

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

EL PODER DE LAS INMUNIDADES: EL PROBLEMA DE
LAS IMPUNIDADES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO
COSTARRICENSE

TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO DE
LICENCIATURA EN DERECHO

SOFÍA CORDERO MOLINA

2007

UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

FACULTAD DE DERECHO

EL PODER DE LAS INMUNIDADES: EL PROBLEMA DE
LAS IMPUNIDADES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO
COSTARRICENSE

TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO DE
LICENCIATURA EN DERECHO

SOFÍA CORDERO MOLINA

2007

DEDICATORIA

A mi padre, médico de almas y cuerpos. Gracias por enseñarme en forma incansable el verdadero valor de la vida, por ser un ejemplo viviente de rectitud, honestidad, lucha, esfuerzo y amor. Tu sabiduría y cariño, le da luz a mis ojos.

A mi madre, mujer de mente brillante. Gracias por seguirme dotando de vida a cada segundo, por enseñarme todos los días la maravilla que implica el reto de ser mujer. Tu insaciable ansia de vivir y luchar, me recuerda que nada es imposible.

Papi y mami, gracias por todo. Los amo con todo el corazón.

AGRADECIMIENTOS

Mi más sincero agradecimiento a todas las personas que de algún modo colaboraron con la elaboración de este trabajo. Y especialmente:

A mis hermanas Laura y Raquel, por ser parte esencial de mi existencia, gracias por el apoyo, cariño y protección que siempre las ha caracterizado. Ustedes me recuerdan de donde vengo y a donde voy.

A Oscar, compañero de vida. Gracias por la comprensión, el amor, la paciencia y la pureza de corazón propia de los seres dignos. Estas muy dentro.

A mi querido profesor, Pablo Barahona Kruguer, Director de esta Tesis de Grado, quien en forma desinteresada y siempre atenta, ha sido mi mentor académico.

A mis compañeros, amigos y profesores. Gracias por las enseñanzas de vida.

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN.....	1
PRIMERA PARTE: LAS INMUNIDADES.....	6
<u>TÍTULO PRIMERO: DE LAS INMUNIDADES PARLAMENTARIAS.....</u>	7
CAPÍTULO I: Aproximación al Tema de las Inmunidades Parlamentarias.....	7
Sección I: Desarrollo y Fundamento Jurídico	7
1. <u>Origen y Evolución Histórico Internacional.....</u>	7
a) Origen de la Inmunidad Parlamentaria.....	7
b) Del Instituto de la Inmunidad Parlamentaria en algunos países de Europa	8
c) Del Instituto de la Inmunidad Parlamentaria en Centroamérica.....	9
d) Del Particular Tratamiento de la Inmunidad Parlamentaria en Chile.....	11
2. <u>Fundamento Jurídico.....</u>	12
a) De la Perspectiva de las Condiciones Ideales	13
b) De la Perspectiva Práctica.....	14
i. Posición de las Posibles “Camas Legislativas”	15

ii.	Posición de la Eventual Impunidad.....	16
3.	<u>Desarrollo Constitucional Costarricense de las Inmunidades Parlamentarias</u>	17
	a) Época del Ordenamiento Federal (1824 – 1838).....	17
	b) Época del Ensayo y la Inestabilidad (1838 -1871).....	19
	c) Época de la Primera Madurez (1871 – 1948).....	20
	d) Constitución Política de 1949 y sus proyectos de reformas en materia de Inmunidades Parlamentarias	20
	Sección II: Delimitación del Tema	23
1.	<u>Concepto: Inmunidad Parlamentaria</u>	23
	a) De la Inmunidad Parlamentaria en Sentido Amplio.....	23
	b) De la Inmunidad Parlamentaria en Sentido Estricto.....	25
	i. Irresponsabilidad o Indemnidad Parlamentaria.....	26
	ii. Inviolabilidad Parlamentaria.....	29

• Inviolabilidad Civil.....	30
• Inviolabilidad Penal.....	32
2. <u>Naturaleza Jurídica</u>	36
a) De la Naturaleza Jurídica de la Inmunidad Parlamentaria.....	36
i. Naturaleza Jurídica de la Irresponsabilidad Parlamentaria.....	37
ii. Naturaleza Jurídica de la Inviolabilidad Parlamentaria.....	43
3. <u>Límites y Características</u>	44
a) Características de las Inmunidades Parlamentarias.....	44
b) Límites de las Inmunidades Parlamentarias.....	48
i. Irresponsabilidad Parlamentaria.....	48
ii. Inviolabilidad Parlamentaria.....	52
<u>TÍTULO SEGUNDO: DE LAS INMUNIDADES DIPLOMÁTICAS</u>	54

CAPÍTULO I: Aproximación al Tema de las Inmunidades Diplomáticas.....	54
Sección I: Desarrollo y Fundamento Jurídico.....	54
1. <u>Origen y Evolución Histórico Internacional</u>	54
a) Origen de las Inmunidades Diplomáticas.....	54
2. <u>Fundamento Jurídico</u>	57
a) Teoría de la Representatividad.....	57
b) Teoría de la Extraterritorialidad.....	58
c) Teoría de la Funcionalidad.....	59
3. <u>Desarrollo Normativo Nacional e Internacional</u>	60
a) Desarrollo Internacional.....	60
b) Desarrollo Nacional.....	63
i. Constitución Política.....	63
ii. Leyes.....	64

iii. Reglamento.....	65
Sección II: Delimitación del Tema.....	66
1. <u>Concepto: Privilegios e Inmunidades Diplomáticas.....</u>	66
a) Del ámbito de aplicabilidad de las Inmunidades y Privilegios Diplomáticos.....	68
i. Relaciones Consulares.....	68
ii. Relaciones Diplomáticas.....	69
iii. Organizaciones Internacionales.....	69
b) Privilegios Diplomáticos.....	71
i. Inviolabilidades Diplomáticas.....	71
• Inviolabilidad Personal.....	71
• Inviolabilidad de Objetos.....	72
ii. Exenciones Legales.....	76

c) Inmunidades Diplomáticas.....	79
i. Inmunidad de Jurisdicción Civil.....	80
ii. Inmunidad de Jurisdicción Administrativa.....	82
iii. Inmunidad de Jurisdicción Penal.....	82
2. <u>Naturaleza Jurídica</u>	85
a) Naturaleza Jurídica de las Inmunidades Diplomáticas.....	85
b) Naturaleza Jurídica de los Privilegios Diplomáticos.....	89
3. <u>Límites y Características</u>	89
a) Características de las Inmunidades Diplomáticas.....	89
b) Límites de las Inmunidades Diplomáticas.....	92
i. Privilegios Diplomáticos.....	93
• Inviolabilidades Diplomáticas.....	93

• Exenciones Legales.....	98
ii. Inmunidades Diplomáticas.....	99
SEGUNDA PARTE: LAS IMPUNIDADES.....	104
<u>TÍTULO PRIMERO: DE LAS IMPUNIDADES.....</u>	105
CAPÍTULO I: Aproximación al Tema de las Impunidades.....	105
Sección I: Delimitación del Tema.....	105
1. <u>Antecedentes de la Impunidad como Modo Sistémico de Violación de</u> <u>Derechos Humanos: Caso Latinoamericano.....</u>	105
a) Impunidad: Violación Sistémica de los Derechos Humanos.....	105
b) Algunas causas de la Impunidad en Latinoamérica.....	108

i.	Silenciosa Herencia de Desigualdad y Trasgresiones	108
ii.	Características Propias de Países en Vías de Desarrollo.....	110
iii.	Ineficacia en el Cumplimiento de la Ley.....	111
iv.	Deslegitimidad de las Instituciones Democráticas.....	113
2.	<u>Concepto: Impunidad</u>	114
a)	De la Impunidad en Sentido Amplio.....	114
b)	De la Impunidad en Sentido Estricto.....	116
i.	Impunidad Normativa.....	116
ii.	Impunidad Fáctica.....	118
•	Legal (Selectiva Negativa).....	118
•	Procesal.....	119
•	Cultural.....	122

<u>TÍTULO SEGUNDO: DEL ENFOQUE CRIMINOLÓGICO</u>	124
CAPÍTULO I: Impunidad una Perspectiva Criminológica	124
Sección I: Impunidad en la Historia del Pensamiento Criminológico	124
1. <u>De la Inmunidad en los Orígenes Precientíficos del Pensamiento Criminológico</u>	124
2. <u>De la Impunidad en el Pensamiento Criminológico Contemporáneo</u>	131
a) Teoría de la Anomia.....	131
i. Emile Durkheim.....	131
ii. Robert Merton.....	133
b) Sutherland y la Criminalidad de Cuello Blanco.....	135
i. Criminalidad de Cuello Blanco y su relación con la Impunidad.....	137
ii. Puntos débiles de la Criminalidad de Cuello Blanco para explicar la Impunidad Producto de las Inmунidades.....	139

3. <u>De ciertos Factores Criminógenos por considerar en Temas de Impunidad</u>	141
a) Impunidad por Selectividad y Etiquetaje.....	141
i. Impunidad en la Definición Social.....	141
• Selectividad Positiva y Negativa.....	143
ii. Impunidad en la Reacción Social.....	145
b) Impunidad y su relación con la Reportabilidad de la Criminalidad.....	146
i. La Visibilidad.....	148
ii. El Reenvío.....	149
c) De las Cifras Negras a las Cifras Doradas de la Criminalidad.....	151
i. Cifras Negras.....	151
ii. Cifras Doradas.....	153
• Cifras Doradas en las Inmunidades.....	155

TERCERA PARTE: LÍNEAS INDIFERENCIADAS.....	157
<u>TÍTULO I: DE LA IMPUNIDAD Y LA INMUNIDAD COMO LÍNEAS INDIFERENCIADAS.....</u>	158
CAPÍTULO I: Inmunidad como Impunidad.....	158
Sección I: ¿Inmunidad o Impunidad?.....	158
1. <u>De los Portillos Legales</u>	158
a) Inmunidades Parlamentarias	158
b) Inmunidades Diplomáticas.....	164
2. <u>Inmunidad como Impunidad: Implicaciones</u>	166
RECOMENDACIONES.....	170
CONCLUSIONES.....	173
BIBLIOGRAFÍA.....	175

RESUMEN DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

Ficha Bibliográfica:

Cordero Molina Sofía (2007). El Poder de las Inmunidades: el Problema de las Impunidades en el Ordenamiento Jurídico Costarricense. Tesis de Graduación para optar por el grado académico de Licenciatura en Derecho, Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

Director: M.Sc. Pablo Barahona Kruger.

Lista de Palabras Claves: INMUNIDAD PARLAMENTARIA, IRRESPONSABILIDAD PARLAMENTARIA, INVIOABILIDADES PARLAMENTARIAS, INMUNIDAD DIPLOMÁTICA, PRIVILEGIOS DIPLOMÁTICOS, INVIOABILIDADES DIPLOMÁTICAS, EXENCIONES LEGALES, IMPUNIDAD, IMPUNIDAD NORMATIVA, IMPUNIDAD FÁCTICA, CRIMINALIDAD DE CUELLO BLANCO, SELECTIVIDAD, ETIQUETAJE, REPORTABILIDAD DE LA CRIMINALIDAD, CIFRAS NEGRAS, CIFRAS DORADAS, LÍNEAS INDIFERENCIADAS, IMPLICACIONES.

Resumen:

Las Inmunidades Parlamentarias y Diplomáticas pueden ser susceptibles de abrir portillos legales y convertirse en Impunidades. Si bien, la finalidad de dichas prerrogativas se circunscribe en condiciones ideales, a razones de funcionalidad e interés público, la práctica ha demostrado que el abuso de los privilegios es

constante, amparado a derecho y promotor de una criminalidad de élite que queda sin castigo.

Las particularidades propias de las Inmunidades – Parlamentarias y Diplomáticas – su vaga regulación, escaso estudio y compleja comprensión contribuyen en gran medida a que esos portillos legales pasen por desapercibidos bajo un manto de permisibilidad por parte del ordenamiento jurídico y lo que es peor aún la aprobación moral de conductas reprochables por parte de una cultura del olvido característica de sociedades como la costarricense.

Por medio de un acercamiento legal y doctrinario, el presente trabajo pretende desarrollar en forma puntual y detallada el poder invisible que tienen las Inmunidades Parlamentarias y Diplomáticas dentro de nuestro ordenamiento jurídico, y con ello esclarecer las líneas indiferenciadas con la Impunidad. De igual manera el estudio de la Impunidad como fenómeno criminológico, contribuye a entender la magnitud del problema estructural y el posible nexo causal entre ambas figuras.

La actualidad del tema y su convergente tratamiento con ramas del derecho como la Constitucional, Internacional, Penal e incluso Criminológica, hacen de la presente investigación un importante aporte al tema de la denuncia de la criminalidad de élite producto de las líneas indiferenciadas entre las inmunidades del poder y su consecuente problema de impunidades.

INTRODUCCIÓN

Por razones de interés superior, fueron creadas figuras protectoras que otorgan prerrogativas para ciertos funcionarios, para facilitar el ejercicio del cargo que les ha sido asignado. Las inmunidades son una de ellas. Desafortunadamente, algunos, por no decir muchos, se han aprovechado de dichos privilegios para satisfacer sus intereses personales, llevando a cabo hechos ilícitos y abusos de los poderes conferidos, amparados bajo la figura de la inmunidad. De lo anterior devenga su correlativo: la Impunidad. Por ello, el tema por analizar, hace hincapié en *“El Poder de las inmunidades: el problema de las Impunidades en el Ordenamiento Jurídico Costarricense.”*

A pesar de que las inmunidades son otorgadas en función del correcto, independiente y eficaz actuar de un funcionario que enviste un interés público, en muchas ocasiones, se ha tergiversado la finalidad de dichas facultades, convirtiéndose, en la práctica, una de las formas más encubiertas y apetecidas de cometer infracciones al ordenamiento jurídico. La investigación del presente trabajo pretende, por un lado, tratar el tema de las inmunidades desde dos de sus extensiones: la Inmunidad Diplomática y la Inmunidad Parlamentaria y por otro, la impunidad. Ambas ramificaciones han sido estudiadas por separado, pero nunca en su conjunto y mucho menos para ser confrontadas críticamente con el fenómeno de la Impunidad enfocada desde una perspectiva criminológica.

La realidad costarricense aunada a la preocupante y creciente desigualdad legal y práctica, en materia de privilegios y criminalidad, hacen de los fenómenos de la Inmunidad e Impunidad, una obligada Tesis de denuncia y crítica.

Justificación del Tema

La temática de las Inmunidades y las Impunidades ha sido poco o nada tratada por la doctrina nacional. La impostergable investigación de dichos fenómenos se hacía de urgente estudio dentro de una realidad legislativa y criminológica de exiguo tratamiento anterior. Si bien, en ocasiones, se habló de Inmunidades, jamás su estudio fue de índole comparativo entre las Parlamentarias y las Diplomáticas y, quizá, menos aún, estudiarlas en contraposición a un problema estructural como lo es la impunidad.

La crítica y la denuncia a los posibles portillos legales que encierran las Inmunidades Parlamentarias y Diplomáticas, justifican la imperiosa, pero exhaustiva investigación del presente trabajo. El contexto socio político en el que se sitúa este análisis, asienta la pesquisa de respuestas en torno a figuras legales que pudieran avalar eventuales impunidades y, con ello, la peligrosa aprobación implícita de la moralidad de las conductas no sancionadas para algunos.

Más que necesario, resulta urgente que la sociedad se dedique a denunciar y a cuestionarse aquellas formas desiguales de trato ante la ley y comprobar por medio de estudios concienzudos y rigurosos que se cumpla el interés público y la representatividad que debe necesariamente existir detrás de todo privilegio y de su eventual impunidad. El tema de esta tesis, se justifica por sí mismo, y basta mirar la triste proliferación de escándalos de corrupciones y criminalidad de élites, como para demostrar la valía de los capítulos a continuación.

Objetivo General

El objetivo general del presente trabajo se reduce al análisis de la figura de la Inmunidad - en su acepción Diplomática y Legislativa- en relación con la Impunidad. El estudio pretende desenmascarar los posibles portillos legales que convierten a ambos temas en líneas indiferenciadas. Lo anterior, pretende ser un examen causal entre ambas figuras, contribuyendo a confrontar conocimientos dispersos, presentando de una manera crítica un nuevo enfoque a determinados problemas jurídicos de actualidad.

Objetivos Específicos

Dentro de los objetivos específicos de la presente investigación se encuentran:

- Determinar los alcances doctrinarios y legales del tratamiento de la figura de la Inmunidad como prerrogativa diplomática y legislativa, a la luz del desarrollo histórico nacional e internacional y la actualidad.
- Analizar el fenómeno de la Impunidad como problema estructural, sus principales causas, formas de manifestación y un análisis desde una perspectiva criminológica.
- Indagar las líneas indiferenciadas entre la Inmunidad Parlamentaria o Diplomática, y sus posibles portillos legales para una Impunidad.
- Esclarecer que las Inmunidades pueden, eventualmente, ser Impunidades Normativas o Fácticas, disfrazadas.
- Señalar las deficiencias y proponer recomendaciones a los temas planteados.

Hipótesis

Las Inmunidades Parlamentarias y Diplomáticas, son un poder de prerrogativas susceptible a ser un problema de Impunidades en nuestro Ordenamiento Jurídico, siendo sus líneas indiferenciadas el caldo de cultivo perfecto para la comisión de conductas contrarias a derecho y lo que es peor aún la falta de sanción de éstas.

Metodología

La investigación posee un enfoque cualitativo y crítico, de carácter exploratorio y descriptivo, pues se sistematiza y organiza la información existente, y se describe el problema de la Impunidad y de las Inmunidades en el contexto socio jurídico costarricense. Se trata de una Investigación de tipo no experimental manifiesta como efecto causa, aplicado la Inmunidad como eventual causa normativa de una Impunidad como efecto. El método de estudio es el deductivo, pues los planteamientos van de lo general a lo particular de los fenómenos en estudio.

Estructuración del Trabajo

El contenido del presente trabajo consta de tres partes, cada parte se divide en dos títulos con un capítulo cada uno. Cada capítulo por su lado contiene dos secciones debidamente detalladas.

La primera parte trata de las Inmunidades. Es el Título Primero dedicado a explicar las Inmunidades Parlamentarias y el Título Segundo a las Inmunidades Diplomáticas. La primera sección de ambos títulos se refiere al desarrollo histórico

nacional e internacional de las figuras, así como su fundamento jurídico y la segunda sección se dedica a delimitar el tema, sus alcances conceptuales, naturaleza jurídica, límites y características.

La segunda parte trata de las Impunidades. Es el Título Primero dedicado a explicar los antecedentes del tema y su delimitación conceptual. Mientras que el título segundo atiende el tema de Impunidad desde una Perspectiva Criminológica: origen, teorías y factores criminógenos que contribuyen con el fenómeno.

La tercera parte trata de las líneas indiferenciadas entre Impunidad e Inmunidad. Es el título primero y único el encargado de confrontar la inmunidad como impunidad. A través de la Sección de Portillos legales e Implicaciones.

Seguidamente, se pasa a las recomendaciones, parte intenta dar una serie de consejos en virtud de los problemas planteados a lo largo de la tesis. Finaliza el trabajo con una serie de conclusiones generales, resumen de los aspectos más relevantes que se estudiaron. Se incorpora de igual manera la bibliografía empleada a lo largo de la investigación.

PRIMERA PARTE: LAS INMUNIDADES

EL PODER DE LAS INMUNIDADES: EL PROBLEMA DE LAS IMPUNIDADES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE

PRIMERA PARTE: LAS INMUNIDADES

TÍTULO PRIMERO: DE LAS INMUNIDADES PARLAMENTARIAS

CAPÍTULO I: Aproximación al Tema de las Inmunidades Parlamentarias

Sección I: Desarrollo y Fundamento Jurídico

1. Origen y Evolución Histórico Internacional

a) Origen de la Inmunidad Parlamentaria

La Inmunidad Parlamentaria nace con la creación de los parlamentos, específicamente en Inglaterra como consecuencia de las pugnas existentes entre el Parlamento Inglés y la Corona. En ese entonces, era necesaria la formalización de ciertas prerrogativas que actuaran a favor de la representación parlamentaria común, en contraposición de una Monarquía poderosa y antojadiza.

La independencia de los primeros parlamentos fue precaria, antes de la formal división de los poderes, la Corona impedía en forma constante y arbitraria,

el buen funcionamiento de las Cámaras, llegando hasta el punto de arrestar al “Speaker” de la Cámara de los Comunes en diversas ocasiones.¹

Así puede observarse en las palabras de Hans Kelsen, quien afirma lo siguiente:

“La Institución de la Inmunidad Parlamentaria tuvo en su origen el sentido de una protección del Parlamento contra los obstáculos que a su actividad podían provenir de parte del monarca o de su gobierno.”²

No fue sino hasta 1541 cuando los Parlamentarios Ingleses de la representación de los comunes, exigen la libertad de palabra y, en 1544, la inviolabilidad de los miembros del Congreso con la famosa cita del *Freedom from Arrest*.³ Las primeras Inmunidades Parlamentarias, formalmente consagradas pueden encontrarse en el *Bill of Rights* de 1689. Dicha inviolabilidad nace originalmente impidiendo el arresto, producto de las deudas; sin embargo, a lo largo de los siglos ha ido modificándose y ampliando su ámbito de aplicación hacia distintas categorías y ramas del derecho, pero su intención inicial no protegía los delitos penales ni muchas de las atribuciones que hoy pueden apreciarse en diversas legislaciones.

¹ Esquivel Salas Hernán. (1988). La Inmunidad Parlamentaria. Tesis de Grado para optar el título de Licenciado en Derecho, Sede Rodrigo Facio, Universidad de Costa Rica. Pág.2.

² Kelsen Hans. (1984). Teoría General del Estado. Segunda Edición. Mexico, DF. Editora Nacional, pág.449.

³ González Calderón, Juan A. (1923). Derecho Constitucional Argentino. Historia, Teoría y Jurisprudencia de la Constitución Segunda Edición. Tomo II. Buenos Aires, Argentina. Librería Nacional, pág. 475.

b) Del Instituto de la Inmunidad Parlamentaria en algunos países de Europa

En otros países europeos, como Francia, la inmunidad nace con la Revolución, y es así como en 1789, a raíz de un Conflicto entre la Asamblea General y la Corte, se decreta la inviolabilidad del Diputado, ampliándose hasta un año después la prerrogativa de que los Parlamentarios sólo podrían ser arrestados por flagrante delito, y que durante las deliberaciones no podían recibirse demandas ni realizar procesos contra los Diputados, si con anterioridad no había consentimiento del Congreso. Años más tarde, las posteriores Constituciones Francesas, mantienen, de alguna manera u otra, los contenidos fundamentales de las Inmunidades Parlamentarias señaladas.⁴

En el caso de Alemania, se establece, en la actualidad, la inmunidad respecto de la libertad personal, registros domiciliarios, confiscación de bienes y procedimientos penales. Prerrogativa que gozan los Parlamentarios por el período de sesiones y que sólo puede ser levantada por el Consejo de Estado y la ratificación de la Cámara del Pueblo.⁵ Otro país europeo que regula el instituto, es España, se contempla la irresponsabilidad por la emisión de opiniones y la imposibilidad de arresto, salvo el caso de flagrante delito. De igual manera se somete a la autorización de la Cámara respectiva para proceder a levantar el fuero y ser procesado por el Tribunal Penal Supremo.⁶

La injerencia del constitucionalismo inglés y francés primordialmente en el tema de las Inmunidades Parlamentarias, ha jugado un papel preponderante respecto de la moderna elaboración del concepto jurídico de éstas. Tanto su

⁴ Esquivel Salas Hernán. Óp. Cit, pág. 5.

⁵ Al respecto, ver artículo 60 de la Constitución de la República Democrática Alemana.

⁶ En el mismo sentido ver artículo 71 de la Constitución Española.

origen como evolución histórica, han trascendido fronteras incluso más allá del continente europeo, razón para analizar brevemente a continuación el instituto en Centroamérica.

c) Del Instituto de la Inmunidad Parlamentaria en Centroamérica

En relación con las Constituciones Centroamericanas, existe poca uniformidad en el tratamiento de las Inmunidades Parlamentarias, ello a pesar del acercamiento geográfico y la eventual similitud histórica. El panorama es examinado brevemente a continuación.⁷

Las Constituciones de Honduras, Guatemala y El Salvador regulan la Inmunidad Personal, bajo la cual los Parlamentarios no pueden ser arrestados desde la declaratoria de su elección. La salvedad del arresto por flagrante delito sólo es aplicable en Guatemala y El Salvador. Por otro lado, la inviolabilidad civil es regulada en forma expresa en las Constituciones de Honduras y El Salvador, no así en la de Guatemala o Nicaragua, incluso Honduras establece una salvedad para esta prerrogativa civil en el caso específico de reconvención. La inviolabilidad penal propiamente es regulada con gran amplitud en la Constitución Salvadoreña y diferencia su tratamiento, dependiendo de la clasificación del delito.

El caso de la Irresponsabilidad Parlamentaria por la emisión de opiniones en relación con la función, es regulado en las Constituciones de Honduras, El Salvador, Nicaragua y Guatemala, siendo ésta última la más explícita e imponiendo límites a dicha prerrogativa, cuando se esté en presencia de una eventual arbitrariedad o un exceso en su uso. Respecto de la formación de causa,

⁷ Ver Constitución Política de la República de Guatemala artículo 161, Constitución de la República de Nicaragua artículo 139, Constitución de Honduras artículo 185, Constitución de El Salvador artículos 64 y 64. Así mismo, se hace referencia al artículo 58 de la Constitución Política de Chile.

Honduras, Guatemala y El Salvador hacen mención al debido levantamiento de la inmunidad para someter al Diputado a la jurisdicción correspondiente, diferente al caso chileno que se analiza más adelante.

Otras diferencias se encuentran en la Constitución hondureña que regula como prerrogativa parlamentaria la inmunidad para realizar el servicio militar. Así mismo, Nicaragua se diferencia de los demás países en su pobre regulación Constitucional en la materia, con una remisión legal que nada de inocente ha de tener, puesto que la Constitución nicaragüense, en su numeral 139, establece, la exención de responsabilidad de las opiniones de los representantes parlamentarios, y continúa versando que de igual manera gozarán de las inmunidades que por ley se designe. La anterior remisión legal crea un mecanismo avalado constitucionalmente, donde se remite a los mismos destinatarios de las prerrogativas, entiéndase los Diputados, la tarea de dictar sus propias inmunidades. Resultado de lo anterior, es un puente formal de fácil acceso y reforma para legislar a favor de unos pocos y la perfecta garantía hacia la impunidad.

En conclusión el Instituto de la Inmunidad Parlamentaria en Centroamérica, está presente en todas las Constituciones, sin embargo cabe mencionar que existe en ellas poca uniformidad, en la manera como se consignan los diferentes contenidos de la inmunidad, mientras que unas Constituciones delimitan considerablemente su aplicación, alcance y contenido, otras por el contrario no regulan con claridad o amplitud el instituto e inclusive remiten abiertamente su estudio a meros instrumentos legales, recordando que su constitución está en manos de los mismos destinatarios de las prerrogativas.

d) Del Particular Tratamiento de la Inmunidad Parlamentaria en Chile

La Constitución de Chile se aparta de toda norma establecida en las restantes Constituciones centroamericanas y europeas, pues la formación de causa en los supuestos de sospechar que el Diputado ha cometido un delito, es un asunto judicial y no político, no pudiendo tener injerencia el Congreso en el proceso de levantamiento de la inmunidad de alguno de sus miembros.

Establece el artículo 58 de la Constitución Chilena que *“... ningún Diputado o Senador, desde el día de su elección o designación, o desde el de su incorporación, según el caso, puede ser procesado o privado de su libertad, salvo el caso de delito flagrante, si el Tribunal de Alzada de la jurisdicción respectiva, en pleno, no autoriza previamente la acusación declarando haber lugar a formación de causa. De esta resolución podrá apelarse para ante la Corte Suprema. En caso de ser arrestado algún Diputado o Senador por delito flagrante, será puesto inmediatamente a disposición del Tribunal de Alzada respectivo, con la información sumaria correspondiente. Desde el momento en que se declare, por resolución firme, haber lugar a formación de causa, queda el diputado o senador acusado suspendido de su cargo y sujeto al juez competente.”*⁸

Dicha formación de causa la realiza directamente el Poder Judicial, sin necesidad de un antejudio político, propiamente realizada por el Tribunal de Alzada (también llamado Corte de Apelaciones). La resolución que del Tribunal provenga, puede eventualmente ser apelada ante la Corte Suprema. Firme la resolución del enjuiciamiento por parte del juez competente, se suspende al Parlamentario y se somete al procedimiento judicial pertinente.

⁸ Artículo 58 de la Constitución Política de Chile.

La particularidad del tratamiento de la formación de causa de la Inmunidad Parlamentaria chilena, posee la virtud de suministrar a un órgano imparcial y especializado como lo debe ser un Tribunal Judicial, la atribución de levantar el obstáculo procesal que constituye la inmunidad, y no como se realiza en el resto de los países (incluido Costa Rica) a un cuerpo meramente político (Con sus naturales contraposiciones de bancada partidaria e intereses personales) como lo es por naturaleza un Parlamento.

2. **Fundamento Jurídico**

El derecho como proyección de las regulaciones de los acontecimientos sociales más relevantes, se ha ido construyendo de acuerdo con las necesidades del hombre, su época y su contexto, con la finalidad de poder convivir de una manera más o menos armoniosa. Y producto del cambio inevitable, éste puede dejar de poseer un verdadero fundamento jurídico en ciertas normas cuyas condiciones ideales no atiendan a la realidad social. Cuando muere el verdadero sentido y razón que le dio vida a la norma, es cuando ese fundamento deja de ser legal y, por lo tanto, la norma se convierte en cuestionable. Ese fundamento jurídico posee un componente mal llamado “teórico”, en realidad se trata de condiciones ideales⁹, y un componente práctico. Se analizan a continuación.

⁹ Al respecto afirma Carlos Vaz Ferreira, en su libro Lógica Viva que para evitar caer en una falacia de “bueno en teoría y malo en práctica” es pertinente reconocer que *“efectivamente: en muchos casos los que dicen que algo es bueno en teoría y malo en la práctica, en realidad quieren decir otra cosa; no quieren decir “en teoría,” sino en condiciones ideales, o algo análogo; quieren decir que algo sería bueno si los hombres o las cosas fuesen perfectos o de otro modo de cómo son; pero que siendo como son, aquello es malo”*. Al respecto ver Vaz Ferrerira Carlos (1992). Lógica Viva: moral para intelectuales. Buenos Aires, Argentina. Editorial Losada S.A. pág. 214.

a) De la Perspectiva de las Condiciones Ideales

El fundamento jurídico, visto desde esta perspectiva, no quiere decir otra cosa más que el soporte del Instituto de la Inmunidad Parlamentaria puede sostenerse bajo argumentos del “*si... los Diputados o las cosas fueran mejores o distintas*”. Lo anterior, sin embargo, no debe ser visto como una forma de resistencia habitual contra lo que impera, que justifique la falta de cimientos jurídicos de una figura como lo es la Inmunidad Parlamentaria, sino simplemente como indica el subtítulo encabezador, es tan sólo una perspectiva por considerar cuando se analiza cualquier fundamento jurídico.

En este sentido, Diputados como los detentadores de la soberanía nacional, son los representantes del pueblo. Y en razón de esa función de representatividad, las Constituciones han otorgado una serie de privilegios funcionales para proteger y facilitar la actividad que les ha sido asignada. En *condiciones ideales*,¹⁰ las prerrogativas legislativas son una protección, no del Diputado sino del pueblo, traducidas en una serie de atribuciones para un correcto desempeño estatal, su razón de ser -se supone- es de índole funcional y nunca personal. Bajo ese enfoque “ideal” de Diputados y de circunstancias cuasiperfectas, por supuesto que la lógica de las Inmunidades Parlamentarias funcionaría a cabalidad. Sin embargo, las condiciones en la práctica o la realidad del hombre, distan mucho de coincidir con ese escenario de la perspectiva de las condiciones ideales, razón de más para analizar la perspectiva práctica.

¹⁰ Ídem.

b) De la Perspectiva Práctica

La razón principal que arraiga a las Inmunidades Parlamentarias, deriva de una situación político histórica que se presentó en el seno de las Cámaras Inglesas, cuando la Corona y los Parlamentarios mantenían una serie de roces, efecto de la cantidad de poderes propios de los regímenes monárquicos del siglo XV. En consecuencia, las prerrogativas parlamentarias surgieron para equilibrar las innumerables atribuciones de aquellos nobles en contraposición a los comunes. Lo anterior a causa de las incalculables intromisiones de potestades por parte de los primeros, que terminaban por entorpecer y manipular la función de representación propia de un Congreso, con el único fin de conservar su “statu quo” de Imperio.

Sin embargo, esa primicia dista mucho de ser lo que hoy se pone en práctica en Costa Rica, y en muchos otros países, ese privilegio funcional en defensa de la supuesta representatividad popular, se ha convertido, en gran parte, en un favoritismo sectorial. En el mismo sentido han manifestado:

“Y es que, sin hacer mucho esfuerzo investigativo o reflexivo, salta a la vista, lo que desdichadamente hay que reconocer, que muchos de nuestros Parlamentarios llegan al legislativo con el afán de conseguir beneficios y privilegios.”¹¹

Aquel fundamento político social que le dio razón de ser a las Inmunidades Parlamentarias, resulta cuestionable hoy en día, no porque haya dejado de tener razón sustancial, sino más bien por su discutible práctica jurídica. Esta obedeció a una situación determinante en un momento histórico dado, no necesariamente

¹¹ Alvarado, Celina y Calvo, Juan Luís. (1993) Incompatibilidad de la Función Parlamentaria Respecto a otras Actividades. Tesis para obtener el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, pág. 82.

coincide con la realidad actual y la finalidad originaria del instituto. A pesar de ello, existen dos tesis contrapuestas basadas en posibles escenarios prácticos, que a lo largo de la historia han fundamentado y desfundamentado las bases jurídicas de la Inmunidad Parlamentaria, ambas se exponen a continuación.

i. Posición de las posibles “Camas Legislativas”

Hoy en día se defiende la tesis a favor de las Inmunidades Parlamentarias, argumentando las posibles coartadas políticas o no políticas (también llamadas popularmente “camas” legislativas) de grupos opositores o de algún tercero, que con el afán de perjudicar al Parlamentario o su fracción, pudieran obtener beneficios indirectos en detrimento de esa representación popular, que ostenta el cargo de Diputado. Es posible que un régimen abusivo, indigno de investidura democrática, con el afán de formar determinadas mayorías favorables o evitar determinada función fiscalizadora o demás atribuciones del Congreso, en un momento dado se propusiese mediante la complicidad de ciudadanos comunes y funcionarios públicos, encarcelar a uno o varios Parlamentarios. El autor del libro Inmunidad Parlamentaria en Colombia al respecto ha dicho:

“Tiempos hubo en Francia, por ejemplo, en que el gobierno encarcelaba a congresistas que le eran adversos para producir determinados resultados parlamentarios, favorables a sus propósitos.”¹²

La Inmunidad Parlamentaria, vista desde esta óptica, protege la función de representación popular del Diputado contra el hostil ámbito político en que se desarrolla su actividad partidista y de intereses contrapuestos, así como posibles

¹² Marín Vanegas, Darío. (1970). La Inmunidad Parlamentaria en Colombia. Primera Edición. Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional, pág. 28.

celadas y asechanzas. En este mismo sentido se ha dicho que “... *la inmunidad parlamentaria tiene por objeto garantizar la independencia política del Congreso y preservarlo de los abusos en que pudiere incurrir el Ejecutivo para coartar las funciones propias del Parlamento.*”

Posición bastante válida y digna de consideración, pues siempre es factible que personas inescrupulosas (sean por razones políticas o incluso personales) con la finalidad de perjudicar al Diputado, su fracción partidaria o su persona, implicarán la comisión de un hecho delictivo por medio de prácticas atentatorias de la seriedad de la institución parlamentaria. Razones anteriores para argumentar el interés de garantizar la independencia moral y material entre Diputados, el gobierno y los particulares por medio de un mecanismo que resguarde al representante y, en especial, su función de amenazas.

ii. Posición de la eventual Impunidad

La contraparte de la posición anterior, argumenta, por otro lado, el abuso de las prerrogativas por parte de los Diputados y la facilidad que de ellas devienen para cometer actos censurables y saltarse sanciones que no pueden penetrar el muro de la inmunidad. La infundada ampliación del instituto a diversos fenómenos no funcionales y ciertas puertas legales que se entreabren y vislumbran, no una inmunidad, sino más bien impunidad. Así como el abuso de prerrogativas para fines personales, y no en función de la representación popular, son las razones que ponen en entredicho el fundamento de las Inmunidades Parlamentarias, desde una perspectiva práctica.

Al respecto manifiesta el profesor Barahona “... *no obstante, debe señalarse que las inmunidades de los máximos jerarcas de las instituciones democráticas, han ido perdiendo credibilidad en los tiempos presentes, pues se reputan como*

refugios de impunidad para actuaciones ilegales, más que como protecciones legítimas de las actuaciones discrecionales. Todo esto se ha visto reforzado por el avance de las ideas de la democracia participativa, que desproveen de fueros protectores a los gobernantes y los obliga a rendir cuentas y manejar sus asuntos con transparencia y recato.”

