrono a sus trabajadores por la utilización de sus fuerzas, habilidades y realización de una labor contratada, es decir, el salario implica una actividad laboral por una prestación de servicio. Contrario al concepto salario, la pensión se entiende como un beneficio el cual surge por años de cotización, el cual se materializa por el cumplimiento de los requisitos legales para el disfrute de dicho derecho. Ante ello, la mayor diferencia entre una pensión y un sueldo es que la pensión se paga a holganza, sin laborar, y como culminación del plazo o la condición legal que determina su otorgamiento a partir del retiro del trabajador de su cargo, mientras que el salario, a diferencia de lo anterior, implica una prestación activa de un servicio y con ello, el deber de cumplir jornada, rendir cuentas y prestar sus servicios de forma diligente a la contraparte patronal.

En el caso de las limitaciones establecidas por la Ley de Usura, estas recayeron sobre el salario y en consecuencia sobre las personas trabajadoras:

> Artículo 44 ter- Derecho del trabajador consumidor financiero. **Los trabajadores** tienen derecho a solicitar al patrono la deducción de las cuotas para el pago de sus créditos, siempre que exista acuerdo de voluntades entre el trabajador y la entidad acreedora, hasta el límite inembargable. **Los patronos** no podrán discriminar ni dejar de aplicar **las deducciones al salario** de las cuotas debidamente autorizadas previamente por el **trabajador,** para el pago de las operaciones financieras de crédito, voluntariamente contraídas por este o para el pago de su afiliación a organizaciones

de base asociativa social cuyo fin no es el lucro, respetando el derecho y la libertad de contratación y de asociación del **trabajador.** (Subrayado no es del original).

El legislador fue claro al establecer dichas limitaciones a la cesión que puede pactar el trabajador con una entidad financiera, es decir, excluyendo de dicha limitación las pensiones y circunscribiendo, únicamente, la aplicación de dicha normativa a materia laboral-salarial.

Nótese que la distinción entre salario y pensión es tan clara a nivel normativo, que cada uno de dichos derechos cuentan con regulaciones especiales, con doctrina independiente y limitaciones especiales. Ejemplo de ello se puede evidenciar en las limitaciones al salario que estableció el artículo 44 ter de la Ley del Consumidor como también la limitación que estableció el legislador en a los pensionados del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte (IVM) mediante el artículo 59 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social CCSS:

> "Artículo 59.- Las prestaciones en dinero acordadas a los asegurados no podrán cederse, compensarse ni gravarse, no son susceptibles de embargo, salvo en la mitad por concepto de pensiones alimenticias." Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social CCSS
>
> Artículo 44 ter- Derecho del trabajador consumidor financiero. **Los trabajadores** tienen derecho a solicitar al patrono la deducción de las cuotas para el pago de sus créditos, siempre que exista acuerdo de voluntades entre el trabajador y la entidad acreedora, hasta el límite inembargable. **Los patronos** no podrán discriminar ni dejar de aplicar **las deducciones al salario** de las cuotas debidamente autorizadas previamente por el **trabajador,** para el pago de las operaciones financieras de crédito, voluntariamente contraídas por este o para el pago de su afiliación a organizaciones de base asociativa social cuyo fin no es el lucro, respetando el derecho y la libertad de contratación y de asociación del trabajador. (Subrayado no es del original Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor N° 7472).

Tal y como puede observarse, cada instituto tiene una regulación legal especial en cuanto a la limitación que da el legislador al derecho fundamental de autonomía de la voluntad, teniendo especial relevancia, que la misma Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencias número 2002-01764 de las 14 horas 37 minutos del 20 de febrero del 2002, número 2008-017305 de las 14 horas 59 minutos del 19 de noviembre del 2008 y número 2009-013605 de las 14 horas y 56 minutos del 26 de agosto de 2009, ha creado una línea jurisprudencial sólida relativa al principio de reserva legal en materia de pensiones, donde, cualquier limitación a dicho derecho deberá realizarse necesariamente vía Ley a través del proceso legislativo respectivo.

Ante ello, el legislador fue claro al establecer dichas limitaciones a la cesión que puede pactar el trabajador con una entidad financiera, es decir, excluyendo de dicha limitación las pensiones y circunscribiendo, únicamente, la aplicación de dicha normativa a materia laboral-salarial.

La tentación de operador jurisdiccional de legislar: Sentencia 2026-000550 de las once horas diez minutos del veinte de febrero de dos mil veintiséis y Sentencia 2026-000576 de las trece horas veinte minutos del veinte de febrero de dos mil veintiséis:

Contrario a lo esbozado en la sección previa, la Sala Segunda Corte Suprema Justicia creó

y desarrolló una limitación que el legislador no ha establecido, justificando dicha situación en la existencia de un vacío normativo en nuestro ordenamiento jurídico en la protección de una pensión mínima vital.

A consideración del órgano jurisdiccional, el legislador ha omitido dar protección al derecho de jubilación, lo cual afecta la dignación humana de esta población jubilada; ante lo cual, integra normativa internacional para generar dicha protección, analogando el salario mínimo legal y su protección a la pensión, es decir, legisla para llenar un vacío que esta identificó.

Sí bien es claro y conocido que los vacíos legislativos pueden ser declarados inconstitucionales por omisiones legislativas y, en consecuencia, la Sala Constitucional puede ordenar al Poder Legislativo cubrir dicha omisión, las sentencias 2026-000550 y 2026-000576 de la Sala Segunda optan por dar una solución definitiva al crear la protección inexistente legalmente y establecer ella misma la protección. Específicamente desarrolla el concepto de "intangibilidad de un núcleo vital de la pensión", donde establece la limitación a dichas personas jubiladas de disponer sobre ese núcleo de pensión, el cual no es otra cosa, que una analogía al salario mínimo legal.

Efectivamente, las sentencias hacen un análisis que va desde la visibilización de una omisión legislativa, el contexto actual de las personas pensionas en nuestro país, hasta la integración forzada de normas, como lo es el artículo 984 inciso 2 de Código Civil, para establecer la limitación de que, los pensionados pueden disponer su pensión hasta ese "intangible núcleo vital de la pensión".

Lo curioso de las sentencias, más allá de visibilizar el voraz deseo legislativo del órgano jurisdiccional y/o su postura mesiánica, radica en su inconsistencia: Efectivamente las sentencias son claras al afirmar que las regulaciones del artículo 984 inciso 2 de Código Civil y del artículo 59 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social son insuficiente para proteger un mínimo intangible de pensión, ya que, estas refieren a situaciones jurídicas que deben de ser legisladas acorde a nuestra actualidad, situación que de manera acertada estableció la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia:

> **"Es ahí donde radica la diferencia con el término deducción, ya que esta proviene de la voluntad de las partes y no de orden judicial. (…) De ahí que no es renunciar a un derecho, por el contrario, es gozar de las herramientas que le brinden mayores oportunidades. En tal sentido, la Sala al analizar el caso concreto determina la errónea aplicación del numeral 984 inciso 2) del Código Civil,** al habérsele dado un alcance o efecto que la misma no contiene, al haberse utilizado de manera ambivalente los términos perseguir, secuestrar y **embargar, con el concepto de la palabra deducción, la cual proviene en este caso concreto, de una autorización expresa de la otorgante,** punto que no es precisamente lo que regula la norma sustantiva citada. **En este tanto, por tratarse de un acto voluntario del actor, no se aprecia que la parte demandada actuara fuera del marco legal, ya que actuó al amparo de la autorización voluntaria de la actora."** (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Resolución Nº 02282 – 2023, subrayado no es del original)

Claramente se puede observar una Sala Primera que predomina la seguridad jurídica sobre otros valores dentro de nuestro ordenamiento jurídico y, en consecuencia, su interpretación iba a delimitarse a lo estrictamente normado, caso contrario de la Sala Segunda, cuya flexibilidad

interpretativa es ampliamente reconocida; y en el caso concreto, reconoce la ausencia normativa y se arroga la facultad de crear una limitación no establecida por el legislador en una materia regida por reserva de ley.

Conclusión:

La división de Poderes del Estado nació, entre otras cosas, para dar seguridad jurídica a los administrados, por consiguiente, ningún operador de crédito puede alegar ignorancia a la ley y, en consecuencia, a las regulaciones y limitaciones que estableció la ley de usura, por lo cual, de otorgar un crédito en violación a dicha normativa, deberá de asumir las repercusiones ahí establecidas.

No obstante, cuando la limitación deviene del órgano jurisdiccional, -en particular de una Sala de Casación cuya jurisprudencia no es vinculante *erga omnes*- genera efectivamente un resquemor de qué cómo deberán trabajar las operadoras de crédito y, especialmente, cómo deben de ejercer su autonomía de la voluntad las personas pensionadas por jubilación, en el tanto, las regulaciones son inexistentes, no son comunicadas a la población -ya que no llevan un proceso de publicidad que conllevaría una limitación de ley- y especialmente no lleva una legitimidad de haber nacido dicha limitación del órgano delegado constitucionalmente para ejercer la función legislativa.

Dicha preocupación debe también trasladarse al operador de derecho, ya que, se creó una limitación sin amparo de ley, lo cual puede llevar a pensionados jubilados a reclamar una denegatoria de crédito, puede llevar a pensionados a solicitar su readecuación de créditos previamente obtenidos a esta nueva línea de interpretación y, aún más grave, puede generar un impago sistemático de operaciones de crédito perfeccionadas mucho antes de esta interpretación.

Finalmente, esta línea de interpretación muy probablemente se vuelva una línea jurisprudencial de dicha Sala de Casación, en consecuencia, podrá ser cuestionada su constitucionalidad a fin de resolver los señalamientos aquí esbozados.

BIBLIOGRAFIA

1. Asamblea Legislativa. (2020). Artículo 44 ter de la Ley N.° 7472, adicionado por la Ley N.° 9859.
2. Asamblea Legislativa. (2020, 11 de noviembre). Ley N.° 9918, artículo 3°, que adiciona transitorio al artículo 44 ter de la Ley N.° 7472.
3. Asamblea Legislativa. (2020.). Artículo 44 ter de la Ley N.° 7472.
4. Asamblea Legislativa. (1994). Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, Ley N.° 7472.
5. Poder Judicial. (2026, 20 de febrero). Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N.° 2026-000550, 11:10 horas.
6. Poder Judicial. (2026, 20 de febrero). Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia N.° 2026-000576, 13:20 horas.
7. Poder Judicial. (2023). Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N.° 02282-2023.

"Lógica binaria o paradoja sorites vs. fuzzi logic, relacionado al testimonio de las víctimas como prueba en debate; análisis de la teoría Taiwanesa de prescindir de la prueba testimonial".

"Binary logic or the sorites paradox vs. Fuzzy logic, in relation to victims' testimony as evidence at trial: an analysis of the Taiwanese theory of dispensing with testimonial evidence".