Existe, en la actualidad, una brecha entre lo que las normas establecen como legítimo y lo que la sociedad admite como tal, entrando las leyes en una serie de suerte sistemática que si bien otorgan vigencia no necesariamente validez social reconocida. Dejando como resultado un sesgo terrible entre la ley, su cumplimiento y defectible aplicación. Al perder esa fuerza de reconocimiento social, el fundamento jurídico pierde sustento en su ámbito práctico, lo cual no sólo es preocupante, sino digno de estudio y crítica. Tema que será ahondado cuando se traten las Impunidades y la “Cultura de la legalidad”.

3. Desarrollo Constitucional Costarricense de las Inmunidades Parlamentarias

Las Inmunidades Parlamentarias han estado presentes en nuestro ordenamiento jurídico desde la Constitución de 1824 hasta nuestros días. Se ha enfocado de diversas maneras el instituto, pero siempre ha estado vigente. Puede apreciarse un resumen del desarrollo Constitucional costarricense del privilegio parlamentario a continuación.

a) Época del Ordenamiento Federal (1824 – 1838)

La Constitución de la República Federal de Centroamérica de 1824, en su artículo 63, sostenía la irresponsabilidad de los representantes por las

proposiciones, discursos o debates en el Congreso o inclusive fuera de él, sobre asuntos relativos a su encargo. Así mismo, existía Inmunidad Civil para los Diputados, durante las sesiones y hasta un mes después, no cabía demandas ni ejecución por deudas. En esta misma Constitución, en su artículo 148, establecía que contra cualquier acusación que sufriera un miembro del congreso, necesariamente la Asamblea debía dar lugar a la causa o, de lo contrario, no procedía.¹³

La Ley Fundamental del Estado Libre de Costa Rica de 1825, en su numeral 47 constituyó, que ningún Diputado era responsable por las opiniones que profiriera en razón de su cargo. Continuaba en el artículo 48 diciendo que, en materia criminal, los Diputados serían juzgados por el Tribunal del Congreso y en el caso de acciones civiles, no podían instaurarse éstas durante el tiempo de sesiones y hasta un mes después. Así mismo, su numeral 94 y 95 otorgaba responsabilidad constitucional a todo funcionario en caso de abusar del ejercicio de su función, pero para poder ser juzgados debía existir con anterioridad una declaratoria de lugar a la formación de causa, declaratoria que dictaminaba el Congreso, y si fuera el caso de ser positiva, el Tribunal del Congreso era el que conocía del asunto.¹⁴

La Constitución Federal de Centroamérica de 1835, en su artículo 61, manifestaba que, en ningún tiempo ni por motivo alguno los Senadores y Representantes serían responsables por las proposiciones que emitieran tanto fuera como dentro de las Cámaras, sobre asuntos relativos a su destino. Y que no podían ser demandados civilmente durante el tiempo de sesiones y hasta un mes después. Así mismo, el artículo 148 establecía la responsabilidad de los

¹³ Peralta, Hernán. (1962). Las Constituciones de Costa Rica. Madrid, España. Instituto de Estudios Políticos, págs. 176 -192.

¹⁴ Peralta, Hernán. Óp. Cit, págs. 212 – 220.

representantes de las cámaras, por medio de la declaración de la formación de causa, por traición, venalidad, falta grave en el desempeño de las funciones y por delitos comunes.¹⁵

b) Época del Ensayo y la Inestabilidad (1838 -1871)

El Decreto de Bases y Garantías de 1841, representó la consagración constitucional del absolutismo. Emitida por don Braulio Carrillo, quien pretendía asumir en el Ejecutivo todos los poderes estatales y, por ello, no se regula del todo, la independencia del Legislativo.¹⁶

La Constitución Política del Estado Costa Rica de 1844, en su numeral 100, mantenía la irresponsabilidad de los Senadores por la emisión de opiniones en el ejercicio de la función legislativa. Así mismo, el artículo siguiente continuaba diciendo que, en materia criminal relativa a las funciones, los Representantes serían juzgados por el Tribunal de la Cámara cuando ella hubiere declarado mérito suficiente para abrirles causa. En lo concerniente a delitos comunes, serían juzgados por los Tribunales Comunes, pero debía siempre existir la declaratoria de causa emitida por el Congreso. Respecto de las acciones civiles no podían presentarse durante el tiempo de sesiones y hasta un mes después.¹⁷ Al igual que se reguló la inmunidad en la Constitución de 1844, así también se mantuvo en la Constitución Política de 1847 en sus artículos 77 y 78.¹⁸

En la Constitución Política de 1848, en su numeral 50, se regula la inviolabilidad civil, por el período que duren las sesiones y hasta un mes después

¹⁵ Peralta, Hernán. Óp. Cit. Págs. 236 – 253.

¹⁶ Carbonell Sáenz Jorge. (1997). Historia del Derecho Costarricense. Primera Edición. San José Costa Rica, Editorial Juricentro, págs. 260 – 263.

¹⁷ Peralta Hernán. Óp. Cit, pág. 303.

¹⁸ Peralta Hernán. Óp. Cit, pág. 339.

no podían ser demandados ni ejecutados civilmente los Diputados. Tampoco podían ser detenidos por causas criminales (inviolabilidad penal), sino existía previamente la suspensión por parte de la Cámara. Una vez suspendido el senador, sería puesto a disposición del Tribunal Competente. La excepción a lo anterior, eran, los casos en que se hubiera sorprendido al Diputado en flagrante delito al que se le pudiera achacar pena corporal o infamante o cuando antes del enunciado tiempo se hubiera decretado la prisión o la reducción a ella. Por otro lado, las Constituciones de 1859, 1869 en sus artículos 89 y 86 – 87, respectivamente, regulan, de igual manera, las Inmunidades Parlamentarias que la Constitución de 1848.¹⁹

c) Época de la Primera Madurez (1871 – 1948)

La Constitución de 1871, en su artículo 68, regula la Inmunidad Parlamentaria de igual forma que la Constitución de 1848. Por otro lado, la Constitución Política de 1917, en su artículo 66, mantiene la misma línea descrita en las Constituciones de 1848 a la de 1871, pero aporta dos aspectos importantes: los Diputados no podían ser embargados por causa civil durante las sesiones, salvo que el mismo Diputado lo consintiera. Y, en materia penal, desde la declaratoria de elección hasta el término del período legal, los representantes no podían ser, acusados, perseguidos o arrestados si la Cámara no autorizaba previamente la acusación y daba lugar a la formación de causa. Salvo el caso de delito “in fraganti”, donde el Diputado era puesto a la orden del Senado (con la sumaria del caso) para que según procediere lo suspendiere de las funciones y entregara al juez competente o lo pusiere en libertad. En caso de no estar las

¹⁹ Peralta Hernán. Óp. Cit, págs. 378 - 471.

Cámaras reunidas, el Diputado era puesto en libertad si pagaba una fianza acorde con la importancia del delito que iba de los mil a cinco mil colones.²⁰

d) Constitución Política de 1949 y sus proyectos de reforma en materia de Inmунidades Parlamentarias

Nuestra Constitución Política de 1949, vigente todavía, en su artículo 110, consagra la inmunidad parlamentaria tanto en la irresponsabilidad por cualquier opinión emitida en el Congreso, así como la Inviolabilidad Parlamentaria resabio de la Constitución de 1917. Establece el artículo:

“El Diputado no es responsable por las opiniones que emita en la Asamblea. Durante las sesiones no podrá ser arrestado por causa civil, salvo autorización de la Asamblea o que el Diputado lo consienta. Desde que sea declarado electo propietario o suplente, hasta que termine su período legal, no podrá ser privado de su libertad por motivo penal, sino cuando previamente haya sido suspendido por la Asamblea. Esta inmunidad no surte efectos en el caso de flagrante delito, o cuando el Diputado la renuncie. Sin embargo, el Diputado que haya sido detenido por flagrante delito, será puesto en libertad si la Asamblea lo ordenare.”²¹

Hasta hoy, el artículo anterior es el que rige el instituto de la Inmunidad Parlamentaria. Sin embargo, han pasado por la corriente legislativa dos Proyectos de Ley que han querido reformar el tema de las inmunidades a nivel Constitucional. El primero de ellos fue presentado por la Diputada Sandra Píszk, en 1994, y el segundo por iniciativa de la Diputada Epsy Campbell Barr en el año 2002.

²⁰ Peralta Hernán. Óp. Cit, pág. 516.

²¹ Artículo 110 de la Constitución Política de la República de Costa Rica.

El Proyecto de la Diputada Pizsk, se presentó en la Sesión Plenaria número 16 del 23 Mayo 1994, bajo el expediente número 11889. El Proyecto básicamente pretendía cuatro reformas²²:

- Restringir la inmunidad que gozan algunos funcionarios, de manera que se aplique sólo a delitos funcionales. Quedando excluidos del ámbito de la inmunidad, los delitos comunes por los que los Diputados responderían como cualquier ciudadano ante los Tribunales de Justicia.²³
- Establecer que la inmunidad suspenda la prescripción de las acciones penales que procedieran contra los funcionarios cubiertos por el privilegio. Y cuando el funcionario cesara de laborar en el cargo público, empezaría a correr el término de la prescripción.
- Ampliar la Irresponsabilidad Parlamentaria aún fuera del recinto legislativo, siempre enmarcando las actuaciones dentro del ejercicio de las funciones parlamentarias.
- Consagrar constitucionalmente el derecho de renuncia de la inmunidad.

Las anteriores razones fueron expuestas en el plenario legislativo, sin embargo fueron pocos los Diputados que votaron a favor. Entre los motivos esbozados en contra del Proyecto relució la “preocupación” por ver afectada la representatividad del Congreso por posibles coartadas políticas o enemistades. Releyendo las exposiciones de los diputados, se deducen dos cosas: el poco manejo del tema por parte de éstos y las falsas preocupaciones colectivas que dan la impresión de ser más de índole personal.

²² Asamblea Legislativa, Serie de Debates y Actos Legislativos (1995). La Inmunidad Parlamentaria San José Costa Rica: Asamblea Legislativa.

²³ Eventualmente, este punto podría ser rebatido por el argumento expuesto líneas antes de las “Camas legislativas”, pudiendo ser hasta cierto punto riesgoso asumir tal posición. Sin embargo, asumiendo la tesis contraria de la “eventual impunidad” sería justificable la implantación de dicha medida.

El segundo proyecto fue propuesto bajo el expediente número 14986 del 21 de octubre del 2002, establece básicamente las siguientes reformas:²⁴

- El cese de la Inmunidad Parlamentaria con el levantamiento del fuero de improcedibilidad penal por parte de la Asamblea, solamente aplicable a delitos funcionales. Se amplía la posibilidad de ser puesto en libertad por orden de la Asamblea en las detenciones por delitos comunes, como compensación por la eliminación del fuero de improcedibilidad.
- Para el caso de delitos comunes, procede a finalizarse con la inmunidad, cuando exista resolución firme de autoridad penal que declare haber causa contra el Diputado.
- Así mismo, la inmunidad no cubre el flagrante delito.
- Y cesa, a su vez, de surtir efectos la Inmunidad Parlamentaria con la renuncia del diputado.

Estos dos proyectos han sido los únicos intentos legislativos hasta la fecha, de reformar las Inmunidades Parlamentarias en Costa Rica. Por ahora, -en materia de inmunidades parlamentarias, los costarricenses, son regidos por el artículo 110 de la Constitución Política de 1949, del cual se desprende la noción de Inmunidad Parlamentaria, concepto que se analiza a continuación.

²⁴ Proyecto de Ley Reforma de los Artículos 110, 111, 112 y 124 inciso 9 y 10 de la Constitución Política de Costa Rica. Expediente Legislativo número 14986.

Sección II: Delimitación del Tema

1. Concepto: Inmunidad Parlamentaria

a) De la Inmunidad Parlamentaria en Sentido Amplio

Los privilegios parlamentarios, en condiciones ideales, son las prerrogativas otorgadas constitucionalmente a favor de las Asambleas Legislativas, para salvaguardar la libertad de expresión y la representatividad del Congreso, para el correcto acontecer de su función. Por Inmunidad Parlamentaria entiende el Diccionario de la Real Academia Española, *La prerrogativa de los Senadores y Diputados a Cortes, que los exime de ser detenidos o presos, salvo en casos que determinan las leyes, o procesados y juzgados sin autorización del respectivo cuerpo colegislador.*

El jurista Hugo Alfonso Muñoz, en su libro, La Asamblea Legislativa en Costa Rica, define las Inmunidades Parlamentarias de la siguiente manera:

*“El fin de estas inmunidades parlamentarias es la protección de los diputados contra las acciones represivas o judiciales del Gobierno y de los particulares. Estas inmunidades presentan dos aspectos esenciales: la irresponsabilidad y la inviolabilidad”.*²⁵

La Inmunidad Parlamentaria en su más amplio sentido debe ser entendida como los privilegios otorgados constitucionalmente a favor de los Diputados, en su carácter de representantes del pueblo, con el propósito de

²⁵ Muñoz Hugo Alfonso. (1977). La Asamblea Legislativa en Costa Rica. Primera Edición, San José, Costa Rica. Editorial Costa Rica, págs. 63 – 64.

preservar la voz de la ciudadanía y facilitar el cumplimiento de los demás deberes propios de la función legislativa.

En la presente investigación se entenderá a la Inmunidad Parlamentaria, de manera indistinta, como un privilegio o como una prerrogativa. Pues el mismo Diccionario de la Real Academia Española, define a la prerrogativa como una eventual manera de manifestarse un privilegio.²⁶ Lo anterior, a pesar de las posiciones parcializadas que se han tomado en la materia, ejemplo de ello lo manifiesta la siguiente Tesis de Maestría:

“Sin embargo, este fuero especial ha generado controversia en la doctrina que se encuentra dividida. En un sector se manifiesta que es un privilegio y, otro sostiene que es una prerrogativa. Lo cierto es que, si se parte de un análisis amplio, es menester dejar en claro, que la protección va dirigida a la función que se delega y no a la persona. En virtud de lo expuesto, resulta pertinente afirmar que se encuentra frente a una prerrogativa (sic).”²⁷

b) De la Inmunidad Parlamentaria en Sentido Estricto

Es necesario para poder concebir en su amplitud a los privilegios legislativos, asumir en forma clara la bifurcación del fenómeno de la Inmunidad

²⁶ Establece el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española al definir la palabra “Prerrogativa”, lo siguiente: *Privilegio, gracia o exención que se concede a alguien para que goce de ello, anejo regularmente a una dignidad, empleo o cargo.*

²⁷ Adriana Chavarría Cordero. (2003). *Inviolabilidad Parlamentaria*. Tesis para optar al grado de Máster en Derecho Constitucional, Sede Central, Universidad Estatal a Distancia, pág. 5

Parlamentaria, aunque es muy común que se confundan los términos en forma indistinta. Por un lado, existe la llamada Irresponsabilidad Parlamentaria, aquella que protege la libertad de expresión sin repercusión legal alguna, de las opiniones o cualquier manifestación de los congresistas en el ejercicio de su función dentro del recinto de la Asamblea. Y, por otro lado, se le denomina, Inviolabilidad Parlamentaria, a la defensa de la libertad corporal del Diputado, incluso por actos cometidos fuera de sus funciones.

En países europeos, especialmente en Alemania y España,²⁸ se hace una diferencia conceptual entre Inmunidad e Indemnidad, siendo ésta última la Irresponsabilidad Parlamentaria costarricense y, por otro lado, el término inmunidad solamente abarca las Inviolabilidades Parlamentarias. Si bien es cierto, la diferencia es mucho más sencilla de distinguir terminológicamente, los países latinoamericanos, incluyendo a Costa Rica, a duras penas llegan a bifurcar el fenómeno de la Inmunidad Parlamentaria en: Irresponsabilidad e Inviolabilidad, razón por la cual el término de Indemnidad es de escaso conocimiento por éstas latitudes.²⁹

Tanto la Irresponsabilidad como la Inviolabilidad Parlamentaria, son temas exigüos en la doctrina costarricense, existe un vacío investigativo en relación con la Inmunidad Parlamentaria, pues hasta el momento el tema ha sido poco tratado por los estudiosos del Derecho nacional. Además, se convierte en un asunto altamente controversial por las diferentes interpretaciones que sobre sus

²⁸ Puede apreciarse en Jescheck Hans, Heinrich (1981). Tratado de Derecho Penal, Barcelona, España. Editorial Bosch, pág. 249. Así mismo, ver Bacigalupo Zapater, Enrique (1984). Manual de Derecho Penal, Parte General, Temis-Ilanud, pág. 63.

²⁹ Verbigracia de lo manifestado es que en países como Nicaragua o Guatemala ni siquiera se hace referencia, tratándose el tema de la Inmunidad en una acepción genérica.

contenidos y alcances ha construido la doctrina jurídica contemporánea, ello aunado a los criticables abusos acaecidos en la materia.³⁰

Debe partirse del supuesto que la Inmunidad Parlamentaria es un privilegio de rango Constitucional, que abarca ambas protecciones (o sobreprotecciones, quizá), cuya finalidad es garantizar la independencia política del Poder Legislativo, y preservarlo de los abusos que pudieran coartar las funciones propias del parlamento. Inicialmente, se mencionará la primera ramificación del concepto Inmunidad Parlamentaria: la irresponsabilidad parlamentaria, y posterior a ésta, se tratará la segunda parte: la inviolabilidad parlamentaria y sus dos formas de manifestación.

i. Irresponsabilidad o Indemnidad Parlamentaria

La Irresponsabilidad Parlamentaria (Indemnidad) está contemplada en el primer párrafo del artículo 110 de la Constitución Política. *“El Diputado no es responsable por las opiniones que emita en la Asamblea...”*³¹ Consiste en la protección a la Libertad de expresión que debe tener el Parlamento y, con ello, la posibilidad de manifestar sus opiniones y votos en el seno de la Asamblea, sin temor a consecuencias legales por el cumplimiento de la función parlamentaria. Su carácter absoluto y como se estudiará más adelante, su naturaleza jurídica, le han ganado el calificativo de “Inmunidad de Fondo”.

La irresponsabilidad es aplicable a toda manifestación hecha por los Diputados ya sea verbal o escrita, siempre que se haga dentro del cumplimiento del ejercicio legislativo: discursos, interrupciones, informes, interpelaciones,

³⁰ Esquivel Salas Hernán. (1990). “La Inmunidad Parlamentaria” Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. 2 (2): Marzo.

³¹ Constitución Política de la República de Costa Rica. Óp. Cit, artículo. 110.

preguntas, síntesis y demás expresiones que pudieran utilizar para el adecuado funcionamiento de su cargo. Manifiesta el Lic. Hernán Esquivel al respecto:

*“La irresponsabilidad parlamentaria protege a los diputados en cuanto a las manifestaciones que hagan, porque la actividad funcional desarrollada por ellos en el Parlamento se basa en la libertad de palabra, ya que, el mismo es un órgano eminentemente deliberativo y necesita de la discusión para la formación de su voluntad político-legislativa (sic).”*³²

El privilegio de irresponsabilidad por las manifestaciones emitidas durante el período del mandato, abarca desde la declaración de elección legislativa y se extiende, inclusive, aún después de haber concluido ésta, respecto de las emisiones que pudieron exponerse durante el mandato legal. Consiste en una plena irresponsabilidad penal respecto de los posibles delitos de injurias, difamación o cualquier eventual resarcimiento civil, por la expresión de los mismos. Se ha debatido bastante los alcances de dicha irresponsabilidad, principalmente respecto del papel de la prensa, éstos serán analizados en el tema de los límites y características más adelante.

El bien jurídico tutelado, entonces, es el principio de representación, y no la mera libertad de expresión del Diputado en su carácter individual. En razón de la función y el desempeño del cargo Parlamentario, lo que, en realidad, se protege es el acto mismo de emitir una manifestación bajo un puesto de representación, como lo es el legislativo, recayendo el resguardo de la prerrogativa sobre los representados y no en el representante.³³ Puede deducirse, que dicha prerrogativa

³² Hernán Esquivel Salas. (1990). “La Inmunidad Parlamentaria” Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. 2 (2): Marzo.

³³ Al respecto ver, Soler Sebastián. (1978). Derecho Penal Argentino Buenos Aires, Argentina. Tomo III, Tipografía Editora, pág. 2002.

será efectiva, únicamente, en el tanto sea en razón del desempeño del precepto parlamentario, esa es la condición *sine qua non* para que pueda alegarse la inmunidad por Irresponsabilidad Parlamentaria.

Al respecto, la máster en Derecho Constitucional, Adriana Chavarría Cordero ha manifestado:

*“Esta prerrogativa constituye una garantía que permite preservar la autonomía y la libertad del parlamento. Garantiza no solo la independencia, sino, también, la absoluta libertad de palabra por parte del diputado, que le permite exponer, públicamente, en el seno de la Asamblea Legislativa, sus opiniones (sic).”*³⁴

En particular, a esta expansión de la inmunidad legislativa, debe recalcarse su importancia, tanto para el libre ejercicio de la función parlamentaria, como para un eventual control político libre de repercusiones jurídicas. El control político ejercido mediante este instituto, no sólo permite controlar el ejercicio del poder político; sino que, a su vez, el desarrollo de algunos de sus efectos: la denuncia, la formación de opinión pública, la censura política y el fortalecimiento de los derechos humanos.

En el tanto, la democracia vive por la palabra hablada y escrita. Y es la oratoria, en un cuerpo legislativo, medio y fin en sí mismo. La única manera de preservar una democracia, es por medio del diálogo y la libertad de expresión. En consecuencia es imprescindible que el órgano por excelencia deliberativo y democrático posea los medios constitucionales pertinentes para ejercer su función

³⁴ Chavarría Cordero Adriana. Óp. Cit, pág. 16.

primaria: deliberar. Bien decía don Fernando Volio, parafraseando a Maurice Hariou:

*“El Poder Legislativo, debería llevar el nombre de Poder Deliberante, pues le corresponde, la operación de voluntad que se denomina deliberación, es decir, la operación que consiste esencialmente en discutir y votar un proyecto de resolución.”*³⁵

De manera que bajo ningún supuesto, puede prescindirse de la oratoria parlamentaria en un Estado Democrático, y por ende de un privilegio como la irresponsabilidad, sin afectarse la esencia misma del Poder Legislativo. Es la prerrogativa más elemental para el desempeño eficaz e independiente de la función legislativa, sin cuya existencia se pone en serio peligro la particularidad misma de la función parlamentaria (sin que se llegue, claro, al extremo de la retórica desbordada y anacrónica, que tanto atrasa y se antepone frente al interés general, razón de más para que los Diputados obren con ética parlamentaria). La libertad de expresión es la manera básica, que tiene un pueblo democrático y civilizado, para la formación de su voluntad. Sin embargo, no puede olvidarse las palabras de don Mario Carazo: *“La democracia se respeta no solamente con lo que se dice sino con lo que se hace.”*³⁶ Es por ello, a continuación se expone la otra fachada de la Inmunidad Parlamentaria: la Inviolabilidad.

³⁵ Volio Jiménez, Fernando. (1980). La Asamblea Legislativa: Ideas para su reforma. San José, Costa Rica. Editorial EUNED, pág. 15

³⁶ Carazo Zeledón Mario. (1999). Experiencia Legislativa. Primera Edición, San José, Costa Rica: Asamblea Legislativa, pág. 95.

ii. Inviolabilidad Parlamentaria

El segundo punto de análisis es la Inviolabilidad Parlamentaria también llamada inviolabilidad personal o inmunidad contra detenciones, está contemplada en el párrafo segundo y siguiente del artículo 110 de nuestra Carta Magna. Este tipo de Inmunidad posee al mismo tiempo dos subtipos, clasificados en razón de la materia (en la mayoría de los países no se bifurca, pero en nuestro país si se hace la diferencia), ellos son la inviolabilidad por asuntos civiles y la inviolabilidad penal.

La Inviolabilidad Parlamentaria nace con el propósito de preservar la integridad de la representatividad del Congreso, tratando de evitar que por medio del apremio corporal pudiera llegarse y coartarse la participación de un Diputado en el voto o discusión de un asunto de vital importancia para el país. Se identifica por la protección de cualquier medida represiva dirigida hacia el diputado, ya sea su persecución, detención o arresto por delitos inclusive no funcionales que pudiere cometer algún miembro del Congreso.

- **Inviolabilidad Civil**

La Inviolabilidad Civil, se consagra en las siguientes líneas de la Constitución: *“Durante las sesiones no podrá ser arrestado por causa civil, salvo autorización de la Asamblea o que el Diputado lo consienta.”*³⁷ De este modo, el Constituyente creó un privilegio defensor de la libertad corporal del Legislador, cabe resaltar, que esta defensa pudo tener su interés en la época donde había “prisión por deudas” y que existe hoy en día, en nuestro ordenamiento una contradicción con el artículo 38 de la Constitución Política. Afirma dicho numeral que *“Ninguna persona puede ser reducida a prisión por deudas”*. Esto no tiene sentido alegar

³⁷ Ídem.

doblemente la misma imposibilidad que se extiende inclusive a cualquier ciudadano común. Quedando desde ese punto de vista inaplicable el privilegio que termina desapareciendo, por el igual tratamiento que el resto de los costarricenses. Expresa al respecto el Dr. Muñoz:

*“De ahí que con mayor razón el Diputado no podrá ser arrestado por causa civil, salvo que por este tipo de causa se entienda algo diferente al aspecto económico.”*³⁸

De lo anterior se desprende que si bien es cierto en materia civil existen deudas que no podrían dar lugar al arresto, por imposibilidad constitucional del artículo 38, también hay figuras de derecho privado y propiamente en derecho de familia, es el caso de las pensiones alimentarias, que podrían dar pie a que se aplique la inviolabilidad civil que durante mucho tiempo se dio por muerta, en el ámbito práctico. Al respecto, manifiesta el Dr. Hernández Valle:

*“... dada la eliminación del apremio corporal en materia civil y comercial a partir de 1989, la única posibilidad al respecto se daría dentro de un juicio de familia por el no pago de pensiones alimentarias.”*³⁹

Otra razón por la cual se expresa la poca aplicabilidad y sentido práctico de la Inviolabilidad Parlamentaria de carácter civil, radica en la redacción de la norma, al afirmar que durante las sesiones los Diputados no podrán ser arrestados por causa civil, salvo autorización de la Asamblea o si el Diputado así lo consiente. Lo que abre un portillo para poder interpretar a *contrario sensu*, que fuera de las

³⁸ Muñoz Hugo Alfonso. Óp. Cit, pág. 68.

³⁹ Hernández Valle Rubén (1994). El Derecho de la Constitución. Vol. II Primera Edición. San José Costa Rica. Editorial Juricentro, pág. 42.

sesiones sí cabe el apremio, aún y sin necesidad de la autorización del Congreso o el consentimiento del Parlamentario.

Para comprender la aseveración anterior hay que partir de una interpretación de carácter restrictivo en la definición de sesiones parlamentarias. Afirma nuevamente el Dr. Muñoz: *“Por sesiones debe entenderse cuando los diputados están sesionando, es decir cuando los diputados están en período de sesiones ordinarias y extraordinarias, existe convocatoria por parte del Poder Ejecutivo”*⁴⁰ Por lo tanto, habrán sesiones cuando no haya receso. Bajo el análisis anterior puede arrestarse a un Diputado sin violentar su inmunidad Constitucional de inviolabilidad parlamentaria civil, cuando el Diputado se encuentre en receso.

La excepción al arresto del Diputado por alguna causa civil, resultaría del supuesto que durante las sesiones, se intentara arrestar a un Parlamentario siempre y cuando la Asamblea así lo autorizare o el mismo Constituyente lo consintiere. Supuestos que solamente levantarían el privilegio legislativo, respecto del arresto. Pero, en principio, opera la inviolabilidad civil del arresto. No debe confundirse el fuero del arresto y el fuero de procedibilidad, ya que, en materia civil, no hace falta realizar un antejuicio como requisito de procedibilidad de la acción.

De lo anterior cabe resumir lo siguiente, la inviolabilidad parlamentaria es incompatible al numeral 38 Constitucional, posee una aplicabilidad casi nula respecto de la protección del bien jurídico libertad corporal, en el tanto siempre cabe la posibilidad de arresto del Diputado, aún y sin dictamen de la Asamblea o renuncia de este, cuando se encuentre en receso legislativo, sin que ello signifique que pueda procesarse y menos castigar al Parlamentario, pues el fuero de arresto

⁴⁰ Muñoz Hugo Alfonso. Óp. Cit, pág. 65.

difiere al fuero de procedibilidad, lo anterior por consecuencia no implica la anulación tácita de la inmunidad, pues hay que recordar que al final de cuentas se trata de un impedimento procesal que no se ve afectado con el mero arresto.

A pesar de la poca aplicabilidad práctica que posee el instituto de la inviolabilidad en materia civil, es criticable la exoneración de prisión por el no pago de una deuda que si traería como castigo la privación de libertad a cualquier otro individuo (máxime si se trata de un privilegio que excede el ámbito de protección funcional). En la actualidad, con las nuevas legislaciones de familia, resulta bastante contradictorio que se anteponga el interés diputadil, persona que se presupone solvente, frente al de un menor de edad que necesita ropa, comida, educación y, sobre todo, ejemplo de responsabilidad.

- **Inviolabilidad Penal**

La otra ramificación de la Inviolabilidad Parlamentaria consiste en la Inviolabilidad Penal, contemplada de la siguiente manera en la Constitución: ... *desde que sea declarado electo propietario o suplente, hasta que termine su período legal, no podrá ser privado de su libertad por motivo penal, sino cuando previamente haya sido suspendido por la Asamblea. Esta inmunidad no surte efectos en el caso de flagrante delito, o cuando el Diputado la renuncie. Sin embargo, el Diputado que haya sido detenido por flagrante delito, será puesto en libertad si la Asamblea lo ordenare.*⁴¹

La inviolabilidad penal posee un rango mucho mayor de posible aplicación en relación con la inviolabilidad civil. Se considera que por razones de hecho debe mantenerse la totalidad de los representantes del Congreso, aún, incluso, cuando

⁴¹ Ídem.

un Diputado se sospeche haya cometido un delito, y todavía más grave, que cometiéndolo y siendo capturado” in fraganti”, la misma Asamblea lo puede poner en libertad.

Razones que son contradictorias, pues es un secreto a voces que dicha representatividad pocas veces alcanza el quórum suficiente para sesionar y esas “omisiones diputadiles” no son sancionadas, y no desvelan el sueño de nadie, manifestándose que ni siquiera se respeta en la práctica cotidiana la tan añorada representatividad del Congreso, quedando, completamente, desacreditado el fundamento por motivos de hecho, que lejos de amparar la conformación de la Asamblea, premia conductas indebidas.

A diferencia de la Inviolabilidad Civil, en materia penal, la inmunidad cubre al Diputado aún fuera de las sesiones parlamentarias, y esa excepción de arresto adquiere doble fuerza de protección (tanto la imposibilidad de arresto en cualquier tiempo del mandato, a diferencia de la inviolabilidad civil, como la que sólo la Asamblea puede disponer de la libertad del Diputado incluso si fue descubierto “in fraganti”), que al mismo tiempo es inversamente proporcional con el nivel de gravedad del que se trata. Al respecto, ha dicho José María Samper:

“Si la inviolabilidad de los miembros de las Cámaras no tiene otro objeto ni justificación que la necesidad de asegurarles la libertad e independencia de sus opiniones y votos, y por lo tanto, su reunión eficaz para ejercer sus funciones legislativas, es obvio que no hay motivo para extender la inmunidad a los delitos que aquéllos cometen fuera del tiempo en que han de legislar o de estar en camino para reunirse en Congreso. Y aún durante éste tiempo, no hay razón para asegurar la impunidad de los senadores y

representantes, si sus delitos no son de naturaleza que puedan requerir el amparo transitorio de la Cámara respectiva.”⁴²

La comisión de un delito cualquiera, incluso aquéllos no funcionales, son situaciones cuya dificultad sobrepasa el ámbito meramente civil, y basta ver la sanción que se aplica en condiciones normales, para darse cuenta de que el ordenamiento otorga mayor protección a la violación de determinados bienes jurídicos. Aún a sabiendas de ello, se otorgó una inmunidad reforzada a un eventual delincuente.

Existen dos supuestos de salvedad a la Inviolabilidad Penal: el flagrante delito y la renuncia. El primero no es ni siquiera una excepción, porque es la misma Asamblea la que decide acerca de la libertad de uno de sus miembros aún en el caso de haberse encontrado éste in fraganti en la comisión de un delito. A pesar de esos límites a la inviolabilidad en materia penal, debe tenerse presente de que necesariamente para que la Corte Suprema de Justicia pueda proceder con la acción, se requiere la elaboración de un antejudio político por parte de la Asamblea, siendo el propio Congreso el que califica la naturaleza del supuesto hecho delictivo.

En otros países, como El Salvador, tratándose de inviolabilidad penal, se hace una clasificación del delito para efectos de su tratamiento y desafuero. Así mismo, en países como Estados Unidos, Irlanda y Filipinas, la inmunidad no comprende ciertos delitos calificados como graves o que atenten contra el orden público y mucho menos aquéllos en que se haya descubierto al Diputado “in fraganti”. En Costa Rica, se da una plena protección con la excepción de arresto y eventual improcedibilidad de la justicia, incluso a delitos no funcionales, lo cual resulta el

⁴² Marín Vanegas Darío. Óp. Cit., pág. 13

colmo del envilecimiento y fomento de la irresponsabilidad hacia una eventual impunidad, desbaratando cualquier argumento de funcionabilidad e interés público.

Respecto de la actuación de la Asamblea en cuanto a la calificación del hecho como delictivo o no, cabe decir que es una función que sobrepasa las atribuciones propias de la naturaleza parlamentaria (entiéndase el ser un órgano político), no así constitucionales, de un poder legislativo. Se trata de un asunto que debe estar en manos y criterio del Poder Judicial (como es el caso del tratamiento de la Inmunidad Parlamentaria en Chile), pero se deja su resolución al órgano incorrecto: el mismo Congreso, quien decide acerca de la libertad de un posible delincuente, violentándose el principio de igualdad y el de división de poderes.

Respecto de la renuncia de la Inmunidad Parlamentaria por razones penales, sólo cabe añadir que si bien es cierto dentro de lo malo lo mejor, siempre deja abierta una puerta enorme para evadir la justicia, no sólo porque es facultativa, sino porque de igual manera se hace necesario el desafuero. Generalmente, son los que nada temen los que someten a un proceso por su propia cuenta, para comprobar su inocencia, pero la simple facultad de un individuo de acudir o no a la justicia para su propia dicha o desgracia, no resulta comprensible, máxime que se está en presencia de funcionarios de alto rango que deben responder por sus actos. Lejos de predicar con el ejemplo, la Constitución otorga una serie de privilegios en razón de un cargo al que más bien debería exigírsele mayor responsabilidad, pues se trata de un puesto de representación.

2. Naturaleza Jurídica

a) De la Naturaleza Jurídica de la Inmunidad Parlamentaria

La naturaleza jurídica de cualquier instituto hace referencia a la esencia o propiedad legal característica de éste. Para el caso de las Inmunidades Parlamentarias, independientemente si se tratan de irresponsabilidades o de inviolabilidades, la particularidad que deviene en esa naturaleza jurídica, reside en la no sanción (la primera por ser absoluta y perpetua y la segunda se refiere a la no sanción por lo menos durante el período del mandato). Y es, precisamente, en éste punto donde existe la línea indiferenciada que abre paso a la confusión entre inmunidad e impunidad. Al respecto, manifiesta el profesor Barahona:

“La impunidad se confunde en ocasiones con la inmunidad, dado que en cuanto a sus efectos (falta de sanción) ambos fenómenos resultan indiferenciables. No obstante, la distinción principal entre la inmunidad y la impunidad radica en la causa que justifica la inexistencia – no imposición – de las sanciones o de las penas procedentes...”⁴³

Tanto la irresponsabilidad como la inviolabilidad, poseen sus propias teorías respecto de ese denominador común: la falta de sanción. A pesar de tener el mismo efecto, con la indemnidad se está en presencia de un problema de derecho de fondo, mientras que con las inviolabilidades se presenta un impedimento procesal. Al respecto ha manifestado Hans Heinrich Jescheck:

⁴³ Barahona Kruger Pablo (2004). Corrupción e Impunidad: correlaciones e Implicaciones, Primera Edición. San José, Costa Rica. Editorial Jurídica Continental, pág. 107.

“... hay que distinguir según que la exclusión se refiera al poder punitivo o a la jurisdicción penal. En el primer caso, se trata de un derecho Penal material, en el segundo de un problema de Derecho Procesal Penal.”⁴⁴

i. Naturaleza Jurídica de la Irresponsabilidad Parlamentaria

En este sentido, acerca de la Irresponsabilidad Parlamentaria, la doctrina ha estado muy dividida, para unos la indemnidad es una *Causa Personal de Exclusión de la Pena*, para otros es una *Causa de Justificación por el Ejercicio de un Derecho*, y no falta quien diga que se trata de una *Inimputabilidad*. La posición de la presente investigación se inclina por una *“Causa de Inaplicabilidad de la ley por el Cumplimiento de un Deber”*.