Esteban CECILIANO MATAMOROS [1]

Resumen.
El artículo sostiene que la justicia penal decide en binario (condena/absolución), pero la prueba testimonial —en especial cuando proviene de la víctima— casi nunca llega en forma binaria, sino por tramos y con zonas de penumbra. Se propone, a partir de la teoría de la autora Lorena Varela sobre binarismo y lógica difusa, donde el problema central no es "creer/no creer", sino justificar el tránsito desde un soporte probatorio gradual hacia un cierre decisorio bipartito. En ese marco, se exige un análisis por capas (credibilidad, fiabilidad y veracidad), segmentación del relato, contraste con hipótesis alternativas y corroboración independiente. Luego contrasta esta metodología con derecho comparado, especialmente con Taiwán, donde se observa la convivencia del juicio oral con registros previos y, la posibilidad excepcional de prescindir del testimonio directo en juicio, bajo estándares de necesidad, confiabilidad y medidas compensatorias. Finalmente, aterriza una propuesta para Costa Rica: mantener el juicio oral y la contradicción como regla, permitir – con la autorización de reforma de ley requerida - excepciones con motivación reforzada, y evitar tanto estereotipos como falsa precisión en la fundamentación probatoria.

Abstract.
The article argues that criminal justice reaches binary outcomes (conviction/acquittal), yet testimonial evidence—especially when it comes from the victim—almost never arrives in a binary form, but rather in segments and within gray areas. Drawing on Lorena Varela's theory of binarism and fuzzy logic, it proposes that the central issue is not "believe/don't believe,"

[1] Doctorando en Derecho Penal en la Universidad Escuela Libre de Derecho, Máster en Derecho Penal por la Universidad Latina de Costa Rica, Especialista en Derecho Notarial y Registral por la Universidad Internacional San Isidro Labrador, Licenciado en Derecho por la Universidad Latina de Costa Rica. Ha laborado como Fiscal del Ministerio Público, y actualmente se desempeña como juez en materia penal en el Poder Judicial. Correo electrónico: ececilianom@outlook.com

but how to justify the transition from a gradual evidentiary basis to a bipartite decisional conclusion. Within this framework, it calls for a layered analysis (credibility, reliability, and truthfulness), segmentation of the account, testing against alternative hypotheses, and independent corroboration. It then contrasts this methodology with comparative law, particularly Taiwan, where the oral trial coexists with prior records and where there is an exceptional possibility of dispensing with direct testimony at trial under standards of necessity, reliability, and compensatory safeguards. Finally, it offers a proposal for Costa Rica: to preserve the oral and adversarial trial as the rule, allow exceptions only with strengthened reasoning, and avoid both stereotypes and false precision in evidentiary justification.

Palabras clave.
Prueba testimonial - juicio - lógica difusa – lógica binaria – Taiwán.

Keys Words.
Testimonial evidence – trial - fuzzy logic - binary logic – Taiwan.

I. Introducción.

Este trabajo parte de una idea simple, la justicia penal decide en binario, se condena o se absuelve, pero la evidencia con la que se decide, y en particular la testimonial, casi nunca llega en forma binaria; llega por tramos, con fragmentos más firmes que otros, con dudas periféricas y, a veces, con vacíos que obligan a inferir. El problema aparece cuando ese trayecto no se explica y el "sí/no" funciona como atajo, allí la motivación se debilita, no por falta de palabras, sino porque falta el puente entre lo que se escuchó en juicio y el hecho que se declara probado.

Por eso este ensayo no se plantea como un manual para creer o no creer en testimonios, sino en cómo se justifica, de manera controlable, que un relato humano, con los límites naturales de percepción y memoria, pueda sostener una conclusión fáctica en sentencia judicial. Y por qué, cuando el testimonio de la parte ofendida es pieza central, para la apreciación de su dicho se deben valorar varias situaciones tanto de hecho como de derecho; y es que, en este terreno suelen aparecer dos extremos que conviene evitar, de un lado, el recelo injustificado, alimentado por estereotipos o expectativas irreales sobre cómo debería hablar o recordar una víctima; del otro, el automatismo inverso, que confunde empatía con corroboración y convierte – en automático – el relato de la persona afectada en prueba privilegiada. El artículo sostiene que ambos extremos son metodológicamente incompatibles con una sentencia judicial bien motivada.

El punto de partida teórico se toma desde una discusión que, a primera vista, parecería ajena, dolo y error. La razón es sencilla, en ese tema el derecho exige cierres bipartitos, hay dolo o no lo hay, el error excluye o no excluye, pero el camino hacia esos cierres se construye a partir de indicios y grados de conocimiento, con zonas intermedias que no se pueden borrar sin costo. Esa misma tensión se replica en la prueba testimonial, la decisión final sigue siendo binaria, pero la evaluación previa, si se hace bien, no opera como interruptor, opera por capas y por contraste, separa lo nuclear de lo periférico, busca corroboraciones, descarta hipótesis alternativas y explica por qué, pese a lo incierto, se alcanza un umbral.

El trabajo se estructura así: primero, se expone el marco conceptual que permite entender el choque entre cierre binario y razonamiento gradual; luego, se revisa cómo se valora la evidencia testifical en el proceso

penal costarricense y en derecho comparado, con énfasis en juicio oral y público. Después, se aplica esa metodología al testimonio de la víctima, especialmente en escenarios de clandestinidad probatoria. Finalmente, se contrasta el método con modelos asiáticos, en particular Taiwán y Japón, para evaluar si la prescindencia del testimonio directo o el uso de registros previos implica una lógica distinta, o si en el fondo es el mismo problema con otro trayecto, el cierre dual permanece, pero la obligación de justificar aumenta. Con base en ese recorrido, se propone un aterrizaje para Costa Rica que – como primera postura - no inventa reglas nuevas, sino que toma en serio lo que el sistema ya exige, contradicción real, análisis racional y motivación adecuada.

II. La propuesta de la autora Lorena Varela, según su obra "Dolo y Error" y el tránsito entre lógica binaria, sorites y lógica difusa.

Antes de comenzar, de lleno, en la valoración del testimonio de la víctima, conviene aclarar por qué este trabajo arranca en un terreno que, a primera vista, parecería extraño: dolo y error. La razón es simple, en la obra Dolo y error, la autora Lorena Varela se propone sostener una imputación auténticamente subjetiva, y para lograrlo se ve obligada a enfrentar un problema que luego reaparece en la teoría de la prueba con la misma intensidad: el derecho exige respuestas finales bipartitas (hay dolo/no hay dolo; el error excluye/no excluye, sea la tipicidad o bien la culpabilidad), pero la forma en que conocemos y reconstruimos hechos —y, con frecuencia, estados mentales— no es dual, sino progresiva y llena de zonas intermedias. Dicho de otro modo, la autora Varela no discute lógica por gusto; lo discute porque, cuando el razonamiento se vuelve complicado, el binarismo se convierte en un atajo, y ello en un proceso penal, suele terminar siendo un problema de motivación [2]. Tal punto de partida permite ordenar la construcción de la presente investigación, primero, reconocer la necesidad del *"sí/no"* en el resultado; segundo, admitir que el camino no suele ser *"sí/no";* y tercero, explicar por qué sorites (teoría del montón) y la lógica difusa ayudan a describir ese camino sin caer en la trampa de aparentar exactitudes que no existen.

En el plano decisorio, el derecho funciona con lógica bipartita. Esto no es una afirmación ideológica, sino estructural: una sentencia no puede terminar en un *"medio sí"* o *"medio no"* respecto de los hechos esenciales; debe declarar qué tiene por acreditado y qué no. En la postura clásica, ese cierre se expresa, entre otras fórmulas, con la idea de que entre dos juicios contradictorios *"está excluido el término medio",* lo que se le conoce como principio de tercero excluido [3]. Y en términos procesales, esa misma necesidad de cierre se justifica por razones de control, si el tribunal no fija con claridad el resultado fáctico, no hay forma real de revisar o controlar la motivación de la resolución judicial, ni de exigir coherencia interna.

En dolo y error, lo que se reconstruye es un estado cognitivo a partir de indicios externos; por eso, si uno fuerza desde el inicio un *"sabía/no sabía",* puede terminar sustituyendo la explicación por una etiqueta [4]. En prueba testimonial ocurre algo similar, la credibilidad no es un interruptor, sino una variable que normalmente se mueve en grados, con segmentos del relato más robustos que otros, con corroboraciones periféricas más o menos fuertes, y con inconsistencias que pueden ser irrelevantes o decisivas según su ubicación en el núcleo del hecho acontecido.

Aquí entra el segundo concepto que conviene

[2] Lorena Varela, *Dolo y error: una propuesta para una imputación auténticamente subjetiva* (Barcelona: J.M. Bosch, 2016), 269–271.

[3] Raymond Porter Aguilar, antologador, *Antología didáctica: razonamiento y argumentación jurídica*, 1.ª ed. (Heredia, Costa Rica: Escuela Judicial, 2024), 301-302.

[4] Varela, *Dolo y error*, 270–271.

amarrar desde ya, la vaguedad. En el lenguaje jurídico, y en general en el lenguaje ordinario, es conocida la existencia de términos difusos o imprecisos. Como explica la teoría del lenguaje, cada término suele tener un núcleo (donde los casos típicos entran sin dificultad) y una zona marginal o penumbra (donde ya no es claro si el término aplica o no) [5]; esto importa porque, cuando se está en penumbra, la decisión exige una justificación adicional, y no basta decir *"esto es"* o "*esto no es",* sino explicar por qué se adopta el corte en ese punto y no en otro. En dolo, esa penumbra aparece en los estados intermedios entre certeza, sospecha, probabilidad y mera conjetura; en apreciación de prueba testimonial, aparece entre credibilidad alta, moderada y/o insuficiente.

La paradoja sorites se vuelve relevante justamente porque dramatiza ese fenómeno, si cada pequeño cambio no altera la clasificación, pero la suma de pequeños cambios sí varía el resultado, entonces el problema no es un detalle aislado, sino la acumulación no controlada. En idioma judicial, el tribunal puede caer en la comodidad de decir "esto es menor" una y otra vez —una inconsistencia, una duda, una omisión— y terminar sosteniendo una conclusión fuerte sobre un conjunto que, visto globalmente, quedó prácticamente debilitado. Según la teoría del montón o sorites, ello funciona como una alarma metodológica, porque obliga a observar que la acumulación de pequeñas situaciones, si puede llegar a incidir en el resultado final.

Es en ese punto donde aparece la lógica difusa (fuzzy) como herramienta conceptual, no para reemplazar la decisión binaria —porque el derecho igual debe cerrar o decidir finalmente—, sino para describir de manera más honesta lo que ya hacemos cuando evaluamos en términos de *"más/menos".* Si hay conceptos con pertenencia gradual, la lógica difusa permite hablar de grados sin fingir que todo entra o sale de golpe. Sin embargo, y esto es crucial, ese enfoque también tiene un límite, el riesgo de convertir la motivación en una *"apariencia"* de ciencia. La argumentación jurídica recuerda que la clave para entender muchas distinciones —por ejemplo, entre falacias, buenos y malos argumentos— pasa por una noción gradual, lo cual vuelve inevitable una amplia zona de vaguedad entre categorías [6]. Además, advierte el peligro de la *"falsa precisión",* dar un barniz de exactitud que, en vez de clarificar, oculta el problema y detiene el examen crítico [7]. Traducido a análisis del acervo probatorio, si el juez transforma *"me convence más"* en números sin justificar por qué, lo que produce no es control racional, sino un nuevo tipo de oscurantismo judicial. Por eso, lo que interesa rescatar aquí es una idea equilibrada de aceptar que el razonamiento se mueve en gradientes, y ello no implica renunciar a decidir; determina resolver con mejor motivación; y esta misma intuición aparece, incluso, en discusiones actuales sobre el diseño normativo, a lo que reglas y estándares se presentan como polos ideales, pero en la práctica suelen ubicarse en un continuo donde existe una zona de penumbra en la que cuesta inclinarse por una u otra caracterización [8]. Si eso es cierto para el diseño de normas, con más razón lo es para la aplicación probatoria, donde el juez no solo aplica lenguaje, sino que reconstruye hechos con información presentada imperfectamente.

En suma, este capítulo deja colocado el hilo conductor que se va a usar después, la lógica binaria manda en el punto final, porque el derecho exige decisiones con cierre y control [9]; pero el camino hacia ese punto —tanto en imputación subjetiva

[5] Porter Aguilar, *Antología didáctica*, 113.

[6] Ibidem, 240.

[7] Ibidem 270.

[8] Pablo Rovatti, coord., *Manual sobre derechos humanos y prueba en el proceso penal* (Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021), 35.

[9] Porter Aguilar, *Antología didáctica*, 302.

como en la valoración de prueba testimonial— suele estar lleno de penumbras y gradientes [10]. La teoría de sorites ayuda a no trivializar acumulaciones; la lógica difusa ayuda a ordenar el camino; y la falsa precisión funciona como límite para que la motivación no se convierta en maquillaje [11]. Con esto, ya queda listo el terreno para el siguiente paso, sea explicar cómo se valora el acervo testimonial en juicio oral y público (en Costa Rica y en derecho comparado) y, a partir de ahí, construir la traslación metodológica de Varela a la evaluación del testimonio de la víctima, con el afán de que resulte más controlable y más transparente en su justificación.

III. Valoración de la prueba testimonial en el proceso penal costarricense y derecho comparado.

En el proceso penal de corte acusatorio, la prueba testimonial tiene sentido —y valor— en la medida en que se produce y se controla en el juicio oral y público, es ahí donde la inmediación, la contradicción y la publicidad dejan de ser slogans y se convierten en garantías procesales para las partes. Sin embargo, conviene advertir desde ya un punto metodológico que suele perderse en la práctica, la inmediación no autoriza *"intuiciones"* inmunes a revisión, ni convierte a la persona juzgadora en detector humano de mentiras. La literatura consultada ha señalado que la cultura forense ha sobrevalorado la lectura de gestos y conductas, pese a que la evidencia empírica muestra que distinguir verdad y mentira por *"pistas visuales"* apenas supera el azar [12].

Dicho lo anterior, en Costa Rica la regla normativa de entrada es clara, la valoración probatoria es libre, pero tampoco opera de forma libérrima. El propio Código Procesal Penal costarricense, según el numeral 184, impone que el tribunal asignará valor a cada elemento *"con aplicación estricta de las reglas de la sana crítica"* y, además, exige justificar *"adecuadamente"* las razones del valor otorgado, *"con base en la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba esencial"* [13]. Esa disposición —leída como debe leerse, es decir, como regla de racionalidad y de control— obliga a abandonar el confort de la mera afirmación *("le creí/no le creí")* y a explicitar el itinerario inferencial, determinando qué dato proviene del relato, qué información se extrae por inferencia, qué máximas de experiencia o conocimientos se emplean, y por qué, al final, el resultado es compatible con un estándar de suficiencia probatoria. En ese marco, las *"reglas de la sana crítica"* se entienden, de forma clásica, como reglas no jurídicas derivadas de la lógica, la experiencia y la ciencia, útiles para fundar una fundamentación razonada y permitir su control posterior por un órgano superior [14].

Concretamente, cuando se trata de los testimonios en el proceso penal (y con mayor razón si es la declaración de la víctima), la valoración racional exige separar dos planos que en el litigio suelen mezclarse: (i) credibilidad del declarante (sinceridad, ausencia de motivos espurios, consistencia general), y (ii) fiabilidad del contenido (precisión del recuerdo, condiciones de percepción, retención y recuperación, contaminación por sugestión o por el tiempo). En derecho comparado, por ejemplo, en México, se ha insistido en que las evidencias declarativas presentan problemas de fiabilidad por múltiples variables, y que la apreciación de elementos no verbales (sonrojo, nerviosismo, tartamudeo) está sometida a fuentes de error que pueden llevar a conclusiones equivocadas [15]. Por ello, no significa

[10] Ibidem, 113.

[11] Ibidem, 270.

[12] Rovatti, *Manual sobre derechos humanos y prueba*, 399–400.

[13] Porter Aguilar, *Antología didáctica*, 298-299.

[14] Ibidem, 300.

[15] Jordi Ferrer Beltrán, coord., *Manual de razonamiento probatorio* (Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022), 332.

entonces que, la inmediación judicial sea inútil; significa que la inmediación debe usarse bien, y que su "calidad" no depende de un contacto personalísimo, sino del uso crítico que se haga de ella [16].

Además, la motivación en las decisiones judiciales, deben valorar la coherencia interna del relato; estabilidad en el tiempo; capacidad explicativa frente a hipótesis alternativas; presencia de detalles no estereotipados; y, sobre todo, corroboraciones externas independientes. Aquí hay una advertencia que interesa subrayar porque es decisiva para evitar falsas seguridades, no toda *"repetición"* es corroboración. A manera de ejemplificar ello, en materia de identificaciones de autores del hecho, se explica que un reconocimiento posterior puede ser solo una ratificación del error, por el *"efecto compromiso",* cuando la persona tiende a confirmar lo que ya había señalado [17]. Otros asuntos, sean delitos cometidos en clandestinidad y sin la presencia de demás testigos independientes a la persona ofendida (verbigracia delitos sexuales, violencia doméstica, ciertas extorsiones, etc.), en ellos el testimonio de la víctima es pieza central del proceso, pero la exigencia no es *"creerle"* como acto de fe, sino explicar por qué ese relato —a la luz del conjunto probatorio— supera alternativas plausibles compatibles con inocencia. En paralelo, el derecho comparado refuerza que la contradicción no es una formalidad prescindible, sino una garantía de verdad y, simultáneamente, un respaldo del derecho de defensa, controlar fiabilidad y permitir defensa no son fines opuestos, sino concurrentes [18].

Ahora bien, y según la línea que se pretende desarrollar en el presente trabajo, cuando el testigo o la víctima no comparece al juicio, la discusión no debería resolverse – a la ligera - diciendo *"hubo declaración previa por escrito";* se abre, más bien, el examen de sobre si existieron razones atendibles para la no comparecencia, y cuál sería el paso procesal a seguir en esos supuestos. Según la literatura consultada, se listan supuestos típicos de *"buenas razones"* para la no producción en vivo del testigo en debate, sea fallecimiento, imposibilidad física o mental, no localización, residencia en el extranjero, temor, vulnerabilidad, etc. [19] Pero la cuestión a escudriñar entonces sería, si pese al déficit de inmediación con el testigo requerido en el juicio, la decisión judicial final mantiene la equidad del proceso, sin convertir una prueba no recibida a la luz de la contradicción e inmediación, en probanzas indebidamente motivadas.

En el proceso penal costarricense, al exigir sana crítica y motivación controlable [20], obliga a razonar la prueba testimonial como inferencia y no como salto dicotómico. En el siguiente capítulo, se enlazará el eje central de la presente investigación, sea cómo pasar de la lógica binaria (creíble/no creíble) a una reconstrucción argumentativa que reconozca grados de confirmación, sin relativizar garantías.

IV. Aplicación de la teoría de Lorena Varela a la valoración del testimonio de la víctima.

El punto de arranque, aquí, no es *"cómo creerle a alguien",* sino cómo justificar, de manera controlable, por qué un tribunal decide aceptar como probado un hecho cuya principal vía de acceso y comprobación fue un testimonio. Y es en ese punto donde la discusión de Lorena Varela, construida originalmente para el dolo y el error, se vuelve metodológicamente útil, ya que

16 Rovatti, *Manual sobre derechos humanos y prueba*, 399–400.

17 Ferrer Beltrán, *Manual de razonamiento probatorio*, 319.

18 Rovatti, *Manual sobre derechos humanos y prueba*, 116.

19 Ibidem, 149.

20 Porter Aguilar, *Antología didáctica*, 299–300.

como se ha señalado, el derecho exige un cierre decisivo, hay dolo o no lo hay, el error (de tipo o de prohibición) excluye o no excluye (la tipicidad o la culpabilidad), pero el camino hacia ese cierre no suele ser dual, porque lo que se reconstruye es un estado cognitivo a partir de indicios externos, con zonas intermedias, dudas parciales, fragmentos más sólidos que otros y un inevitable margen de penumbra [21]. Ese mismo *"problema de trayecto"* aparece, con igual intensidad, cuando la fuente principal de información sobre el hecho es la víctima, sobre todo en delitos clandestinos o intramuros (sin demás testigos o evidencia externa), donde el tribunal, si no se cuida, puede caer en el atajo de "le creí/no le creí" y disfrazar de conclusión lo que debió ser un itinerario inferencial.

La traslación de Varela al testimonio de la persona agraviada no pretende *"importar"* lógica como un ornamento académico, ni convertir la valoración probatoria en un cuento matemático, se trata, más bien, de asumir una idea simple, el binarismo manda al final porque el proceso penal exige decisiones con cierre, pero no describe bien el modo en que se llega a ellas. Si esto es correcto, entonces la tarea del tribunal no consiste en establecer, como quien abre o cierra un llavín, que la víctima es *"creíble"* o *"no creíble",* sino en reconstruir gradualmente cuál es el soporte efectivo que el relato aporta a una hipótesis fáctica, qué partes del relato resisten mejor el contraste, qué aspectos se debilitan por condiciones de percepción o memoria y, finalmente, si pese a esas zonas grises, el estándar exigible queda satisfecho. Esta manera de plantear el problema, dialoga bien con una premisa básica del razonamiento probatorio, la apreciación es siempre contextual, depende del conjunto de elementos de juicio disponibles, y su resultado se expresa como un grado de corroboración comparativo entre hipótesis en conflicto [22].

Para valorar prueba testimonial – y cómo se indicó anteriormente - se insiste en distinguir, al menos, tres capas. Primero, la capacidad del individuo para declarar, entendida como credibilidad del testigo en un sentido básico, es decir, que tenga condiciones cognitivas e intelectuales para aportar información; segundo, la puntualidad del testimonio, que ya no depende de *"ser buena persona"* sino de factores del caso que afectan percepción, retención y recuperación de la información; tercero, la veracidad del hecho, esto es, que los hechos relatados sucedieron realmente [23]. Si no se separan esas capas, el tribunal puede terminar condenando porque la víctima "parecía sincera" o absolviendo porque "titubeó", cuando, en realidad, sinceridad y exactitud no son equivalentes, y menos aún semejan, por sí solas, a verdad.