Por un lado, el Dr. Hernández Valle sostiene que la Naturaleza Jurídica de la Irresponsabilidad es un caso de inimputabilidad y manifiesta que: *“Desde el punto de vista penal, se trata de un caso de inimputabilidad”*, excluyéndose de esta forma toda responsabilidad penal y, por lo tanto, esa exclusión beneficiaría única y exclusivamente a los Diputados y no así a eventuales coautores o partícipes.⁴⁵

Esta posición no parece adecuada, pues bien lo establece el Código Penal costarricense, en su título tercero, Sección Primera, artículo 42, cuando habla de la imputabilidad y sus formas. Acá hace referencia a la inimputabilidad para aquel quien en el momento de cometer la acción u omisión, no tenga la posibilidad de comprensión o se vea afectada su capacidad de motivación, siendo un tanto ilógico afirmar que cualquier ilícito cometido en resguardo de la irresponsabilidad parlamentaria (manifestaciones emitidas que en condiciones normales hubieren

⁴⁴ Jescheck Hans Heinrich. Óp. Cit. pág. 248.

⁴⁵ Hernández Valle Rubén. Óp. Cit, pág. 41.

sido delito), encerrará estas características. La naturaleza jurídica de la indemnidad debe ser una causa anterior al análisis de la imputabilidad, que exime la aplicación de la ley penal por razones de interés público: la representación, y no por motivos excluyentes de la imputabilidad que concurren en el momento de la acción.

Por otro lado, hay quienes consideran que se está frente a una “Causa de Justificación”, sería la posición del Dr. Rodríguez Devesa, quien afirma: “*La inmunidad tiene por objeto garantizar la libertad de expresión. En realidad, se trata de una causa de justificación, puesto que es un derecho que les confiere su calidad de representantes.*”⁴⁶, para el autor, se está frente a un fundamento legal por el ejercicio de un derecho, que justifica la no sanción (aunque en su libro originalmente ubica a las inmunidades dentro del capítulo de las Causas de Exclusión de la Pena, pero cuando habla de las Inmunidades Parlamentarias sostiene la posición antes mencionada), agotando el análisis del delito y eximiendo de toda responsabilidad civil y penal al Diputado.

Así mismo, Luis Jiménez de Asúa establece que los “*Privilegios de Función*” se ubican dentro del ámbito de las Causas de Justificación por el cumplimiento de un cargo o profesión.⁴⁷ Bajo este mismo enfoque, el Lic. Esquivel, extiende todavía más la justificación, afirmando:

“Como consecuencia de sostener que se trata de una causa de justificación, los partícipes se benefician también de la irresponsabilidad del

⁴⁶Al respecto ver, Rodríguez Devesa José María (1979., Derecho Penal Español, Parte General, Madrid, España. Gráficas Loasa, pág. 630 y Bacigalupo Zapater, Enrique. Óp. Cit, pág. 63.

⁴⁷ Jiménez de Asúa Luis (1962). Tratado de Derecho Penal. Buenos Aires, Argentina. Tomo IV Segunda Parte: Las Causas de Justificación. Tercera Edición Actualizada. Editorial Losada, pág. 1401.

diputado, ya que conforme con la teoría de la accesoriedad limitada, hoy dominante, para que los partícipes sean responsables penalmente, se requiere que el autor haya realizado al menos una acción típica y antijurídica (sic).”⁴⁸

Nuestro Código Penal por su parte en el artículo 25, establece al respecto, que no delinque quien obra en ejercicio de un legítimo derecho, esto es lo que se llama una Causa de Justificación que agotaría el análisis del delito y eximiría de responsabilidad penal y civil al sujeto que se encontrará bajo esta posición a la hora de realizar una conducta típica. Si bien es cierto es una posición razonable, no es, sin embargo, la manera más adecuada de enfocar la naturaleza de las indemnidades, puesto que, el privilegio de la irresponsabilidad es respecto de la inaplicabilidad de la ley penal, y no proyecta ni siquiera llegar al análisis de la antijuridicidad, y bajo este enfoque de la Causa de Justificación, la acción típica sería un problema de imputación posterior y “ratio personae”, ya que la irresponsabilidad no deriva del ejercicio de un derecho en la función parlamentaria, sino que se trata de un presupuesto de protección imperiosamente antepuesto al cumplimiento de ella, siendo más que un derecho un deber irrenunciable del Diputado, pues no lo protege a este sino a su representación.

Respecto de la extensión que menciona el Lic. Esquivel de la Causa de justificación, a los eventuales partícipes del ilícito, excede todo límite de entendimiento racional y deslegitima cualquier fundamento de carácter funcional que se haya querido argumentar a favor de la irresponsabilidad parlamentaria, ya que una característica intrínseca de toda inmunidad debe necesariamente ser la representación que recae en forma “función persona” de la figura o el cargo (no la

⁴⁸ Esquivel Salas Hernán. (1990). “La Inmunidad Parlamentaria” Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. 2 (2): Marzo.

persona propiamente dicha) en razón de la función del legislador, quien no gozaría del privilegio, si no fuera por motivos de interés público. Imposible entonces, beneficiar a un partícipe, de una irresponsabilidad que obedece a un funcionario en su carácter de tal, no siendo éste tercer acreedor de un privilegio que sólo la Constitución puede otorgar y no así, una simple teoría de accesoriedad limitada, que avalarla sería fomentar una inmunidad disfrazada para conseguir una evidente impunidad.

Otros consideran que se está frente a una “Causa Personal de Exclusión de la Pena” (acá la acción es típica, antijurídica y culpable pero de imposible castigo), es el caso de Jescheck y de Bustos Ramírez, establecen que por razón de la categoría de ciertas personas (en este caso los parlamentarios), el derecho los sustrae del poder punitivo, respecto de cualquier manifestación realizada en el ejercicio de la función legislativa y bajo ciertos límites. Al respecto, manifiesta el profesor alemán:

*“... la indemnidad es desde el punto de vista penal una causa personal de exclusión de la pena. Esto tiene como consecuencia que pueda ser castigado el no diputado que participe en el hecho cometido por un diputado (sic).”*⁴⁹

En este mismo sentido, EL Dr. Bacigalupo Zapater no se decide por ninguna posición en concreto, pero se identifica más con esta posición de la Causa Personal de Exclusión de la Pena, de tal forma que ubica su análisis dentro de la validez personal de la ley penal y no así en el análisis de la antijuridicidad.

⁴⁹ Jescheck Hans, Heinrich. Óp. Cit, pág. 248.

Lo más criticable de la posición anterior es esa “tipificación personal” de la exclusión, pues el verdadero fundamento de las inmunidades reside en la funcionalidad y el carácter de representación del Diputado, jamás en su persona. Por otro lado, es reprochable que lo que se excluya sea la pena, ya que el análisis ni siquiera debe llegar en el momento de la antijuridicidad y mucho menos considerar la acción típica, antijurídica, culpable y después excluir el castigo (puesto que da cabida a una eventual responsabilidad civil, que sería, a la vez, improcedente con la Indemnidad y contradictoria con la naturaleza que pretende explicarse). Se trata por el contrario, trata de una inaplicabilidad de la ley penal por razones de interés público y no personales, sin que el afirmar esto implique la falta de reconocimiento de que la función recae en la persona. De igual forma, hay que tener cuidado, pues dicha exclusión “personal” de la indemnidad se presta para malas interpretaciones jurídicas, y ya suficiente hay con la inadecuada utilización práctica de las mismas para permitir confusiones a nivel teórico.

Para Lic. Esquivel Salas esta posición no podría mantenerse en nuestro ordenamiento, porque automáticamente conllevaría a la responsabilidad civil, pues la acción es contraria a derecho y es ajustable esa responsabilidad cuando la conducta es típica y antijurídica, expresa que: “... *el adoptar este criterio implicaría que aunque no se pena al diputado, subsistiría la responsabilidad civil, al estarse ante una acción antijurídica de su parte (sea contraria a derecho), lo que no es conforme con la finalidad misma por la que se estableció la irresponsabilidad, y contrario a lo establecido sobre ésta en la Constitución Política.*” Razón que parece atinada, pues como se mencionó, la exclusión no debe referirse a la pena, sino que esa exclusión debe ser respecto de la aplicabilidad de la ley penal. Al respecto también ha manifestado Rodríguez Devesa: “...*las causas de exclusión*

*de la pena dejan intactas las restantes características del delito. Subsiste en todas ellas, por consiguiente... la responsabilidad civil dimanante del acto realizado.”*⁵⁰

Nuestro Código Penal contempla, en su Sección IV, la aplicación de la ley penal en forma obligatoria a las personas y también sus excepciones. Dice el artículo 16 inciso 2: *“La aplicación de la ley penal es obligatoria para todos los habitantes, con excepción de: ...los funcionarios públicos que conforme a la Constitución Política gocen de inmunidad.”* Al respecto, es rescatable la exclusión de la aplicabilidad de la ley penal, pero al mismo tiempo es criticable, que se haga en razón de la “persona”, cuando en realidad se trata de un privilegio que obedece al ejercicio de un cargo de representación, que si bien se manifiesta a través de las personas, se presta para malas interpretaciones, como ya se ha sostenido líneas atrás, y fomenta la indiscrecionalidad de éstas, valiéndose de una funcionalidad traslapada a un al ámbito personal de un instituto jurídico, cuyo fundamento se supone reside sólomente en ese correcto cumplimiento de un deber de representación de la función parlamentaria. Esa mala costumbre de no llamar las cosas por su verdadero nombre, puede traer como consecuencia incorrectas elucidaciones que terminan por parecer ciertas.

La propuesta de la presente investigación respecto del tema de la naturaleza jurídica de la Irresponsabilidad Parlamentaria, se inclina por la combinación de elementos positivos que se dan en las dos teorías principales (Causa Personal de exclusión de la Pena y la de Causa de Justificación por el Ejercicio de un Derecho). Para el supuesto de la Causa Personal de Exclusión de la pena, es criticable, como se mencionó anteriormente el hecho de que sea “personal” y no funcional, así como que se excluya solamente la pena (porque da cabida a la responsabilidad civil que es incompatible con la misma naturaleza en

⁵⁰ Rodríguez Devesa Jose María. Óp. Cit, pág. 626.

cuestión), por el contrario debe excluirse la aplicabilidad de la ley Penal desde el comienzo. Por el lado de la Causa de Justificación por el Ejercicio de un Derecho, es reprochable que la naturaleza resida en el análisis de la antijuridicidad, cuando ni siquiera debe discutirse ese elemento si se utilizara la inaplicabilidad de la ley penal y, por otra parte, se sustenta la indemnidad en el ejercicio de un derecho, cuando más bien, se trata del cumplimiento de un deber de adecuada representación, que tampoco abarcaría el numeral 25 del Código penal, pues seguiría dentro del estadio del análisis de la antijuridicidad, no siendo ésta la intención. Un deber de legislar “sin pelos en la lengua”, un deber de deliberar sin temor a represalias por lo dicho, un deber de denuncia, un deber de ser la voz del pueblo. Un derecho es facultativo, pero si lo que verdaderamente protege la Indemnidad es a los representados, debe entenderse su arraigo en una obligación más que una discrecionalidad por parte del Diputado y para ello, se requiere como corolario la máxima libertad de expresión.

Por lo tanto se propone la siguiente hipótesis para explicar la naturaleza jurídica de la irresponsabilidad parlamentaria. Se trata de una “Causa de Inaplicabilidad de la ley por el cumplimiento de un deber”, consiste en utilizar la inaplicabilidad de ley que otorga el artículo 16 del Código penal, pero en razón del cumplimiento de una función de interés público: la representación, que lejos de ser el ejercicio de un derecho, se trata más bien del cumplimiento de un deber parlamentario, que se ubica así mismo en el artículo 25 del mismo cuerpo legal. Utilizando la inaplicabilidad de la ley y el cumplimiento de un deber por razones oficiales, no personales, para dejar claro de que las inmunidades no son para los funcionarios sino para los ciudadanos a los que encarnan. Lo anterior proporciona una representación adecuada por parte del Diputado para poder manifestarse libremente sin temor a reparaciones legales y al mismo tiempo abarca solamente a éste por motivo de su función, quedando desprotegido cualquier tercero o partícipe carente de la inmunidad y aquellas manifestaciones realizadas fuera del amparo

de la función. Respecto del derecho de acceso a la justicia por parte de un eventual afectado, se hablará seguidamente con el tema de los límites de la Irresponsabilidad Parlamentaria.

ii. Naturaleza Jurídica de la Inviolabilidad Parlamentaria

Para el caso de la Inviolabilidad Parlamentaria, la naturaleza jurídica hace referencia a las condiciones de procedibilidad propias de toda teoría de la acción penal. Pueden entenderse esas condiciones de procedibilidad como la esfera de elementos que condicionan la concreta promoción o continuidad de la acción. Para el asunto particular de los Diputados, a los que pretende entablarse una investigación judicial, existe en razón de la función que representa el sujeto activo, una restricción a la condición de procedibilidad de la acción, en cuanto a su misma promoción. Para Jescheck se trata de un “*obstáculo Procesal*” y para el Dr. Bacigalupo se está frente a “...*un impedimento procesal que impide al Diputado ser procesado sin previa autorización de la Cámara respectiva.*”⁵¹

Ya que para poder iniciar un proceso y juzgar a un Diputado se requiere necesariamente realizar un desafuero de esa improcedibilidad penal, es importante que se diferencie el fuero del Diputado para no ser detenido y el fuero para no ser juzgado. El primero se encuentra regulado en el artículo 110 Constitucional y el segundo, en el numeral, 120, inciso 9, del mismo cuerpo legal.⁵²

⁵¹ Bacigalupo Zapater Enrique. Óp. Cit., pág. 63.

⁵² Al respecto, se ha pronunciado Hernández Valle Rubén. Óp. Cit., pág. 44.

Por lo tanto, para la inviolabilidad parlamentaria es un presupuesto procesal de carácter impeditivo, de una condición de procedibilidad, la naturaleza jurídica responde en razón de una condición de improcedibilidad penal, en función de la categoría legislativa, y como consecuencia el necesario desafuero para levantar la inmunidad. Tema al que se hará referencia más adelante.

3. Límites y Características

a) Características de las Inmunidades Parlamentarias

El instituto bajo estudio posee una serie de elementos característicos que se resumen en: funcionalidad, temporalidad y desigualdad. Se detallan a continuación.

Funcionalidad: La inmunidad debe poseer la característica de privilegio funcional (en condiciones ideales así debería ser), porque obedece a razones superiores derivadas del cargo de representatividad propia de un Diputado. Lejos de ser un instrumento personal, la inmunidad se obliga responder a las necesidades de la función legislativa. Podría decirse que es un poder “despersonalizado” propio del cargo y no de su detentador. Aquí, es importante recordar que la función legislativa no se limita a hacer leyes, va mucho más allá, significa representación, denuncia, transparencia, honestidad, madurez política, significa la voz del pueblo costarricense.

En la práctica, esa característica de funcionalidad ha perdido toda credibilidad, en el tanto se ha visto socavada por constantes abusos de carácter personal, deslegitimando su finalidad misma: la satisfacción del interés público. Al respecto, manifiestan los licenciados Alvarado y Calvo, en su Tesis de Graduación, lo siguiente:

*“ Y es que , por no existir un verdadero compromiso con la causa nacional y con el país, muchos diputados no son estudiosos de los problemas nacionales, ni tienen sensibilidad social, ni mucho menos ánimo de sacrificio y entrega a favor de los intereses públicos, sino que llegan al parlamento muchas veces para usufructuar de sus beneficios como las inmunidades parlamentarias.”*⁵³

Se ha olvidado que el Diputado es, ante todo, un servidor público y como tal, debe ser consciente de que no debe sobreponer en sus actos algún interés que sea siquiera pasajero, preferencial o diferente del interés de la comunidad que representa. He ahí la esencia de la funcionalidad necesaria en toda Inmunidad Parlamentaria, una funcionalidad que como característica en la práctica, pocas veces “funciona”.

Temporalidad: la inmunidad es una prerrogativa que por ser funcional, deriva, consecuentemente, en temporal; ya que todo cargo público posee una vigencia determinada. Al ser la inmunidad propia del mandato de Diputado, su temporalidad dependerá de la elección del mismo y, por lo tanto, de su finalización. Muchos llaman a la inmunidad como “excepción temporal” a la ley. La Constitución establece que la inmunidad nace desde la declaración de elección y transcurre hasta la terminación legal del período. De este modo, habiendo desaparecido la vigencia temporal de la función, desaparece, conjuntamente, la inmunidad. Señala Hugo Alfonso Muñoz, así mismo:

“La constitución de Costa Rica establece que el diputado, desde que es electo hasta que termine su período legal, no podrá ser privado de sus

⁵³ Alvarado, C. y Calvo, J.L. Óp. Cit., pág. 223.

*libertades por motivo penal sino cuando previamente haya sido suspendido por la Asamblea... la Constitución es clara al afirmar que desde su elección hasta el vencimiento del periodo legal está cubierto de inmunidad.”*⁵⁴

Sin embargo, como a toda regla hay una excepción, en el caso concreto de la Irresponsabilidad Parlamentaria, esta temporalidad se ve disminuida respecto del efecto definitivo que pudiere derivar de ella. Se sostiene que tal protección tiene, a su vez, las subcaracterísticas de ser absoluta y perpetua, por lo tanto, irrenunciable, lo que quiere decir que el Diputado escapa de toda responsabilidad penal y civil aun después de expirado su cargo, jamás pudiendo ser reconvenido por las manifestaciones que hubiere hecho durante su mandato. Efecto que no aplica para el caso de la inviolabilidad, ya que en este supuesto la temporalidad produce tan sólo la suspensión momentánea de cualquier acción de la justicia. Al respecto dice el Dr. Hernández Valle:

*“... la exención de justicialidad penal o civil termina cuando finaliza el período constitucional para el que ha sido elegido el Diputado... De manera que cualquier asunto penal que se haya suspendido durante el mandato legislativo de un Diputado, puede reiniciarse apenas éste deje de serlo.”*⁵⁵

Suspensión que, en muchas oportunidades, ha sido manipulada por funcionarios que son reelectos en puestos públicos, en los cuales, a su vez, gozan de prerrogativas de inmunidad, dejando, entonces, pasar un largo tiempo cubiertos por éstas (creando de facto y costumbre una especie de efecto definitivo que deriva en impunidad). En el caso de cometer algún ilícito, el problema sería en cuanto a la prescripción de la acción, al respecto hay una gran omisión en

⁵⁴ Muñoz Hugo Alfonso. Óp. Cit., pág. 69.

⁵⁵ Hernández Valle Rubén. Óp. Cit., pág. 42.

nuestro ordenamiento⁵⁶ y en esa supuesta inmediatez que debe existir en la prueba, inconvenientes que serán analizados más adelante. Esa posibilidad de continuar gozando de inmunidad frente a la comisión de un ilícito, resulta una notoria denegación de justicia.

Desigualdad: la inmunidad es un indiscutible quebrantamiento del Principio de Igualdad. Por más razones que se aleguen a su favor, la prerrogativa legislativa es un privilegio que provoca discrepancia de derechos a favor del pueblo y de quienes son sus representantes, por paradójico que suene el hecho de que la representación recae en el pueblo. Respecto de ello, afirma Hugo Alfonso Muñoz:

*“Cabe advertir que estas inmunidades constituyen verdaderas derogaciones al principio de igualdad de los ciudadanos frente a la ley y frente a la justicia. Su justificación reside en el hecho de que la actividad parlamentaria debe ser libre. Esta justificación es valedera, aunque no niega la existencia de esa desigualdad.”*⁵⁷

De igual manera, se les ha llegado a llamar “Privilegios Excepcionales y Exorbitantes”⁵⁸ alegado esa “desigualdad” a favor de todos, aunque en la práctica sea disfrutada por muy pocos. Muchas Constituciones han establecido inmunidades, que obedecen a razones de derecho público interno, en virtud (o defecto) de la protección de la función de representatividad. Refiriéndose al tema ha citado Darío Marín Vanegas, en su libro La Inmunidad Parlamentaria en Colombia:

⁵⁶ El Dr. Hernández Valle afirma que lo lógico en estos casos sería establecer en forma automática con el nombramiento a Diputado, la suspensión de toda acción penal.

⁵⁷ Muñoz Hugo Alfonso. Óp. Cit., pág. 64.

⁵⁸ Esquivel Salas Hernán. Óp. Cit., pág. 33, manifiesta: “Las inmunidades son consideradas como privilegios excepcionales y exorbitantes, porque pueden lesionar el principio de igualdad ante la ley”.

“La inmunidad no debe entorpecer la acción de la Justicia. ¿Y qué es más justo que la misma igualdad de un representante del pueblo respecto de ese pueblo al que representa?”⁵⁹

Por más que se alegue que esa diferencia es en función de un cargo de interés público, sigue siendo una distinción en el tanto no está equiparando una situación de desequilibrio. Desigualdad que si es necesaria para ciertos casos, resulta excesiva en otros, a esta característica hay que tener mucho cuidado en el tema de los límites y extensiones, pues al malversarse un privilegio que per se causa discrepancia, lo que se logra es el efecto contrario: reforzar esa distinción a favor de los parlamentarios y no del pueblo.

b) Límites de las Inmunidades Parlamentarias

En cuanto a los límites de las Inmunidades Parlamentarias, deben entenderse como los puntos máximos a los que el ordenamiento les permite llegar a los que detentan el cargo de Diputados, todo lo que pase de esa frontera deja de ser comprendido por la inmunidad. Así como la Inmunidad Parlamentaria se bifurca en dos acepciones, de igual forma cada extensión posee sus propios límites.

i. Irresponsabilidad Parlamentaria

En el caso de las Irresponsabilidades Parlamentarias, el límite por estudiar debe entenderse como el alcance máximo que podría procurársele a una opinión,

⁵⁹ Marín Vanegas Darío. Óp. Cit.,. pág. 15.

a un discurso, a un pronunciamiento, a una resolución, algún informe, interpelaciones, preguntas y a cualquier tipo de manifestación (oral o escrita) que pudiese realizar un Diputado dentro del Congreso en el ejercicio de su función legislativa. Su límite, entonces, sería de carácter formal, respecto de aquellas declaraciones que no sean propias de la función parlamentaria, es el caso de manifestaciones privadas o de cualquier tipo de declaración extraoficial.

Existe, así mismo, un límite material respecto de las manifestaciones que emitiera un Diputado dentro de la sede de la Asamblea y, por supuesto, que fuera de ésta. Es el caso de los pasillos o ciertas salas del edificio de la Asamblea. Tan es así que el proyecto de reforma del artículo 110 Constitucional antes mencionado,⁶⁰ tenía como iniciativa extender la inmunidad aun fuera del recinto parlamentario, siempre y cuando se estuviera en presencia del cumplimiento de una función legislativa; ya que la irresponsabilidad parlamentaria, en la actualidad, no cubre al legislador ni siquiera en la totalidad del Inmueble de la Asamblea. Al respecto, manifiesta el Lic. Esquivel Salas:

“Es importante acotar que a pesar de encontrarse dentro de la sede de la Cámara, muchas veces el beneficiario de tal privilegio no es cubierto por el mismo, ya que éste no cubre necesariamente todas las manifestaciones que se realicen dentro de la sede de la Cámara. Si un parlamentario en los pasillos injuria a un compañero, no está cubierto por la inmunidad. Las palabras pronunciadas en los pasillos o en las salas del palacio de las cámaras (aunque se dirijan solo a otros componentes de la

⁶⁰ El Proyecto se presentó en la Sesión Plenaria número 16, del 23 mayo 1994, bajo el expediente número 11889.

*Asamblea) reuniones de partido, etc., tampoco están protegidas por tal prerrogativa.”*⁶¹

La irresponsabilidad tampoco resguarda al Parlamentario en actividades que realizare fuera del recinto oficial, aún y si las efectuara en calidad de tal. Es el caso de giras de cortesía, de entrevistas periodísticas o, en fin, cualquier aseveración en su carácter de particular. Este tema de las manifestaciones de un Diputado como figura pública, suele ser controversial y sus límites pueden resultar hasta cierto grado, difíciles de determinar. La inmunidad de palabra de los Parlamentarios plantea una serie de problemas principalmente cuando se trata de asuntos de prensa, ya que al existir un derecho a divulgar la información y su correlativo de recibirla, las cosas se complican un poco. En este sentido ha manifestado el Constitucionalista nacional Hernández Valle lo siguiente:

*“Se trata, pues, de una exención de responsabilidad civil y penal por las opiniones que emita en el ejercicio de su cargo... por ejemplo las declaraciones que vierta a la prensa sí son susceptibles de generar responsabilidad....”*⁶²

La doctrina nacional, por su parte, ha entendido de que tratándose de Inmunidades Parlamentarias, éstas no abarcan las divulgaciones injuriosas o calumniosas que emitieren los Diputados y que aparezcan en un periódico o medio de comunicación escrito. Siendo también responsable en forma solidaria el director del medio, quien se supone debe omitir (no bastan las comillas) ese tipo

⁶¹ Esquivel Salas Hernán. (1990). “La Inmunidad Parlamentaria.” Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. 2 (2): Marzo.

⁶² Hernández Valle Rubén. Óp. Cit, pág. 40.

de frases en protección del honor de las personas.⁶³ Esta tesis que parece la más adecuada, pues es una manera de reconocer la responsabilidad de terceros que no gocen de Indemnidad. Y como se mencionó en la naturaleza jurídica, no es extensible el privilegio por analogía o teorías de accesoriedad. Sin embargo, hay una excepción a la excepción, y se presenta cuando, las empresas de radio o televisión, transmiten en vivo una sesión parlamentaria o un debate, ya que debe tomarse en cuenta la dificultad de controlar lo que dice el Diputado, cuando ésta coincide con la transmisión en directo, esta es mi posición y la del Lic. Muñoz Quesada, abogando en éste supuesto por la irresponsabilidad del director del medio en vista de las circunstancias.

Así mismo, existe un instituto en la práctica llamado “derecho de respuesta o rectificación”⁶⁴ por medio del cual el ciudadano agraviado por alguna frase dicha por un Parlamentario, puede dirigir una carta a la Asamblea Legislativa en son de aclaración de la manifestación hecha por el Congresista. De igual forma, podría el ciudadano ofendido dar respuesta en el mismo medio donde se dio el agravio, siempre y cuando respete las reglas antes señaladas. Al respecto ha exteriorizado el Lic. Fernando Volio en su libro Derecho de Rectificación o de Respuesta lo siguiente:

“La norma de que se trata tiene por finalidad principal la efectiva protección de la honra y la reputación de las personas, frente a injerencias indebidas por ser inexactas o agraviantes, y manifestarse por medio de los

⁶³ Al respecto, ver el Artículo 7 de la Ley de Imprenta y la Resolución de la Sala Constitucional # 2996 de las 15:10 horas, del 6 de octubre de 1992.

⁶⁴ Incorporado a nuestra Legislación por ley # 4534, del 23 de Febrero de 1970. Ver artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

medios de difusión del pensamiento, también llamados medios de comunicación colectiva o de masa.”⁶⁵

Siendo, por lo tanto, el derecho de respuesta subjetivo, general y absoluto, siempre que se den los presupuestos de información inexacta o agravante, y cuya legitimación activa solamente es aplicable a las personas físicas, con exclusión de las jurídicas. Básicamente, el derecho de rectificación se traduce en condiciones como: la indivisibilidad de la respuesta, lugar de inserción y sus caracteres, gratuidad y rapidez respecto del medio donde fue publicada la agravante.⁶⁶ Este derecho es una posibilidad de defensa de los ciudadanos respecto de las emisiones ofensivas que pudiere, eventualmente, resguardar la condición de irresponsabilidad parlamentaria y permitir, de alguna forma, el alcance tanto del precepto legal de la adecuada representación, deber del Diputado y para el cual se le atribuye la Indemnidad y, a la vez, la posibilidad de defenderse en caso de verse afectado por una manifestación inexacta o agravante.

Otro límite importante a la Irresponsabilidad Parlamentaria, es aquél que habla de las correcciones disciplinarias y diferentes sanciones contempladas en el Reglamento de orden, discusión y disciplina de la Asamblea Legislativa, para evitar abusos en los contenidos de las manifestaciones y las conductas reprochables o cualquier tipo de exceso verbal, que puedan llegar a dar en el seno del Congreso.⁶⁷

⁶⁵ Volio Jiménez Fernando. Óp. Cit., pág. 7.

⁶⁶ Ídem.

⁶⁷ Se puede apreciar en el artículo 10, inciso 10, del Reglamento de Orden, discusión y disciplina de la Asamblea Legislativa.

ii. Inviolabilidad Parlamentaria

La Inviolabilidad Parlamentaria, en materia civil, posee tres límites. Dos formales y uno material. Dentro de los formales están: la posibilidad de la Asamblea de autorizar el arresto corporal de un Diputado y también el consentimiento del mismo Diputado para ser arrestado. Mientras que el límite material resulta de la interpretación de la norma Constitucional artículo 110 a *contrario sensu* – y de manera restrictiva-, lo que abre pie a interpretar que fuera de las sesiones si podría proceders al apremio corporal, aún y sin autorización del Congreso o consentimiento del Parlamentario.⁶⁸

Los aparentes límites de la inviolabilidad parlamentaria tratándose de materia penal, se encuentran en el texto Constitucional, son el caso de flagrante delito y la renuncia del Diputado. El flagrante delito debe entenderse como el hecho delictivo que se descubre cuando se está cometiendo o acaba de cometerse un crimen. Este límite hace mención a la llamada “excepción de arresto” o, en otras palabras, el privilegio que vela por la no privación de libertad corporal del Diputado. La Carta Magna establece que la inmunidad pierde efecto cuando se encuentra al Parlamentario frente a un caso de “in fragancia”; sin embargo, sostiene, posteriormente, que si la Asamblea considera pertinente puede ordenar su libertad. Afirma el Dr. Muñoz Quesada:

“Esta orden de la Asamblea Legislativa exige mayoría absoluta de los presentes para su aprobación, lo que permitiría a una mayoría partidista, en un momento dado, impedir la acción de la justicia cuando el Diputado ha sido sorprendido cometiendo un delito.”⁶⁹

⁶⁸ Este tema ya fue analizado en el tratamiento conceptual de la Inviolabilidad Parlamentaria.

⁶⁹ Muñoz Hugo Alfonso. Óp. Cit., pág. 68.

Esa posibilidad que tiene el Congreso de poner en libertad al Diputado aún y si se encontró “in fraganti”, es una derogatoria tácita al límite antes mencionado. Lo anterior resulta preocupante, puesto que es paradójico avalar constitucionalmente la oportunidad de que una Asamblea Legislativa pueda poner en libertad a uno de sus miembros que fue hallado en plena comisión delictiva, máxime si no se exige por lo menos una mayoría calificada al efecto.⁷⁰ Primero, porque excede la lógica de un cuerpo meramente político, como lo es un Congreso, en la toma de decisiones que son de carácter judicial y, segundo, porque es contradictoria una norma que permite y prohíbe, al mismo tiempo, la misma conducta. Por lo tanto, el límite del flagrante delito, queda en entre dicho, pues en el fondo no lo es tal, sino que dependerá de la voluntad del Congreso y en el peor de los casos, de un partido mayoritario.

Otro supuesto límite a la Inviolabilidad Parlamentaria es la renuncia que pudiere efectuar el Diputado de su inmunidad. Se trata de una renuncia a su libertad corporal para el caso concreto, pero siempre requerirá que la Asamblea realice el levantamiento del fuero para poder ser procesado. Este derecho constitucional, sin embargo debe ser aprobado por la Asamblea en sesión, lo cual sigue siendo un límite parcial, porque al igual que el anterior, al final de cuentas está supeditado a la aceptación del Congreso de nuevo: órgano político y no judicial. Al respecto, manifiesta el Dr. Rubén Hernández Valle:

“... el diputado no puede válidamente renunciar a ese fuero, lo que implica que aún en el caso de que renuncie a su inmunidad de detenciones como lo autoriza el artículo 110 párrafo segundo de la Constitución, en tal

⁷⁰ La mayoría absoluta de los miembros presentes, es aquella en la que consta la mitad, más uno de los votos de los presentes. Una mayoría calificada sería, por el contrario, la presencia de 38 votos mínimo.

hipótesis no podrá ser procesado a menos que la Asamblea le levante su fuero de improcedibilidad penal (sic).”⁷¹

Lo anterior lleva, irremediablemente, al tema del levantamiento del fuero y las diferentes manifestaciones de las Inmunidades Parlamentarias en la práctica costarricense. Contenido que se analizará en las líneas indiferenciadas.

⁷¹ Hernández Valle Rubén. Óp. Cit., pág. 43.

TÍTULO SEGUNDO: INMUNIDADES DIPLOMÁTICAS

Capítulo I: Aproximación al Tema de las Inmunidades Diplomáticas

Sección I: Desarrollo y Fundamento Jurídico

1. Origen y Evolución Histórico Internacional

a) Origen de la Inmunidad Diplomática

El origen exacto de las prerrogativas diplomáticas es incierto, sin embargo, muchos han sostenido que la diplomacia es tan antigua como los pueblos mismos. Desde tiempos remotos, el hombre, como ser social, se vio inmerso en la necesidad de relacionarse con otras poblaciones. Existen pruebas de que en la antigua India, China, Egipto y, posteriormente, en Grecia y Roma, se practicó una forma rudimentaria de diplomacia. Originalmente, los primeros pueblos pensaban que los representantes diplomáticos, eran investidos por una serie de aspectos sagrados y religiosos, que los hacían acreedores de prerrogativas en razón de estos dogmas. Al respecto, ha manifestado el autor Paz y Puente:

“Los Privilegios Diplomáticos son de origen muy remoto. En todos los tiempos los diplomáticos fueron rodeados de respeto y consideración: en la antigüedad estuvo colocado bajo la protección de los dioses.”⁷²

La etapa más básica de las relaciones diplomáticas se caracterizó por su ocasionalidad y desorganización, ya que solían enviarse delegaciones para resolver asuntos que acontecían entre los pueblos, dependiendo del momento y

⁷² Paz y Puente Jaime (1985). Derecho de las Inmunidades Diplomáticas. México. Editorial Trillas, pág. 33.

la situación dada. Es preciso recordar que en esas épocas (desde la antigüedad hasta el siglo XV), la geografía y la falta de medios de transporte dificultaban, en gran medida, la comunicación entre poblaciones, razones que aumentaron todavía más la singularidad de encontrarse con delegaciones diplomáticas. Y es, quizá, por ello, como se mencionó líneas atrás, los representantes eran vistos como negociadores y mensajeros sagrados que poseían una protección de índole sacramental, casi divina. Al respecto, manifiesta el Dr. Escobar:

*“Conviene hacer notar que desde los más remotos tiempos de la historia, los Estados a pesar de lo atrasado que se encontraban en el camino de la civilización y la Justicia, rodearon a sus enviados Diplomáticos de respeto y consideración, y algunos los consideraban poseedores de un carácter sagrado.”*⁷³

A la postre del siglo XV, aparecen aspectos de permanencia en las misiones diplomáticas y, con ello, la propagación de ideas entre pueblos de la necesidad de formar representaciones internacionales con reglas fijas que se encargaran de mantener las relaciones entre los diferentes Estados. Manifiestan Dumani y Guardia en este sentido:

“Es en la ciudad de Venecia la que se adjudica el título de cuna de la diplomacia permanente, y ello se debió principalmente al desarrollo comercial que hubo en esa época. Esta práctica de enviar representantes

⁷³ Pedro Escobar Sequeira (1960). Privilegios e Inmunidades Diplomáticas. Tesis de Graduación para optar por el grado de Doctor en Derecho. León, Nicaragua: Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua. Pág. 36.

*permanentes, se extiende por todo Italia y, posteriormente, al resto de Europa.”*⁷⁴

Con el desarrollo de la permanencia como característica de las misiones diplomáticas, devienen una serie de aspectos como la profesionalidad de los representantes, y la necesidad de regulación internacional precisa que lograra determinar con exactitud, los límites y funciones. Durante este período se veía al diplomático como si fuera el propio soberano, representado en su persona. Sin embargo, en múltiples ocasiones, se les vinculó con actividades negativas como el espionaje y las tácticas de averiguación, especialmente en tiempos de guerras. A pesar de esa permanencia, no puede hablarse de diplomacia propiamente, por la falta de regulación del instituto en la época.

No es sino hasta más o menos 1815 cuando se empiezan a realizar los primeros intentos de codificación de la materia de privilegios diplomáticos, con la Convención de Viena de 1815 y su evolución posterior hasta llegar a la Convención de Viena de 1961, donde logran establecerse parámetros internacionales de regulación en la materia de las prerrogativas diplomáticas. Y de allí surgen nuevas formas de diplomacia.⁷⁵

Hoy en día, existen múltiples institutos jurídicos internacionales que regulan a los privilegios e Inmunidades Diplomáticas, siendo toda una carrera profesional amparada en normas, costumbres y cortesía internacional a lo largo de la mayoría de los países del mundo, incluyendo a Costa Rica. Esa codificación de las prerrogativas diplomáticas necesariamente debe basarse en razones jurídicas de

⁷⁴ Dumani, C y Guardia M. (1990). Las Inmunidades Diplomáticas. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica, pág. 9.

⁷⁵ Por ejemplo Diplomacia Parlamentaria, la Paradiplomacia y la Diplomacia de Órganos centrales.

peso para poder existir acorde con derecho y a las necesidades de la sociedad internacional, a ello se le llama fundamento jurídico, estudio que sigue a continuación.