En la valoración del dicho de la parte ofendida, el error típico del binarismo temprano es creer que una inconsistencia menor o una imprecisión periférica *"cambia todo",* o lo contrario, creer que la coherencia narrativa *"cierra"* el caso. La paradoja sorites, es útil en esta sede, porque muestra cómo la acumulación de pequeñas dudas puede erosionar la hipótesis sin que el juzgador lo advierta, o bien, cómo la acumulación de pequeños *"me parece"* puede inflar una convicción sin que se explicite el porqué. La lógica difusa, tomada con prudencia, no elimina el cierre, lo ordena, permite hablar con honestidad de grados de soporte, sin fingir que todo entra o sale de golpe. Por ejemplo, si la víctima relata con claridad la dinámica central del ataque, pero duda sobre la hora exacta, el color de una prenda o el orden de dos acciones periféricas, forzar un *"o es exacto o es falso"* suele ser una mala práctica. Lo razonable es ubicar esos puntos en

[21] Varela, *Dolo y error*, 269–271.

[22] Ferrer Beltrán, *Manual de razonamiento probatorio*, 60-61.

[23] Ibidem, 268-269.

su lugar, verificar si están en el núcleo del hecho o en su periferia, y preguntarse qué explicaciones alternativas existen, entre ellas, el funcionamiento real de la memoria. Según la doctrina consultada, la *"obligación"* del testigo de *"decir la verdad"* es, en parte, una fórmula retórica, porque nadie puede comprometerse a *"decir la verdad"* cuando el propio mecanismo de memoria introduce errores sinceros, interpretaciones erróneas de la percepción, contaminaciones en la retención y distorsiones en la recuperación; lo exigible, en rigor, es que diga lo que sinceramente recuerda y cree que pasó, no lo que *"verdaderamente sucedió";* además, el paso del tiempo aumenta el riesgo de degradación, contaminación y sugestión del recuerdo, lo cual obliga al tribunal a razonar con mayor cuidado la exactitud del relato [24].

Desde esta óptica, la teoría de Varela a la valoración del testimonio de la víctima puede formularse como una regla práctica, el tribunal decide en binario, pero valora en grados, y cuando analiza en gradientes debe explicar el tránsito. En lenguaje de sana crítica, esto significa abandonar la comodidad de frases conclusivas, y explicitar el soporte, sea qué elementos del relato se tienen por estables, qué elementos se consideran afectados por condiciones de percepción o memoria, qué máximas de experiencia se usan y por qué no son meros prejuicios. En la práctica costarricense y comparada, esa exigencia se formula así, no basta decir que un testimonio fue incoherente o coherente, hay que indicar en qué consistió ello; y, todavía más delicado, si el juzgador pretende usar gestos, actitudes, llanto o nerviosismo como indicadores, debe explicar por qué los entiende como signo de sinceridad o falsedad, porque, si son ambiguos, no pueden sostener conclusión alguna [25]. En análisis de prueba testimonial, la opacidad aparece cuando el tribunal *"salta"* de impresiones a conclusiones, sin mostrar la regla inferencial. Por eso, lo que se propone en este capítulo es que el relato de la persona afectada se trate, metodológicamente, como un conjunto de proposiciones que generan hipótesis y que exigen contrastación, no como una llave que abre o cierra el caso de una sola vez. El propio esquema de razonamiento probatorio lo ilustra bien, los elementos probatorios se conectan con los hechos a probar (hipótesis del caso) mediante generalizaciones empíricas, presunciones o definiciones, y el punto central es que el juez *"es libre"* para examinar si los elementos de juicio avalan la hipótesis y en qué grado, lo que define, precisamente, la valoración [26].

En esta línea, - y como se viene sosteniendo - hay dos riesgos simétricos que deben evitarse cuando la fuente principal es la víctima. El primero es el recelo injustificado, que termina negando credibilidad por estereotipos, por expectativas irreales sobre cómo *"debe"* comportarse una víctima, o por sesgos normalizados. El segundo es el automatismo inverso, que transforma el testimonio de la parte denunciante en prueba *"privilegiada"* por el solo hecho de ser la persona ofendida, rebajando estándares o sustituyendo corroboración por empatía. Ambos extremos son incompatibles con un enfoque racional. Por lo anterior, el análisis con perspectiva de género ha mostrado cómo operan déficits de credibilidad prejuiciosos, donde a las mujeres se les atribuyen rasgos como *"falta de lógica"* o *"exceso de emotividad",* lo que produce injusticia epistémica y distorsiona el análisis [27]. También, se ha advertido que, no existe un estándar de probanza menos exigente para delitos clandestinos, la presunción de inocencia es absoluta, y el argumento de – común escucha en la praxis – de: *"evitar impunidad"* no justifica privilegiar una clase de prueba ni reducir la exigencia probatoria

[24] Ferrer Beltrán, *Manual de razonamiento probatorio*, 271-272.

[25] Porter Aguilar, *Antología didáctica*, 324-325.

[26] Ferrer Beltrán, *Manual de razonamiento probatorio*, 379–380.

[27] Rovatti, *Manual sobre derechos humanos y prueba*, 213.

para condenar [28].

Bajo esta estructura, la aplicación de la teoría "*Vareliana"* al análisis del testimonio de la víctima se concreta en tres operaciones enlazadas, sin necesidad de convertirlas en subtítulos, pero sí en pasos razonados. Primero, segmentar el relato, identificar núcleo y periferia, no para *"fragmentar"* lo probatorio, sino para evitar que una duda periférica destruya indebidamente el núcleo, o que una coherencia narrativa cubra lagunas sustantivas. Segundo, evaluar fiabilidad del contenido, no con intuiciones, sino con criterios de precisión, condiciones de percepción, retención y recuperación de información, paso del tiempo, posibilidad de sugestión; aquí resulta decisivo recordar que la ratificación no siempre es corroboración. Tercero, integrar el relato con el resto del acervo probatorio, buscando corroboraciones externas independientes, porque el punto no es *"creer"* sino justificar por qué, en conjunto, una hipótesis queda más confirmada a la luz de la libre valoración de la prueba [29].

Esta forma de trabajar tiene una consecuencia práctica relevante, reconduce la discusión desde el plano psicológico al normativo-argumentativo, que es donde debe estar una sentencia judicial. El tribunal no está llamado a *"creer"* como acto íntimo, sino a aceptar como probado un enunciado fáctico para usarlo en el razonamiento *"como si fuera verdadero",* porque el sistema no puede obligar a creer, la creencia es involuntaria, pero sí puede exigir aceptación motivada como política racional de decisión [30]. Esto armoniza bien con la tesis de Varela, el cierre es inevitable, pero debe ser el resultado final de un camino argumentado, no un punto de partida.

Ahora bien, nada de lo anterior autoriza a *"graduar"* la prueba para debilitar garantías procesales, ni a usar la lógica difusa como máscara de discrecionalidad. La cuestión debe ser clara, si el juez habla de grados, debe explicar qué criterios usa para asignar peso y qué umbral considera superado. Y esto importa porque, aun en la praxis judicial donde la sana crítica domina como método, se recuerda que ésta no es, por sí sola, un *"umbral probatorio",* sino un modo de valorar; para condenar, el sistema exige identificar un motivación suficientemente precisa y controlable, y no basta invocar *"la lógica"* o *"la inducción"* como palabras rituales [31]. Dicho de otro modo, la motivación no puede convertirse en *"apariencia"* de ciencia, ni en un texto que suena sólido porque usa conceptos sofisticados; debe mostrar por qué la hipótesis acusatoria resiste las probanzas y argumentos de contraste, por qué debilita hipótesis alternativas y por qué, pese a penumbras inevitables, el estándar o el hecho queda cubierto.

En síntesis, la aplicación de la teoría de Varela al análisis del relato de la víctima no cambia el derecho de fondo ni inventa nuevas reglas procesales, lo que varía es el modo de razonar. Se parte aceptando que el derecho decide de forma bipartita, pero se exige que la valoración no sea binaria desde el inicio. Se separa credibilidad, exactitud – precisión y veracidad para evitar atajos. Se reconoce que el testimonio es un dato probatorio que requiere inferencias y corroboraciones, no una llave moral. Se obliga al tribunal a explicitar las generalizaciones y máximas de experiencia, sobre todo cuando podrían esconder estereotipos. Y se mantiene, como límite infranqueable, que clandestinidad del hecho no rebaja estándares probatorios, y que el *"grado"* no sustituye la obligación de justificar por qué se cruza el umbral de condena.

[28] Ferrer Beltrán, *Manual de razonamiento probatorio*, 331.

[29] Ferrer Beltrán, *Manual de razonamiento probatorio*, 61-62.

[30] Ibidem, 416-417.

[31] Ibidem, 434.

V. Taiwán, la prueba testimonial y la prescindencia de la declaración de la víctima en juicio, ¿una lógica distinta o el mismo problema?

Llegados a este punto, la metodología que se ha venido proponiendo en el ensayo puede ponerse a prueba con el derecho comparado. Si la justicia decide en binario, pero el camino hacia la decisión es gradual, la pregunta relevante no es si un modelo extranjero *"resuelve"* la incertidumbre, sino qué hace con ella. Y, en particular, qué ocurre cuando un sistema permite, por distintas vías, prescindir del testimonio directo de la víctima en juicio. Allí el cierre sigue siendo inevitable, pero el trayecto cambia, y con ello también la carga de motivación, la exigencia de control y el riesgo de atajos.

Taiwán es buen referente en lo que respecta al análisis de prueba, ya que, según la bibliografía consultada al efecto, se presenta como un modelo que ha incorporado rasgos adversariales, y a la vez conserva mecanismos que permiten decidir con base en declaraciones previas, registros y materiales que no siempre pasan por la contradicción e inmediación plena del debate[32]. Esto no debe leerse como una contradicción moral del sistema, sino como una cuestión funcional; no obstante, el *"prescindir"* del dicho de la víctima en juicio, debe ser algo excepcional y justificado al caso concreto. En primer lugar, conviene precisar qué puede significar *"prescindir"* del relato de la persona agraviada en el debate, ello bajo el marco analítico del presente ensayo, ya que no debiera entenderse ello como si se tratara de una exclusión total de testigos en la fase plenaria. Sin embargo, la experiencia en el derecho comparado muestra que casi nunca se trata de eliminar la evidencia testifical como categoría, lo que suele ocurrir es algo más sutil, el testimonio no desaparece, se transforma, pasa de la presencia viva a una declaración previa, pasa del relato oral al registro escrito, pasa del debate contradictorio a un mecanismo sustitutivo. Así, el conflicto deja de ser *"hay testimonio o no lo hay"*, y se convierte en otro, pero ante ello, se discute cuál es la calidad de la declaración disponible, qué grado de control contradictorio y directo tuvo, si la defensa pudo interrogar o contrainterrogar, y si el tribunal puede convertir ese material en prueba de cargo sin quebrantar la equidad y garantías del proceso penal.

Y es que, cuando la víctima o el testigo no comparece a la etapa del juicio, el análisis no debería ser tan ligero, como el decir que existe una declaración previa, sino el abrir un examen más complejo, y preguntarnos si existieron buenas razones para la no comparecencia, tales como las ya mencionadas, sea el fallecimiento, imposibilidad física o mental, no localización, residencia en el extranjero, temor o vulnerabilidad [33]. Entonces, si el juicio no vio al testigo, la motivación tiene que mostrar de qué manera se salvó ese déficit, y de qué manera se evitó convertir un material no confrontado en columna vertebral incontestable.

Con ese marco, los materiales taiwaneses consultados se vuelven relevantes por dos razones. La primera, porque el diseño procesal regula el interrogatorio como técnica, lo cual indica que la contradicción, cuando existe, se concibe como método de depuración y no solo como rito [34]. La segunda, porque el mismo sistema admite la incorporación de declaraciones fuera de juicio bajo ciertos supuestos, lo cual abre la puerta a una

[32] Margaret K. Lewis, "Taiwan's New Adversarial System and the Overlooked Challenge of Efficiency-Driven Reforms," *Virginia Journal of International Law* 49, no. 3 (2009): 652–655. Jaw-Perng Wang, "The Evolution and Revolution of Taiwan's Criminal Justice," *Taiwan in Comparative Perspective* 3 (2011): 9–11, 21-22. US-Asia Law Institute, "Taiwan's Citizen Judges Act: Part I," *USALI Perspectives* (October 10, 2022), 2.

[33] Rovatti, *Manual sobre derechos humanos y prueba*, 148-149.

[34] Taiwan, *Code of Criminal Procedure* (English version) (amended Feb. 6, 2003), 140–142.

prescindencia parcial del testimonio directo, en especial en casos donde la víctima no comparece o donde se decide por vías simplificadas (esto último, por ejemplo, lo que se conoce como procedimiento especial abreviado en Costa Rica)[35]. En un esquema así, el problema no es tanto la existencia de la vía excepcional, sino el modo en que el juez la usa y la explica, si la trata como excepción o como atajo.

Según la postura del ensayo, esto se conecta de inmediato con el modo correcto de valorar la prueba testifical, lo cual ya se trabajó en el capítulo II, el testimonio no se asume como bloque, se separa credibilidad del declarante, fiabilidad del contenido vertido y veracidad del hecho. Esto cobra aún más importancia cuando el tribunal no cuenta con la herramienta del interrogatorio directo; si el testigo no comparece, el tribunal pierde un mecanismo de contraste; por lo tanto, la valoración debe fortalecerse en otros puntos, tales como segmentación del relato, coherencia interna, compatibilidad externa, corroboración independiente, evaluación de alternativas, y motivación más transparente del peso asignado. Sobre el tema de declaraciones de testigos en debate, el autor Ferrer Beltrán lo explica bien al recordar que, muchas veces la obligación de *"decir la verdad"* funciona como fórmula retórica, porque el propio funcionamiento de la memoria introduce errores sinceros, contaminación y distorsión, y el paso del tiempo aumenta el riesgo de degradación del recuerdo, lo cual obliga a razonar con especial cuidado la exactitud del relato [36]. Si el tribunal además no pudo someter ese relato a contradicción plena, la prudencia o cuestionamiento no disminuye, aumenta.

A partir de aquí, aparece el punto neurálgico para el tema de Taiwán. Cuando se *"prescinde"* del testimonio de la víctima en juicio, lo que se hace, en realidad, es desplazar el control; el sistema se ve obligado a sostener la decisión con material que no pasó por el método más fuerte de depuración, sean el interrogatorio o contradictorio directo. Por eso, el estándar de justificación no puede ser el mismo en la práctica, aunque la norma diga que el material es admisible. Dicho de otro modo, incluso si tal derecho comparado permite la incorporación de declaraciones previas, el razonamiento judicial no queda liberado, queda más amarrado. Vuelve a la escena, con más fuerza, la advertencia de la falsa precisión, ya que si una sentencia que toma una declaración previa al juicio como *"prueba plena"* sin explicar fiabilidad, necesidad y corroboración, no es una sentencia eficiente. En un modelo garantista, si se reduce el peso de la contradicción, debe aumentar la exigencia de corroboración y debe acrecentar la exigencia de motivación; esto incluso conecta con dos advertencias ya desarrolladas, la primera, no existe un estándar probatorio menos exigente por tratarse de delitos clandestinos, la presunción de inocencia no se rebaja por dificultad probatoria, y el argumento de evitar impunidad no legitima privilegiar una clase de evidencia ni bajar el umbral de condena [37]; la segunda, la valoración de prueba no puede apoyarse en gestos, nerviosismo o llanto como si fueran indicadores inequívocos, porque esa clase de elementos tiene ambigüedad y puede ser altamente sesgable, cuando se usan, debe explicarse su pertinencia con prudencia, y si no se puede, sencillamente no sostienen conclusión alguna [38]. Si esto es válido cuando se ve al testigo, con más razón lo es cuando no se lo ve y solo se tiene un registro.

De ahí que, en el contexto taiwanés, la discusión no se agote en identificar si existe o no un mecanismo para prescindir del testimonio de la parte ofendida. El punto metodológico correcto es otro, ya que se trata de determinar

[35] Ibidem, 129-130.

[36] Ferrer Beltrán, *Manual de razonamiento probatorio*, 271–272.

[37] Ferrer Beltrán, *Manual de razonamiento probatorio*, 331.

[38] Porter Aguilar, *Antología didáctica*, 324–325.

si, al prescindir de ello, el sistema introduce estándares de confiabilidad y necesidad, si exige corroboraciones externas independientes, y si impone límites a la condena cuando la prueba de cargo principal es una declaración no sometida a contradicción e inmediación plena. Incluso podría decirse que, cuando el tribunal construye el caso *"única o decisivamente"* sobre una declaración no confrontada en etapa del plenario, el proceso entra en zona de riesgo, y se vuelve imprescindible justificar las razones de esa decisión y las medidas compensatorias [39]. Esa es precisamente la clase de enfoque que permite evaluar si estamos ante una *"lógica distinta"* o, simplemente, ante el mismo problema de siempre con otro ropaje. En Taiwán, el propio material constitucional consultado ayuda a fijar el estándar de cautela, ya que se insiste en que las declaraciones policiales de testigos no comparecientes, solo pueden operar como excepción, exigiendo requisitos estrictos, medidas de compensación procesal y, sobre todo, prohibiendo que esa declaración sea el único o el principal soporte de condena, lo cual obliga a la presencia de prueba de corroboración real [40].

Aquí es donde el hilo de Varela vuelve a ser útil para ordenar el análisis; el punto final del proceso sigue siendo binario, tanto en Taiwán, como en Costa Rica, la sentencia debe concluir en condena o absolución, lo que cambia es el recorrido. En un sistema donde el expediente o las declaraciones previas tienen un rol mayor, el riesgo del binarismo como atajo aumenta, porque es más fácil convertir un documento en probanza, que someter un relato vivo a contradicción real. El resultado es paradójico entonces, se puede reducir el costo y tiempo del juicio, pero se aumenta el costo de la motivación si se quiere mantener legitimidad; en esa tensión, el mensaje del ensayo se mantiene intacto, si se prescinde del testimonio de la víctima en juicio, no se prescinde de la obligación de justificar, al contrario, la obligación se vuelve más estricta, porque el tribunal debe mostrar por qué el material alternativo tiene suficiente fiabilidad, por qué era necesario usarlo, por qué la defensa no quedó en indefensión y por qué, a pesar de la penumbra inevitable, el umbral de certeza positiva quedó cubierto.

En síntesis, el derecho comparado taiwanés permite afirmar, según el estudio realizado en el presente trabajo, que la prescindencia de la declaración de la víctima no es, en sí misma, una lógica distinta que elimine el problema descrito por Varela; más bien, confirma lo contrario, el cierre permanece, el trayecto cambia, requiriendo más justificación. Si el camino se vuelve menos contradictorio y menos oral, la motivación debe volverse más explícita y más controlable, de lo contrario, el sistema no gana eficiencia, sino la pierde.

VI. Japón, Taiwán y Costa Rica, puntos de comparación útiles en la producción y valoración de la prueba testimonial.

Este capítulo no pretende *"importar"* modelos asiáticos como si fueran recetas; lo que interesa es más modesto y, a la vez, más útil, se trata de contrastar, con el lente metodológico del ensayo, cómo se produce la prueba testimonial en juicio y qué peso se le asigna, especialmente cuando el dicho de la parte ofendida es pieza central. En ese contraste aparece un dato común, ya que, en los tres sistemas a citar, la decisión final sigue siendo binaria, se condena o se absuelve; lo que cambia, y mucho, es el trayecto que lleva hasta ese cierre y, por ende, el modo en que se controla la fiabilidad del relato.

En Japón, al menos en los materiales consultados, la producción de prueba en juicio se organiza con una estructura claramente secuencial y con un rol importante de ordenamiento previo;

[39] Rovatti, *Manual sobre derechos humanos y prueba*, 146, 156.

[40] Corte Constitucional de Taiwán, Sentencia Constitucional n.º 12 (año 112) (2023), 1.

el esquema describe tres tipos de probanzas, sean documentos, testigos y objetos; para los documentos el juez presidente del debate, puede ordenar la lectura en voz alta o, si lo estima apropiado y luego de oír a las partes, puede permitir que se resuman en lugar de leerse íntegramente; para los testimonios, suele operar un orden adversarial, donde primero interroga la parte que lo ofreció, luego la contraparte, y al final los jueces formulan preguntas suplementarias[41]. En un ejemplo de juicio en Japón, se consigna si lo manifestado en audiencia coincidía con un documento que contenía una declaración previa ante el fiscal [42]; ello no es un detalle menor, sino muestra que la producción oral converge con registros previos que pueden influir en la manera de comprender el relato y en el modo de motivar su fiabilidad.

Otra fuente japonesa consultada confirma esta estructura, allí se explica que, dentro del juicio, la evidencia real se exhibe, la testimonial se escucha y la documental se lee completa o se resume; siendo que, en cuanto a testigos, el orden típico lo es por la parte que propone, contra examen por la otra, repreguntas, y finalmente preguntas suplementarias del tribunal, con la posibilidad, bajo circunstancias limitadas, de recibir deposiciones por videoconferencia desde otra sala [43]. Con esto se obtiene un primer punto de comparación, Japón no elimina la oralidad, pero la administra fuertemente mediante organización previa, reglas claras de admisión y uso de documentación. En términos de nuestro hilo, el testimonio no aparece como *"bloque",* sino como una pieza que se integra con documentación y con un diseño de examen relativamente estructurado.

En Taiwán, y como se ha indicado, el punto de partida normativo relevante es la presencia expresa de reglas de interrogatorio y contrainterrogatorio que, por su detalle, evidencian una intención de institucionalizar el método contradictorio. El Código taiwanés regula límites del contra examen ("*cross",* es decir, el interrogatorio de la contraparte), orientándolo a materias reveladas en el examen directo o necesarias para evaluar el valor probatorio de las declaraciones del testigo, y permite preguntas sugestivas en cross cuando sea necesario [44]. Asimismo, regula el *"redirect"* (re interrogatorio de quien ofreció al testigo) y el *"recross"* (nuevo contra examen, limitado a lo surgido en el *"redirect"*), con límites de pertinencia [45], y ordena que el interrogatorio sea específico por punto y sin medios impropios como amenazas o inducciones [46]. Esto, a primera vista, aproxima a Taiwán al modelo de control fuerte del testimonio por contradicción; sin embargo, - como se indicó - Taiwán introduce una variable que lo vuelve especialmente interesante para el problema de ausencia de la declaración de la víctima en juicio; siendo que en principio se establece una regla general de inadmisibilidad de declaraciones hechas fuera del juicio por terceros, pero luego incorpora excepciones amplias, admitiéndose declaraciones hechas fuera del juicio [47]. En lenguaje del ensayo, no se elimina el cierre dual, pero se varía el camino, y ese cambio exige una motivación particularmente cuidadosa si se pretende mantener control epistémico sin convertir el expediente en atajo.