2. Fundamento Jurídico

El fuero diplomático se ha asentado desde tiempos inmemorables, sus razones han variado a través de los años, pero la necesidad de codificación, inevitablemente, ha llevado a justificar los mecanismos que otorgan privilegios y eximen de la aplicación de las leyes a ciertos individuos por su carácter de diplomáticos. Se argumenta que esa serie de prerrogativas son con el único fin de conservar las relaciones internacionales entre los diferentes Estados y que, para ello, se instituyen privilegios recíprocos a los representantes de cada país para facilitar y proteger el ejercicio de sus funciones. Tres son las teorías que suelen utilizarse para cimentar a las Inmunidades Diplomáticas desde una perspectiva jurídica.

a) Teoría de la Representatividad

La primera de ellas es la Teoría de la Representatividad. Es la más antigua, fue desarrollada en el tiempo de las Monarquías Absolutas y aplicada hasta poco más de la Edad Media, argumentaba que el diplomático era un representante personal del monarca, consagrando éste al rey en su persona y, por lo tanto acreedor de un tratamiento especial, dado el respeto que se debía al Soberano mismo. Decía Cahier:

“... las relaciones internacionales se consideraban como relaciones personales entre los príncipes y reyes.”⁷⁶

Sin embargo, esta conjetura es abandonada, cuando sobreviene el cambio político de ideas liberales y democráticas, ya que no podría, en la actualidad, fundamentar los privilegios en razón de su representado (porque ni siquiera el pueblo, que es el que representa el diplomático, goza de las inmunidades que sí disfruta él). Además, con esta teoría sería imposible sostener el fundamento de la extensión de las Inmunidades Diplomáticas a la familia del representante.

b) Teoría de la Extraterritorialidad

La segunda hipótesis utilizada como fundamento jurídico, fue la Teoría de la Extraterritorialidad.⁷⁷ Abarcó desde el siglo XVII al XX, y establecía una ficción legal en la cual, los órganos de la misión diplomática, a pesar de estar físicamente en otro Estado, nunca abandonaban el territorio de su propio país, siendo la sede diplomática por ejemplo, considerada dominio del Estado acreditante. Así mismo, cualquier acto contrario a derecho quedaría exento de la ley del Estado receptor. Esta teoría ha sido fuertemente criticada, porque en la práctica, puede presentar serios problemas en torno a la extensión del fuero diplomático. Al respecto, manifiestan Dumani y Guardia:

“Otro problema que vemos a la teoría de la extraterritorialidad es en cuanto a la concesión ilimitada de inmunidades y privilegios diplomáticos.

⁷⁶ Citado por Rojas Sáenz Orlando. (1985). Régimen Jurídico de las Misiones Diplomáticas. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica, pág. 91.

⁷⁷ Uno de los mayores defensores de la Teoría de la Extraterritorialidad, Erice y O Shea José Sebastián. (1954) Derecho Diplomático. Madrid, España. Institutos de Estudios Políticos. Tomo I, págs. 11 – 14.

No delimita en qué consiste el fundamento jurídico de esa inmunidad, supone y crea ficciones, pero no se basa en realidades.”⁷⁸

A pesar de las fuertes críticas recibidas, la extraterritorialidad como ficción jurídica fue la manera más fácil y duradera de fundamentar los privilegios otorgados a los representantes diplomáticos y, ciertamente, todavía se encuentran resabios de costumbres en la práctica internacional de algunos países. Es el caso de la inviolabilidad de inmuebles (local diplomático y la misma residencia del jefe de la misión).

Esta teoría es cuestionada, en la actualidad, ya que se presume imposible sustentar un instituto jurídico que otorga privilegios y crea desigualdades, basadas en una ficción bastante cuestionable que atine más a lo geográfico que a lo legal, que en el caso hipotético de ser viable, de igual manera no es capaz de respaldar ninguna prerrogativa, aduciendo las leyes del país acreditante, pues la ciudadanía, en general, seguiría careciendo del goce de dichos privilegios. Así mismo, la crítica a ésta teoría se amplía al resultar insuficiente para explicar la Inmunidad de Jurisdicción civil en ciertas legislaciones modernas que permiten incoar demandas contra personas nacionales que radiquen en el extranjero.

c) Teoría de la Funcionalidad

La tercera teoría es la Funcional, fundamenta las Inmunidades Diplomáticas en el interés de las partes de la relación internacional, ya que ambas necesitan de una serie de ventajas para desenvolverse libremente en el adecuado cumplimiento

⁷⁸ Dumani, C y Guardia M. Óp. Cit., pág. 52.

de sus funciones.⁷⁹ Prerrogativas como la libertad, la seguridad; pero, sobre todo, la independencia del agente Diplomático respecto del Estado receptor.

A pesar de ser la teoría que otorga razones más lógicas para cimentar las Inmunidades Diplomáticas, quedan por fuera una serie de privilegios sin fundar, ya que no logra justificar ventajas nacidas por las prácticas de costumbre y cortesía internacional,⁸⁰ así como aquellas que exceden el ámbito meramente funcional de la diplomacia, cabe recordar que no es lo mismo una inmunidad que una cortesía internacional. Sin embargo, con todas y sus críticas, es la teoría utilizada como base de la mayoría de instrumentos internacionales de la actualidad, incluyendo la Convención de Viena de 1961.

En resumen, ninguna de las tres teorías es capaz de sustentar por completo los privilegios e inmunidades de los Diplomáticos, se trata de aproximaciones parciales. La primera porque fundamenta el instituto de las prerrogativas, en los Regímenes Monárquicos de antaño que explicaban todo derecho o carencia de éste en el carácter cuasidivino del Soberano, análisis que hoy en día priva de toda racionalidad. La segunda, porque explica más geográfica que legalmente un privilegio, que de manera paradójica no disfruta la ciudadanía en el territorio al que hace referencia. Y, la última, aunque es la más sostenible deja de ser válida en aquellas inmunidades y privilegios que muy lejos están de ser funcionales, dicho sea de paso, son la mayoría.

⁷⁹ Su principal exponente fue suizo Emerich de Vattel, ver Paz y Puente, Jaime Óp. Cit., págs. 58 -59.

⁸⁰ Pérez de Cuéllar Javier. (1997). Manual de Derecho Diplomático. México. Primera Edición Fondo de Cultura Económica, pág. 70.

3. Desarrollo Normativo Nacional e Internacional

a) Desarrollo Internacional

El desarrollo de los instrumentos legales en el ámbito Internacional relativos a los privilegios diplomáticos, aparecen alrededor de 1928, siendo la primera referencia normativa el Convenio de la Habana sobre Funcionarios Diplomáticos. A pesar de su seriedad y ambiciosas expectativas, no pasó de ser un tratado regional a nivel de Latinoamérica. Sin embargo, sirvió de base importante para la elaboración posterior de la Convención de Viena de 1961. Este convenio se caracterizó por ser tajante en no admitir excepción a la Inmunidad de Jurisdicción civil y penal, salvo que el representante renunciara a la misma y esa renuncia fuera autorizada por el gobierno acreditante.⁸¹

Posteriormente, surgió la Resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre Inmunidades Diplomáticas de 1929,⁸² tuvo lugar en Nueva York. Intentó dar un carácter funcional a las Inmunidades Diplomáticas, al jefe de la misión y su personal representativo por medio de: la inviolabilidad personal, inviolabilidad del edificio de la delegación, exención de impuestos y la Inmunidad de Jurisdicción. Modificó el Reglamento de Cambridge de 1895.

Seguidamente, en 1932, la Universidad de Harvard y su Escuela de Derecho, realizan un Proyecto sobre las Inmunidades Diplomáticas.⁸³ Básicamente, no establecieron la diferencia entre inmunidad y privilegio, pero fundamentó la utilización y respeto recíproco de éstos, basándose en la necesaria funcionalidad para mantener las relaciones internacionales. Ayudó a crear

⁸¹ Ver artículo 19 del Convenio de la Habana sobre funcionarios diplomáticos de 1928.

⁸² Ver Resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre Inmunidades Diplomáticas de 1929.

⁸³ Harvard Law School. Convention of Diplomatic Privileges and Immunities.

conceptos y delimitarlos, nociones que, posteriormente fueron adaptadas a la Convención de Viena de 1961. Algunas prerrogativas eran exención de impuestos y gravámenes aduanales, Inmunidad de Jurisdicción e Inmunidad Administrativa, salvo el caso de renuncia del Estado acreditante.

Así mismo, existen otros Convenios y Resoluciones de menor trascendencia, pero que, de igual manera, contribuyeron con el desarrollo de las Inmunidades Diplomáticas. Entre ellos se encuentran:⁸⁴ el Proyecto de Bluntschli de 1868, el Proyecto de Fiore, de 1890; el Proyecto de Pessoa, de 1911; el Proyecto del Instituto Americano de Derecho Internacional de 1925; el Proyecto de Strupp de 1926; el Proyecto de la Sección Japonesa de la Asociación de Derecho Internacional de 1926 y la Resolución del Instituto de Derecho Internacional de Cambridge de 1895, entre otros.

La Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, suscrita el 18 de abril de 1961, es quizá el instrumento más importante a nivel internacional acerca de las Inmunidades Diplomáticas. En nuestro país fue firmada ad referendum por el Gobierno el 14 de febrero de 1962 y ratificada por la Asamblea Legislativa el 21 de setiembre de ese mismo año. El Poder Ejecutivo la sancionó, sin embargo, hasta dos años después, entrando en vigencia a partir del 9 de diciembre de 1964. En la actualidad, rige los parámetros normativos respecto de las inmunidades y privilegios diplomáticos en Costa Rica. En el presente estudio el análisis posterior de las prerrogativas se fundamentará en esta Convención. A grandes rasgos, la convención consagra los siguientes privilegios e inmunidades:⁸⁵

- Exención de impuestos y gravámenes de cualquier tipo (personales o reales, nacionales, regionales, municipales, salvo los impuestos indirectos). Así como

⁸⁴ Dumani, C y Guardia M. Óp. Cit, págs. 147 - 152.

⁸⁵ Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961. Ley número 3394.

de los derechos y aranceles que perciba la misión por actos oficiales. La exención incluye disposiciones de seguridad social aún y con sus empleados, siempre y cuando no sean nacionales del país receptor.

- Inviolabilidad de los archivos, documentos y correspondencia oficial de la misión, así como de la valija diplomática. Inviolabilidad de los locales de la misión diplomática, así como de la residencia particular del diplomático y su correspondencia.
- La inviolabilidad personal del Agente Diplomático. No puede ser objeto de detención o arresto ni de ninguna medida de ejecución.
- Inmunidad de Jurisdicción Penal, de Jurisdicción Civil y Administrativa del Estado receptor salvo que el Estado acreditante la renuncie expresamente. Esa inmunidad de jurisdicción del Estado receptor no lo exime de la jurisdicción del Estado acreditante. Incluye la facultad de que el agente diplomático no está obligado a testificar. Sin embargo, si el agente diplomático entabla una acción judicial no puede invocar inmunidad para cualquier reconvencción ligada al principal.

b) Desarrollo Nacional

i. Constitución Política

Por otro lado, en la esfera normativa nacional, se encuentra no solamente el sustento legal internacional de los Convenios y Resoluciones antes mencionados, sino que el fundamento Constitucional de los Privilegios e Inmunidades Diplomáticas se encuentra en los artículos: 7, 8, 19 y 140, en sus incisos 12 y 13 de nuestra Carta Magna. Así mismo, la Ley Orgánica del Ministerio de Relaciones

Exteriores y el Estatuto de Servicio Exterior⁸⁶ abordan ciertos aspectos del tema. Pero, es el Reglamento de Inmunidades y Privilegios Diplomáticos, Consulares y de Organismos Internacionales⁸⁷ el que viene, supuestamente, a detallar la Convención de Viena de 1961 y a regular el instituto de las Inmunidades Diplomáticas en Costa Rica.

Establece nuestra Constitución Política, en su artículo 7, el rango superior a las leyes de los Convenios Internacionales y Tratados Públicos una vez que hayan sido aprobados por la Asamblea Legislativa. Para efectos de nuestro estudio, la Convención de Viena de 1961, por ejemplo, posee autoridad superior a las leyes desde 1964 dándole la Constitución la jerarquía inferior solo de ella, para regir la materia de inmunidades y privilegios diplomáticos.

Posteriormente, establece así mismo nuestra Carta Magna en su numeral siguiente que *“Los estados extranjeros sólo podrán adquirir en el territorio de la República, sobre bases de reciprocidad, los inmuebles necesarios para sede de sus representaciones diplomáticas, sin perjuicio de lo que establezcan los convenios internacionales,”*⁸⁸ asentando las bases de la diplomacia en suelo costarricense bajo condición de reciprocidad.

Existe una excepción Constitucional, que se deduce del artículo 19, éste hace referencia a los extranjeros, y afirma que éstos estarán sometidos a la jurisdicción nacional y a las autoridades de la República. Sin embargo el mismo artículo hace una excusa al continuar diciendo *salvo lo que dispongan los convenios internacionales*. Es el caso que rige a las inmunidades diplomáticas en la

⁸⁶ Ley número 3008, del 16 de julio de 1962 y la Ley 3530, del 5 de agosto de 1965 respectivamente.

⁸⁷ Decreto Ejecutivo N° 15877-RE de 29 de noviembre de 1984.

⁸⁸ Constitución Política de la República de Costa Rica, artículo 8.

Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas,⁸⁹ donde se consagra la Inmunidad de Jurisdicción civil, penal y administrativa de los agentes diplomáticos.

Así mismo, la Constitución continúa en su artículo 140, incisos 12 y 13, atribuyendo la dirección de las relaciones internacionales y el recibimiento de los diplomáticos al Presidente de la República y en este caso al Ministro de Relaciones Exteriores.

ii. Leyes

Hay dos Leyes que abarcan ciertos aspectos del tema de las inmunidades y privilegios en materia diplomática, son la Ley Orgánica del Ministerio de Relaciones Exteriores y el Estatuto de Servicio Exterior. La primera en sus numerales 1 y 7, consagran la formulación sistematizada de la política exterior y las relaciones Internacionales al Ministerio de Relaciones Internacionales y Culto; así mismo, atribuyen al Director General del Ceremonial Público, la potestad y el deber de conocer lo concerniente a la concesión de privilegios diplomáticos y las exenciones aduanales. Por su parte, el Estatuto intenta resguardar la profesionalidad y eficiencia del servicio exterior costarricense.

iii. Reglamento

Sin embargo, la mayor delegación en el tratamiento de los privilegios diplomáticos en la normativa nacional, se delega en el Reglamento de Inmunidades y Privilegios Diplomáticos, Consulares y de Organismos Internacionales. Dicho cuerpo legal, establece básicamente para nuestro interés:

⁸⁹ Al respecto, ver artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961.

- La concesión, determinación y control de los Privilegios e Inmunidades Diplomáticas en manos del Ministerio de Relaciones Exteriores.
- La determinación de exenciones legales.
- El alcance de la Inmunidad de Jurisdicción.
- Las inviolabilidades personales y de objetos.

El reglamento es criticable, en el tanto son escasos los artículos que tratan de desarrollar la Convención ya existente, se limita, por el contrario, a detallar la importación de mercancías como licores, cigarrillos, vehículos y demás enseres del menaje de casa del extranjero y su exención de impuestos para uso diplomático, lo cual deja un enorme sinsabor a nivel jurídico, pues simplemente da pie a la proliferación de lagunas en el tema que se supone debe reglar, y que no hace. Se limita a detallar privilegios no funcionales de carácter superficial y se olvida de la esencia misma de dichas prerrogativas: la funcionalidad. En realidad, poco tiene este reglamento de inmunidades, pues de los 63 artículos que posee, solamente seis de éstos hacen reseña de ellas y para referir a la Convención que debería estar explicando. El resto de los numerales hablan, en su enorme mayoría, de privilegios desatinados para el desempeño oficial de la “representación” de su Estado, dejando por fuera o volviendo a referir a la Convención de origen el tratamiento de aquellas prerrogativas realmente importantes.

En resumidas cuentas, la normativa aplicable al instituto de las Inmunidades Diplomáticas utilizado en nuestro ordenamiento jurídico se basa en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 y, precariamente, en el Reglamento sobre Inmunidades y Privilegios Diplomáticos. No existe una detallada explicación y, sobre todo, delimitación de dichas prerrogativas a nivel legal; por el contrario, existe un vacío respecto de la aplicación, eficiencia, extensión, límites y

real funcionalidad de estas inmunidades. Poderes que bajo esta perspectiva, indudablemente son un problema que acarrea impunidad. Tema que se tratará en los próximos capítulos de este trabajo.

Sección II: Delimitación del Tema

1. Concepto: Privilegios e Inmunidades Diplomáticas

Los privilegios e Inmunidades Diplomáticas son en condiciones ideales, las ventajas que se les otorgan a ciertos individuos de una misión diplomática, para facilitar el cumplimiento de sus compromisos, consisten en una obligación recíproca que asumen los Estados de no aplicar a los representantes diplomáticos extranjeros su jurisdicción y otorgar una serie de prerrogativas con fines “funcionales”. Lo que se pretende con dichas exenciones es la amplitud de acción en el desempeño de la función diplomática, máxime ejercitándose ésta en un país diferente al acreditante. El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, señala que una inmunidad diplomática es: *“La que gozan los representantes diplomáticos acreditados cerca de un Gobierno, sus familias y demás personal de las embajadas o legaciones que no es súbdito del país en que estas residen.”*

Constituyen prácticas antiquísimas primeramente de pueblos y posteriormente, del derecho Internacional entre Estados, que pretenden por medio de la exención de ciertas reglas y el otorgamiento de una serie de prerrogativas, suministrar en forma adecuada a los representantes de una misión diplomática para que puedan cumplir eficazmente sus funciones. Al respecto, ha manifestado el Dr. Escobar:

“Una razón de peso, por la cual la teoría y práctica de los privilegios e inmunidades se aceptan de manera unánime, por todos los Estados es la de que sería imposible para los funcionarios diplomáticos cumplir a cabalidad las obligaciones a ellos encomendadas ante el Estado receptor, si los privilegios e inmunidades no existieran.”⁹⁰

Se ha declarado mayoritariamente en la doctrina del derecho Internacional, que los privilegios y las inmunidades son diferentes en sus alcances y terminología. Ciertamente, a diferencia del caso de las Inmunidades Parlamentarias, por ejemplo, en materia diplomática, los privilegios y las inmunidades, como expresiones en la aplicación práctica internacional, difieren el uno del otro en su significación, siendo el privilegio el aspecto genérico y la inmunidad la especie; ya que toda inmunidad será, a su vez, un privilegio, pero no todo privilegio será siempre una inmunidad. En este sentido, ha manifestado el Lic. Rojas Sáenz:

“En este orden de ideas, las inmunidades se catalogan como una categoría dentro de los diferentes privilegios... es el privilegio de no estar sujeto al procedimiento ordinario vigente en un país dado.”⁹¹

Los privilegios son definidos por Morton como: *“... el término que caracteriza las ventajas activas acordadas... que son inherentes a esa función, y que permiten la mayor amplitud de acción.”⁹²* Es entonces, las exenciones o ventajas exclusivas que goza un individuo por razón de su condición. Mientras que la inmunidad por su parte la define Jan Osmanczyk como: *“... Inmunidad es el privilegio de no estar sujeto al procedimiento ordinario vigente en un país dado,*

⁹⁰ Escobar Sequeira Pedro. Óp. Cit. , pág. 11.

⁹¹ Rojas Sáenz Orlando. Óp. Cit., pág. 90.

⁹² Morton Citado por Escobar Sequeira Pedro. Óp. Cit., pág. 10.

que se concede a personas físicas y jurídicas en virtud de las correspondientes leyes o reglas admitidas, objeto de Convenciones Internacionales..."⁹³ es tan sólo una forma de privilegio más.

a) Del ámbito de aplicabilidad de las Inmunidades y Privilegios Diplomáticos

Con el afán de delimitar el tema, debe diferenciarse desde ahora, la esfera de aplicabilidad de las inmunidades y privilegios diplomáticos, ya que en teoría suele confundirse su estudio con el "status" consular y con las Organizaciones Internacionales. Así mismo es importante determinar dentro de su ámbito de aplicación a cuáles sujetos van dirigidas estas prerrogativas.

i. Relaciones Consulares

Para el caso de la esfera consular, ha de entenderse que a pesar de que las relaciones diplomáticas y consulares estén unidas por un perfil externo común y presenten ciertas analogías por ser parte de un sistema de relaciones internacionales, basadas en el derecho internacional público de un país dado, se diferencian en tres aspectos básicos: actividad, representación y acreditación. Por otra parte, mientras los órganos diplomáticos realizan declaraciones de voluntad que pasan a ser obligaciones, las actividades consulares surten efectos de derecho interno. Por ello, las relaciones diplomáticas⁹⁴ podría llegar a ser multilaterales, pero las consulares sólo pueden ser bilaterales.

⁹³ Jan Osmanczyck Edmund. (1976). Enciclopedia Mundial de Relaciones Internacionales y Naciones Unidas. Madrid, España. Primera Edición, Fondo de Cultura Económica, pág. 643.

⁹⁴ En este sentido ha de entenderse relación diplomática en forma amplia, abarcando tanto la de carácter bilateral como multilateral.

ii. Relaciones Diplomáticas

En el supuesto de las relaciones diplomáticas, su actividad será de táctica y política internacional entre los Estados, mientras que tratándose de actividad consular, ésta será de carácter más técnico jurídico. Así mismo, la representación de la primera es respecto al Estado propiamente dicho, mientras que la segunda posee una representación técnica de las funciones estatales en el Estado receptor. Por último, la acreditación de las relaciones diplomáticas se basa en una carta credencial y en las relaciones consulares se trata de una carta de patente. La diferencia en la práctica es mucho más latente, razón por la cual sus inmunidades y privilegios son regulados por dos Convenciones diferentes: Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 y la Convención de Viena de 1963 sobre Relaciones Consulares. A nivel normativo nacional, existe a pesar de la diferencia un mismo Reglamento para ambas.

iii. Organismos Internacionales

En el segundo caso de confusión, las inmunidades que protegen a las relaciones diplomáticas son diferentes si se tratan de Organismos Internacionales. La diferencia radica en la acreditación entre estados y la consecuencia bilateral de reciprocidad del Estado acreditante y del Estado receptor en el caso de la relación diplomática en sentido estricto,⁹⁵ ya que para los Organismos Internacionales, los privilegios emanan de consensos de relaciones multilaterales y tienen como fin el

⁹⁵ Debe entenderse que esta relación diplomática en sentido restringido, es aquella cuya reciprocidad es de carácter representativo, recíproco y bilateral entre el estado acreditante y su correlativo, el receptor.

éxito de la Organización, y no tanto de la misión de representación y reciprocidad entre dos Estados determinados. Al respecto, ha dicho el Dr. Escobar:

*“El Organismo Internacional... goza de privilegios no sólo frente al Estado sede, sino frente a los Estados miembros de la Organización... de manera que puede sostenerse sin temor a equivocación alguna, que el interés común de los Estados miembros para el prestigio y éxito de las funciones de la Organización, ha generado la aplicación de los Privilegios e Inmunidades”.*⁹⁶

Dentro de ese ámbito de aplicabilidad de los privilegios e Inmunidades Diplomáticas, hay que diferenciar a sí mismo, los tres grupos de sujetos que pueden verse beneficiados por estas, aunque en grados diferentes. Primeramente, se encuentran los Jefes de la misión diplomática,⁹⁷ categoría dentro de la cual se hallan: los embajadores y nuncios acreditados, le siguen en rango los enviados, ministros o internuncios y, por último, los negociantes ante los Ministerios de Relaciones Exteriores. Seguidamente está el personal administrativo y técnico de la misión diplomática⁹⁸ y por último el personal de servicio y empleados particulares.⁹⁹ Hay que recordar las extensiones del privilegio a los familiares de la misión diplomática, regulado en el artículo 5 del reglamento sobre Inmunidades y Privilegios Diplomáticos, tema que será ampliado, como parte de los límites de las Inmunidades Diplomáticas.

⁹⁶ Escobar Sequeira Pedro. Óp. Cit., pág. 12.

⁹⁷ Al respecto, ver Convención de Viena sobre las Relaciones Diplomáticas de 1961, artículos 14 y 15.

⁹⁸ Ídem. Ellos no figuran en la lista diplomática, gozan de ciertas prerrogativas, pero no tan completas como las del personal diplomático.

⁹⁹ Ídem. Artículo 37. Se les protege en forma muy restringida.

Los privilegios y las inmunidades en materia de diplomacia difieren en género y especie. Por ello, se desarrollará primero los Privilegios, dentro de los cuales se encuentran las diversas formas de inviolabilidad y las diferentes exenciones legales. Posterior a ello, se desarrollarán las inmunidades, dentro de las cuales se encuentran las distintas representaciones de Inmunidad de Jurisdicción (penal, civil y administrativa).

b) Privilegios Diplomáticos

Volviendo a la delimitación conceptual, dentro de los Privilegios diplomáticos se encuentran primeramente las modalidades de inviolabilidad. Existen básicamente dos tipos de *Inviolabilidades Diplomáticas*: la que hace referencia a la esfera personal, y la inviolabilidad de objetos – incluye inmuebles y muebles -. Explicados a continuación.

i. Inviolabilidades Diplomáticas

- **Inviolabilidad Personal**

Corresponde a un tipo de las inviolabilidades diplomáticas como formas de privilegio respecto de ciertos funcionarios, recaen precisamente en el individuo Diplomático y sus extensiones. Muchos sostienen que esta inviolabilidad es el privilegio del que derivan todos los demás, ya que garantiza la libertad básica de acción.¹⁰⁰ Cae propiamente sobre la persona de la Misión. Este privilegio lo consagra la Convención de Viena de 1961, en su artículo 29, el cual dice lo siguiente: *“La persona del agente diplomático es inviolable. No puede ser objeto de ninguna forma de detención o arresto. El Estado receptor le tratará con el*

¹⁰⁰ Rojas Sáenz Orlando. Óp. Cit., pág. 96.

debido respeto y adoptará todas las medidas adecuadas para impedir cualquier atentado contra su persona, su libertad o su dignidad.”

La inviolabilidad personal tiene como objeto sustraer al Agente Diplomático de toda medida coercitiva por parte de las autoridades del Estado huésped, protegiendo el bien jurídico libertad corporal del agente y su familia en el Estado receptor. El ámbito de aplicación del principio de inviolabilidad alcanza al Agente Diplomático, familia, personal administrativo y técnico, siempre que no sean nacionales del estado receptor.¹⁰¹ No comprende al personal de servicio. Es pertinente decir que el Reglamento sobre Inmunidades y Privilegios Diplomáticos no regula en forma expresa la inviolabilidad personal, tan sólo hace referencia a la aplicabilidad obvia de la Convención de Viena de 1961, mecanismo legal al que debería desarrollar y no referir, omisión que resulta imperdonable para un cuerpo legal que debe, ampliar, explicar y delimitar a cabalidad el tema.

- **Inviolabilidad de Objetos**

Dentro de los objetos inviolables se encuentran dos posibles extensiones: los muebles e inmuebles. En los inmuebles se protege la sede diplomática (entendiéndose a ésta como el local de la misión); así mismo, la residencia del agente diplomático y cualquier otro inmueble de uso oficial. Y para el caso de los muebles se resguardan: los documentos oficiales, cualquier tipo de

¹⁰¹ Al respecto, dice el artículo 5 del Reglamento sobre Inmunidades y Privilegios: *Los miembros de la familia de un agente diplomático, que formen parte de su hogar, gozan de las inmunidades y privilegios establecidos en los artículos 29 a 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, siempre que no sean costarricenses. Se entiende que son miembros de la familia del agente diplomático su cónyuge, sus hijos - a cargo de él-, sus padres políticos y parientes cercanos que sean dependientes del agente, que vivan con él permanentemente, y que no se dediquen a actividades particulares con fines lucrativos.*

correspondencia, archivos, valija diplomática y los medios de transporte (oficial y particular del agente). Los anteriores objetos para ser protegidos como privilegios requieren, necesariamente, ser fáciles de identificar por medio de la bandera o escudo del respectivo país acreditante.¹⁰²

El edificio de la misión es considerado por normas del derecho internacional, inviolable para las autoridades del Estado receptor. Igual privilegio se extiende a la residencia particular del jefe de la misión¹⁰³ y cualquier otro inmueble que sea necesario para cumplir las funciones oficiales, este privilegio protege, a su vez, a los demás agentes diplomáticos y personal administrativo. El primero es un privilegio a favor del Estado acreditante (su inviolabilidad es independiente a la persona del jefe de la misión) y el segundo es un privilegio que deriva de la inviolabilidad personal, pero que, de igual forma, recae sobre un objeto inmueble. Al respecto, ha dicho el Dr. Escobar:

*“Llega a tal extremo el privilegio de inviolabilidad, que se ha reconocido que es absolutamente prohibido a las autoridades del Estado acreditario, el penetrar en los edificios de una misión, o en las residencias privadas de los miembros de las mismas, ni aún a pretextos de requerimientos, prevenciones o notificaciones que no implican el ejercicio de jurisdicción alguna.”*¹⁰⁴

Bajo esta perspectiva se denotan resabios de la ficción jurídica de la extraterritorialidad como fundamento de los privilegios diplomáticos. Sin embargo, la Convención de Viena en su artículo 22, inciso 1, establece la inviolabilidad de

¹⁰² Ver artículos 20, 22, 24, 27, 29 y 30 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961.

¹⁰³ Al respecto, ver Resolución sobre Inmunidades Diplomáticas del Instituto de Derecho Internacional. New York, 1929. Artículo 8. Y de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas los artículos 30 inciso 1 y 37 inciso 2.

¹⁰⁴ Escobar Sequeira Pedro. Óp. Cit., pág. 21.

los locales de la misión, y su imposibilidad de penetración por parte de los agentes del estado receptor, si no ha mediado con anterioridad consentimiento del Jefe de la Misión. En ese mismo numeral, se extiende el privilegio al mobiliario y demás bienes situados en el local, los cuales no pueden ser objeto de registro, requisa, embargo o ningún tipo de ejecución. Sus límites se analizarán posteriormente.

El Reglamento sobre Inmunidades y Privilegios dedica un artículo que hace referencia a la Inviolabilidad Diplomática de objetos en general, establece el numeral 39 al respecto, afirma lo siguiente: *“Los locales de las misiones diplomáticas, las oficinas consulares y de organismos internacionales, al igual que sus archivos y enseres, serán inviolables y gozarán de inmunidad contra allanamiento, requisición, confiscación, expropiación y toda clase de forma de intervención, sea de autoridades administrativas, ejecutivas, judiciales o legislativas, salvo en casos de carácter expreso contemplados por las leyes y concesiones internacionales sobre la materia.”*

De igual forma, existen ciertos muebles protegidos por este privilegio. Es considerado inviolable cualquier documento oficial de la misión, archivos y correspondencia oficial¹⁰⁵ y privada¹⁰⁶ (de cualquier índole: correo, electrónica, telefónica...). La inviolabilidad de los papeles y archivos diplomáticos, es de vital importancia, al punto que se ha protegido su transporte por medio del uso de la llamada valija diplomática, medio que hoy en día se utiliza para que los miembros de la misión puedan comunicarse en forma rápida y “segura” con sus gobiernos.¹⁰⁷ La Convención de Viena consagra dicha inviolabilidad en su artículo 22, inciso 3,

¹⁰⁵ Por correspondencia oficial se entiende aquella concerniente a la misión y sus funciones.

¹⁰⁶ Al respecto, ver artículos 24 y 27 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.

¹⁰⁷ Esta medida solía remplazarse en casos de extrema confidencialidad con los llamados “Correos de Gabinete Negro”, forma antiquísima utilizada por la diplomacia, para evitar que se descubrieran ciertas noticias de cabal importancia.

el cual establece que: *“Los locales de la misión, su mobiliario y demás bienes situados en ellos, así como los medios de transporte de la misión, no podrán ser objeto de ningún registro, requisa, embargo o medida de ejecución”.*

Los archivos y documentos de una misión diplomática son “sagrados”, están bajo la protección del “Derecho de Gentes”, su inviolabilidad está estrechamente relacionada con la inviolabilidad de inmuebles, ya que sin ésta última sería muy difícil asegurarlos. La misión diplomática necesita para realizar sus funciones comunicarse frecuentemente, para ello es preciso que el Estado receptor garantice su libertad y seguridad de la comunicación por medio de la inviolabilidad de la correspondencia, esta inviolabilidad abarca no solo el tiempo de su trayecto, sino que también el archivo de los documentos una vez llegados a su destino. Inclusive se da la posibilidad de cifrar los mensajes y trabajar con claves.

La valija diplomática ha sido resguardada en los últimos años y considerada esencial en el desempeño para la comunicación de las misiones diplomáticas. Consiste en aquellos bultos que contienen documentos u objetos de uso oficial, jamás podrá ser retenida. Ésta se traslada por una persona encargada al efecto (que gozará de inviolabilidad personal “ad hoc” solamente por el tiempo que dure su misión), a lo anterior se le denomina “correo diplomático”. Otra manera de comunicarse con la valija diplomática, es confiándola por medio de una carta oficial, dirigida al capitán de una aeronave comercial. Al respecto, han dicho Dumani y Guardia:

“El correo diplomático viene a ser la persona que viaja con el fin de entregar una valija diplomática; por lo tanto, el capitán de una aeronave comercial y que presta servicios a la compañía de navegación aérea, no sería correo diplomático, ya que no viaja con el fin de entregar una valija

*diplomática. En consecuencia el carácter de correo diplomático está reservado únicamente a las personas que viajan con el fin de entregar esta valija.”*¹⁰⁸

Es evidente de que sin la adecuada protección y libertad para comunicarse con cada Gobierno, el funcionario carecería de los medios idóneos para informar en forma pertinente, sobre los asuntos encomendados a su misión. Este privilegio en particular de la inviolabilidad objetiva, es importantísimo para resguardar la confidencialidad que ameritan las relaciones exteriores de los países y evitar la intromisión de “Gabinetes negros”,¹⁰⁹ ya que la comunicación es la base misma de la mantención de las relaciones y negociaciones entre los países y su resguardo es prudente y necesario.

En lo relativo a los medios de transporte, la inviolabilidad es consagrada en el numeral 22, inciso 3, de la Convención de Viena, para lo cual se recomienda utilizar placas diplomáticas en los vehículos oficiales y particulares de los agentes de la misión. El Reglamento sobre Inmunidades y Privilegios Diplomáticos regula el asunto de las placas diplomáticas en su capítulo VII, artículos del 44 al 48. Sus límites serán detallados después.

ii. Exenciones Legales

Bajo esta misma óptica de los Privilegios Diplomáticos se ubican también las *Exenciones Legales*. Las exenciones son las libertades que un individuo goza de eximirse de un cargo u obligación, son también llamadas “Prerrogativas de

¹⁰⁸ Dumani, C y Guardia M. Óp. Cit., pág. 80.

¹⁰⁹ Así se le denomina a los “espías” que mandan los diferentes países a investigar de los negocios que pudieren interesarle a cada Estado.

Cortesía” o “regalías”. Por ello, carecen de reglas fijas y varían en cada país dependiendo del grado de reciprocidad.¹¹⁰

Estos privilegios que disfrutaban los diplomáticos en la mayoría de los casos, no son de índole funcional, sino más bien fiscal o de diversos servicios. Al respecto, ha dicho Escobar:

“Estas prerrogativas... no son indispensables ni para la libertad de acción del Agente Diplomático ni para su prestigio, ya que por costumbre internacional universalmente admitida se les concede, como una cortesía, a lo que no pueden pretender por derecho, pero se les reconoce de hecho.”¹¹¹

Algunas de estas exenciones son las siguientes:

La Convención de Viena establece en sus artículos 23 inciso 1 la exención de todo impuesto o gravamen nacional y municipal sobre los locales de la misión diplomática. Así mismo, exime el pago de impuestos sobre los servicios particulares prestados. Continúa en su numeral 28, otorgando el mismo privilegio respecto de los derechos y aranceles que perciba la misión por actos oficiales. De igual forma la exención de cargas y gravámenes se extiende a la persona del Agente Diplomático en el artículo 34, el cual establece que éste estará libre de pagar cualquier impuesto de carácter nacional, municipal, personal y real (salvo caso de impuestos indirectos, sucesiones y cualquier carga que pudiese nacer de

¹¹⁰ Ver artículo 3 y 13 del Reglamento sobre Inmunidades y Privilegios Diplomáticos.

¹¹¹ Escobar Sequeira Pedro. Op. Cit., pág.59.

la adquisición particular y no en nombre del Estado acreditante de alguna propiedad).¹¹²

La Convención continúa otorgando privilegios en el artículo 36, donde consagra la exención de impuestos y gravámenes aduanales tanto para los objetos destinados en uso oficial como para aquéllos de uso personal de los agentes y su familia. De igual forma, va más allá la Convención al otorgar exención de impuestos salariales al personal de servicio de la Misión que no sean nacionales del Estado receptor.¹¹³ Sin embargo, quizá, la dispensa más interesante es la de seguridad social, contemplada en el artículo 33, la cual establece que el Agente Diplomático está exento de toda carga social del Estado receptor, exención que es aplicable a los criados particulares del agente cuando éstos no sean nacionales del Estado receptor y se encuentren debidamente protegidos por la seguridad social de su país.