Costa Rica, por su parte, existe una toma de posición fuerte sobre la centralidad del juicio oral, público y contradictorio, teniéndose siempre la posición acerca de que es estrictamente necesario la reproducción de prueba testifical en el debate, ya que las declaraciones que rindan

[41] Courts in Japan, *Outline of Criminal Procedure in Japan* (2014), 17-18.

[42] Ibidem, 18.

[43] UNAFEI, "Chapter 5 Trial Process," in *Criminal Justice in Japan* (2019), 3.

[44] Taiwan, *Code of Criminal Procedure*, 144.

[45] Taiwan, *Code of Criminal Procedure*, 145–146.

[46] Ibidem, 147.

[47] Ibidem, 127-132.

las partes en tal etapa del proceso, constituirán las manifestaciones más importantes, incluso frente a deposiciones previas realizadas por escrito en etapas iniciales del procedimiento [48]; admitiéndose como excepción y solo para ciertos supuestos, la recepción anticipada de testimonios, tal como lo norma el artículo 293 del Código Procesal Penal. Lo anterior no quiere decir que un caso carente de testigos, pero con suficiencia de evidencia documental, pericial y/o material, no se pueda emitir una sentencia condenatoria, ello precisamente por el principio de libertad probatoria que rige en el proceso penal costarricense [49].

Con estos elementos ya se pueden fijar similitudes y diferencias útiles. En los tres sistemas hay un reconocimiento, al menos formal, de que la testimonial se produce bajo reglas y no como un acto espontáneo, y existe una estructura de examen que permite contraste, aunque con énfasis distintos. Japón y Taiwán muestran, con claridad, la convivencia del juicio oral con documentación y registros, sea por lectura, resumen o admisión de declaraciones previas [50]. Costa Rica, sin negar que existan documentos e incluso prueba recibida anticipadamente (por ejemplo, el anticipo jurisdiccional de prueba), insiste en que el método de análisis no puede degradar el contradictorio a favor de comparaciones mecánicas con denuncias o manifestaciones previas. El balance, entonces, no es que un modelo sea *"mejor"* que otro; sino la consideración, de que cuanto más se desplaza el trayecto hacia registros previos o hacia sustitutos del testimonio directo, más exigente se vuelve la motivación si se pretende mantener la misma legitimidad del cierre bipartito. Esa es, precisamente, la prueba de fuego del ensayo, si el trayecto cambia, el deber de explicar no disminuye, aumenta.

VII. Conclusiones, toma de posición y propuesta de aterrizaje para Costa Rica.

A manera de conclusión, con el estudio del modelo del proceso penal de Taiwán y Japón, la idea no es copiar procedimientos, sino confirmar una tesis que viene desde el inicio, el derecho siempre termina decidiendo en binario, se condena o se absuelve, lo relevante es si el camino hasta ese cierre se deja justificar o si se vuelve un atajo, y allí aparece el mismo problema descrito por Varela, cuando el razonamiento se vuelve opaco el binarismo sustituye la explicación [51]. En Costa Rica, esa exigencia de explicación no es un lujo, viene amarrada al modelo de sana crítica racional y a la prohibición de una convicción meramente *"íntima",* que se traduzca en conclusiones sin soporte controlable [52].

Japón y Taiwán muestran sistemas que estructuran el examen testimonial y conviven con registros previos, lo cual puede reducir costos procesales o proteger víctimas, pero también desplaza el control hacia materiales no producidos bajo el mismo grado de contradicción e inmediación, y eso obliga a elevar el estándar de motivación si se pretende mantener legitimidad[53]. En un modelo de derecho penal legítimo, el mensaje es consistente, contradicción y fiabilidad no son fines enfrentados, son concurrentes, y cuando el testigo no comparece el análisis exige buenas razones y medidas compensatorias reales, no fórmulas [54].

[48] Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José 2025, resolución n.º 00783–2025.

[49] Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José 2026, resolución n.º 00038–2026.

[50] Courts in Japan, *Outline of Criminal Procedure in Japan*, 18. Taiwan, *Code of Criminal Procedure*, 127–130.

[51] Varela, *Dolo y error*, 270–271.

[52] Porter Aguilar, *Antología didáctica*, 298–300.

[53] Courts in Japan, *Outline of Criminal Procedure in Japan*, 17–18. Taiwan, *Code of Criminal Procedure*, 127–130.

[54] Rovatti, *Manual sobre derechos humanos y prueba*, 116. 149.

Hecha esa aclaración, la propuesta práctica para Costa Rica puede decirse en tres movimientos, sin convertirla en tabla. Primero, la valoración de la prueba testifical debe asumirse como evaluación gradual controlable, esto obliga a abandonar el *"le creo/no le creo"* como premisa y trabajar por capas, sean valoración de credibilidad del declarante, precisión del testimonio y veracidad del hecho, porque sinceridad no equivale a exactitud, y exactitud no equivale por sí sola a verdad [55]; en términos de una sentencia judicial, esto se traduce en segmentar el relato, núcleo y periferia, explicar por qué una inconsistencia es secundaria o por qué es decisiva, y buscar corroboraciones externas independientes, sin confundir repetición con confirmación. En segundo lugar, el umbral decisorio debe quedar superado, la sana crítica es un método, por eso la sentencia, si condena, tiene que dejar legible por qué el conjunto probatorio supera alternativas plausibles compatibles con inocencia, y no basta invocar lógica o inducción como palabras rituales [56]. En tercer lugar, la motivación debe ser transparente, lográndose ello cuando el tribunal deja ver su regla inferencial, explicando qué dato sostiene qué conclusión, evitando el salto entre impresiones y hechos probados [57].

Esta toma de posición tiene ventajas claras, reduce arbitrariedad, mejora el control en alzada y disminuye el margen para decisiones estereotipadas; pero también tiene riesgos previsibles, el primero son los sesgos, particularmente en deposiciones de víctimas, donde se puede caer en recelos por expectativas irreales, o en automatismos por empatía; el segundo es la falsa precisión, el peligro de maquillar el razonamiento con una apariencia de exactitud que no se puede justificar, lo cual termina deteniendo el examen crítico [58]; el tercero es la sobre confianza en indicadores ambiguos, gestos, llanto, nerviosismo, seguridad al hablar, porque la cultura forense tiende a sobrevalorar *"pistas visuales"* pese a que su rendimiento real es pobre, y si se usan sin cautela se convierten en puerta de entrada para conclusiones sesgadas[59]. En esa línea, si se invocan elementos no verbales, la sentencia debe explicar por qué se consideran relevantes, y si no se puede, no deben sostener conclusión alguna [60].

La consigna debe ser entonces, reforzar la contradicción como método, y cuando no se pueda, justificar estrictamente la no comparecencia y las medidas compensatorias, evitando construir el caso de forma única o decisivamente sobre material no confrontado [61]. Mantener la valoración por capas y el deber de corroboración independiente, porque el objetivo no es creer, es justificar.

En síntesis, si se toma en serio la idea taiwanesa de que, en ciertos supuestos, el juicio puede operar sin el testimonio directo de la víctima y apoyarse en declaraciones previas o mecanismos sustitutivos, la comparación con Costa Rica debe hacerse con prudencia, ya que ello si dista del ordenamiento jurídico nacional vigente. El punto no es *"copiar"* para condenar más, sino preguntarse si, en casos puntuales, esa vía podría reducir impunidad sin sacrificar garantías constitucionales y procesales del proceso y de las partes. En un sistema penal como el costarricense, eso solo sería defendible bajo una lógica estricta; primero con una reforma de ley que lo autorice; y segundo, debiendo ser excepcional, motivado caso a caso, con razones verificables para la no comparecencia, y con

[55] Ferrer Beltrán, *Manual de razonamiento probatorio*, 268–269.

[56] Ibidem, 434.

[57] Porter Aguilar, *Antología didáctica*, 298–300.

[58] Ibidem, 270.

[59] Rovatti, *Manual sobre derechos humanos y prueba*, 399–400.

[60] Rovatti, *Manual sobre derechos humanos y prueba*, 399–400.

[61] Rovatti, *Manual sobre derechos humanos y prueba*, 146. 156

medidas compensatorias reales para la defensa. Además, ello no puede convertirse en un atajo probatorio, si se prescinde de los relatos en juicio, debe aumentar la exigencia de corroboración suficiente y debe aumentar la calidad de la motivación. Dicho de forma sencilla, no se sustituiría oralidad por documentos; se justificaría por qué, pese al déficit de inmediación, el estándar sigue cubierto, evitando condenas construidas sobre una única pieza no confrontada. Con eso, el aterrizaje para Costa Rica no *"cambia"* el sistema, sino que lo actualizaría con una reforma y método que responderían más a la contemporaneidad; no olvidando, por supuesto, el cierre binario, con un trayecto justificable, controlable y resistente a sesgos, que es, en el fondo, la misma lección que Varela dejó planteada desde el dolo y el error [62].

Para finalizar y brindar una propuesta concreta de reforma legal que responda a lo desarrollado en el presente ensayo, se propone una inclusión de artículo al título III del Código Procesal Penal costarricense (que regula la etapa de juicio oral y público), la cual – podría – leerse de la siguiente forma:

Artículo 334 bis. — Incorporación excepcional en juicio, de declaración previa de la persona ofendida o testigo.

La declaración de la persona ofendida o testigo deberá recibirse, como regla, en el juicio oral y público, bajo inmediación y contradicción. Excepcionalmente, y cuando no se haya practicado el anticipo jurisdiccional de prueba, normado por el numeral 293 de este mismo código; y en el caso, de que la víctima o testigo no pueda comparecer al debate por causa debidamente acreditada, el tribunal podrá autorizar – de oficio o a solicitud de parte - la incorporación como prueba, de su declaración rendida por escrito u otro medio en una etapa previa del proceso, ello mediante resolución motivada.

Se considerarán causas atendibles: fallecimiento; imposibilidad física o psíquica grave; obstáculo razonable de ubicación o citación pese a diligencias suficientes; residencia en el extranjero sin medio de contacto o ubicación; o riesgo serio de revictimización que no pueda neutralizarse con medidas de protección en audiencia. Para autorizar tal incorporación, el tribunal deberá constatar la fiabilidad de la declaración previa, atendiendo a las condiciones de su recepción; la necesidad de su utilización en el caso concreto, que no medie un derecho constitucional y procesal de abstención entre las partes, y que; se le haya brindado oportunidad a la defensa de la persona procesada de presenciar y participar en la recepción de tal declaración previa, siempre y cuando no se trate de asuntos previstos por el numeral 212 de este mismo código, o exista alguna medida procesal o extraprocesal que lo impida, en tal caso deberá consignarse justificación de ello en el acto. Cuando no haya existido oportunidad real de participación en la recepción de la declaración previa por la defensa de la persona imputada, el testimonio rendido de tal forma no podrá constituir, por sí sola, la única o principal base de una sentencia condenatoria. En tal supuesto, el tribunal requerirá corroboración independiente suficiente.

En síntesis, la propuesta de reforma de ley, no pretende cambiar abruptamente el desarrollo de la etapa de juicio del proceso penal costarricense, sino brindar una herramienta normativa – procesal que regule expresamente este tipo de supuestos que en la praxis judicial son muy frecuentes, y que contribuyen a la impunidad, a la no tutela judicial efectiva para la víctima y al no cumplimiento del fin preventivo general del proceso penal. Su primordial finalidad es evitar que la imposibilidad de comparecencia de la persona ofendida o testigo al debate produzca impunidad por pérdida de prueba, ello sin rebajar el estándar probatorio

[62] Varela, *Dolo y error*, 269–271.

requerido en un proceso penal ni debilitar garantías procesales ni el ejercicio del derecho de defensa. Por ello, el eje se mantiene, si disminuye la inmediación y la contradicción, debe aumentar la exigencia de motivación y de corroboración suficiente, de modo que el cierre binario del proceso sea el resultado de un trayecto justificable y no de un atajo.

VIII. Bibliografía.

Doctrina

Ferrer Beltrán, Jordi, coord. *Manual de razonamiento probatorio.* Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022.

Porter Aguilar, Raymond, antologador. *Antología didáctica: razonamiento y argumentación jurídica.* 1.ª ed. Heredia, Costa Rica: Escuela Judicial, 2024.

Rovatti, Pablo, coord. *Manual sobre derechos humanos y prueba en el proceso penal.* 1.ª ed. Ciudad de México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.

Varela, Lorena. *Dolo y error: una propuesta para una imputación auténticamente subjetiva.* Barcelona: J.M. Bosch, 2016.

Legislación

Costa Rica. *Código Procesal Penal.* Ley n.º 7594 (10 de abril de 1996). Vigente desde el 1 de enero de 1998.

Taiwán. *Code of Criminal Procedure (English version)* (amended lastly Feb. 6, 2003).

Material de derecho comparado

Courts in Japan. *Outline of Criminal Procedure in Japan.* 2014.

Criminal Justice Future. *The Death Penalty and Retrial in Japan* (flyer). 2023.

Lewis, Margaret K. "Taiwan's New Adversarial System and the Overlooked Challenge of Efficiency-Driven Reforms." *Virginia Journal of International Law* 49, no. 3 (2009).

UNAFEI. "Chapter 5 Trial Process." En *Criminal Justice in Japan.* 2019.

US-Asia Law Institute. "Taiwan's Citizen Judges Act." 2022.

Wang, Jaw-Perng. "The Evolution and Revolution of Taiwan's Criminal Justice." Taiwan in *Comparative Perspective* 3 (2011).

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Taiwán. Interpretación n.º 582. 2004.

Corte Constitucional de Taiwán. Sentencia Constitucional n.º 12 (año 112), sobre declaración policial y art. 159-3. 2023.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José. Resolución n.º 00783-2025.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal del II Circuito Judicial de San José. Resolución n.º 00038-2026.

III ENSAYOS DE OPINIÓN

El concepto de "producto defectuoso" en la nueva Directiva Europea sobre responsabilidad civil por productos defectuosos

LL. M. Yuri LÓPEZ CASAL (Heidelberg)[1]

Resumen. Este breve ensayo pretende abordar uno de los más relevantes cambios que introduce la nueva Directiva Europea sobre responsabilidad civil causada por productos defectuosos; a saber, el concepto de "producto defectuoso". Dicho concepto es mucho más amplio y adaptado a los nuevos tiempos que aquel que contenía la antigua Directiva Europea sobre el mismo tema, es decir, la Directiva 85/374/CEE de 25 de julio de 1985.

En el diario oficial de la Unión Europea del 18 de noviembre de 2024, fue publicada la nueva Directiva Europea sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, la directiva (UE) 2024/2853 de 23 de octubre de 2024. Dicha normativa será aplicable a los productos introducidos o comercializados dentro de la Unión Europea con posterioridad al 9 de diciembre de 2026. A los productos anteriores a esa fecha, les seguirá siendo aplicable la anterior Directiva Europea sobre responsabilidad civil por productos defectuosos, es decir, la Directiva 85/374/CEE de 25 de julio de 1985.

La nueva Directiva Europea sobre el tema que nos ocupa tiene como objetivos armonizar las normas de los estados de la Unión Europea sobre los daños causados por los productos defectuosos, mejorar la protección de los consumidores y adaptarse a los nuevos desafíos y oportunidades que plantean los avances tecnológicos, especialmente los productos digitales y la inteligencia artificial [2].

El numeral 2 de la Directiva Europea 85/374/CEE de 25 de julio de 1985 contenía la definición legal de "producto" y por tal entendía, en principio, una cosa mueble, es decir, un bien corporal, tangible, aun cuando formara parte de otra cosa mueble o de una inmueble, así como la electricidad [3].

El artículo 6 de la Directiva Europea 85/374/CEE de 25 de julio de 1985 indicaba que el producto era defectuoso, para los efectos de dicha normativa, cuando no ofrecía la seguridad que cabría esperar, tomando en cuenta, para ello, su presentación, su uso razonablemente previsible y el momento en el cual fue introducido en el tráfico jurídico[4]. Por el contrario, el artículo 4.1 de la nueva Directiva Europea 2024/2853 de 23 de octubre de 2024 amplía la definición de producto,

[1] Máster en Derecho Civil de la Universidad de Heidelberg, República Federal de Alemania. Magistrado suplente de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia (2025-2029). Juez del Tribunal de Apelaciones Civil y Laboral de Heredia. Autor de libros y ensay os jurídicos. Correo electrónico: lopezyuri@hotmail.com.

[2] Martín-Casals, Miquel. Líneas generales de la nueva directiva europea de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. En: *Actualidad jurídica* (Universidad del Desarrollo), número 50, julio 2024, páginas 36 a 40.

[3] Pott/Frieling. *Produkthaftungsgesetz. Kommentar.* Essen, Verlag für Wirtschaft und Verwältung Hubert Wingen, 1992, Seite 418.

[4] López Casal, Yuri. La concurrencia de normas y de acciones en la responsabilidad civil causada por productos defectuosos. En: Revista de *Ciencias Jurídicas,* número 155, mayo-agosto 2021, página 13.

de modo tal que incluye los siguientes [5]:

1) El *software* entendido como cualquier sistema operativo, programa informático, aplicación o sistema de inteligencia artificial. No obstante, se excluye el *software* de código abierto desarrollado o suministrado fuera de una actividad comercial, así como la información que no sea un producto, como el contenido de los archivos digitales o el mero código fuente del *software.*

De conformidad con la nueva directiva de productos defectuosos, los programas informáticos —y, consecuentemente, la IA— serán considerados productos autónomos (y no componentes de un producto material). En consecuencia, independientemente de que estos programas estén almacenados en un producto material (como puede ser un sistema operativo instalado en un determinado dispositivo móvil), de que se acceda a ellos a través de una red de comunicaciones o tecnologías en la nube (como puede ser c ualquier aplicación accesible a través de un navegador web) o de que sean suministrados a través de un modelo de programa informático como servicio (como puede ser cualquier aplicación ofrecida como un servicio de suscripción), serán considerados productos en sí mismos y, por tanto, serán susceptibles de generar responsabilidad por daños de sus programadores, proveedores o desarrolladores. Por el contrario, la responsabilidad de la Directiva no se va a extender al contenido de los archivos digitales como los archivos multimedia o los libros electrónicos o los meros códigos de fuentes [6].

2) Los archivos digitales de fabricación, entendidos como las versiones o plantillas digitales de un bien mueble que contienen la información funcional necesaria para producir un objeto tangible mediante el control automatizado de maquinaria o herramientas , como taladros, tornos, fresadoras o impresoras 3D.

3) Los servidores digitales relacionados, entendidos como los servicios digitales que se integran o se interconectan con un producto, de tal manera que su ausencia impediría al producto realizar una o más de sus funciones. Esos servicios se consideran componentes del producto en el que se integran o con el que se interconectan cuando están bajo el control del fabricante de ese producto. Es el caso, por ejemplo, del suministro de datos de tráfico en sistemas de navegación o de ciertos servicios de monitorización de salud.

4) Los productos inmateriales o intangibles, incluidas las materias primas, como el gas, el agua y la electricidad.

Por otro lado, en relación con el concepto de "defecto" del producto, el artículo 7 de la nueva Directiva Europea sobre responsabilidad por productos defectuosos mantiene lo que disponía el numeral 6 de la Directiva Europea 85/374/CEE de 25 de julio de 1985, empero, incorpora otros criterios adicionales tendientes a determinar el carácter defectuoso de un producto, teniendo en cuenta determinadas circunstancias, como las

[5] Andreu, Iban, Serrano, Marc y Gamboa Machado, Leonor. Nueva Directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos. En: https://www.cuatrecasas.com/es/spain/litigacion/art/directiva-responsabilidad-productos-defectuosos. (consultado el 11 de marzo de 2026). También puede consultarse Martín-Casals, Miquel. Líneas generales de la nueva directiva europea de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. En: *Actualidad jurídica* (Universidad del Desarrollo), número 50, julio 2024, páginas 46 a 48 y González Beluche, Paloma. La adaptación de la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio, en materia de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos a la cuarta revolución industrial. En: *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2023), volumen 15, número 2, página 455.

[6] Ayo Ferrándiz, Cristina, Seijo Bar, Álvaro, Garre Anguera de Sojo, Ignacio y González Guillén, Pablo. Responsabilidad civil e inteligencia artificial. En: *Actualidad jurídica Uria Menéndez,* ISSN 1578-956X, número 67, año 2025, página 36.

siguientes [7]:

a) El efecto sobre la seguridad del producto de cualquier capacidad de aprendizaje o de adquisición de nuevas características después de ser puesto en el mercado o puesto en servicio, como puede ocurrir con el software o los sistemas de inteligencia artificial.

b) El efecto sobre la seguridad del producto de otros productos que quepa esperar que se utilicen junto con el primero, por ejemplo, mediante interconexión, como puede ocurrir con los productos inteligentes.

c) El momento en que el producto dejó el control del fabricante, teniendo en cuenta que, en la era digital, muchos productos permanecen bajo el control del fabricante después de ser puestos en el mercado o puestos en servicio, por ejemplo, mediante la provisión de actualizaciones o mejoras de *software* o servicios relacionados.

d) La vulnerabilidad de ciberseguridad del producto, entendida como la falta de cumplimiento de los requisitos de seguridad relevantes para la ciberseguridad o la exposición a riesgos de ciberataques que puedan afectar a la seguridad del producto.

e) Las intervenciones relevantes en materia de seguridad de los productos realizadas por las autoridades competentes o por los propios operadores económicos, como la retirada de productos o la provisión de actualizaciones o mejoras de *software* o servicios relacionados.

f) La falta de medios para registrar, cuando así lo exija el derecho de la Unión o nacional, información sobre el funcionamiento del producto.

[7] Andreu, Iban, Serrano, Marc y Gamboa Machado, Leonor. Nueva Directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos. En: https://www.cuatrecasas.com/es/spain/litigacion/art/directiva-responsabilidad-productos-defectuosos. (consultado el 11 de marzo de 2026). En igual sentido Solé Feliu, Josep. De nuevo sobre el defecto del producto. Análisis del artículo 7 de la Directiva (UE) 2024/2853, de 23 de octubre de 2024, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. En: *Anuario de Derecho Civil,* tomo LXXVIII, 2025, fascículo III, julio-septiembre, página 1256.