Curiosamente, este tema de los Privilegios de exención, si está más que reglado en Costa Rica, ampliándose por mucho las dispensas ya propuestas por la Convención a una serie de Privilegios que no necesariamente coinciden con la tan alegada oficiosidad que los fundamenta. Entre esos privilegios se encuentran: exenciones en impuestos como el de renta, aduanas, salarios, automóviles, impuestos nacionales (excepto el indirecto sobre las ventas), municipales, registrales de traspaso, impuestos de placas y de circulación.¹¹⁴ Y el mismo privilegio de exención sobre la seguridad social del personal de servicio no costarricense.

¹¹² Al respecto, ver Dictamen de la Procuraduría de la República, número 310, del 26 de agosto del 2005.

¹¹³ Ver artículo 37 inciso 3 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.

¹¹⁴ Ver artículos 4, 6, 10, 11, 12, 16, 19, 37, 38, 40, 41, 43, 44 y 59 del reglamento sobre Inmunidades y Privilegios Diplomáticos.

Así mismo, el reglamento termina de llenar sus numerales otorgando otros privilegios que siendo legales, no necesariamente encajan en la categoría de fiscales, sino más bien de regalías de cortesía recíproca. Privilegios como las cuotas de licores y cigarrillos, las atenciones preferentes en las aduanas, la facilidad para importar: materiales de construcción, muebles, escudos de armas y banderas, así como lozas y cristalería. La prioridad de inscripción de bienes en nuestro Registro “Público” -dicho sea de paso-. También, se les otorga, licencias para conducir vehículos libres de todo impuesto y gravamen. Y no puede faltar, la concesión por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores de una póliza de seguridad en caso de accidente de tránsito por aquello de la responsabilidad, por daños materiales y personales.¹¹⁵

Por ser las exenciones “Privilegios de Cortesía” queda de más decir, que no deben tomarse por derechos, que si bien es cierto se reconocen de hecho en nuestro país están mejor reguladas que las mismas inmunidades, son meras regalías de reciprocidad entre los Estados. Y, por lo tanto, no debe estimarse como inherente a su “status” de Diplomático, debe tenerse en cuenta en la práctica esta circunstancia, para evitar que el agente demande con insolencia tales exenciones. A pesar de lo anterior, por los pasillos de la diplomacia se han presentado una serie de incidentes molestos y poco éticos, referentes a estas prerrogativas, y aunque en la mayoría de los casos no trascienden oficialmente más allá de la Sección de Protocolo y Ceremonial, se sabe de una serie de actos indebidos realizados por las misiones diplomáticas.¹¹⁶

De las exenciones legales, solo puede agregarse que, en la mayoría de los casos, sobrepasan cualquier teoría o fundamento jurídico existente, capaz de

¹¹⁵ Ver artículos 11, 20, 44, 45, 59 y 60 del mismo cuerpo legal.

¹¹⁶ Como es el abuso de las regalías en materia de aduanas (caso del contrabando) y el incorrecto comercio de las franquicias o de las mismas placas diplomáticas.

justificar en forma coherente el trato desigual que otorga un cargo de representación a favor de un pueblo que no goza de esos privilegios y que quienes lo hacen, no necesariamente los requieren para cumplir su función. Aunque se trata de meras prerrogativas de “hecho y reciprocidad,”¹¹⁷ con más razón aún, es reprochable que se reglamente en forma más extensa y detallada, (las cuotas para licores y cigarrillos o las diferentes maniobras para poder importar un carro sin pagar impuestos y demás regalías de cortesía que en buena teoría no constituyen derechos), que las mismas instauraciones legales dignas de mayor explicación y delimitación como las Inmunidades de Jurisdicción, siguiente tema de análisis.

c) Inmunidades Diplomáticas

Como se indicó líneas atrás las inmunidades son una categoría dentro de los privilegios. Se trata de aquellas prerrogativas que impiden someter a la jurisdicción ordinaria a ciertos individuos en razón de su cargo, tratándose de inmunidades diplomáticas se identifican tres tipos de Inmunidad de Jurisdicción: administrativa, civil y penal.

La Inmunidad de Jurisdicción consiste básicamente en la inaplicabilidad de la ley del Estado receptor sobre el Agente Diplomático, careciendo de competencia para juzgar los tribunales locales del Estado Receptor, a pesar de que los hechos hubieren acontecido dentro de sus fronteras. Al respecto, manifiesta el Dr. Escobar argumentando su aplicación:

¹¹⁷ Al respecto, sostiene el artículo 13 del Reglamento sobre Inmunidades y Privilegios Diplomáticos: *Cuando la legislación del Estado acreditante concediere un tratamiento menos favorable que el otorgado por la legislación costarricense, se aplicará igual tratamiento que el que se concediere al diplomático costarricense en tal país.*

“Tal inmunidad se justifica por la necesidad que tienen dichos Agentes de una completa independencia de la jurisdicción territorial para poder tratar, con entera libertad y el máximo desembarazo, los asuntos que atañen a sus respectivas misiones.”¹¹⁸

El artículo 31 inciso 1 de la Convención de Viena de 191, consagra las Inmunidades de Jurisdicción, establece: *“El Agente Diplomático gozará de inmunidad de la jurisdicción penal del Estado receptor. Gozará también de inmunidad de su jurisdicción civil y administrativa”* Básicamente, la Inmunidad de Jurisdicción en general encierra a parte de la ya mencionada inaplicabilidad de la ley en el Estado receptor, la facultad del Diplomático de testificar o no en un proceso (jamás podrá ser obligado al efecto) y la imposibilidad de ser constreñido por ninguna medida de ejecución (salvo ciertos casos que serán analizados en el acápite de los límites). Inmunidades que se exponen a continuación.

i. Inmunidad de Jurisdicción Civil

Es aquella que resguarda al diplomático por cualquier tipo de acción civil que se llegare a presentar en su contra, por motivo de sus funciones. Se dice que la inmunidad será absoluta respecto de aquellos actos realizados bajo la oficiosidad de la función. En el supuesto de no estar cubierto por ésta, y acontecido el acto en razón de la particularidad del diplomático, desaparece la inmunidad. Al respecto, establece Paz y Puente:

¹¹⁸ Escobar Sequeira Pedro. Óp. Cit., pág. 47.

*“Esta inmunidad exime al agente por ser condenado por actos dependientes del Derecho Privado, siempre y cuando los actos hayan sido realizador en carácter de su función.”*¹¹⁹

En cuanto a la posibilidad de parte de un afectado civil para acceder a la justicia, existen dos posibles opciones de acuerdo con el Dr. Escobar,¹²⁰ la primera sería accionar ante el país acreditante, y la segunda opción sería que el reclamante accionara ante los tribunales de su país (Estado receptor). Para el primero de los casos, se presupone mayor simplicidad, ya que el agente no habría de gozar de los privilegios que le confiere su inmunidad, pues éste se encuentra en su país (Estado acreditante) y como diría Escobar “... *los privilegios ya no cubren al Diplomático en su propia patria,*” pudiéndose eventualmente procesar y obtener una sentencia positiva que sería ejecutada, posteriormente, por las reglas del “*exequátur*”. Pero que, de igual forma, en la práctica se ven reducidas las posibilidades de incoar un proceso en un país ajeno.

Pero, el asunto se complica mucho más cuando se toma la segunda posibilidad como opción de resarcimiento para el afectado civil, pues en el supuesto que pudiera accionarse ante el mismo país receptor (posibilidad de que resulta imposible si antes no ha mediado una renuncia del Estado acreditante o del mismo Diplomático con la autorización de su país. De igual forma en la práctica se recusa al Diplomático para que éste sea removido, no dando posibilidad de accionar, pues a pesar de que se suspenda, su inmunidad lo cubre hasta llegar a su país), este Diplomático no podría ser obligado siquiera a asistir al juicio -porque es inviolable su persona y además inmune administrativamente-, en el lejano supuesto de poder llevar a cabo el proceso y llegar a una sentencia favorable para el afectado civil, es muy probable de que su ejecución presente

¹¹⁹ Paz y Puente Jaime. Óp. Cit., pág. 82.

¹²⁰ Escobar Sequeira Pedro. Óp. Cit., pág. 57.

serias dificultades, por los mismos privilegios que éste goza (inviolabilidad de objetos, lo cual haría imposible el embargo y la inviolabilidad personal que haría imposible cualquier tipo de constricción corporal), y lo que es peor aún, en el caso de la renuncia debe contarse con una doble renuncia confirmada por parte del Estado acreditante, para que proceda la ejecución del fallo, en el lejano supuesto que se lleve a cabo el proceso civil.

Este tipo de inmunidad tiene la característica de ser regulada más por sus limitaciones y excepciones que por su posibilidad de ejercicio. Por ello, será desarrollada con más detalle cuando se llegue al tema de los límites.

ii. Inmunidad de Jurisdicción Administrativa

Debe entenderse como la imposibilidad de la Administración del Estado Receptor, de obligar en forma coercitiva a que un Agente Diplomático cumpla sus leyes. Si bien es cierto, el Agente Diplomático tiene el deber de respetar las leyes del Estado receptor, éste último no podría constreñir bajo ninguna forma al Diplomático, para que así fuere. Al respecto, han dicho Dumani y Guardia:

*“Así, por ejemplo, en caso de la ley de tránsito las autoridades policiales no pueden citarlo por una infracción de tránsito. Esto, muy a menudo se presta a abusos y lo que, generalmente, se hace contra éstas faltas es que se le informa al Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado receptor.”*¹²¹

¹²¹ Dumani, C. y Guardia M. Óp. Cit, pág. 96.

Al igual que la Inmunidad de Jurisdicción Civil, la Convención regula solamente las excepciones, razón por la cual será ampliada en el acápite de los límites.

iii. Inmunidad de Jurisdicción Penal

Esta es, quizá, la más polémica. Implica que el Agente Diplomático no puede ser preso, procesado y menos condenado por el Estado receptor, cualquiera que sea el delito que hubiere cometido. Se afirma que es la Inmunidad de Jurisdicción más amplia, pues abarca tanto los actos funcionales como aquellas actividades derivadas de situaciones extraoficiales.¹²² Puede apreciarse como al igual que con las Inmunidades Parlamentarias, existe un “Inmunidad calificada” cuando se trata de materia penal.

Esta inmunidad es absoluta, pues abarca actos funcionales y particulares, lo anterior se desprende de la interpretación a contrario sensu del artículo 37 y 38 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, entendiéndose que a diferencia de los jefes de misión y su personal técnico y administrativo, la inmunidad que gozan otros que no son enviados diplomáticos propiamente dicho, se restringe solamente a los actos oficiales. Acerca de la extensión de esta inmunidad, se ahondará un poco más en la sección segunda, al tratarse los límites dentro de los que se encuentran las teorías restrictivas.

En el caso de que el Diplomático cometiera un delito en el Estado receptor, este último posee tres opciones según Arbuet:¹²³ solicitar al Estado acreditante el

¹²² Parece derivar de la interpretación “a contrario sensu” de los artículos 37 y 38 de la Convención de Viena.

¹²³ Citado por Rojas Sáenz Orlando. Óp. Cit., pág. 103.

retiro del agente, acudir a los Tribunales del Estado acreditante (ya que en teoría de esta jurisdicción no está eximido), o esperar a que el Diplomático termine sus funciones y acabe su inmunidad para poder someterlo a la jurisdicción del Estado receptor. Lo anterior son posibilidades de acción por parte del afectado, sin embargo es difícil llegar en la práctica a asegurar el cumplimiento de alguna de las opciones, siendo más complicado aun hacer cumplir la justicia.

En el primero de los casos, la solicitud de retiro del agente del país receptor, no otorga solución alguna a la víctima, es una simple “suspensión” que debería ser de rutina, y no una posibilidad, que máxime traería consigo una posible vergüenza internacional, pero no un castigo y menos un resarcimiento.

El segundo supuesto de acudir a la jurisdicción del Estado acreditante, resulta casi que una negatoria de justicia implícita, ya que se está frente a leyes diferentes, el hecho delictivo aconteció en un territorio ajeno, donde no hay posibilidad de tener inmediatez de la prueba (tanto material como testimonial) y en caso de haberla, no existe conexidad o regulación internacional alguna que norme el procedimiento de colaboración entre los Organismos Estatales de Investigación y acusación (porque el Estado receptor no puede disponer de un sujeto con inmunidad, es un círculo vicioso), la prescripción del delito es un problema porque al fin de cuentas es un tema donde existe una ingente cantidad de lagunas normativas. Así mismo, es un doble castigo para la víctima tener que ir a otro país a pedir justicia cuando el hecho fue cometido en su propio territorio y por un extranjero, el asunto se complica y revictimiza aún más si esa persona no tiene los medios económicos, sociales y todo lo que implica, nuevamente se califica, el calvario de acudir a la “justicia pronta y cumplida”.

La tercera opción que apunta Arbuet, de esperar a que finalice la inmunidad del Diplomático para poder someterlo a la jurisdicción del país receptor, en la

práctica es casi que nula, porque con anterioridad es probable que el país acreditante “suspenda” de sus funciones al Diplomático en cuanto se entere de lo acontecido, dejando pocas posibilidades de accionar contra éste porque su inmunidad lo protege, incluso, en el tránsito hasta su país de origen. Existe en el mismo sentido, la “posibilidad” de renuncia, su análisis será expuesto más adelante.

Las opciones que hoy en día existen en materia de Inmunidad de Jurisdicción, especialmente en la penal, para un sujeto afectado por un delito cometido por un Diplomático, tienen en la práctica la característica de ser un “círculo vicioso” de protección calificada respecto del representante infractor y ello es muy peligroso pues permite que esa “funcionalidad” que caracteriza a los privilegios, se convierta en una inevitable impunidad. Tema que se analizara en el último capítulo de ésta tesis.

En resumen, en virtud de su cargo el Diplomático goza de Inmunidad de Jurisdicción respecto de la ley del país en que ejerce su misión, sin que ello signifique que pueda desacatar las normas básicas del ordenamiento jurídico receptor, porque como manifiesta el Dr. Escobar: “... *nada hay de peor gusto ni de menor elegancia espiritual, que pretender hacer uso del fuero diplomático a diestra y siniestra para realizar actos, que aunque no dignos de castigo, son muy criticables.*”¹²⁴ Aunque parece contradictorio que en materia de responsabilidad diplomática a nivel internacional, el Diplomático no es responsable por actos realizados en el ejercicio de la función, es el Estado. Al respecto, manifiestan Dumani y Guardia:

¹²⁴ Escobar Sequeira Pedro. Óp. Cit., pág. 55.

*“El representante diplomático no se hace responsable por los actos realizados como funcionario del Estado acreditante, ya que el cumplimiento de esas funciones, o su mala realización, debe imputarse al Estado acreditante propiamente dicho. Es este Estado quien tiene la responsabilidad en el plano internacional y no el funcionario.”*¹²⁵

Responsabilidad que se diluye todavía más siendo ésta imputable al Estado y no a la persona, si el ilícito se cometiere en razón de las funciones asignadas. Sin embargo, ese tema es de tal amplitud, que sería digno de una investigación aparte. Lo anterior resulta lógico en derecho administrativo,¹²⁶ pero en derecho penal y civil (más aún si está de por medio relaciones de carácter internacional) la responsabilidad se recubre con la inmunidad que al final de cuentas no hace más que crear una línea indiferenciada más para una impunidad.

2. Naturaleza Jurídica

a) Naturaleza Jurídica de las Inmunidades Diplomáticas

Como ya se mencionó con las Inmunidades Parlamentarias, la naturaleza jurídica es la esencia característica de todo instituto legal. Para el caso concreto de las Inmunidades Diplomáticas éstas poseen la particularidad de ser impedimento para procesar y sancionar en territorio extranjero a ciertos funcionarios, característica propia de las Inmunidades de Jurisdicción. Las inmunidades consisten en una obligación recíproca que asumen los Estados de no aplicar a los representantes Diplomáticos extranjeros sus leyes. En la doctrina internacional esa no aplicabilidad de la jurisdicción local se ha visto como una

¹²⁵ Dumani, C y Guardia M. Óp. Cit., pág. 86.

¹²⁶ Por las teorías de Responsabilidad Solidaria del Estado respecto de sus funcionarios.

Causa Personal de Exclusión de la Pena y raramente como una *Causa de Justificación*; sin embargo, para efectos del presente trabajo se difiere de ambas posiciones, ya que la naturaleza jurídica no reside en la exclusión de la pena o en la justificación de la no antijuridicidad una conducta, sino que se trata de una *“Causa de Exclusión de la Jurisdicción Extraterritorial”*.

A diferencia de las Inmunidades Parlamentarias, existe una teoría preponderante para explicar la naturaleza jurídica de las Inmunidades Diplomáticas, se trata de las llamadas Causas Personales de Exclusión de la Pena. Por su parte, el Dr. Rodríguez Devesa afirma:¹²⁷ *“Las causas personales de exclusión de la pena pueden tener su fundamento en otras ramas del Derecho Público, dando lugar a las llamadas inmunidades”* Continúa líneas después diciendo que las Inmunidades Diplomáticas se ubican dentro de esta categoría y que *“... no es una causa de impunidad, sino una remisión a la ley penal del país cuyos intereses representan”*.

La misma posición comparte el Dr. Jescheck, quien sostiene que los sujetos que gozan de los efectos de la extraterritorialidad están sustraídos de la Jurisdicción por *“... una excepción jurídico material en el sentido de una causa personal de exclusión de la pena.”*¹²⁸ De igual forma dentro del Manual de Derecho Penal del Dr. Bacigalupo Zapater, se vislumbra a los privilegios acordados por el derecho internacional (diplomáticos), dentro de la validez personal de la ley penal.¹²⁹

Esta primera teoría no parece adecuada para argumentar la esencia jurídica de la Inmunidad Diplomática, ya que la conducta seguiría siendo típica, antijurídica

¹²⁷ Rodríguez Devesa José María. Óp. Cit., págs. 627 – 629.

¹²⁸ Jescheck Hans Heinrich. Óp. Cit., pág. 251.

¹²⁹ Ver Bacigalupo Zapater Enrique. Óp. Cit, pág. 64.

y, posiblemente, culpable que si bien exime del castigo penal, da cabida (al igual que en las Inmunidades Parlamentarias) para accionar la responsabilidad civilmente, inmunidad que también gozan los Diplomáticos. Además, lo que se está excluyendo realmente no es la pena, sino la jurisdicción que conocerá de la misma. De igual forma se le da un tono de “personal” a un privilegio que en buena teoría es producto de la función de representatividad.

Una perspectiva poco compartida es la de Luis Jiménez de Asúa, quien establece que los “*Privilegios de Función*” se ubican dentro del ámbito de las Causas de Justificación por el cumplimiento de un cargo o profesión (Parlamentaria y Diplomática)¹³⁰ Aludiendo a la famosa cita *qui iure utitur neminem laedit*.¹³¹ Posición que el presente estudio no comparte en lo absoluto por ser ajeno al fin mismo de la inmunidad de jurisdicción, que no es precisamente el permitir cualquier conducta (incluso aquellas contrarias a derecho) pues no se está ante una permisibilidad, sino más bien ante una prohibición de castigar esas conductas por falta de competencia “jurídico material”.

Nuestro ordenamiento jurídico en el Código Penal artículo 16, inciso 1, establece dentro del acápite de Aplicación a las Personas, la excepción a la aplicabilidad de la ley respecto de: “*Los Jefes de Estado Extranjeros que se encuentren el territorio nacional los agentes diplomáticos de otros Estados y demás personas que gocen de inmunidad pena, según las convenciones internacionales aceptadas por Costa Rica*”. Si bien es cierto se está frente a una inaplicabilidad de la ley, es solamente como producto de la exclusión de la jurisdicción (a diferencia de la Indemnidad Parlamentaria, donde la inaplicabilidad actúa en forma directa al encontrarse el Diputado dentro de la soberanía territorial de su propio Estado, es por ello que su naturaleza jurídica nace precisamente de

¹³⁰ Ver Jiménez de Asúa Luis. Óp. Cit., pág. 1401.

¹³¹ Cuando se obra en ejecución del derecho no se delinque.

esa inaplicabilidad, no así para un Diplomático, pues se encuentra bajo el componente de la extraterritorialidad que imposibilita la aplicación de la jurisdicción y como respuesta la de la ley).

La naturaleza jurídica de las Inmunidades Diplomáticas (entendidas en sentido estricto) difiere de ser cualquiera de los dos enfoques anteriores, ya que ambas hacen referencia ya sea a la no imposición de la pena o a la falta de antijuridicidad de la conducta misma, cuando no se trata del derecho de fondo, ni tampoco de hacer el examen del delito, pues la imposibilidad lejos de ser derecho material se trata de una falta de competencia de carácter jurisdiccional. Por el contrario, es un asunto más procesal que material, ya que el Estado receptor del todo no entra a conocer de la conducta porque le es jurisdiccionalmente improcedente.

El Dr. Jescheck, de algún modo hace referencia a este aspecto de la procesalidad cuando afirma, posterior a decir que se la inmunidad diplomática se trata de una causa personal de exclusión de la pena, lo siguiente: *“Pero es preferente la Teoría Procesal... porque explica mejor el resurgimiento del Poder Punitivo de un Estado, cuando el otro renuncia a su privilegio.”*¹³² Es allí, precisamente en la posibilidad de renuncia donde se vislumbra más la similaridad procesal. Inclusive la aproximación de este instituto respecto de la Inviolabilidad Parlamentaria, cuya naturaleza jurídica es un obstáculo procesal que puede ser levantado por el desafuero, resulta más o menos similar argumentar que esa imposibilidad de jurisdicción en la Inmunidad Diplomática, responde a un mismo “requisito” de orden procesal, claro de que por razones de fondo-, para poder aplicarse extraterritorialmente: la renuncia.

¹³² Ídem.

Se trata, entonces, de una Causa de Exclusión de la Jurisdicción Extraterritorial, ya que si se ven excluidas la pena o la antijuridicidad, es por razones de que no procede a conocerse del asunto por falta de competencia jurisdiccional, por motivo de extraterritorialidad. A ello, es necesario agregarle el componente representación oficial del Estado acreditante, que debe engalanar todo diplomático. Razón para entender que no es a cualquier extranjero que se le aplicaría la exclusión por encontrarse fuera de sus fronteras, sino que es un privilegio que obedece a la representación de un funcionario en un estado ajeno al suyo.

b) Naturaleza Jurídica de los Privilegios Diplomáticos

Respecto de la Naturaleza Jurídica del resto de **Privilegios** queda de más decir que por tratarse de “Prerrogativas de cortesía” entre países, son acuerdos de hecho de que no constituyen derechos propiamente y se basan en la reciprocidad de trato entre los Estados, razón por la cual la esencia de dichos privilegios se retrotrae a la usanza y correspondencia internacional.

3. Límites y Características

a) Características de las Inmunidades Diplomáticas

El instituto de las Inmunidades Diplomáticas posee las siguientes características: Representatividad, temporalidad, reciprocidad y desigualdad. Se describen a continuación:

Funcionalidad (Representatividad) Resabio o no de la Teoría de la Representatividad mencionada en el fundamento jurídico de las Inmunidades Diplomáticas, la representatividad es la característica esencial hoy en día de dichas Inmunidades y Privilegios. No se trata solamente de un aspecto de funcionalidad en general, va todavía más allá, se trata de una funcionalidad de representación, sino que al circunscribir esa función o cargo designado en territorio ajeno al país acreditante, la representación del mismo es la particularidad que lo hace acreedor de un trato preferencial. Al respecto, establece la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas en su numeral 3 inciso 1. a) *que uno de las funciones primordiales de la misión diplomática es representar al Estado acreditante ante el Estado receptor.*

El respeto internacional entre países, se ve reflejado en la práctica por medio del acreditamiento de funcionarios diplomáticos que representan en territorios ajenos la soberanía de su nacionalidad. Por ello que se considera fundamental enmarcar a la representatividad como característica intrínseca de toda prerrogativa diplomática.

Temporalidad Constituye un elemento determinante en la función de representatividad, pues depende del tiempo asignado en la carta credencial como funcionario representante del Estado acreditante, así será sujeta la gama de privilegios que gozará el Diplomático. Es el caso de un miembro de la misión nombrado "ad hoc" como en el correo diplomático el encargado de llevar la valija diplomática, gozará de las inmunidades en forma temporal de acuerdo con su encargo. De igual manera, el resto de los miembros de la misión dependerán de la característica temporalidad para gozar de los privilegios conferidos en tanto tales, pero siempre se circunscribe a un período determinado.

Acerca de la temporalidad del cargo, la Convención en su artículo 10, inciso primero, establece que el Ministerio de Relaciones Exteriores debe notificar al Estado receptor el nombramiento de los miembros de la misión, así como su llegada y salida definitiva o la terminación de las funciones en la misión. Esto denota la importancia del tiempo de acreditación de un agente para que pueda ser revestido de los privilegios.

Reciprocidad La reciprocidad como característica se remonta a la práctica normal de mantener las relaciones diplomáticas entre los Estados. De esa necesidad ha nacido lo que se conoce con el nombre de “Derecho de Legación” es el derecho de enviar y recibir a los representantes de los diferentes Estados y de respetar y otorgar basados en la costumbre, cortesía y, sobre todo la correspondencia de trato los diferentes privilegios diplomáticos. Al respecto, ha dicho el Dr. Escobar:

*“Sin embargo, debemos de manifestar que tal derecho no es absoluto, en cuanto pudiera entenderse que un Estado pueda obligar a otro a un intercambio permanente de relaciones diplomáticas, ya que está en la soberanía de un Estado el rehusar la amistad con otros. Pero, significa que una vez establecidas las relaciones normales entre dos Estados automáticamente entra en aplicación el Derecho Internacional relacionado con los Privilegios e Inmunidades.”*¹³³

En el mismo sentido, establece la Convención de Viena sobre relaciones Diplomáticas, en su artículo 2, lo siguiente: *El establecimiento de relaciones diplomáticas entre Estados y el envío de misiones diplomáticas permanentes se efectúa por consentimiento mutuo.* De igual forma, el Decreto Ejecutivo Número

¹³³ Escobar Sequeira Pedro. Óp. Cit., pág. 13.

15877 - RE establece que: “... con base en las Convenciones Internacionales sobre inmunidades y privilegios diplomáticos y consulares ratificada por Costa Rica y en el principio de reciprocidad internacional, el Gobierno costarricense reconoce a los agentes diplomáticos y consulares extranjeros, remunerados, acreditados ante él, un régimen de inmunidades, privilegios y franquicias.”

Desigualdad Puede vislumbrarse desde dos perspectivas, la primera respecto a los privilegios y, la segunda, respecto de la Inmunidad de Jurisdicción. En el primer caso puede afirmarse que los privilegios, en general, que se le otorgan a los Agentes Diplomáticos encierran una desigualdad de trato respecto del funcionario diplomático y al resto de los ciudadanos del Estado receptor, si bien es cierto son “Prerrogativas de Cortesía” basadas en la reciprocidad, por el hecho que un funcionario nacional reciba la misma cortesía en un país extranjero por la función de representación, ello no implica que dejen de ser tratamientos desiguales respecto del resto de los ciudadanos. Es criticable, que se regule en forma más extensa prerrogativas que nada de funcionales tienen, como es el caso de las cuotas de cigarrillo y licores.

El segundo de los supuestos es la desigualdad que nace de la Inmunidad de Jurisdicción. Esa desigualdad puede observarse en la naturaleza misma que la encierra, sea vista de cualquiera de las tres teorías planteadas, la exclusión de la jurisdicción opera a favor solo de los representantes y aquellos cubiertos por la extensión de la inmunidad, no así a cualquier extranjero que se encuentre en suelos ajenos a los de su patria que hubiese cometido un delito. En cuyo caso se utilizarían las reglas de la Extradición y no la Inmunidad de Jurisdicción.

La desigualdad se fundamenta en el cargo de representación que desempeñan los agentes de la misión, pero como se vio en el acápite del Fundamento Jurídico, muchas de estas aseveraciones se deslegitiman al alegar

igualdad de condiciones que en el país procedente, fundamentos ilógicos pues los privilegios que gozan los Diplomáticos están muy lejos de ser disfrutados por los ciudadanos.

b) Límites de las Prerrogativas Diplomáticas

En cuanto a los límites de las Prerrogativas Diplomáticas, debemos entenderlos como los puntos máximos a los que el ordenamiento les permite llegar, todo lo que pase de esa frontera deja de ser comprendido como privilegio.

i. Privilegios Diplomáticos

Para el tema de los Privilegios Diplomáticos, los límites se explicarán en razón de las Inviolabilidades y las Exenciones legales. Para el caso concreto de las *Inviolabilidades Diplomáticas* los límites son los siguientes:

- **Inviolabilidades Diplomáticas**

Inviolabilidad Personal la persona del Agente Diplomático no puede ser objeto de ninguna forma de detención o de arresto, así mismo el correo diplomático goza de este privilegio en forma temporal. Sin embargo, importante es resaltar que esa inviolabilidad no exime al agente de respetar el orden jurídico del Estado receptor. La Inviolabilidad que nos ocupa no puede ser alegada en ciertas oportunidades, aunque para muchos autores se trata de un privilegio absoluto, a mi parecer no lo es tanto. Existen casos de acuerdo con el Instituto Internacional

de la Asamblea de Cambridge, donde no puede invocarse la inviolabilidad. Tales supuestos son:¹³⁴

- La legítima defensa contra actos cometidos por algún diplomático que goce del privilegio.
- Los riesgos corridos en forma voluntaria e innecesaria por parte de un Diplomático.
- Actos reprochables o de conspiración cometidos por un Diplomático en contra del Estado receptor, que ameriten implantar medidas de defensa.

En la práctica Internacional es muy difícil sin embargo que se llegue a comprometer esa inviolabilidad personal, pues lo más “recomendable” para mantener las relaciones entre los Estados es no amedrentar en contra de sus propios representantes (a pesar de que éstos hubieren cometido algún acto reprobable). Por ello generalmente, se utilizan medidas muy “diplomáticas” para evitar conflictos en las Relaciones Exteriores de ambos países. El Estado receptor podría sin tener siquiera que exponer los motivos de su decisión, comunicar al Estado acreditante que cierto funcionario diplomático es una persona “non grata”,¹³⁵ el procedimiento más común sería denunciar al funcionario ante el Estado acreditante para que éste último proceda con la sanción que considere pertinente. Al respecto, manifiesta el Dr. Escobar:

“En casos como éste siempre muy desagradables, persiste, sin duda, la inviolabilidad diplomática, y el Estado acreditario no puede detener ni castigar al funcionario extranjero provocador, aunque sí cabe que eleve una enérgica queja ante el Estado acreditante, e incluso que pida el retiro de tan indeseable Diplomático, a lo cual dicho Estado acreditante no debe negarse

¹³⁴ Artículo 6 del Reglamento del Instituto Internacional de la Asamblea de Cambridge.

¹³⁵ Artículo 9, inciso 1, de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.

*y, en casos graves, incluso debe castigar ostensiblemente a su funcionario que de tal manera falta al respeto debido al Estado donde ejerce sus funciones y sus súbditos.”*¹³⁶

Debería existir algún tipo de límite que constriña determinadas actuaciones indebidas de un funcionario diplomático, que por el hecho de serlo no le inhibe de cometer actos ilícitos indeseables que pueden causar detrimentos a terceros que deben conformarse con esperar la actuación del Estado acreditante en el mejor de los escenarios.

Inviolabilidad de Objetos Existen límites una serie de objetos muebles e inmuebles que son protegidos por la Inviolabilidad diplomática. Dicho privilegio ha llegado al extremo de considerarse absoluto respecto de los *inmuebles*, al punto de prohibir a las autoridades del Estado receptor, penetrar en cualquiera de las sedes y locales diplomáticos (se extiende a las residencias privadas de los agentes de la misión incluyendo los administrativos). De manera que sin el consentimiento de los funcionarios no puede allanarse, inspeccionar, ni siquiera penetrar en tales inmuebles, por estar cubiertos con el privilegio de la inviolabilidad.

La disputa de esta inviolabilidad en tema de inmuebles no ha llegado a consenso, pues el supuesto base es el hipotético caso de que se cometa un delito o se esconda un criminal bajo sus paredes o incluso que se dé una situación de urgencia en el inmueble. ¿Cede o no cede la inviolabilidad ante tales supuestos? Al respecto, ha dicho Dumani y Guardia, mencionando al autor Paz y Puente: “... *que existen situaciones de urgencia y peligro, como el caso de un incendio, en que es necesaria la intervención inmediata de autoridades estatales siempre y cuando*

¹³⁶ Escobar Sequeira Pedro. Óp. Cit., pág. 40.

*no se encuentre dentro de las instalaciones el Jefe de la Misión, o en caso de que éste no se encuentre, del Diplomático de más alto rango.”*¹³⁷

Para muchos sigue siendo impenetrable los inmuebles de la sede diplomática, y aquí es donde me devuelvo a la Teoría de la Extraterritorialidad que se explicó líneas atrás, pues ese fundamento es sustentado hoy en día como resabio de esta teoría medieval, pensando que existe una ficción de soberanía sobre el territorio ocupado por los inmuebles donde se asienta la misión y, por lo tanto, incompetente el Estado receptor para inmiscuirse en “territorio foráneo”-. En materia criminal no han faltado casos donde se ha negado la extradición que habían cometido criminales en edificios ocupados por misiones extranjeras, con fundamento en la ficción de la extraterritorialidad. El hecho de que los inmuebles de la misión gocen del Privilegio de la Inviolabilidad, no significa que éstos sean por ficción legal territorio del Estado acreditante.

Para otros, como el Dr. Escobar, podría, eventualmente levantarse esa inviolabilidad por razones de orden público y seguridad (incluso de defensa respecto de los mismos miembros de la misión), al respecto ha dicho:

*“En consecuencia cuando existen motivos para creer que se están cometiendo actos que repugnan a las leyes públicas, al orden público o que amenazan la seguridad interna del Estado receptor, las autoridades mismas pueden en dichos casos, si existen presunciones graves de tales hechos, penetrar para coartar la comisión de los mismos todo bajo el ámbito y protección del Derecho Internacional Público.”*¹³⁸

¹³⁷ Dumani, C y Guardia M. Óp. Cit., pág. 77.

¹³⁸ Escobar Sequeira Pedro. Óp. Cit., pág. 29.

Al respecto, la Convención de Viena establece en su artículo 22, inciso 3 y el numeral 41, inciso 3, que los locales de la misión no deben ser utilizados de manera incompatible con las funciones. La posición de penetrar los locales de la misión en casos de extrema necesidad o urgencia, es aceptada por autores como Fauchille, Pérez de Cuéllar, Cahier y Ferreirra.

Para el caso de los objetos *muebles* que gozan de inviolabilidad existen, así mismo ciertos límites. En el supuesto de la valija diplomática, se sostiene que en caso de una fuerte sospecha de que ésta contenga objetos ilícitos (armas, drogas, materiales nucleares, diamantes de contrabando o hasta cadáveres) puede procederse a examinar por medio de rayos X o análisis que no necesariamente requieran abrir la maleta (por ejemplo, olfateos caninos). Las líneas aéreas podrían negarse a transportarla, si el Diplomático encargado se rehúsa a someterla a las pruebas no invasivas antes mencionadas. Sin que el Estado pudiera alegar la inviolabilidad o la obstrucción de comunicaciones, pues, ante todo, está la seguridad de los terceros y el interés público. En el mismo sentido sostiene el artículo 36, inciso 2, de la Convención: ¹³⁹ *“El agente diplomático estará exento de la inspección de su equipaje personal, a menos que haya motivos fundados para suponer que contiene objetos no comprendidos en las exenciones mencionadas en el párrafo 1 de este artículo, u objetos cuya importación o exportación esté prohibida por la legislación del Estado receptor o sometida a sus reglamentos de cuarentena. En este caso, la inspección sólo podrá efectuarse en presencia del agente diplomático o de su representante autorizado.”*

¹³⁹ En el mismo sentido ver el artículo 18 del Reglamento sobre Inmunidades y Privilegios Diplomáticos.

De igual forma sucede con los medios de transporte particulares y oficiales del Diplomático, debe a mi parecer existir la posibilidad de registrar el equipaje en presencia de un Agente Diplomático, si se tiene la sospecha fundada que se carga con objetos ilícitos o incluso personas prófugas de la justicia.

A pesar de lo antes expuesto, el artículo 22, de la Convención de Viena es tajante al alegar la inviolabilidad de los locales de la misión y sus objetos interiores si antes no media consentimiento del jefe de la misión. No dando cabida a ningún tipo de registro, embargo, requisa o medida de ejecución. El numeral 24 amplía el ámbito de aplicación de la inviolabilidad de los documentos y archivos, ya que sostiene que debe respetarse donde quiera que se hallen. De igual forma el numeral 27 del mismo cuerpo legal hace mención a la inviolabilidad de la correspondencia, y a la imposibilidad de retener o abrir bajo ninguna circunstancia la valija diplomática (aunque continúa diciendo que ésta sólo puede contener material oficial, por lo que deja la opción de hacer los exámenes antes dichos en caso de grave sospecha de que los materiales contenidos no sean oficiales). Otro límite sería el necesario consentimiento por parte del Estado receptor, para la instalación o utilización de una emisora radiofónica por parte de la misión diplomática.

Como puede apreciarse, los límites en materia de inviolabilidad son muy difíciles de establecer, el rango de mayor amplitud lo ha sostenido la doctrina, pero las Convenciones Internacionales siguen dando una protección casi que absoluta respecto del privilegio.

- **Exenciones Legales**

Dentro del mismo tema de los Privilegios Diplomáticos se encuentran los límites de las *Exenciones Legales* que se exponen a continuación. A pesar de que el agente está exento del pago de impuestos nacionales y municipales sobre los inmuebles de la misión, sí debe cancelar aquellos impuestos o gravámenes que constituyan el pago de servicios particulares prestados. Así mismo, no hay tal exención respecto de las exenciones legales que conforme con la legalidad del Estado receptor estén a cargo del particular que contrate con el Estado acreditante o el jefe de la misión. De igual forma, no está exento el diplomático del pago de: impuestos indirectos incluidos en las mercaderías o servicios, impuestos y gravámenes sobre bienes inmuebles privados que no sean poseídos en nombre del Estado acreditante o se alejen de los fines de la misión, impuestos sobre sucesiones, aranceles judiciales de hipotecas, timbres cuando se trate de bienes inmuebles y aquellos impuestos que pesen sobre ingresos percibidos en el Estado receptor como producto de inversiones comerciales particulares.

Otro de los límites a las exenciones, es respecto al pago de seguridad social vigente en el Estado receptor, al respecto dice la Convención de Viena que ese privilegio es aceptable siempre que los empleados de que se trate no sean nacionales del Estado receptor o carezcan de residencia permanente, y siempre y cuando esos empleados estén protegidos por el régimen de seguridad social de sus respectivos países. En cuanto a ciertos límites que impone el Reglamento sobre Inmunidades y Privilegios Diplomáticos, en lo referente a las cuotas de licores y cigarrillos (artículos 8 y 9), se establece la particularidad de ser personales e intransferibles. Así mismo, continúa en su numeral 56, limitando la importación de vehículos a un peritaje realizado por la Dirección General de Tránsito, donde se estime un daño grave que amerite la importación.

ii. Inmunidades Diplomáticas

Respecto de los límites de las *Inmunidades Diplomáticas* puede afirmarse lo siguiente, para los diferentes tipos de inmunidad de jurisdicción. Se dice que las inmunidades se limitan en razón de la persona (*rationae personae*), de la materia (*rationae materiae*), del tiempo (*rationae temporis*) y en razón del territorio (*rationae loci*). Así mismo, un límite a esa inmunidad de jurisdicción respecto del Estado receptor es la aplicación de las leyes del Estado acreditante.

Los límites de las Inmunidades de Jurisdicción dependerán de la postura doctrinaria que se siga en los países donde se encuentran las representaciones. Ni siquiera en el ámbito doctrinal, existe una solución definitiva, ya que existen dos tendencias por seguir en la práctica: la protección de la inmunidad absoluta y la inmunidad relativa.¹⁴⁰ Al respecto, ha manifestado el Lic. Chartier Fuscaldo:

*“La primera surgió en Gran Bretaña con el caso del Parlamento Belga (1880), restringida actualmente por State Immunity Act de 1978, que confiere la inmunidad ex officio... La teoría de la inmunidad relativa surgió en Bélgica, a partir de 1840, seguida en Italia, en Egipto, en Suiza, en Alemania, en Austria, en Jordania y, actualmente, es consagrada en EEUU y en otros países de Europa Occidental, donde no hay inmunidad para los actos de gestión.”*¹⁴¹

Algunos límites aplicables a todos los tipos de Inmunidades de Jurisdicción son:

¹⁴⁰ Chartier Fuscaldo Michel. (1997). “La Inmunidad de Jurisdicción: ¿Permiso para delinquir?”. Temas de Derecho Privado. San José, Costa Rica. Oficina de Publicaciones Universidad, págs.153 – 172.

¹⁴¹ Chartier Fuscaldo Michael. Óp. Cit., págs. 153 – 154.

- El Diplomático no está obligado a testificar. Se ha discutido mucho en la doctrina si el hacerlo implica una pérdida de la inmunidad, respecto al testimonio que otorgue y tenga, eventualmente, que enfrentar luego alguna demanda por el testimonio proporcionado, o si, por el contrario, sigue cubierto por la inmunidad. Lo más utilizado en éstos casos es solicitar el testimonio vía diplomática, de tal forma la inmunidad queda asegurada. Ese procedimiento es el siguiente: ¹⁴² El tribunal que requiere del testimonio dirige una solicitud al Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado acreditante, para que se haga participe y exhorte al agente diplomático a dar su declaración y es este Ministerio, quien señala fecha y hora para que su funcionario realice la diligencia. En muchos casos, la declaración es recogida en forma privada en la residencia del mismo diplomático por un funcionario especial designado al efecto.
- La inmunidad de Jurisdicción en el Estado receptor no exime al Diplomático de la jurisdicción de su país. Éste es el argumento más utilizado para defender a la inmunidad de jurisdicción y deslegitimar las posibles impunidades que ella pudiera generar. Argumento que se tratará en los próximos capítulos de la tesis.
- Si el Agente Diplomático entabla una acción judicial no puede alegar inmunidad de jurisdicción. Al respecto, se supone que si fue el mismo Diplomático, quien instruyó el proceso no puede alegar su inmunidad de jurisdicción una vez iniciado éste.

Inmunidad de Jurisdicción Civil y Administrativa Con ambos tipos de inmunidad de jurisdicción poseen los mismos límites de acuerdo con la Convención de Viena, artículo 31. Por ello, son presentadas juntas bajo este

¹⁴² Al respect,o ver Pedro Escobar Sequeira Óp. Cit., pág. 49.

acápites de los límites. El primero de ellos se trata de las acciones reales sobre bienes inmuebles particulares, radicados en el Estado receptor a título particular por parte del Diplomático y que no obedezca a fines de la misión. Lo anterior es una excepción a la Inmunidad de Jurisdicción, pues es lógico que si los bienes no pertenecen al Estado acreditante, cualquier asunto que devenga de ellos carece de la característica de la representación, razón por la cual conoce la jurisdicción del Estado receptor, se desprende del principio de soberanía sobre la materia. Al respecto, ha dicho Dumani y Guardia:

*“Es difícil poder determinar cuando el inmueble se posee para fines particulares y cuando para fines de la misión, pero esto es una cuestión de prueba. En caso de duda para decidir el asunto... deberá aceptarse lo que asegure el Estado acreditante a través de su Ministerio de Relaciones Exteriores.”*¹⁴³

La segunda excepción a la Inmunidad de Jurisdicción civil y administrativa es el caso de una acción sucesoria en la que el Agente Diplomático figure a título privado y no en nombre del Estado acreditante, es el caso de ejecutor de testamento, legatario, heredero o administrador dentro del proceso sucesorio. Siendo la ley operante la del país donde se abre la sucesión. Lo más importante es que la sucesión no se vea entorpecida o atrasada por inmunidades de jurisdicción. Dicho principio de Derecho Internacional Privado lo consagra el artículo 167 inciso de de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

¹⁴³ Dumani y Guardia M. Óp. Cit., pág. 93. Así mismo, ver Arbué Herbert. (1982) Algunos Aspectos Fundamentales del Estatuto Diplomático. Conceptos Básicos. La Inmunidad de Jurisdicción OEA. Washington D.C., Octavo curso de Derecho Internacional organizado por el Comité Jurídico Interamericano. Pág. 166.

La última excepción a las Inmunidades de Jurisdicción civil y administrativa, es el supuesto de una acción referente a cualquier actividad profesional o comercial ejercida por el Agente Diplomático en el Estado receptor, que no sean parte de sus funciones oficiales estaría nuevamente fuera del ámbito de la función de representación). Límite que resulta contradictorio con el numeral 42 de la Convención, el cual establece la prohibición para el diplomático de ejercer actividades comerciales y profesionales en beneficio propio.

Bajo estos tres últimos supuestos el Diplomático sí puede ser objeto de medidas de ejecución, siempre y cuando no se vea afectado con ello la Inviolabilidad personal y la Inviolabilidad de su residencia.

Inmunidad de Jurisdicción Penal Tradicionalmente, la inmunidad de jurisdicción criminal se entiende absoluta, pues, en principio, abarca todos los actos delictuosos que devengan tanto de la función como del actuar particular del diplomático. En la actualidad y a partir del año 1984, se ha venido sosteniendo una Tesis restrictiva de interpretación de la inmunidad penal en materia diplomática, por su parte, la Universidad de Harvard y su escuela de Derecho han sido fieles seguidores de esta posición que intenta restringir las inmunidades de jurisdicción, en especial la penal, en casos donde exista una fuerte sospecha de la comisión de un delito que no sea funcional, por parte de un diplomático, incluso el Senado de Estados Unidos postuló la necesidad de renegociar la Convención de Viena en lo referente a Inmunidades y Privilegios, para poder limitarlas bajo ciertas circunstancias como el caso del flagrante delito¹⁴⁴ (igual que en los

¹⁴⁴ Algunos autores han llegado a establecer el flagrante delito como causal de levantamiento de la inmunidad inclusive, sin embargo es tan sólo una propuesta doctrinaria, ya que en la práctica los Instrumentos internacionales no hacen mención al respecto.

Parlamentarios).¹⁴⁵ La teoría restrictiva, sin embargo, se aplica sólo en doctrina, pues la Convención sigue reglando en forma irrestricta el tema de las inmunidades criminales.

Al igual que el caso de la Inviolabilidad Personal, existen en doctrina supuestos que limitan la Inmunidad de jurisdicción penal, tal es el caso de:¹⁴⁶

- Legítima defensa ejercida por un particular en contra del Diplomático.
- Actos relacionados con delitos de conspiración o aquéllos que alteren el orden y la seguridad pública del Estado receptor, que ameriten implantar medidas de defensa.

Al respecto han manifestado Dumani y Guardia:

*“... compartimos las estipulaciones de esta teoría restrictiva en el sentido de que, si bien es necesaria una protección completa para el representante diplomático y para sus funciones, deben distinguirse; sin embargo, éstas de las funciones privadas que realice como un particular cualquiera. En estos casos, el diplomático debe tratarse como una persona común.”*¹⁴⁷

Se comparte la tesis restrictiva, pues no habría fundamento jurídico alguno para alegar la inmunidad de un Diplomático que comete delitos no funcionales, ya que la razón de su privilegio reside en la funcionalidad y representación de su actuar. Al igual que en el caso de las Inmunidades Parlamentarias, ya estudiadas,

¹⁴⁵ Ver Harvard International Law Journal, Massachusetts, (1988) Vol XXIX, Número 2, Págs. 535 – 538.

¹⁴⁶ Pérez de Cuéllar Javier. Óp. Cit., pág. 81.

¹⁴⁷ Dumani y Guardia M. Óp. Cit., pág. 101.

parece ser que en materia penal, a pesar de que se acentúa la gravedad de los acontecimientos, la protección respecto de la inmunidad se califica pues abarca no sólo los ilícitos funcionales, sino también aquellos extraoficiales, siendo una alcahuetería tal protección que carece de justificación lógico jurídica.

En conclusión, en materia de límites y características de las prerrogativas diplomáticas se regula poco y a favor del Diplomático, la Convención de Viena ni siquiera se adentra a regular lo mínimo y es de esperar que nuestro reglamento no lo haga tampoco. Urge una adecuada delimitación al tema de las Inmunidades de Jurisdicción y los demás privilegios.

SEGUNDA PARTE: LAS IMPUNIDADES

SEGUNDA PARTE: LAS IMPUNIDADES

TÍTULO PRIMERO: DE LAS IMPUNIDADES

CAPÍTULO I: Aproximación al Tema de las Impunidades

Sección I: Delimitación del Tema

1. Antecedentes de la Impunidad como Modo Sistémico de Violación de los Derechos Humanos: Caso Latinoamericano

a) Impunidad: Violación Sistémica de los Derechos Humanos

La impunidad, por su naturaleza, es contraria a los derechos humanos, en Latinoamérica, ha sido históricamente, y continúa siendo hoy en día, la manera más frecuente en que impera la violación sistémica de estos. En la actualidad, los defensores de estos derechos han tomado conciencia del significado y de las terribles implicaciones del flagelo de la impunidad como enfermedad endémica de los pueblos.

La impunidad está referida a todos los derechos humanos en su integralidad, se trata de un obstáculo para hacer justicia, para esclarecer el conocimiento de la verdad, lo cual, en última instancia favorece la reproducción de los crímenes y el debilitamiento de las bases democráticas. En el mismo sentido, lo explica la doctora Soraya Long Saborío: “... *la ausencia o insuficiencia de investigación, enjuiciamiento y castigo a los responsables de las violaciones de*

*derechos humanos. La impunidad es por si una violación a los derechos humanos y no solamente aun coraza de protección a las violaciones de esos derechos. Es generalmente producto de políticas deliberadas que actúan como complementos necesarios para las políticas de violación de los derechos humanos.”*¹⁴⁸

Parafraseando al profesor Barahona, *la impunidad es un componente estructural de la violación sistemática de los derechos de las personas y de los pueblos. Comporta esencialmente la privación del derecho a la justicia, ya sea por acción o por omisión Estatal.*¹⁴⁹ Para el Dr. Kai Ambos, por otro lado, puede diferenciarse la impunidad en sentido lato y estricto, siendo la primera aquella relacionada con los hechos subordinados al derecho penal general, y la segunda a la violación de derechos humanos universalmente protegidos.¹⁵⁰

La impunidad frente a la violación sistemática de derechos humanos, posee dos dimensiones: una específica donde se desatiende la ley y la justicia en forma casuística para casos en concreto y otra dimensión general, donde se suman múltiples casos de impunidad, es a lo que el Dr. Manuel Rodríguez Cuadros llama “... *expresiones institucionales estructurales de la impunidad*”¹⁵¹. El viejo adagio de que la impunidad engendra el desprecio a la ley, es producto de la falta de justicia de aquellas violaciones de derechos humanos que, por un lado teórico, se jacta defender y, por otro práctico, descuida con la falta de investigación y sanción. Esa falta de sanción equivale a dejar intactas las

¹⁴⁸ Citado por la doctora Soraya Long Saborío. Comisión para la Defensa de los Derechos Humanos en Centroamérica (1995). La impunidad en Centroamérica: causas y efectos. Primera Edición, San José, Costa Rica, pág. 111.

¹⁴⁹ Barahona Pablo Óp. Cit., pág.108.

¹⁵⁰ Ambos Kai (1997). Impunidad y Derecho Penal Internacional Medellín, Colombia. Primera Edición Colombiana. Biblioteca Jurídica Diké, pág. 31.

¹⁵¹ CODEHUCA. Óp. Cit., pág.26

estructuras que abren paso a la impunidad y, con ello, consentir conductas que hicieron posibles crímenes, eludiendo responsabilidades sociales a futuro.¹⁵²

El viejo adagio de que la impunidad engendra el desprecio a la ley, es producto de la falta de justicia de aquellas violaciones de derechos humanos que, por un lado teórico, se jacta defender y, por otro práctico, descuida con la falta de investigación y sanción. Se está ante la necesidad de no solamente tutelar, sino de garantizar el cumplimiento efectivo de dicha tutela. No investigar ni castigar las graves violaciones a los derechos fundamentales protegidos nacional e internacionalmente equivale a dejar incólumes las estructuras que hicieron posible engrosar la criminalidad, y lo que es peor eludir la responsabilidad de estos. Al respecto, manifiesta el Dr. Rodolfo Mattarollo:

“La falta de sanción de graves violaciones de los derechos humanos equivale a dejar intactas estructuras y a consentir las conductas que hicieron posibles tales crímenes y eludir una responsabilidad elemental frente al futuro: la de salvaguardar los valores básicos de la convivencia civilizada.”¹⁵³

La impunidad será siempre una sistemática violación de los derechos humanos, en el tanto prohíba el acceso fundamental de las víctimas a la justicia, a la posibilidad de conocer la verdad, al derecho mínimo de procesar a los infractores de los derechos, a la certeza de un proceso transparente y ético, a la necesaria reparación del daño causado y, por supuesto, al mínimo de imponer una sanción ante las atrocidades. Es tarea de titanes luchar contra el flagelo de la

¹⁵² Mattarollo Rodolfo. (1991). Impunidad Derechos Humanos y Defensa Jurídica Internacional. San José, Costa Rica. Segunda Edición .CODEHUCA, pág. 15.

¹⁵³ Mattarollo Rodolfo. Óp. Cit., pág. 17.

impunidad, tanto a nivel nacional como internacional; sin embargo, toda persona es sagrada y por el sólo hecho de ser tal, independientemente de su origen y condiciones sociales o ideológicas, es digna de respeto, y el Estado así como la Comunidad Internacional están en la obligación de garantizar el adecuado cumplimiento de los derechos humanos. Al respecto, ha manifestado la Organización de Naciones Unidas en una de sus resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos:

*“Subraya la importancia de luchar contra la impunidad para prevenir violaciones de los derechos humanos y del derecho humanitario internacional e insta a los Estados a que presten la necesaria atención a la cuestión de la impunidad respecto de las violaciones de los derechos humanos y del derecho humanitario internacional, en particular las cometidas contra mujeres, y a que adopten medidas apropiadas para hacer frente a esta importante cuestión.”*¹⁵⁴

La violación de los derechos humanos excede la mera comisión del acto infractor, sino que trasciende a la responsabilidad Estatal no sólo de impedir que se den, sino que una vez acontecidos se debe investigar, procesar, castigar y resarcir adecuadamente a las víctimas de cualquier atentando contra sus derechos más fundamentales. En esa efectividad del castigo, consiste el reto de la impunidad. La insaciable cantidad de violaciones a los derechos humanos consecuencia y consecuente de la impunidad, así como la no “coincidencia” de la frecuencia del fenómeno en países en desarrollo como los latinoamericanos, constituyen razones de peso para plantearse una serie de interrogantes acerca de sus posibles causas, tema que toca a continuación.

¹⁵⁴ Organización de Naciones Unidas (1999). Resolución 34 Comisión de Derechos Humanos Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, de 26 de abril 1999. Sesión 55.

b) Algunas causas de la Impunidad en Latinoamérica

i. Silenciosa Herencia de Desigualdad y Transgresiones

La historia de los pueblos latinoamericanos, desde el momento de la colonización hasta hoy, ha sido una cadena de sojuzgamiento y burlas basadas en la discriminación, la marginación y la desigualdad jurídica, expresados en sistemáticas y flagrantes violaciones de los derechos humanos en forma integral. La oposición a esa desigualdad política, económica y social, ha sostenido un constante esfuerzo para lograr una sociedad más justa y erradicar la impunidad impuesta por diversos factores endógenos y exógenos. Al respecto ha manifestado Amnistía Internacional:¹⁵⁵

“... que la atribución de la Impunidad a los países latinoamericanos, se debe, en gran medida, a factores históricos, pues se ha enraizado en graves desigualdades y autoritarismos de la región, así como el uso históricamente selectivo de estándares de derechos humanos como instrumentos políticos de guerra y seguridad nacional, ello aunado al hecho de que los infractores de los derechos humanos escapen de la justicia.”

En el caso concreto de Latinoamérica, el sistema penal se caracterizó, inicialmente, por su rigidez y primitividad, aunado a ciertos privilegios o agravantes, dependiendo del extracto social al que se perteneciera¹⁵⁶. En este sentido, manifiesta el Dr. Kai Ambos: *“En Latinoamérica durante la época colonial, regía el derecho penal español,*

¹⁵⁵ Ambos Kai. Óp. Cit., pág. 33.

¹⁵⁶ Básicamente, se trataba de diferencias respecto de disposiciones sobre impunidad e formas de indulto, desde tiempos de los aztecas inclusive.

*así como las leyes de indias, expedidas por los españoles, que contenían reglas dirigidas a la población indígena. Aquí se encuentran, de manera aislada, algunas regulaciones sobre impunidad.”*¹⁵⁷

Esa extraña herencia de constantes violaciones de los derechos que los pueblos latinoamericanos han arrastrando durante siglos, es quizá una de las causas más fuertes en materia de impunidad, pues no sólo se está frente a una “cultura del olvido”¹⁵⁸ que permite a las víctimas continuar dentro del ciclo vicioso de la impunidad, ya que no sólo admiten la moralidad intrínseca de los crímenes por medio de su silencio, sino que en el fondo son con su olvido, cómplices de esas infracciones. Bajo este enfoque se ha dicho que los pueblos latinoamericanos poseen una memoria de “indiferencia”, y no hay nada más grave que la amnesia de los propios pueblos, que permiten una doble violación a sus derechos: el derecho a la justicia, y a no pedir cuentas. No es más que la relación enfermiza de un progresivo deterioro social donde los agresores permanecen impunes amparados paradójicamente en la complicidad silenciosa de las víctimas.

ii. Características Propias de Países en Vías de Desarrollo

Por otro lado, otra causa de la impunidad en Latinoamérica coincide con el hecho de estar conformada ésta por países en vías de desarrollo. No es de extrañar que las violaciones a derechos humanos y su consecuente impunidad se efectúen con mayor frecuencia en países en desarrollo. Quiere decir que hay una cierta proclividad de este tipo de países a que en las relaciones entre el Estado y la sociedad se produzcan violaciones a los derechos humanos (ya sea por

¹⁵⁷ Ambos Kai. Óp. Cit., pág. 33.

¹⁵⁸ Expresión utilizada por Eduardo Galeano al referirse a la Impunidad en los pueblos Latinoamericanos.

comisión de los propios Estados o algunos de sus agentes, o por la falta de garantías y recursos para el acceso a la justicia una vez cometidos éstos).¹⁵⁹ Quizá, no se trata de enfocar a las violaciones de los derechos humanos y por lo tanto, la impunidad, sólo en países como los latinoamericanos, pues las infracciones poseen un carácter universal, así como la falta de sanción de las mismas, razón de más para que la protección sea de igual índole “internacional”, lo que marca la diferencia es el acontecer social e histórico de la humanidad en formas desiguales y por supuesto, como se señaló con anterioridad, la reacción de los pueblos respecto de dichos acontecimientos.

La situación latinoamericana de lograr un Estado de derecho independiente, constituye un reto latente. Conflictos armados, corrupción, pobreza, desempleo, ignorancia, sociedades civiles débiles, reciclaje de antiguas instituciones, falta de recursos para el fortalecimiento de la institucionalidad, resabios de violencia y desigualdad, torturas, discriminación, tratos y penas crueles o degradantes, desapariciones, privaciones arbitrarias de la vida, dictaduras militares entre otros han sido escenarios constantes y desgarradores, que constituyen el caldo de cultivo perfecto para que la impunidad se registre en latitudes de países de Latinoamérica.

iii. Ineficacia en el Cumplimiento de la ley

Otro aspecto fundamental se refiere a la eficacia del cumplimiento de la ley, observancia que debe caracterizarse por ser expedita, efectiva e igualitaria. La percepción de la ineficacia como corolario de un sistema judicial desvinculado del aparato estatal y del respeto a causa de los derechos humanos, por a la carencia

¹⁵⁹ CODEHUCA. Óp. Cit., pág. 25.

en el procesamiento de las diversas infracciones conlleva a la pérdida de credibilidad de las instituciones democráticas. En la medida en que la ciudadanía pierde la confianza en los aparatos encargados de defender contra las infracciones básicas, como son aquellas que atenten contra los derechos humanos, la legitimidad social decae incuestionablemente y, con ello, la posibilidad de respuesta de una sociedad civil participativa en la denuncia, pues es de esperar que se pierda la fe en la administración de justicia. Al respecto, ha manifestado el sociólogo e historiador nicaragüense Oscar René Vargas lo siguiente:

*“No es que las leyes sean malas; lo que ocurre es que éstas se convierten en letra muerta, dando como resultado, aquello de hecha la ley hecha la trampa... contamos con dos realidades: la realidad legal que emana de la Constitución Política y de las leyes; y la otra realidad que emana del abuso del poder y los privilegios que se superponen a la legalidad formal. La falta de respeto de la ley va de la mano de la impunidad.”*¹⁶⁰

Deficiencias Para el caso particular de Latinoamérica al traducirse esa herencia de desigualdad social, política y económica en las estructuras de carácter jurídico, las leyes entran en una serie de suerte sistemática que si bien otorgan vigencia, no así validez. Dejando como resultado un sesgo terrible entre la ley, su cumplimiento y defectible aplicación. *Donde la impunidad se convierte en una forma de vivir por encima de la ley, porque se es más fuerte que la ley,*¹⁶¹ sino que la misma carencia de una adecuada *“Cultura de la legalidad ”*¹⁶² impide en

¹⁶⁰ Vargas René Oscar (2000). Círculos del Infierno: corrupción, dinero y poder. Primera Edición, Centro de Estudios de la Realidad Nacional de Nicaragua CEREN, pág.40.

¹⁶¹ Joly Eva (2003) Impunidad en las entrañas del poder Primera Edición en Español (Traducción de Trinidad Richelet). Argentina. Fondo de Cultura Económica, pág.12.

¹⁶² Tribuna Democrática. (2005). <http://www.tribunademocratica.com> (Consulta: 15 de agosto. 2007).

muchísimas oportunidades reducir el Estado de derecho a la simple noción legalista de que el gobierno hace las leyes y los ciudadanos deben obedecerlas, cuando en el fondo un Estado de derecho es un ideal que se construye día a día, por medio de la creencia compartida de una responsabilidad individual de los ciudadanos por cimentar y mantener la sociedad, bajo el respeto continuo de los derechos humanos. La ineficiencia en la aplicabilidad de las leyes, en forma igualitaria, se traduce en un obstáculo de legitimidad democrática.¹⁶³

La cultura de la legalidad no se trata solamente de cumplir leyes, sino de participar en su elaboración, respetar los derechos de los otros, aceptar la eventual responsabilidad personal que de ella derive, desaprobando ese comportamiento ilegal y poco ético de los otros, se trata al final de cuentas de respetar la ley porque se sabe que ésta se cumple para todos. Sin embargo, el cumplimiento de la ley, tampoco debe bajo ninguna circunstancia implicar para su consecución, la violación de los derechos humanos, no vaya a ser que por querer cumplir los preceptos legales, se violenten éstos mismos. No debe llegarse a ese extremo, pues so pretexto de eliminar peligros inminentes, el poder descontrolado de las agencias de punición podría traducirse, igualmente, en impunidad. Así que el tema del cumplimiento eficaz de la ley en relación con la impunidad es de cuidado, pues puede resultar un arma de doble filo de carácter relegitimante de políticas de prevención general y especial basadas en la intolerancia.¹⁶⁴

¹⁶³ Al respecto, el latinobarómetro reportó en el año 2005 que el porcentaje de ciudadanos que dicen cumplir las leyes decreció en un 25%. Al respecto, puede visitarse la página web: Corporación Latinobarómetro. (1995). <http://latinobarometro.org> (Consulta: 17 de agosto 2007).

¹⁶⁴ Al respecto, puede consultarse el artículo de Eugenio Raúl Zaffaroni llamado "*Los aportes y desarrollos del Poder Judicial en la lucha contra la Impunidad*" IIDH (2001). Verdad y Justicia. Homenaje a Emilio F. Mignone. IIDH, San José, Costa Rica.

iv. Deslegitimidad de las Instituciones Democráticas

Una característica de los países en desarrollo, es que carecen de una verdadera legitimidad institucional, lo cual repercute en todos los ámbitos de aplicación y respeto del orden jurídico que deben representar. Por el lado, la legitimidad, entendida como el conjunto de fuerzas sociales que reconocen el sistema político y las estructuras jurídicas, ello se da cuando los sectores en su mayoría se sienten retribuidos y representados de alguna manera.¹⁶⁵ El problema radica cuando la sociedad deja de sentirse representada o retribuida, ahí es cuando se pierde del todo la legitimidad y, con ello, se pone en riesgo el sistema democrático. En el caso de la impunidad puede decirse que la falta de castigo de las infracciones trae como consecuencia irremediable la deslegitimación de las instituciones estatales.

Si las Instituciones democráticas carecen de legitimidad, la población se siente desamparada, pues no tiene la confianza de poder hacer valer sus derechos y que éstos les sean garantizados. La legitimidad intrínsecamente supone la no existencia de desigualdades legales, de privilegios y exenciones para unos pocos, requiere de eficacia en los procesos de hacer valer los derechos, de justicia para ricos y pobres.

En definitiva, la impunidad, sea cual fuere su origen, altera la historia y produce consecuencias nefastas sobre el propio entorno social en el que se desarrolla: deforma el conocimiento crítico de lo cotidiano, de la información, o de la participación política. Allá donde reina o ha reinado la impunidad, se produce una especie de vacío que no se llena con meras reflexiones teóricas, sino con una

¹⁶⁵ CODEHUCA, Óp. Cit, pág. 28.

actitud crítica y una acción beligerante frente a ella. La impunidad como concepto y fenómeno pasa a ser analizada a continuación.

2. Concepto: Impunidad

a) De la Impunidad en Sentido Amplio

La palabra impunidad proviene del sustantivo latino *impunita - atis* término que indica en forma literal “sin castigo”, en la actualidad su significado continúa invariable, pues bien lo define la Real Academia de la Lengua Española como “la falta de castigo”. De igual forma Kai Ambos define impunidad como: “*la ausencia de pena, no punibilidad.*”¹⁶⁶ En el mismo sentido ha manifestado el profesor Barahona en su libro Corrupción e Impunidad: correlaciones e implicaciones lo siguiente:

*“La impunidad ha de entenderse como falta de castigo, de investigación, de justicia. La posibilidad de cometer delitos –desde robos comunes hasta violaciones, torturas y homicidios- sin tener que sufrir pena alguna. Y por lo tanto, la aprobación implícita de la moralidad de esos crímenes.”*¹⁶⁷

La impunidad ha de concebirse como un problema estructural, que deviene de la negación de la justicia y la ausencia de castigo, ya sea por razones de derecho o de hecho, pero cuyas repercusiones, irremediablemente, atacan directa o indirectamente la estructura social y el Estado de derecho. Se trata del más

¹⁶⁶ Ambos Kai. Óp. Cit., pág. 29.

¹⁶⁷ Barahona Kruger Pablo Óp. Cit., pág. 105.

terrible olvido de los pueblos, pues su práctica cotidiana se reviste de desigualdad, injusticia y validación de conductas delictivas.

Precisar la ausencia del cumplimiento de la justicia y, por lo tanto, la violación de derechos fundamentales jamás será una tarea fácil, menos aún en un Estado que hace llamarse “de derecho” y de cuya Constitución emana la garantía de toda persona para acceder a la justicia, es allí cuando la impunidad deja de ser un mero “fenómeno jurídico”, y se convierte en un “*problema estructural*”¹⁶⁸ pues sería ingenuo pensar que la impunidad se circunscribe al ámbito meramente jurídico. La acción u omisión del Estado y de los ciudadanos conlleva a la impunidad, cuya inevitable consecuencia reside en el detrimento de las instituciones sociales y, por supuesto, democráticas. Bien dijo el Premio Nobel de la Paz Adolfo Pérez Esquivel “*La democracia no se puede construir sobre la impunidad*”.

Impunidad es un concepto que sobrepasa las líneas de la mera terminología legal, se trata de un asunto social, cultural, económico, ético y hasta psicológico, cuyas repercusiones la hacen ponderarse en una esfera que excede lo meramente jurídico y, por lo tanto, acreedor de llamarse un “fenómeno instaurado”. Pues la impunidad es tan sólo la “punta del iceberg” debajo del cual puede encontrarse una infinita gama de injusticias, crimen, y por supuesto corrupción.

A causa de que la “sistematización” de dicho fenómeno ha sido escasa y varía de país a país dependiendo de las experiencias propias, el concepto de impunidad será estudiado en una doble clasificación: impunidad normativa o de

¹⁶⁸ Barahona Kruger Pablo Óp. Cit., pág. 106.

derecho y la impunidad fáctica o de hecho, esta última con tres subclasificaciones denominadas: legal, procesal y ético cultural. Todas explicadas a continuación.

b) De la Impunidad en Sentido Estricto

Existen una gama innumerable de tipos de impunidad, sin embargo con el afán de abarcar en forma un poco más genérica el fenómeno, la presente investigación las clasifica en dos grandes grupos: la impunidad de derecho o normativa y la impunidad de hecho o fáctica.

i. Impunidad Normativa

Se entiende por *Impunidad de Derecho o Normativa*, también llamadas leyes de Impunidad, a todos aquellos mecanismos formales, preestablecidos por un Estado, que abren portillos creados legalmente, tendentes a proteger, avalar y hasta fomentar la impunidad. Se trata de figuras jurídicas que por estar amparadas a derecho, no suelen considerarse como parte del problema de la impunidad; sin embargo, son quizá una de las formas más peligrosas de este fenómeno, precisamente por ser patrocinadas por la legalidad que vale recordar, no siempre coincide con la justicia ni la ética. Al respecto ha manifestado el profesor Barahona:

“Si se establece un análisis riguroso y netamente juricista, podría concluirse que los casos de impunidad de derecho no son impunidad realmente, dado que se amparan a la ley o, en todo caso, se subordinan a acciones amparadas a derecho. No obstante, ésta no pareciera ser la tesis correcta, pues como bien se aclaró desde los apuntes introductorios, la

*impunidad no es un problema de índole legal exclusivamente, sino que comporta también elementos de ética.”*¹⁶⁹

La impunidad de derecho puede observarse en figuras jurídicas como: el indulto, la amnistía, los estados de necesidad, la prescripción en ciertos casos, excusas absolutorias, y no puede faltar en la lista, el tema central de esta tesis: las inmunidades. Mecanismos que se particularizan por obstaculizar la justicia y esconder bajo su manto de permisibilidad o de abstracción judicial, conductas ilícitas que quedan sin punición. Lo peor de todo, es que son legales, son derecho: derecho de unos cuantos a delinquir sin ser castigados.

Es lo que el profesor Barahona llama “*el derecho a la impunidad, o lo que es igual, la impunidad como derecho.*”¹⁷⁰ Lo más preocupante de este tipo de impunidad normativa, es que se confunde lo legal con lo ético y en proporciones desiguales, ya que los parámetros de aceptación delictiva solamente se aplican para unos pocos y en ciertos casos. A ello, habría que sumarle la distorsión con la que dichos instrumentos contribuyen en la formación de criterios ético culturales que se traducen no sólo en la mera percepción teórica, sino que también en la denuncia y la reportabilidad temas que serán analizados más adelante.

Es preciso recordar que no toda ley necesariamente obedece a razones éticamente correctas, y que si bien se está “legitimado para” ello, no implica “per se” la moralidad de la acción. La impunidad trasciende lo meramente jurídico y precisamente su acepción normativa, ejemplifica lo dicho. Negar la impunidad de derecho por encontrarse legalizada, es inclusive peor que no visualizar las impunidades de hecho, pues es más peligroso todavía contar con figuras avaladas

¹⁶⁹ Barahona Kruger Pablo Óp. Cit., pág. 106.

¹⁷⁰ Ídem.

institucionalmente (legal y hasta Constitucional) capaces de socavar la propia institución que les dio vida. Continúa el profesor Barahona afirmando:

*“Defender la tesis de que no existe impunidad allí donde la ley no lo señala, sería validar las leyes borrador, que no pretenden sino borrar o desaparecer actuaciones que si fuesen perseguibles se tornarían más visibles y por ende reprochables.”*¹⁷¹

Se trata de una de las caras de la impunidad selectiva, que en el presente trabajo se denominará *positiva*, pues se está frente a un asunto de políticas criminológicas excluyentes y promotoras de cierto tipo de criminalidad. Para el caso que ocupa esta investigación (las inmunidades) dicha selectividad normativa positiva, podría, inclusive, llegar al fomento de una criminalidad de élite. Se abren puertas legales para que por medio de una ley se faciliten los obstáculos idóneos para cometer ilícitos y escapar campante de la justicia.

ii. Impunidad Fáctica

La otra bifurcación de la impunidad se trata de la *Impunidad de Hecho o Fáctica*; ésta, por su parte puede presentarse bajo una serie de factores: legales, procesales y ético- culturales. La impunidad de hecho es aquella que no amparada por el derecho, promueve la falta de sanción de conductas antijurídicas.

¹⁷¹ Ídem.

- **Legal (Selectividad Negativa)**

En el primero de los casos la impunidad fáctica se presenta bajo una perspectiva de ausencia legal, más bien se trata de la falta de penalización de ciertas conductas que no son consideradas ilícitas por el ordenamiento jurídico. Se trata de la no penalización de formas delictivas. Al respecto, ha manifestado el Dr. Kai Ambos:

*“Impunidad... implica la no penalización de comportamientos (acciones u omisiones), que encajan en principio en el derecho penal nacional material y que hacen parte de la criminalidad común, pero que desde un primer plano fáctico, no se encuentran penalizados a causa de los escasos fundamentos normativos.”*¹⁷²

Esta sería la contracara de la impunidad selectiva en su acepción *negativa*, la cual en contraposición a la *positiva*, no criminaliza conductas que si bien son consideradas indebidas, malas, o desviadas por la sociedad, no poseen, formalmente el carácter de delito y por lo tanto, no son sancionables ni perseguibles por los mecanismos formales (represivos) de control social, sin que ello quiera decir que exista repudio en las esferas informales de la sociedad. El efecto sería el mismo: la falta de sanción, no específicamente de delitos tipificados, sino de crímenes “informales” que afectan la sociedad, y aún así escapan del castigo y de la justicia por la supresión de normas penalizantes.

Debe quedar claro, de que la respuesta a los problemas de impunidad no residen, necesariamente, en la proliferación de normas punitivas, todo lo contrario, es un asunto de certeza del castigo de las normas existentes y no tanto de

¹⁷² Ambos Kai. Óp. Cit., pág. 32.

prevención general. Existe, sin embargo, una necesidad inaplazable por parte del derecho y, de ello, no escapa la rama penal, de seguirle el hilo a la realidad cambiante de toda sociedad y siendo el delito parte intrínseca de la misma, es de esperar que el ordenamiento se adapte a esas nuevas formas que generan conflicto. Ello, sin embargo, ya cae en un asunto de política criminal.