Bibliografía

Libro

Pott/Frieling. *Produkthaftungsgesetz. Kommentar.* Essen, Verlag für Wirtschaft und Verwältung Hubert Wingen, 1992, 494 Seiten.

Artículos de revista

Martín-Casals, Miquel. Líneas generales de la nueva directiva europea de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. En: *Actualidad jurídica* (Universidad del Desarrollo), número 50, julio 2024, páginas 35-76.

López Casal, Yuri. La concurrencia de normas y de acciones en la responsabilidad civil causada por productos defectuosos. En: *Revista de Ciencias Jurídicas,* número 155, mayo-agosto 2021, páginas 1-25.

González Beluche, Paloma. La adaptación de la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio, en materia de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos a la cuarta revolución industrial. En: *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2023), volumen 15, número 2, página 446-488.

Ayo Ferrándiz, Cristina, Seijo Bar, Álvaro, Garre Anguera de Sojo, Ignacio y González Guillén, Pablo. Responsabilidad civil e inteligencia artificial. En: *Actualidad jurídica Uria Menéndez,* ISSN 1578-956X, número 67, año

2025, páginas 29-56.

Solé Feliu, Josep. De nuevo sobre el defecto del producto. Análisis del artículo 7 de la Directiva (UE) 2024/2853, de 23 de octubre de 2024, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. En: *Anuario de Derecho Civil,* tomo LXXVIII, 2025, fascículo III, julio-septiembre, página 1253-1318.

Página de internet

Andreu, Iban, Serrano, Marc y Gamboa Machado, Leonor. Nueva Directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos. En:https://www.cuatrecasas.com/es/spain/litigacion/art/directiva-responsabilidad-productos-defectuosos. (consultado el 11 de marzo de 2026).

LA INGRATITUD EN EL CONTRATO DE DONACIÓN

Fernando MONTERO PIÑA

El contrato de donación, según el Diccionario Prehispánico del Español Jurídico, consiste en "Un acuerdo legal mediante el cual una persona (donante) transfiere de forma gratuita e irrevocable la propiedad de parte o la totalidad de sus bienes presentes a otra (donatario), quien la acepta. Es un acto de liberalidad que busca enriquecer el patrimonio del donatario sin contraprestación económica".

La donación adquiere eficacia a partir del momento en que el beneficiado manifiesta su anuencia, por lo cual, el donante puede revocarla, mientras no haya sido aceptada. Por su parte, la aceptación la puede hacer el donatario en la misma escritura de donación o en otra escritura separada, pero, en este caso, tiene que hacerse cuando el donador está vivo y dentro de un año contado a partir de la fecha de la escritura, además, debe notificarse al donador. Consecuentemente, si se hace cuando ha fallecido el transmitente o, aunque esté con vida, si se acepta después del año, es absolutamente inválido e ineficaz.

La ingratitud, en términos generales, se conceptúa como un castigo que se impone al donatario, por haber faltado de un modo grave a las consideraciones debidas a su benefactor con hechos reveladores que denotan animadversión u odio, actos de ofensas o de injurias, así como atentados contra la vida o integridad física del donante, que dañen su honor, o en casos de negativa injustificada de alimentos, cuando el donante se encuentra en estado de necesidad, en vez de agradecimiento y amor, para quien en un acto de desprendimiento y altruismo disminuyó su patrimonio, en beneficio de esa persona.

Se aplica la figura únicamente a la donación y está específicamente regulada por el artículo 1405 del Código Civil, que fue reformado en abril de 2024, el cual ordena: "Una vez aceptada no puede revocarse sino por ingratitud, en los siguientes casos: 1) El donatario dé muerte o atente contra la vida del donante, sus padres, consorte, hijos, les ocasione lesiones, cometa violencia, en cualquiera de sus manifestaciones, cause alguna ofensa grave contra una persona adulta mayor, su honra o su memoria, siempre que las conductas sean debidamente comprobadas. 2) El donatario acuse o denuncie falsamente al donante por un delito que no cometió o en un proceso penal declare falsamente contra él. 3) El donatario se encuentre en alguno de los casos previstos en el artículo 196 de la Ley 5476, Código de Familia, de 21 de diciembre de 1973. 4) El donatario se niegue a proporcionar alimentos al donante, estando obligado a ello, de conformidad con los artículos 169 y 173 del Código de Familia. 5) El donatario abandone al donante u omita brindarle un trato en condiciones dignas, brindarle auxilio y acompañamiento, teniendo posibilidad de hacerlo, hallándose el donante imposibilitado de valerse por sí mismo, por padecer alguna enfermedad, presentar alguna discapacidad o ser una persona menor de edad o adulta mayor. 6) El donatario que, por recibir por donación, mediante fraude o intimidación obligue al donante a suscribir el contrato a su favor o lo fuerce a donarle. 7) El donatario, mediante engaño, abuso de poder o coacción o, valiéndose de un estado especial de vulnerabilidad de la persona, haya inducido al donante a realizar actos de disposición sobre sus bienes, derechos o recursos económicos, de forma que importe efectos jurídicos perjudiciales para sí o sus dependientes directos" Reformado por Ley 10455, La Gaceta, el 4 de abril de 2024.

Siendo la declaración de ingratitud una sanción impuesta al ingrato, cuya consecuencia es la pérdida del bien donado, su trámite y determinación implica el reconocimiento a las partes de un proceso plenario que garantice la mayor posibilidad de debate en su tramitación, como lo es el proceso ordinario; ya que la declaratoria de ingratitud permite al donante recuperar los bienes donados cuando se comprueban judicialmente las causales previstas en la norma citada, las que no podrán ser interpretadas ampliamente, pues están limitadas a los supuestos taxativos establecidos en el artículo 1405 transcrito. Dadas las circunstancias, la carga de la prueba corresponde al donante, pues tiene la obligación de demostrar de manera fehaciente la existencia del hecho y su calificación como grave, pues, de lo contrario, la demanda será declarada sin lugar.

Entonces, no es cualquier comportamiento que el donante considere desagradable o descortés el que justifica una revocación, ya que la donación es un acto de generosidad que, una vez aceptado, convierte al donatario en titular de la propiedad, o sea, que debe protegerse al donatario respecto del bien que ya ha ingresado en su esfera patrimonial y por su naturaleza de ser una sanción excepcional, impide que se pueda especular con conductas no previstas por la norma; es decir, que la intencionalidad del ofensor tiene que ser reveladora de un desprecio manifiesto o una hostilidad clara hacia el benefactor, por lo que no se toman en cuenta actos aislados de menor relevancia o simples roces personales entre el donante y el donatario.

El artículo 1407 del Código Civil ordena que la acción de revocación de la donación por motivos de ingratitud prescribe en un año, que se cuenta a partir del hecho conductual del donatario, o a partir de que el donador tuvo conocimiento de lo sucedido. Mi criterio es que la norma denomina erróneamente a este plazo como de "prescripción", porque este período de tiempo está establecido para el ejercicio de una acción, por lo que es de caducidad y no de prescripción.

Otra característica consiste en que los plazos de prescripción son más largos que los de caducidad, siendo estos generalmente de un año. Otra diferencia que se extrae de la legislación, así como de la doctrina, es que, en la prescripción, el acto procesal que interrumpe y hace desaparecer el plazo que ha venido transcurriendo es la notificación de la demanda, según el numeral 36.2 del Código Procesal Civil; pero, en la caducidad, el acto jurídico que enerva o hace que desaparezca el plazo legal es la presentación de la demanda y ninguna otra conducta del interesado puede tener la virtud de producir la desaparición de la caducidad, pues ese comportamiento es el único que representa el ejercicio de la acción y, al no hacerlo, se pierde el derecho procesal de establecer la litis, junto con el derecho sustantivo que se reclama, es decir, se extinguen ambos.

Además, la prescripción admite la interrupción ad *infinitum,* así como la suspensión del cómputo del plazo, lo que no sucede con la caducidad; pues, cuando se ha enervado la caducidad, ejerciendo la acción dentro del plazo de ley, ya no hay ningún motivo para que se extinga del derecho a reclamar la revocación del acto jurídico de donación.

El instituto jurídico de la caducidad, como lo explica el profesor Víctor Pérez Vargas, "es el resultado de una valoración jurídica que se atribuye a una determinada situación de hecho. Lo que interesa determinar para captar el sentido de la misma, es cuál es la situación de hecho y cuál es el problema que se plantea, para luego establecer, sobre la base, y el sentido del efecto que al mismo se atribuye … es preciso que haya surgido una determinada situación jurídica de posibilidad axiológica, cuya falta de ejercicio en una forma determinada produzca su extinción… Frente a la falta de ejercicio en forma determinada

de una situación de poder sujeta a caducidad, con el cumplimiento del término se produce un efecto de orden innovativo – extintivo (lo que implica otra diferencia respecto de la prescripción dónde el efecto es más bien preclusivo.) De lo dicho, puede observarse que cuando nos encontramos frente a una hipótesis de caducidad tenemos como supuesto una carga de perentoria observancia de un término rígido (la rigidez del término, cómo veremos, es otra diferencia frente a la prescripción) para el cumplimiento específico de un acto (normalmente se trata de un derecho potestativo) con la consecuencia de que el derecho se pierde (efecto extintivo) si el acto de ejercicio no es cumplido dentro del término prefijado o (lo que es lo mismo) si es cumplido extemporáneamente" Derecho Privado. Págs. 203 y 204.

Otra discordancia conceptual se encuentra en el artículo 1406 del Código Civil donde se ordena: "Rescindida la donación, se restituirán al donador los bienes donados…". Mi opinión es que la norma denomina erróneamente como "rescisión" a la revocatoria de la donación, porque no estamos en presencia de un vicio genético que provoca una nulidad relativa, sino que se trata de una situación en la cual deviene o sobreviene una causal que implica una resolución del contrato de donación, debido a una patología que produce la invalidez o la ineficacia del acto, y eso hace que se tenga que expresar "resuelta la donación, se restituirán al donador los bienes donados".

Por último, debemos decir que la acción revocatoria o de resolución de la donación por motivos de ingratitud es de carácter personalísimo, lo que significa que únicamente puede promoverla el donante; por lo que, una vez que este ha fallecido, ni sus parientes ni el albacea pueden plantearla contra el donatario, excepto que en vida el donante la haya accionado, en cuyo caso, el representante de la sucesión sí puede un continuar con el proceso ordinario de revocatoria de la donación por motivo de ingratitud.

Se le invita a visitar el sitio web oficial de la Revista: **https://www.abogados.or.cr/revista-el-foro/** para mantenerse informado de nuestras fechas de recepción y publicación de artículos. En este enlace, también podrás encontrar los lineamientos de publicación.

En caso de estar interesado en publicar un artículo, envíalo a:
revistaelforo@abogados.or.cr

Teléfono: (506) 2202-3600
De la Rotonda de las Garantias Sociales
200 metros oeste y 100 metros norte,
Zapote, San José

/colegiodeabogadoscr

www.abogados.or.cr