- **Procesal**

El segundo supuesto de la impunidad de hecho, se traduce en el aspecto procesal, entendiendo dentro de éste a todas aquellas posibles ventanas dentro de un proceso, por las cuales puede filtrarse la impunidad. Dentro de la misma puede encontrarse cuatro fases en las cuales se presenta la impunidad procesal, donde existen algunas diferencias dependiendo del estado del proceso: la fase de denuncia, la fase de investigación, la fase procesal en sentido estricto y la fase de ejecución. Así mismo, dentro de cada respectiva fase puede presentarse diversas formas de manifestación, que serán detalladas líneas abajo.

Pertinente es señalar en qué consiste cada fase. La *fase de denuncia* es aquella donde opera el accionar por medio de una acusación formal o informal, al sistema judicial para que conozca acerca de la eventual comisión de un hecho delictivo. La impunidad en esta fase es producto de la omisión de la denuncia por parte de la persona conocedora del ilícito (víctima, testigo o Estado), quien por diversas razones desatiende la posibilidad de accionar el aparato represivo. En materia criminológica se denomina a este fenómeno “reenvío”. Acá la responsabilidad recae sobre los ciudadanos y el Estado, se caracteriza la impunidad por la falta de denuncia que traerá como consecuencia la llamada cifra oscura de la criminalidad. Al respecto, manifiesta el Dr. Kai Ambos:

*“La impunidad representa de hecho una preclusión anticipada, como quiera que en ese caso nunca se llega a un proceso de investigación. La responsabilidad recae sobre los ciudadanos mismos, ya que no reportan determinados hechos, en este caso el Ministerio de Justicia Colombiano habla de una responsabilidad social.”*¹⁷³

La fase de *Investigación* por su parte, consiste en la etapa posterior a una denuncia o aquella realizada de oficio por parte de organismos de investigación estatal, es el estadio donde se buscan las pruebas pertinentes para realizar formalmente, una acusación y poder procesar a un individuo que se presume ha cometido alguna conducta tipificada como delictiva en un ordenamiento jurídico. La impunidad en esta fase opera por la falta de recursos para la investigación, la congestión de las autoridades para investigar, la no identificación del autor de la conducta o la corrupción interna. Continúa manifestando el Dr. Ambos en éste sentido lo siguiente: *“En la impunidad investigativa, la responsabilidad recae sobre las autoridades encargadas de investigar, en la impunidad por congestión en la justicia estatal.”*¹⁷⁴

La fase del proceso, en sentido estricto, corresponde en el momento desde que se activa formalmente los tribunales de justicia con la acusación formal, producto de las dos fases anteriores, desde ese momento hasta que el juez dicta sentencia. La impunidad ocurre, generalmente, por la falta de pruebas incriminatorias, las leyes procesales especiales, la congestión judicial, actividad delictiva en contra de las partes procesales, también llamada impunidad delictiva, o la propia corrupción judicial. Manifiesta el Dr. Ambos:

¹⁷³ Ambos Kai. Óp. Cit., pág. 37.

¹⁷⁴ Ídem.

*“... en el caso de la impunidad delictuosa, por el contrario se trata más de una forma fáctica de impunidad, ya que los correspondientes resultados procesales son obstaculizados a través de medidas coercitivas en contra de las partes procesales.”*¹⁷⁵

La última fase corresponde a la *fase de ejecución*, es precisamente acá donde debe hacerse valer la justicia una vez que se confirmó por parte de autoridad competente la comisión y responsabilidad del hecho delictivo achacable a un individuo determinado. La impunidad se verá manifestada cuando existiendo una sentencia condenatoria no llegue a ejecutarse por diversas razones o se ejecute en forma parcial o privilegiada, dejando como efecto la no sanción del ilícito aún comprobado e individualizado éste por los Tribunales de Justicia. También, será manifiesta la impunidad en ésta fase cuando no exista una adecuada compensación y reparación del daño hacia la víctima. Continúa el Dr. Ambos diciendo:

*“Se puede hablar de una forma adicional de impunidad... en los casos que no exista compensación y rehabilitación de la víctima... de acuerdo con esto la reparación presupone el deber de perseguir y sancionar a los autores. La impunidad contraviene directamente el deber de reparar adecuadamente toda vez que se hay ocasionado una violación a los derechos humanos”.*¹⁷⁶

Cada fase dentro de la impunidad procesal consiste en una cadena que irremediamente, se conecta mutuamente y que deriva en la no sanción que caracteriza y define al fenómeno, ya sea por la falta de denuncia, investigación, responsabilización del delincuente o de ejecución adecuada de una sentencia condenatoria. No queda demás mencionar que desde este punto de vista procesal

¹⁷⁵ Ambos Kai. Óp. Cit., pág. 37.

¹⁷⁶ Ambos Kai. Óp. Cit., pág. 38.

la impunidad se relaciona claramente con aspectos como la cifra negra, la corrupción judicial y demás factores criminológicos que se exponen más adelante.

- **Cultural**

El tercer supuesto de impunidad de hecho es lo que, el presente trabajo denomina impunidad Cultural dicha categoría atiende a la impunidad producto de la falta de conciencia social, de denuncia de los ilícitos como fenómeno cultural, propio de las civilizaciones latinoamericanas, donde la historia ha demostrado que por desgracia, se está frente a pueblos sumisos, que agachan la cabeza a sus gobernantes. Una cultura de callar y olvidar las atrocidades cometidas, es quizá, el más peligroso factor de hecho, que promueve la impunidad. La falta de coraje y de exigencia a nuestras autoridades, convierte a los países latinoamericanos en pueblos dóciles, y mercedores hasta cierto grado, de impunidades y corrupciones inimaginables. La lucha contra la impunidad requiere necesariamente del reproche social del fenómeno. Al respecto, el profesor Barahona ha expresado:

“Como se ha dicho, el control ciudadano ejercido mediante el reproche y la fuerte sanción moral de la sociedad deben ser el denominador común de toda estrategia de la lucha contra la corrupción e impunidad.”¹⁷⁷

Acá las víctimas, muchas veces, son también partícipes por omisión. Callar las injusticias de las heridas de una memoria histórica plasmada de impunidades, es un reto todavía en la mayoría de los países. La cultura del olvido es una de las peores formas de impulsar la Impunidad. Mientras los pueblos no decidan romper el silencio y las ataduras frente a la denuncia y exigencia de justicia, la impunidad seguirá siendo un fenómeno de magnitudes catastróficas como hasta ahora. El

¹⁷⁷ Barahona Kruger Pablo Óp. Cit., pág. 172.

mayor inconveniente es que si un crimen no es castigado, la sociedad implícitamente lo absorbe como un acto aprobado por el *ius puniendi*. Y como consecuencia de esa ausencia del poder de castigo oficial, deviene la falta de sanción moral por parte de la sociedad.

No puede dejarse pasar por alto el aspecto ético, pues es de esperar que a un pueblo no se le puede pedir que diga, haga y denuncie, si nunca se le ha enseñado a dudar de lo que los demás dicen, hacen o dejan de hacer. El componente ético en este asunto de la impunidad, devuelve al concepto de “*problema estructural*,” pues si bien jurídicamente se está ante un supuesto de falta de castigo y justicia, el problema trasciende lo legal. La cultura de la impunidad es, sin duda, un asunto de educación ética y moral.

La falta de rendición de cuentas que encarna la figura de la impunidad posee repercusiones frente al futuro, asumir esa lucha es parte de la autoconciencia multifactorial y multisectorial que logre incorporar una dimensión ético jurídica del deber ser social. Imprescindible resulta abarcar el fenómeno desde una óptica cultural, pues aunque existan los mecanismos formales y materiales para combatir la impunidad, a final de cuentas se requiere de la participación y exigencia ciudadana.

TITULO SEGUNDO: DEL ENFOQUE CRIMINOLÓGICO

CAPÍTULO I: Impunidad una Perspectiva Criminológica

Sección I: Impunidad en la Historia del Pensamiento Criminológico

1. De la Impunidad en los Orígenes Precientíficos del Pensamiento Criminológico

Precisar la trayectoria histórica de un fenómeno de magnitudes titánicas como lo es la Impunidad – aún y circunscrito al ámbito de la criminología- , resulta simplemente imposible. Conviene, sin embargo, para la presente investigación hacer un esfuerzo y procurar ajustar la historia a la brevísima explicación que puede rescatarse de la doctrina al respecto. Elucidaciones expuestas a continuación.

Inevitablemente, hablar de impunidad es hablar de castigo o mejor dicho de la falta de éste, razón demás para esperar que el desarrollo histórico del fenómeno se centre en los discursos críticos¹⁷⁸ (originalmente) propios de toda pena, sus diversas manifestaciones y, principalmente, la falta de éstas a través de los tiempos. La impunidad entendida como la falta de castigo por la comisión de un hecho delictivo, vista desde un enfoque de omisión estatal punitivo, como pretende esta tesis, debe situarse como consecuencia de la contraparte del llamado *ius puniendi*, pues si bien la historia de la humanidad ha logrado legitimar la facultad sancionatoria del Estado, así mismo debe dar respuesta lógica a la

¹⁷⁸ En la época de los llamados “precursores” de la criminología, se utilizó la herramienta de la filosofía penal como base de la exposición de discursos críticos más no científicos, ello ha llevado a hablar de la “pre historia” de la criminología y de los “precientíficos” en contraposición a las escuelas posteriores que sí son consideradas científicas en sus intentos de explicar el fenómeno de la criminalidad.

omisión de lo que no sólo constituye un derecho de penar, sino que un deber de impartir justicia.

Desde épocas muy antiguas, el derecho penal ha luchado por hacerse público, la constante disputa entre lo que originalmente consistieron “venganzas de sangre,” y lo que, posteriormente, se asentó en la justificación de un *ius puniendi*, reside en el llamado derecho objetivo, que establece por medio de ley lo que es delito y su eventual castigo ante la infracción normativa. En tiempos romanos, con la lucha entre *delicta privata* y las llamadas *crimina pública* se hace evidente la necesidad de una reforma política de las cuestiones referentes al castigo “privado”, no fue sino hasta la Ley de Sila (año 80 – 82 A.C.) que se logró, de alguna manera, reforzar la publicidad de la pena romana.¹⁷⁹ Con el nacimiento de la publicidad de las penas en manos de una autoridad gubernamental nace propiamente lo que en ésta investigación se denomina impunidad, pues es casi imposible reprochar la falta de castigo que deviene de la voluntad privada de las llamadas “venganzas de sangre”, ya que quedaba a discrecionalidad de la víctima o su familia, el resarcirse o no.

Todavía, en la Edad Media, la incansable lucha por medio de los *fueros* y la contraposición entre el poder público y la actuación familiar (venganzas de sangre y composición) dieron lugar a un progreso paulatino y nada garantista, por parte de las monarquías para transformar el castigo en una verdadera pena pública. Nace con ello una serie de métodos inquisitivos¹⁸⁰ que se caracterizaron por su

¹⁷⁹ Jiménez de Asúa Luis. (1947). El Criminalista Tomo I. Orígenes de la Filosofía Penal Liberal. Editorial. Pág. 16.

¹⁸⁰ En la Europa del siglo XIII hasta principio del XVIII imperó el proceso inquisitivo, caracterizado por el total irrespeto del ser humano, la tortura era el pan diario de miles de inocentes y culpables que fueron sometidos a inimaginables suplicios, para averiguar la “verdad”. Se partía no de un estadio de inocencia, sino más bien de culpabilidad en el proceso, que dirigía un juez (generalmente lego y sin conocimientos jurídicos) que avalaba de oficio la discrecionalidad en la imposición de penas, la confusión entre delito y

negación esencial a la dignidad humana en todas sus formas. Bajo ese escalofriante escenario, ciertos individuos comenzaron a cuestionar las ideas y prácticas de la época, criticaron la falta de sensibilidad en el trato inhumano del proceso, la arbitrariedad de las sentencias, la carencia de una adecuada defensa del imputado, la falta de proporcionalidad en las penas. Empieza de esta manera, una revolución intelectual que, posteriormente, lograría restaurar humanitarismo y la defensa, así como la garantía del hombre como fin.¹⁸¹

Respuesta a esa fase de oscurantismo, deviene la llamada época del *Aufklärung Alemán* y del *Enciclopedismo Francés* tiempos de iluminismo en la Filosofía Penal. La prócer mano del derecho penal alemán y su filosofía idealista dieron lugar, incluso con anterioridad a los franceses,¹⁸² - una serie de discursos críticos en contra de los tratos inhumanos producto de la imposición de penas y demás atropellos de la Inquisición. Afirma Luis Prieto Sanchís “... *no debe sorprender el interés que los filósofos y juristas ilustrados mostraron por el régimen de la Monarquía absoluta; el siglo XVIII no fue solamente el siglo de la razón, fue también el siglo de los sentimientos y la filantropía.*”¹⁸³ Por ello que el pensamiento precientífico criminológico referente al tema de la impunidad, posee un marcado componente de denuncia, respuesta al contexto infrahumano del sistema penal de la época, basado principalmente en la institución desgarradora de la pena y su aplicación sórdida y desigual.

pecado, la desigualdad entre nobles y plebeyos, la inhumana tortura, la denuncia anónima, las sentencias sin fundamentación y por si no fuera poco, la imparcialidad de ser acusador y juez al mismo tiempo.

¹⁸¹ Principio categórico Kantiano.

¹⁸² Constante aseveración de Francisco P. Laplaza, al respecto manifiesta Jiménez de Asúa “(...) *las construcciones liberales han de proclamar su descendencia de la filosofía idealista alemana, y han de reconocer la paternidad de Kant y de sus sucesores*” Ídem.

¹⁸³ Prieto Sanchís Luis (1985). La Filosofía Penal de la Ilustración. Madrid, España. Tercera Edición. Editorial de la Universidad Complutense, pág. 36.

No cabe duda de que el problema del *ius puniendi* (tanto en su representación de fortalecimiento como de delimitamiento) adquiere una relevancia especial en el siglo de las luces, de Montesquieu a Kant, de Rousseau a Beccaria, y el mismo Jean Paul Marat, la filosofía de la pena representa una de esas dimensiones prácticas que se apartan de la mera especulación metafísica. Verbigracia de ello, las siguientes citas de mentes ilustres que hicieron acotación al tema de la impunidad.

En su libro El espíritu de las leyes manifestó Montesquieu que el problema del delito radicaba más en la falta de castigo propiamente, que en la eventual pena a imponer. Es pertinente mencionar que la lucha contra las penas inhumanas herencia de la época inquisitiva, fue quizá el motor principal de afirmaciones como ésta, sin que por ello dejen de tener razón y aplicabilidad hoy día. Dijo Montesquieu: *“Si examinamos la causa de todos los relajamientos, veremos que proceden siempre de la impunidad, no de la moderación de los castigos.”*¹⁸⁴ En este mismo sentido, se manifestó Cesare Beccaria, bajo igual tema de la infalibilidad de las penas, se aproximó acertadamente a la concepción de impunidad al manifestar que:

*“No es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la infalibilidad de ellas .La certidumbre del castigo, aunque moderado, hará siempre mayor impresión que el temor de otro, más terrible, unido con la esperanza de la impunidad.”*¹⁸⁵

¹⁸⁴ Montesquieu. El espíritu de las Leyes Libro VI, capítulo XII. Bogotá, Colombia. Ediciones Universales Bogotá.

¹⁸⁵ Beccaria Cesare (1988). De los delitos y de las penas (Traducción de Juan Antonio de las casas). Madrid Editorial Alianza, págs. 71 -72.

Sin embargo, Beccaria no deja el tema de la impunidad allí, sino que todavía se adentra más y lo lleva a rechazar inclusive cualquier manifestación posible de falta de castigo presente en diversas formas como el asilo, el indulto y demás expresiones de perdón del ofendido, así como las prescripciones de delitos atroces, adelantándose -como es de esperar de una mente preclara- a situaciones jurídicas reprochables siglos después. Es acá donde puede apreciarse en forma directa una crítica a las figuras que bajo la presente investigación se denominan como “Impunidad Normativa”, crítica que constituye un avance impresionante al tema de la impunidad, producto de instrumentos de derecho, clave en la presente investigación. Dr. Javier Llobet en su libro sobre este célebre personaje Cesare Beccaria y el Derecho Penal de Hoy señala parafraseando al Marqués de Milán:

“La persuasión de no encontrar un palmo de tierra que perdonase a los verdaderos delitos sería un medio efficacísimo de evitarlos. Regla general en todo delito, que por su naturaleza debe las más veces quedar sin castigo, las penas son un incentivo.”¹⁸⁶

De igual manera, pueden verse en Beccaria una crítica implícita a los institutos que en la época violentaban la igualdad de la aplicación de la ley, siendo reconocible que dentro de las distinciones favoritistas de aquellos tiempos, Beccaria perteneció a la nobleza de la cual se pronunció en contra de los privilegios infundados que gozaba, ello al manifestar: *“... la sensibilidad del reo no es la misma de las penas, sino el daño público, tanto mayor cuando es causado por quien está más favorecido.”¹⁸⁷* Lo anterior es respuesta a la desigualdad, que se vivía entre nobles y plebeyos, pues tratándose de penas y castigos a los primeros no se les sometía a la tortura (salvo el caso de delitos graves), así mismo

¹⁸⁶ Llobet Rodríguez Javier (2005). Cesar Becaria y el derecho Penal de Hoy . San José, Costa Rica. Segunda Edición Editorial Jurídica Continental, pág. 211.

¹⁸⁷ Citado por: Llobet Rodríguez Javier. Óp. Cit., pág. 411.

contaban con jurisdicciones especiales, no les aplicaba pruebas corporales infamantes, ni podían ser objeto de pena de muerte en la horca como el resto de los individuos, Sus penas eran pecuniarias, presidios, destierros, etc.

Todo ello llevaba, generalmente, a la impunidad de los reos nobles, en contraposición de una plebe que pagaba en exceso por, quizá, igual o menor falta. La preocupación del Marqués de Milán por la infabilidad de las penas lo llevó hacer aseveraciones tan fuertes para la época, y por qué no, continúan fuertes para algunos hoy día como ésta:

“La clemencia es virtud del legislador no del ejecutor de las leyes; que debe resplandecer en el código, no en los juicios particulares; que hacer ver en el hombre la posibilidad de perdonar los delitos, y que la pena no es necesaria consecuencia suya, es fomentar el halago de la impunidad y manifestar que pudiéndose perdonar, las sentencias son más bien violencias de la fuerza que providencias de la justicia. ¿Qué debemos pensar cuando el príncipe concede perdón, esto es, la seguridad pública a un particular, y que con un acto privado de mal entendida beneficencia forma un decreto público de impunidad?”¹⁸⁸

Otra de las mentes preclaras fue el médico francés Jean Paul Marat, un grande del pensamiento penal ilustrado, pero su relevancia sobrepasa el ámbito meramente jurídico, pues de igual forma abogó hasta su muerte por la defensa de un verdadero Estado Social. Respecto del tema de la impunidad, el autor del “Plan de Legislación Criminal”, era de la misma línea de pensamiento antes expuesta por Beccaria y Montesquieu, como bien lo explica el Dr. LLobet, “*Se pronunció por que el rigor de las penas no es lo que previene los delitos, sino la inflexibilidad en su aplicación, considerando que la impunidad es lo que vuelve a las leyes*

¹⁸⁸ Beccaria Cesare. Óp. Cit. Pág. 111 – 112. En el mismo sentido ver LLobet Rodríguez Javier. Óp. Cit., pág. 209.

impotentes, lo que lleva a criticar el perdón a los delincuentes".¹⁸⁹ Quizá, aún más que Beccaria, Marat profundiza en forma considerable el aspecto de la desigualdad de tratos, criticando fuertemente las circunstancias de cada individuo que incluso para su concepción podrían agravar el crimen, pues para Marat las diferencias económicas, educacionales y hasta las mentales hacían la diferencia en cada caso concreto.¹⁹⁰ Al respecto, dijo el autor francés:

*"He dicho que por el mismo delito debe infringirse igual castigo a todo delincuente. Sin embargo, esta ley no sería justa más en un Estado fundado sobre la igualdad y cuyos miembros gozasen poco o menos las mismas ventajas. La naturaleza ha establecido grandes diferencias entre los hombres y la fortuna las ha establecido mucho mayores. ¿Quién no ve que la justicia debe tener siempre en consideración las circunstancias en que el culpable se encuentra, circunstancias que pueden agravar o atenuar el crimen?"*¹⁹¹

Abogaba Marat, por la prevención del delito y afirmaba que *"... en toda sociedad bien ordenada, se cuida más de prevenir los crímenes que de castigarlos."*¹⁹² Así mismo, manifestó que no era la dureza de las penas lo que disuadía al delincuente de cometer un crimen, sino más bien la firmeza y certeza en la aplicación, argumento que lucha en contra de la impunidad.

Los aportes de la filosofía penal producto del iluminismo, si bien, discursos meramente críticos característicos de una época precientífica antecesora de la

¹⁸⁹ Llobet Rodríguez Javier (2006). "Jean Paul Marat y la ilustración penal". Revista CENIPEC. No. 25: 273 - 306. Enero- Diciembre, pág. 286.

¹⁹⁰ A diferencia de Beccaria quien sólo toma en cuenta la gravedad del hecho al valorar la proporcionalidad entre el delito y la pena y deja por fuera la culpabilidad del sujeto, olvidando a los enfermos mentales. Ver Llobet Rodríguez Javier. *Óp. Cit.*, pág. 227.

¹⁹¹ Llobet Rodríguez Javier. (2006) "Jean Paul Marat y la ilustración penal". Revista CENIPEC. No. 25: 273 - 306. Enero- Diciembre, pág.296.

¹⁹² Prieto Sanchís Luis. *Óp. Cit.*, pág. 338.

criminología *propriamente* dicha, no por ello dejan de tener impresionante concordancia con la impunidad como fenómeno de estudio hoy en día, recalcando que se trata de un problema de antaño y siempre cuya resonancia en el ámbito jurídico como social ya preocupaba en el siglo XVIII a mentes preclaras. De las acotaciones expuestas puede concluirse que las críticas al fenómeno de la impunidad versaban primordialmente en la preocupación por la certeza del castigo, y no tanto en la gravedad de éste, de igual manera se criticó la desigualdad en la aplicación de las penas dependiendo del sector social al que se perteneciera, y la creación de institutos jurídicos que condonaban a capricho del Monarca los delitos.

Las ideas anteriores fueron bases fundamentales para que la Criminología posterioridad abordara el tema de la Impunidad y sus diversas manifestaciones, por medio de doctrinas expuestas a continuación.

2. De la Impunidad en el Pensamiento Criminológico Contemporáneo

Dentro del enfoque de la “criminalidad dorada” producto de instrumentos normativos como las inmunidades y su eventual impunidad de derecho, en relación con el pensamiento criminológico moderno puede nombrarse a las Teorías de la Anomia de Durkheim y Merton, así como la Criminalidad de cuello blanco de Sutherland.

a) Teoría de la Anomia

i. Émile Durkheim

El término *anomia* fue originalmente utilizado por el Francés Emile Durkheim, para quien bajo su estructuralismo funcionalista la anomia era sinónimo de la ausencia de normas, fase excepcional producto de ciertos cambios sociales bruscos donde la sociedad deja de actuar con fuerza reguladora de los deseos humanos ilimitados, lo cuales excesivos ponen en entredicho la "...funcionalidad de la necesaria y normal de la criminalidad."¹⁹³ Al respecto ha dicho el Dr. Fernando Cruz Castro bajo la concepción del profesor Antonio García – Pablos de Molina que *"... el término anomia se refiere a ciertos estados de vacío o carencia de normas en una sociedad, que provoca entre otras consecuencias, la conducta desviada de algunos de sus miembros. Esta situación de crisis guarda estrecha relación con la estructura, organización y el grado de desarrollo social."*¹⁹⁴ Los planteamientos de Durkheim son rescatables -dentro del contexto coetario al positivismo criminológico del siglo XIX-, siendo éste francés ideológicamente contrario a la corriente de "moda" de la época, sin que ello sorprenda, pues era normal que las posiciones ideológicas fueran discordantes entre italianos y franceses.

¹⁹³ Larrauri Elena (1992). La herencia de la Criminología Crítica. Segunda Edición en Español. Siglo XXI editores de Colombia s.a., pág. 5. Es pertinente recordar que desde un enfoque de funcionalismo estructuralista – para el caso particular de Durkheim- , la criminalidad podía ser vista como normal e incluso necesaria, ya que la reacción social ante ella producía sentimientos de cohesión. El problema nacía cuando la criminalidad se tornaba en disfuncional. Ver Durkheim Emile (1937). La Sociología y las Reglas del Método Sociológico. Santiago de Chile. Editorial Cultura, pág. 215.

¹⁹⁴ Cruz Castro Fernando (1994). *"Discriminación e ineficiencia en la persecución del delito económico: la inevitable perversión del sistema penal"* Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Año 6, número 9. Noviembre de 1994.

La Teoría de la Anomia propuesta por este sociólogo francés, puede ser analizada desde la perspectiva de la impunidad bajo dos de sus supuestos, el primero de ellos sería la Impunidad Fáctica en su acepción legal y el segundo, la Impunidad Normativa.

La Impunidad Fáctica en su acepción legal¹⁹⁵ y la Teoría de la Anomia propuesta por Durkheim, poseen cierta similitud de análisis, pues en ambas es la carencia normativa la que provoca el problema; la diferencia, sin embargo, reside en la consecuencia, siendo para la anomia de Durkheim la conducta desviada¹⁹⁶ y para la Impunidad de Hecho en su enfoque legal, la falta de sanción de una conducta no normada. Cabe rescatar que el razonamiento es el mismo, pues en ambos enfoques es el vacío normativo el que conduce a la conducta desviada; se agrava, sin embargo, en el supuesto de la Impunidad Fáctica, legal, precisamente por quedar dicha conducta sin castigo.

Por otro lado, si quisiera relacionarse la *anomia* de Durkheim con el fenómeno de la impunidad de derecho,¹⁹⁷ habría que enfocar el ejercicio en las diferencias y no en las similitudes, es decir que si bien ciertos estados de vacío normativo pueden provocar conductas desviadas como lo llegó a plantear Durkheim, también así las mismas normas podrían generar actuaciones delictivas, siendo el estudio de tal aseveración, fundamental en la presente investigación respecto del tema de las Inmunidades. Pues no es solamente la ausencia de la norma (prohibitiva o no) lo que fomenta la conducta delictiva, sino que es todavía más atizada la conducta

¹⁹⁵ Se llama Impunidad Fáctica Legal a la falta de penalización de ciertas conductas que no son consideradas ilícitas por el ordenamiento jurídico.

¹⁹⁶ La conducta desviada desde este enfoque debe ser percibida como aquella que sí pudiera convertirse en delito, pues no hay que pasar por alto, que no toda conducta desviada es per se delictiva.

¹⁹⁷ Impunidad de derecho son a todos aquellos mecanismos formales, preestablecidos por un Estado, que abren portillos creados legalmente, tendentes a proteger, avalar y hasta fomentar la impunidad.

promovida por la misma norma. Aunque la norma en forma directa no incite al delito, la facilidad para su comisión vista retribuida en un fuero de protección ante el castigo de éste, hacen pensar que el costo – beneficio de incurrir en la conducta delictiva promueve indirectamente el delito.

A pesar de la originalidad del concepto de la *anomia* para la época, se trató de un enfoque discursivo bastante generalizado, que es retomado por el estadounidense expuesto a continuación.

ii. Robert Merton

Posteriormente, el sociólogo estadounidense Robert Merton replantea el término de la anomia propuesto originalmente por Durkheim, donde la anomia es lo que resulta de la ruptura entre dos estructuras sociales. Para Merton, la anomia es una situación permanente caracterizada por la discordancia entre los valores creados culturalmente y los medios lícitos de la estructura social y económica para alcanzarlos. Por un lado, la estructura cultural impone una serie de valores condicionados y condicionantes y, por otro lado, hay una paradójica imposibilidad de satisfacción de los mismos por la carencia de medios suficientes y lícitos para la consecución de dichos fines. Al respecto, manifiesta el Dr. Cruz Castro: “ *Así, la estructura cultural, convierte la acumulación de riqueza material en un valor supremo para todos los ciudadanos, mientras que la estructura social restringe a ciertos grupos sociales el acceso efectivo a los procedimientos legítimos para lograr tal meta.* ¹⁹⁸La tensión que surge producto de esa ruptura entre estructuras es lo que da lugar a la anomia mertoniana, es ese impedimento práctico para la satisfacción de apetitos inducidos culturalmente.

¹⁹⁸ Cruz Castro Fernando. Óp. Cit., pág. 7.

Una de las posibles respuestas que el individuo puede adoptar frente a la situación de anomia, es la conducta delictiva. El comportamiento delictivo no es sólo un problema de socialización defectuosa, sino una situación creada estructuralmente.¹⁹⁹ Merton propone cinco tipos de “adaptación” ante la anomia, que si bien son conductas desviadas, no necesariamente todas producirán conductas delictivas. Entre las formas de adaptación se encuentran: el conformismo, la innovación, el ritualismo, la evasión o retirada y la rebelión. De dichos tipos adaptativos, se ha dicho que es la innovación,²⁰⁰ es la que mejor se instala en los delitos de “cuello blanco”. Sin embargo resulta criticable que la innovación de las clases altas coincida con la de las clases menos favorecidas, pues parece que existen mayores posibilidades socioeconómicas de acceso para los primeros, no siendo del todo “tan” visible esa ruptura entre medios y fines para alcanzar el tan ansiado éxito económico. Pues, en principio, las clases altas tendría mayores oportunidades para seguir manteniendo el nivel económico, ya coincidente a los valores culturales imperantes. Es acá donde cae el planteamiento de Merton.

En relación con la Impunidad, en su acepción normativa, producto de privilegios otorgados constitucionalmente como lo es el caso de las inmunidades, la Teoría mertoniana de la Anomia, que si bien es usualmente aplicada a la hora de explicar la delincuencia de clases altas (aún y con sus incongruencias antes mencionadas), podría resultar útil no para encasillar a la actuación delictiva de un funcionario de alto rango – llámese Diputado o Diplomático - dentro de los “tipos adaptativos”, sino, por el contrario, para hacer reflexión respecto de la “facilidad”

¹⁹⁹ Larrauri Elena. Óp. Cit., pág. 5.

²⁰⁰ La innovación debe ser entendida como aquellas adaptaciones de las conductas delictivas a los constantes cambios que exige la sociedad y el mundo globalizado. Siendo el delincuente de cuello blanco quien se caracteriza por utilizarlas, por ejemplo, en la delincuencia económica.

que, eventualmente, tendrían estos funcionarios de alto nivel, para cometer ilícitos. Dado que según la Teoría de la Anomía, la innovación es una forma de ingeniarse la adaptación de la conducta delictiva, en el caso de los destinatarios de la inmunidad, ni siquiera tendrían que ingeniarse la forma adaptativa de trasgredir las leyes, pues son precisamente éstas las que les permiten eventualmente actuar (no contrario a derecho, pues están muy acorde) pero si en forma reprochable y ni siquiera ser castigados por sus eventuales conductas delictivas. Allí es donde se vislumbra, claramente, la indirecta promoción de una criminalidad de élite, en la facilidad de la comisión “legal” de las conductas reprochables y su correlativa impunidad.

b) Sutherland y la Criminalidad de Cuello Blanco

Otra explicación que suele utilizarse para exponer los delitos funcionales cometidos por individuos de altas clases sociales, es la elaborada por Edwin Sutherland, quien fue el primero en desarrollar el concepto de *White-collar crime*²⁰¹ o delito de cuello blanco.²⁰² Para Sutherland, la criminalidad no podía circunscribirse a la marginalidad, como con anterioridad se había pensado en la mayoría de las Escuelas Criminológicas, ejemplo de ello la Escuela Sociológica de Chicago y uno de sus estudiosos Frederick Thrasher y su Teoría de los Anillos²⁰³ -

²⁰¹ Sutherland H. Edwin. (1983). White Collar Crime. Greenwood Press Reprint. United States. Pág. 44.

²⁰² El libro *White – Collar Crime*, fue publicado en 1949, posterior al discurso pronunciado ante la Sociedad Americana de Criminología, pero desde hacía más de una década Edwin Sutherland ya había manifestado su preocupación, por medio de estudios en la criminalidad de los sectores más altos.

²⁰³ Frederick Thrasher fue un sociólogo exponente de la Escuela de Chicago, que dentro de sus estudios propuso la Teoría de los Anillos, la cual proponía, como la criminalidad se podía explicar de acuerdo con sociología urbana, de tal suerte que mientras más cerca de la ciudad, mayor problemática social y criminal. Thrasher desarrolló un esquema, utilizando “anillos” urbanos (ciudad, zona de transición, trabajadores y clase media y

sino que criticó el pensamiento convencional que hacía énfasis en el estudio de la conducta delictiva sólo procedente de los individuos de estratos sociales bajos, y que, en su opinión, dejaba por fuera a un rango bastante amplio de la criminalidad, convirtiéndose rápidamente las propuestas formuladas por Sutherland en un “*concepto denuncia*” de poderosa y fecunda crítica.²⁰⁴

El delito de cuello blanco es definido por Sutherland como: “... *la violación de la ley penal por parte de una persona de alto nivel socioeconómico en el desarrollo de una actividad profesional.*”²⁰⁵ Este tipo de delincuente se caracteriza por ser “respetable”, pertenecer a estratos sociales altos y tener la influencia suficiente como para impedir la intervención del aparato de control formal. Bajo este mismo orden de ideas manifiesta Lolita Aniyar:

*“Puede definirse el Delito de Cuello Blanco, como aquél que es cometido por una persona de respetabilidad y alto status social en el ejercicio de su ocupación. Este concepto se opone al de todos los demás delitos, denominados “delitos convencionales.”*²⁰⁶

Argumenta Sutherland que el costo financiero del crimen de cuello blanco es probablemente muchísimo más severo al costo de los crímenes de bagatela y aún así no se les da la importancia y persecución que se requiere. Al respecto, ha dicho el Dr. Cruz Castro: “*En este punto el sistema político asume una posición*

clases adineradas), en los cuales la criminalidad se concentraba en los focos cercanos a la ciudad, cayendo en el absurdo de creer que las clases adineradas no sufrían de criminalidad.

²⁰⁴ Ver a Binder, Alberto y Maier, Julio (1995). El Derecho Penal de Hoy (artículo de Antonio García Pablos de Molina: *Reflexiones criminológicas y político criminales sobre la criminalidad de “cuello blanco”*). Buenos Aires, Argentina. Editores del Puerto Srl, pág. 548.

²⁰⁵ Citado por Cruz Castro Fernando. Óp. Cit., pág. 2.

²⁰⁶ Aniyar de Castro Lola (1976). Criminología de la Reacción Social Maracaibo, Venezuela. Instituto de Criminología, Facultad de Derecho Universidad de Zulia, pág. 96.

*convenientemente contradictoria, ya que se pregona la necesidad de perseguir por igual la delincuencia convencional y la no convencional, pero a los órganos de persecución y al poder judicial no se le brinda la independencia y los recursos materiales que requieren para poder desarrollar una acción eficaz frente a la delincuencia económica.”*²⁰⁷

Sin embargo, la importancia del costo financiero de estos delitos “no convencionales”²⁰⁸, ni siquiera se compara al deterioro de las relaciones sociales que ocasiona, principalmente la pérdida de confianza de las instituciones de la organización social, así como el incalculable costo moral. Al respecto, el Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid Antonio García - Pablos de Molina lo establece lo siguiente:

*“La delincuencia de cuello blanco produce un poderoso impacto antipedagógico y corrosivo en la sociedad... muy superior al de la delincuencia económico patrimonial convencional, tanto desde un punto de vista cualitativo como cuantitativo. Y sin embargo, el delincuente de “cuello blanco” disfruta de un irritante privilegio, por muy diversas razones, que suelen hacerlo inmune al sistema penal.”*²⁰⁹

²⁰⁷ Citado por Cruz Castro Óp. Cit., pág. 4.

²⁰⁸ Por delitos no convencionales debe entenderse: “La conducta ilícita o ilegal cometida por personas de alta respetabilidad o alto estatus económico o por persona jurídica. Esta conducta se caracteriza por la esencia socialmente dañina de la acción y por la utilización abusiva o desviada del poder político, económico o ambos”. Al respecto ver Flory Campos y Enrique González (2005). Tesis para optar por el grado de Máster en Criminología. Factores Criminógenos que inciden en los delitos contra los deberes de la función pública Sede Central, Universidad Estatal a Distancia. En los delitos convencionales generalmente es la víctima quien posee el mayor “status” socioeconómico, pasa lo contrario en la criminalidad de cuello blanco.

²⁰⁹ Binder Alberto y Maier Julio. Óp. Cit., pág. 545.

i. Criminalidad de Cuello Blanco y su relación con la Impunidad

En relación con el tema de la impunidad manifiesta Sutherland que *los criminales de cuello blanco son relativamente impunes debido a la tendencia de clase que existe en las cortes, así como al poder de la clase a la que pertenecen, de influir en la forma de implementación y administración de la ley.*²¹⁰ Lo anterior a causa del “status” social al que corresponden y por medio del cual poseen un papel preponderante en la determinación de lo que afecta a su propio “status”.

Uno de los asuntos claves en el presente trabajo y que Sutherland tocó en su análisis de la criminalidad de cuello blanco, es la gran influencia que poseen las clases altas a la hora de moldear las leyes -en especial las de materia penal-, así como el modo de administrarlas a sus propios intereses. De ello, por supuesto, difieren las clases más bajas. La posición privilegiada de este tipo de criminalidad, en contraposición con esas clases menos “aventajadas”, logran diferencias comparativas que se traducen en el disfrute de relativas impunidades.²¹¹ Esto no hace extrañar la implementación diferencial de las leyes en los Tribunales, ello si no poseen de antemano, leyes especiales y Tribunales especiales que los juzguen es el caso de los Diplomáticos y Parlamentarios en Costa Rica. Mientras que a los autores de delitos convencionales, se les sanciona en forma “ordinaria”, parece que a los delincuentes de cuello blanco se les otorga una serie de privilegios procesales de carácter “light”, llámense multas, criterios de oportunidad, casa por cárcel, suspensión del proceso a prueba, conciliaciones y cualquier otra alternativa que no involucre la prisión propiamente dicha, siendo “sancionados” en forma suave en el mejor de los casos.²¹²

²¹⁰ Sutherland H. Edwin. Óp. Cit., pág. 54.

²¹¹ Sutherland. H. Edwin. Óp. Cit., pág. 57.

²¹² Ver Aniyar de Castro Lola. Óp. Cit., pág. 89.

La impunidad de este tipo de criminalidad puede explicarse en virtud de otros agentes como: ²¹³

- La tecnificación y complejidad de las leyes especiales. En muchos casos esa complejidad se traduce en una adrede “mala y confusa” técnica legislativa, capaz de albergar inimaginables vacíos normativos de dudosa ingenuidad.
- La eventual complicidad de autoridades administrativas y judiciales, que por medio de tácticas corruptas entorpecen la investigación o el proceso.
- La ausencia de controles estatales adecuados.
- El amparo de la conducta delictiva en inmunidades como las diplomáticas y parlamentarias.

ii. Puntos débiles de la Criminalidad de Cuello Blanco para explicar la Impunidad Producto de Inmunidades

Existen dos críticas fundamentales respecto de la Criminalidad de Cuello Blanco y su utilización para explicar el fenómeno de la impunidad producto de las inmunidades, la primera atiende a razones de determinismo y la segunda a los alcances medios de la propia Teoría planteada por Sutherland.

La teoría antes expuesta, si bien muy atinada no debe bajo ninguna circunstancia considerarse la regla, dentro de la práctica profesional de altos rangos, pues de ser así, se caería en el repudiado determinismo planteado por los argumentos positivistas de antaño ya superados, cambiando el determinismo biológico por uno socio económico de altos niveles. Es indiscutible que siempre existirán personas de intachable reputación moral, guiados por su conciencia ética

²¹³ Ídem.

en todo el actuar de su ejercicio profesional, razón por la cual debe tenerse cuidado con este tipo de planteamientos y no llegar a extremos absurdos de asumir estereotipos errados.

La segunda crítica aplicable a la impunidad tiene que ver con el alcance mismo de la teoría de la criminalidad de cuello blanco, pues resulta fundamental recordar que por definición, ésta se encuentra circunscrita a dos características necesarias: la elevada condición económica del autor y que la conducta delictiva haya sido realizada en razón de la profesión que este autor ejerce. Dejando por fuera entonces aquellos delitos que no son parte del desempeño profesional, se excluirían para Sutherland de la Criminalidad de cuello blanco, todo delito que aún y siendo perpetrado por un autor de alto nivel económico, no cumpla con el requisito del ejercicio profesional. Ejemplo de ello serían, los adulterios, homicidios, y demás delitos que no se ajusten a las características antes señaladas. Es importante no confundir los delitos de cuello blanco, con los llamados “delitos de caballeros.”²¹⁴ Lo anterior, no deja más remedio que considerar la Teoría de la Criminalidad de Cuello Blanco, como una teoría de alcance medio respecto de la inmunidad de Parlamentarios y Diplomáticos, pues dichas prerrogativas no se circunscriben al ámbito meramente funcional, otorgando inmunidad para eventuales delitos no funcionales que quedaría por fuera de la explicación de la criminalidad de cuello blanco.

En conclusión, es importante reconocer al planteamiento de la Criminalidad de Cuello Blanco propuesta por Sutherland lo siguiente: que la conducta criminal no es exclusiva de los sectores “desheredados” económica y socialmente – no hay que olvidar que su importancia deriva del hecho de haber llamado la atención sobre delitos que no eran estudiados hasta ese entonces por la criminología-.

²¹⁴ Al respecto ver Binder , Alberto y Maier, Julio. Óp. Cit., pág. 550.

Que, sin embargo, hay que ser cuidadosos de no caer en un determinismo social a la hora de defender dicha tesis. De igual manera, es importante recalcar que para explicar la impunidad producto de inmunidades, resultaría insuficiente, pues sólo podría explicarse la criminalidad producto del ejercicio profesional, y la inmunidad abarca inclusive delitos no funcionales. Y, por último, señalar que existe una mayor facilidad por parte de esta criminalidad de burlar la ley por medio de una serie de privilegios otorgados “a priori” o “a posteriori” de la comisión delictiva. Como dice García Pablos de Molina “... *se desmiente el dogma de la igualdad*”, pues existen razones políticas y estructurales que coadyuvan a la práctica de la impunidad de éste tipo de criminalidad.²¹⁵ Factores analizados a continuación.

3. De ciertos Factores Criminógenos por considerar en Temas de Impunidad

a) Impunidad por Selectividad y Etiquetaje

i. Impunidad en la Definición Social

Toda acción social está enmarcada dentro de un cuadro sociocultural, económico y político, carente de neutralidad. Una acción social no es más que el resultado de aproximaciones de interesadas relaciones de poder. El crimen al igual que sus mecanismos legales de escape disfrazado, son producto de la acciones sociales. A lo largo de la historia, puede apreciarse como el delito ha sido redefinido dependiendo del momento, el lugar y los actores sociales. Al respecto, manifiesta Lolita Aniyar:

²¹⁵ Ídem.

*“El tipo de organización social determina cuales son los tipos de conducta que será considerada desviada y lo que será delito en un momento dado y en un lugar determinado. Tal como la moralidad, el delito es una entidad variable en el tiempo y en el espacio.”*²¹⁶

La penalización y la no penalización de conductas, son fenómenos que abarcan sinnúmero de intereses de diversos grupos sociales, no es casualidad que la falta de criminalización y la facilitación de la comisión de delitos amparados en *“expresiones institucionales estructurales de Impunidad”*²¹⁷ para ciertos sectores, sean testimonio de que tanto el crimen como sus excepciones son creaciones sociales volubles, que dependen de quienes sean los detentadores sociales del poder en un momento dado y de las circunstancias propiamente cambiantes de la vida en sociedad. No existe delincuencia que no haya sido “creada” por ley, producto de la llamada “definición social”.

Detrás de cualquier definición social existe un sinfín de subjetividades y valoraciones de los grupos de poder y fragmentos sociales (no precisamente de una *conciencia colectiva*²¹⁸ unificada y jamás de una criminalidad objetiva). Verbigracia de esa subjetividad y de esos *“empresarios morales”*²¹⁹ con poder suficiente para definir se encuentra tanto el delito como las Impunidades Normativas. Al respecto manifiesta Elena Larrauri:

²¹⁶ Aniyar Lola. Óp. Cit., pág. 68.

²¹⁷ CODEHUCA. Óp. Cit., pág. 26.

²¹⁸ Término utilizado por Emile Durkheim en su libro La División Social del Trabajo para quien la conciencia colectiva es el conjunto de las creencias y de los sentimientos comunes al término medio de los miembros de una sociedad, constituye un sistema determinado que tiene su vida propia. Al respecto, manifiesta Lola Aniyar: *“Este consenso sin embargo, no implica unanimidad. Esa uniformidad de criterios es imposible”*. Óp. Cit., pág. 95.

²¹⁹ Concepto utilizado por Howard Becker en sus Estudios de Sociología de la Desviación, para señalar y describir a las personas o grupos de ellas, que tienen como objeto determinar las ofensas y los ofensores, así como su eventual castigo.

*“... la desviación no tiene una naturaleza ontológica, no existe independientemente al margen de un proceso de reacción social. Esta reacción es lo que define determinado acto como desviado. En consecuencia, el delito no es un “hecho” sino una “construcción social” que requiere de un acto y una reacción social (negativa). Y el delincuente no es el que delinque, sino aquel al que se le ha sido atribuida la etiqueta de delincuente.”*²²⁰

Eugenio Raúl Zaffaroni reafirma esa selectividad propia y desigual característica de los sistemas penales, en sus dos modos de presentación: criminalización primaria y secundaria. Al respecto, manifiesta lo siguiente:

*“Todo sistema penal opera de modo selectivo, en relación inversa con la posición de poder de los criminalizados. La selectividad de todo sistema penal responde a la estructural disparidad entre lo que los legisladores proyectan criminalizar y la siempre escasa capacidad operativa de las agencias de criminalización secundaria. Ésta selectividad deslegítima, por lo menos, buena parte del ejercicio del poder punitivo estatal en cualquier estructura de poder, por constitucional que sea.”*²²¹

- **Selectividad Positiva y Negativa**

La Selectividad Positiva consiste en la elaboración de instrumentos legales, que si bien no son delitos, obedecen a la misma lógica de elaboración. Se les da carácter legal e incluso Constitucional, para el caso de las inmunidades, a figuras

²²⁰ Larrauri Elena. Óp. Cit., pág. 30.

²²¹ Al respecto, puede consultarse el artículo de Eugenio Raúl Zaffaroni llamado “Los aportes y desarrollos del Poder Judicial en la lucha contra la Impunidad” IIDH (2001). Verdad y Justicia. Homenaje a Emilio F. Mignone. IIDH, San José, Costa Rica., pág. 50.

que se consideran de pertinente regulación. La diferencia sin embargo, es diametral, pues para los delitos el esperado efecto será el castigo y para estos otros mecanismos, la no sanción, razón por la cual líneas atrás se le denominó Impunidad Normativa. Consiste en una selectividad de mecanismos por medio de los cuales puede evitarse de alguna manera el castigo o por lo menos obstaculizarlo procesalmente, en caso de infringir las normas.

Dentro de las Impunidades Normativas se encuentran las inmunidades, éstas eventualmente pueden ser utilizadas para que ciertas conductas queden impunes, producto de discursos legitimantes, arraigados en la tradición y destilados por la ley. Discursos que venden ideas de necesidad y bienestar social, de privilegios en función de “todos” y, por supuesto, evasiones a cualquier refutación conjeturada. Del mismo modo que se reprimen conductas, por resultar “contrarias a derecho y moral”, así mismo, se promueven institutos que invisibilizan esas mismas conductas que tanto se constriñen.

No es suficiente la escapatoria de respuestas y la “legalidad” patrocinadora de temas como las inmunidades. No es de extrañar que detrás de esa cortina de privilegios, se encuentre una impunidad promotora de una *criminalidad de élites*²²² que delimita con anterioridad quienes son delincuentes comunes y quienes “protegidos” señores de inimaginable persecución. Y, de ello, deviene una terrible deslegitimación, porque el derecho deja de ser seguridad y tranquilidad cuando se convierte en un instrumento de discriminación, en pro de quienes administran una legalidad única y excluyente, que al traducirse en desigualdad social y desigualdad política, no deja más remedio que la pérdida de confianza en las bases de la sociedad misma.

²²² Entiéndase élite no como la minoría selecta, por reputarse mejor entre las cosas de su especie, sino más bien la minoría seleccionada.

Por otro lado, se encuentran la Selectividad Negativa; ésta, a diferencia de la positiva, ocurre cuando los actores sociales no penalizan determinadas conductas que si bien, no son delitos – formalmente hablando – de igual forma lesionan bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento. A lo largo de este trabajo se le ha denominado Impunidad Fáctica de tipo legal. En el mismo orden de ideas, el profesor Barahona, sostiene que este tipo de conductas se encuentran ubicadas dentro de lo que él denomina Impunidad de hecho *“por la existencia de delitos que no se persiguen ni se penan, aún cuando se individualiza al responsable, ello en virtud de la obvia y odiosa existencia de excepciones abusivas.”*²²³

La impunidad nace, también, de la selección negativa (entiéndase la falta de selección) por parte de los aparatos encargados de criminalización primaria, ya sea por falta de recursos, interés en la materia, malas políticas criminales o porque simplemente la realidad social viaja mucho más acelerada que el derecho. Sea como fuere, es importante señalar que si bien la penalización de conductas (prevenciones generales exageradas) no ayuda a eliminar la criminalidad todo lo contrario hace al sistema penal todavía más ineficaz y, por lo tanto, crearía mayor impunidad, se requiere, sin embargo, de un mínimo, necesario de conductas penales tipificadas en razón de la verdadera lesión al principio de Lesividad, lo que se ha llamado en el minimalismo “delitos especialmente nocivos”.

La selectividad normativa no es un ente ontológico, ni el crimen ni las formas de impunidad normativa escapan de esas luchas subjetivas de poder. De igual manera puede afirmarse que la no penalización de conductas poseen un y trasfondo bastante complejo, de inocencia cuestionable. Ambas formas son formas de Impunidad al fin y al cabo producto de la definición social.

²²³ Barahona Pablo. Óp. Cit., pág. 108.

ii.

Impunidad en la

Reacción Social

No toda persona que comete un delito es aprehendido (cifra negra o cifra dorada), y no todos los que cometen un delito son, por consiguiente, etiquetados como delincuentes. Si el delito como se estudio líneas atrás, no es más que una conducta definida como tal por aquellos que detentan el poder, quizá esa conducta normativa “per se” no presente una característica distinta de otros tipos de comportamiento, lo que la diferencia es la reacción social. El problema de la impunidad en relación con el etiquetaje se presenta cuando esa reacción social no es negativa frente a la conducta tipificada como delictiva. Llegando al punto de que *si no hay reacción social negativa, el acto no es desviado.*²²⁴ Es, precisamente, en ese punto medular, de la falta de reacción negativa, que se cuestiona la selectividad de aparatos formales e informales, respecto de ciertos delincuentes y delitos.

Siguiendo la posición funcionalista de la criminalidad de Durkheim de *que el delito mantiene la cohesión social, por medio de la reafirmación de los valores protegidos utilizando el castigo*, podría afirmarse que cuando la aplicación de las penas a los delitos es de carácter selectivo, y busca, sin embargo, justificar la *conciencia común*, la supuesta reafirmación de valores sociales no se da, pues se castiga y reprime conductas e individuos selectivamente. En otras palabras, esa selectividad deja de ser funcional para ciertos sectores menos aventajados. Siendo así, el castigo de ciertas actividades, no depende, en última instancia, del “acto” sino de la distinta persecución que se le dan a esas conductas tipificadas.

Es preocupante pensar que, en última instancia, lo que permite señalar la presencia de un delito y de un delincuente, no reside en la práctica, en la comisión

²²⁴ Larrauri Elena. Óp. Cit., pág 30.

del hecho tipificado, sino en definitiva en el castigo producto de un reconocimiento “a priori” de la realización del acto, es decir, de la reacción social negativa frente a este. El problema deriva en el objeto de efectiva persecución legal, pues dependerá de esa selectividad de la reacción social negativa formal e informal. En éste sentido se cuestiona Larrauri: “... *el delito de cuello blanco, el delito de los poderosos, la criminalidad organizada. En estos casos no acostumbra a existir ni reacción social informa, incluso a veces gozan de respeto popular, ni reacción social formal. ¿Significa entonces que en estos casos no podemos afirmar que la delincuencia de cuello blanco sea una actividad desviada o delictiva?*”²²⁵

No es casualidad, entonces, que exista una desigual persecución de ciertas conductas y ciertos individuos, resultado que arroja una mayor vulnerabilidad de algunos grupos sociales, para ser perseguidos por los aparatos represivos y percibidos, socialmente, como delincuentes; allí nace la etiqueta. Al respecto, manifiesta el profesor Barahona que *no es casualidad que los presos, sean siempre los pobres, esto es visto como algo natural.*²²⁶

b) Impunidad y su relación con la Reportabilidad de la Criminalidad

La impunidad en muchas ocasiones deviene de los componentes fácticos, procesales o éticos culturales, como se estudió líneas atrás con la conceptualización de la Impunidad de Hecho. La impunidad como manifestación fáctica, necesita ser explicada por los aspectos de la reportabilidad (visibilidad y reenvío), así como su consecuente la cifra negra y la cifra dorada. Se analizan brevemente a continuación.

²²⁵ Larrauri Elena Óp. Cit., pág. 31.

²²⁶ Barahona Pablo Óp. Cit., pág. 111.

La impunidad puede responder a situaciones fácticas, la falta de sanción de los delitos muchas veces es producto de ciertos problemas de reportabilidad (visibilidad y reenvío) que, usualmente influyen, en forma directa, con las fases de la impunidad fáctica de tipo procesal: la fase de denuncia y, eventualmente en las fases de investigación, procesamiento y ejecución. Sin que deje tener importancia los aspectos ético culturales, de los cuales, muchas veces proviene esa falta de denuncia y culminan en una tajante impunidad.

En materia de criminalidad, las estadísticas penales no pueden constituir una medida de la verdadera delincuencia,²²⁷ pues la reportabilidad del acto ilícito frente a las instancias de control social formal, se encuentran influenciadas por dos fenómenos fundamentales: la visibilidad y el reenvío. Se plantean, básicamente dos problemas: el nacimiento estadístico del hecho y su permanencia en registros estadísticos. Dando por resultado que las condiciones de nacimiento del hecho difieren de las condiciones de permanencia dentro del sistema penal; pues no basta con que nazca el hecho delictivo, sino que se requiere que el sistema penal pueda conocerlo y que acepte que el hecho ingrese dentro de él, y una vez dentro, debe luchar por su permanencia. El nacimiento estadístico del hecho tiene que ver con la fase de denuncia, así mismo con el componente de una cultura de acusación, mientras que la permanencia del hecho en registros estadísticos, dependerá de las fases de investigación, procesamiento y ejecución sentencia estudiadas líneas atrás.

Para Robert y Faugeron, el antecedente estadístico del hecho delictivo, no es su comisión. Inclusive, no existe relación directa entre el nacimiento del hecho y su

²²⁷ Robert Philippe y Claude Faugeron. (1980) Les forces cachées de la Justice. Editions du Centurion. Paris. Traducción parcial del primer capítulo de la obra, para uso académico exclusivo de estudiantes de la Maestría en Criminología de la Universidad Estatal a Distancia, realizado por el Dr. Douglas Durán Chavarría.

registro estadístico, pues no es suficiente para que el sistema penal conozca de un hecho la mera comisión del mismo. Dependerá del grado de reportabilidad, entendida ésta como: “... la combinación en proporciones variables, según cada caso... de dos fenómenos: la visibilidad y el reenvío.”²²⁸ Ambos conceptos analizados a continuación.

i. La Visibilidad

La visibilidad del delito es variante, pues depende del tipo de infracción y del lugar de la comisión. No son iguales las posibilidades de visualizar un delito cometido a plena luz del día y en la calle, que un delito cometido en una oficina alejada de las miradas de la gente. De igual manera, existirán delitos de más fácil visibilidad como lo puede ser un “carterazo” o un homicidio a diferencia de delitos por ejemplo, informáticos o infracciones por medio de sociedades anónimas. Al respecto, manifiestan Robert y Faugeron:

*“No es necesario ser experto para darse cuenta de que los miembros de ciertas categorías sociales pasan la mayor parte de su vida al abrigo de las miradas indiscretas, mientras que otros viven permanentemente en lugares al descubierto. Esta visibilidad se revela, entonces, más o menos fácilmente según la posición social del agente y según el tipo de infracción cometida, la cual tiene ligamen, necesariamente, con las oportunidades que tienen que ver con la posición social.”*²²⁹

Por lo tanto, serán más reportados aquellos delitos con mayor visibilidad. Sin embargo, no basta que el delito sea visible, se requiere,, necesariamente que

²²⁸ Ídem.

²²⁹ Ídem.

la infracción llegue a conocimiento de las agencias represivas, y ello sólo se logra por medio del reenvío.

ii. El Reenvío

El reenvío tiene que ver con la denuncia del hecho, que como tal, dependerá, en la mayoría de los casos de la víctima, quien se supone es quien tiene los motivos para acceder al sistema penal o, en su defecto, del mismo Estado, en su papel de *self starter*.²³⁰ El problema nace cuando el tipo de delito no individualiza víctimas, las personas no denuncian cierta criminalidad, por no sentirse directamente agraviadas. Este tipo de delitos suele asociarse con una criminalidad económica, y paradójicamente la “invisibilización de las víctimas”, o como lo llama García Pablós de Molina en los delitos de cuello blanco, “*escaso crime appeal*”²³¹, es una de las criminalidades que mayores repercusiones de índole negativo posee a nivel social. Lo anterior es producto de la falta de enfrentamiento directo, personal inmediato entre autor y víctima, así como la reacción inversamente proporcional con el grado de los intereses afectados, redundan en una falta de denuncia y su consecuente impunidad. Manifiestan Robert y Faugeron:

*“Tales infracciones lesionan con frecuencia, segura pero indirectamente, sectores enteros de la sociedad- pero siendo que ninguna persona se siente, en el momento personalmente afectada, nadie pone en marcha el sistema penal.”*²³²

²³⁰ Cuando la denuncia proviene de alguna entidad estatal, llámese policía, Ministerio Público, ect.

²³¹ Binder, Alberto y Maier, Julio. Óp. Cit., pág. 551.

²³² Ídem.

El otro aspecto del reenvío tiene que ver con los mecanismos formales de denuncia, pues si no existen recursos para investigar o capacitación para enfrentarse a determinado tipo de criminalidad, o si no se combate la corrupción administrativa y judicial, difícilmente llegue a ingresar al sistema penal cierto tipo de delincuencia, y si en el mejor de los casos, ingresa ésta al aparato represivo, su permanencia resulta igualmente difícil, pues hay que recordar que la Impunidad procesal puede darse en diversas etapas.

Otro componente del reenvío tiene que ver con la percepción que tiene la víctima del delito, del sistema penal, y del mismo autor del delito. Donde la víctima se hace una representación con la ayuda de la fuerte imposición mediática y de aparatos de reproducción ideológica de ciertos estereotipos de delincuente. El reenvío del delito, tienen un componente cultural y psicológico social importante, pues en cierta criminalidad, las técnicas de autojustificación y neutralización de la ilicitud de los comportamientos, impiden a un nivel ético cultural, que trasciende a la psique del pueblo, el no considerar la antajuridicidad de conductas que si bien delitos, se convierten en meras “actuaciones moralmente comprometidas”, conductas irregulares mas no criminales, negocios audaces pero no delitos. La propaganda interesada de los medios de comunicación masiva y su repercusión en la formación de la opinión pública, logra de alguna manera justificar o comprender a ciertos delincuentes y crucificar a otros tipos de criminalidad más “llamativa” y, por mucho, menos poderosa. En muchos casos, no se trata de un problema solamente criminal, sino que es más bien es social.

De igual manera, la percepción de la víctima respecto de la eficacia del sistema penal, devienen en el sopeso que hace el afectado de la situación, de reenviar al sistema penal o no su bien jurídico infringido. Suele contribuir no sólo a la impunidad, sino que ésta es causal de esa falta de denuncia, pues al percibirse un ambiente de “no sanción”, falta de justicia o simplemente ineficacia de

persecución y de ejecución por parte de las agencias represivas, la víctima pierde la credibilidad en el sistema, y no pierde su tiempo denunciando un delito que, posiblemente, quede impune de todas maneras, transformándose la impunidad en una especie de círculo vicioso. Al respecto, ha dicho el Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente:

*“La falta de confianza frente a una estructura dominante de poder y un sistema de Justicia Penal a cual no se considera equitativo, tienden a reducir la cooperación y la confianza en el sistema.”*²³³

Esa desigualdad ante la persecución del sistema penal producto de estereotipos formales o informales y la indulgencia de los aparatos represivos respecto de cierto tipo de criminalidad, devienen en la peligrosa pérdida de confianza del sistema penal por parte de una ciudadanía ya incrédula y cuyas respuestas se reflejan en esa falta de Reportabilidad de las ilicitudes al sistema. Los sistemas estadísticos, por regla general no permiten una apreciación objetiva del impacto y extensión del delito; se circunscribe solamente a algunos aspectos de la criminalidad visible, dejando al margen la criminalidad oculta, tema tratado a continuación.

c) De las Cifras Negras a las Cifras Doradas de la Criminalidad

i. Cifras Negras

Un buen número de naturaleza variable, dependiendo del tipo de infracción, no es percibido “oficialmente” ni detectado por las agencias represivas y, por lo

²³³ Planificación de la Política Criminal dentro de los Programas de Desarrollo Nacional en Latinoamérica. ILANUD, pág. 11.

tanto, tampoco perseguido y mucho menos castigado. Son las llamadas cifras negras de la delincuencia oculta. La Cifra Negra es entendida como la delincuencia oscura o el *numerus obscurus* de la criminalidad. En otras palabras, la cifra negra se traduce en la práctica en Impunidad de aquellos delitos denominados convencionales. Necesariamente,, para comprender de que se trata esa cifra oscura debe tenerse claro una serie de conceptos como son: la criminalidad legal, criminalidad aparente y la criminalidad real.

La criminalidad legal se entiende como aquellas cifras que aparecen registradas bajo el nombre de estadísticas oficiales (generalmente comprende aquellos casos que ya cuentan con una sentencia con carácter de cosa juzgada material). Es relativamente poco el porcentaje de delitos que llegan a formar parte de esta criminalidad.

La criminalidad aparente, por otro lado, se trata de aquella criminalidad que es conocida por los diferentes órganos de control formal del aparato represivo, pero que no aparece registrada en estadísticas por razones procesales (ya sea porque se encuentra en medio proceso penal, y no se ha dictado sentencia o porque se ha desistido la acción o por cualquier razón legal o fáctica el proceso no seguido un curso normal). Gran parte de los casos que son conocidos por las autoridades judiciales, no reciben sentencia firme, y se quedan en cualquiera de los estadios del proceso penal ya sea por falta de pruebas, desinterés, falta de oficiosidad, influencia, etc.

La criminalidad real, por otro lado, se trata de la cantidad real de delitos cometidos en lugar dado durante un tiempo determinado, pero que no necesariamente llegaron a conocimiento del sistema penal. Esta criminalidad nunca se conoce en su real extensión. Siempre la criminalidad real será

muchísimo mayor a la criminalidad legal. Al respecto manifestó el Dr. Juan Diego Castro:

*“... la cifra negra de la criminalidad supera varias veces al número de denuncias planteadas por los ofendidos: en 2006 el nivel de impunidad llegó a novecientos treinta por mil, es decir de cada mil denunciados solo setenta fueron condenados, mientras a dieciséis les aplicaron algún criterio de oportunidad y veinticinco conciliaron. Tampoco las medidas alternativas han resultado la maravilla anunciada hace diez años.”*²³⁴

La cifra negra es, entonces, la diferencia que existe entre la criminalidad real y la criminalidad aparente. Posee una estrecha relación con la Reportabilidad, la visibilidad y el reenvío analizados líneas atrás. Para Lola Aniyar, el filtro más importante de la cifra negra consisten los primeros niveles de descubrimiento del hecho, actitud de la víctima y de la policía. Mientras que en los niveles procesales superiores, la cifra negra disminuye, sin embargo, dependerá, en gran medida, la influencia política y económica.²³⁵

El problema principal es que las estadísticas judiciales no reflejan el fenómeno real en términos globales y sociales de la delincuencia, y es que, a duras penas se refieren solamente al fenómeno de la delincuencia convencional, ello sin hacer mención de los filtros por los que se elimina gran parte de ésta.²³⁶ Razón por la cual se pasa a explicar brevemente el tema de las Cifras Doradas.

²³⁴ La Prensa Libre. (Periódico costarricense). 7 de Setiembre deL 2007. Sección de Opinión.

²³⁵ Aniyar Lola. Óp. Cit., pág. 75.

²³⁶ Basta ver las estadísticas del Poder Judicial para saber que solamente se toman en cuenta ciertos delitos convencionales.

ii. Cifras Doradas

Por otro lado, el término *Cifra Dorada* fue utilizado en 1975, en Ginebra por el Francés Severín – Carlos Versele,²³⁷ quien en un informe presentado ante el V Congreso de Naciones Unidas para la Prevención del Crimen y el Tratamiento del Delincuente, denominado “*Les Chiffres Dorees de la Delinquence*”,²³⁸ introduce el término por primera vez. Establece lo siguiente:

*“... además de la cifra negra de los delincuentes que escapan a toda detención oficial, existe una cifra dorada de delincuentes que detienen el poder político y que lo ejercen impunemente, lesionando ciudadanos y a la colectividad en beneficio de su oligarquía, o que disponen de un poderío económico que se desarrolla en detrimento de la sociedad.”*²³⁹

Las Cifras Doradas nacen a raíz de la preocupante situaciones de desigualdad respecto de las sanciones, que si bien discriminan a ciertos grupos, avalan privilegios históricamente explicables, más no compatibles con las aspiraciones y necesidades contemporáneas de una sociedad actual de profundos y constantes cambios sociales. Para Versele “... *el sistema penal se encuentra condenado a proteger las desigualdades, si no las injusticias del orden establecido. Éstas se manifiestan en la amplia y desproporcionada representación de los ciudadanos económicamente desprivilegiados en los tribunales y prisiones, mientras que éste fenómeno no se produce e la estratificación socioeconómica de la delincuencia oculta.*”²⁴⁰

²³⁷ Director del Instituto de Investigaciones Sociológicas de la Universidad Libre de Bruselas, para la fecha.

²³⁸ Las Cifras Doradas de la Delincuencia.

²³⁹ Citado por Aniyar Lola. Óp. Cit., pág. 83.

²⁴⁰ Resumen de una presentación hecha ante el consorcio Europeo de Investigaciones Políticas, en nombre del Centro de Sociología, Derecho y Justicia. Instituto de Sociología

Al respecto, ha manifestado el Dr. Elías Carranza en un artículo publicado en la Revista Nueva Sociedad:

*“... las cifras doradas de la criminalidad, causan un daño gravísimo a los países de medianos y bajos ingresos y constituyen una parte importante de la explicación del estado de las economías en la región y de la situación social en la que se encuentran...”*²⁴¹

Se le denominó cifras doradas de la criminalidad para representar por medio de dicha expresión las numerosas y diversas actividades nocivas que parecen estar “inmunizadas” por el poder político y la fortaleza económica, que, a su vez, frecuentemente se asocia para estos efectos. Para el creador del término *Cifras Doradas*, se trata de una serie de convivencias político económicas, de colusiones político financieras, de sutiles peculados, de concusiones disfrazadas, y abusos reales favorecidos por lagunas de la ley más o menos deliberadas, y por ciertas complacencias, más o menos conscientes. Por ello, se hace una especial referencia en el informe presentado ante Naciones Unidas, sobre las Cifras Doradas de la Delincuencia, a los temas claves de este trabajo: la Inmunidad Diplomática y Parlamentaria en estrecha vinculación con el tema de las Cifras Doradas.

de la Universidad Libre de Bruselas. Por Severín Carlos Versele. Director de Investigaciones de Sociología de la Universidad Libre de Bruselas, pág. 2

²⁴¹ Carranza Elías “Políticas Públicas en materia de Seguridad de los habitantes ante el delito en América Latina”. Revista Nueva Sociedad. # 191 Caracas, Editorial Texto, Mayo – Junio del 2004. Pág. 52 – 64.

- **Cifras Doradas en las Inmunidades**

Los privilegios otorgados por medio de leyes especiales, a cierto grupo de individuos en supuesta protección y facilidad para el cargo que representan, en muchas ocasiones, se traducen en una Impunidad Normativa. Existe una serie de criminalidad de élite que ha permanecido en silencio a lo largo de los años, delitos que han cometido funcionarios Parlamentarios y Diplomáticos, que han quedado callados por la bandera del olvido que, muchas veces, es estandarte de la Inmunidad. Inevitablemente, existe una Cifra Dorada vinculada a la Inmunidad Parlamentaria. En este sentido ha manifestado Severín – Carlos Versele:

*“La utilización abusiva de los senadores o miembros del parlamento – o privilegio parlamentario – como actitud laxista... contribuye igualmente a aumentar las cifras doradas de la delincuencia. En muchos países el descubrimiento de graves peculados no ocasiona más que la destitución de la personalidad de que se trate, sin que sea éste objeto, de procesos judiciales, que además, deben ser de carácter especial cuando se trata de miembros del parlamento.”*²⁴²

De igual forma, la Inmunidad Diplomática no escapa de la misma suerte, y siendo las formas de delincuencia diversas como sutiles, las inmunidades políticas tienden se quiera o no a encontrar una mezcla entre poder político, fortaleza económica y portillos ideales de impunidad. Manifiesta el mismo autor:

“El privilegio de la Inmunidad Diplomática se funda en un respeto a las soberanías de las naciones, en las que el abuso se hace cada vez menos

²⁴² Resumen de una presentación hecha ante el consorcio Europeo de Investigaciones Políticas, en nombre del Centro de Sociología, Derecho y Justicia. Instituto de Sociología de la Universidad Libre de Bruselas. Por Severín - Carlos Versele. Director de Investigaciones de Sociología de la Universidad Libre de Bruselas, pág. 5.

*prevenible en razón de la solidaridad internacional y el número siempre creciente de personas que reivindican abusivamente esta inmunidad.*²⁴³

A pesar de que muchas veces, quiera ocultarse este tipo de verdades y de cifras que si bien “doradas” no dejan de ser más que una oscura realidad, lo cierto es que se ha callado y, sobre todo, tolerado en múltiples ocasiones conductas que no hacen más que engrosar las cifras de la criminalidad oculta, una altisonante impunidad.

²⁴³ Ídem.

TERCERA PARTE: LAS LÍNEAS INDIFERENCIADAS

TERCERA PARTE: LÍNEAS INDIFERENCIADAS

TÍTULO I: DE LA IMPUNIDAD Y LA INMUNIDAD COMO LÍNEAS INDIFERENCIADAS

CAPÍTULO I: Inmunidad como Impunidad

Sección I: ¿Inmunidad o Impunidad?

3. De los Portillos legales

La materia procesal es quizá la forma más preocupante en materia de líneas indiferenciadas, pues si bien es cierto existen portillos legales sustanciales a causa de la poca claridad de las normas o la carencia de reglamentación de las mismas - , es en el procedimiento donde la Inmunidad se convierte en caldo de cultivo perfecto para dejar conductas impunes, pues el ordenamiento jurídico nuestro se ha encargado de complicar el levantamiento del “obstáculo procesal”, se analiza a continuación.

a) Inmunidades Parlamentarias

Desafuero

Es el procedimiento mediante el cual le corresponde al Congreso levantar el fuero a los Parlamentarios y ponerlos a la orden de la Corte Suprema de Justicia.

Importante es diferenciar, de antemano, que el desafuero es disímil a la renuncia que pudiere efectuar el Diputado de su inmunidad, ya que siempre será requisito de procedibilidad para enjuiciar un Parlamentario, que con anterioridad se hubiere realizado el desafuero. Así mismo, debe quedar claro de que la inmunidad no es lo mismo que desafuero (una cosa muy diferente es el fuero de detención y otra el desafuero para ser juzgado), el primero está regulado por el artículo 110 Constitucional y el segundo por el numeral 129, inciso 9, del mismo cuerpo legal. Al respecto ha manifestado la Licenciada Rebeca Jiménez en su Tesis de Graduación:

“La inmunidad contra detenciones y el fuero de improcedibilidad son figuras diferentes, ya que la primera es una simple protección constitucional de la detención por causas penales, de la privación de libertad por éstas, sin que ello signifique que se está llevando a cabo un proceso penal en su contra; la segunda, en cambio, es una inmunidad contra una persecución penal propiamente, inmunidad para que se le siga en un proceso en el cual se vea involucrado como imputado”²⁴⁴

Establece el artículo 121, inciso 9, de nuestra Carta Magna como parte de las Atribuciones del Poder Legislativo, lo siguiente: *“Admitir o no las acusaciones que se interpongan contra quien ejerza la Presidencia de la República, Vicepresidentes, miembros de los Supremos Poderes y Ministros Diplomáticos, declarando por dos terceras partes de votos del total de la Asamblea si hay o no lugar a formación de causa contra ellos, poniéndolos, en caso afirmativo, a disposición de la Corte Suprema de Justicia para su juzgamiento”*.

²⁴⁴ Jiménez Lobo Rebeca (2006). Análisis Teórico de los Procedimientos sustanciados contra los miembros de los Supremos Poderes de acuerdo con la legislación de 1998 Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica, pág. 17.

El antejuicio político, como también se le llama al desafuero, consiste en una condición de procedibilidad. Se trata de un procedimiento establecido por el artículo 189 y siguientes del Reglamento de la Asamblea Legislativa, por medio del cual, se autoriza o deniega el levantamiento de la inmunidad del Diputado. Deben tomarse en cuenta razones de conveniencia e interés público. La Corte Suprema de Justicia se encuentra imposibilitada a continuar con la acción penal, si antes no se faculta el levantamiento del fuero respectivo. En otras palabras, no podría ser renunciado este antejuicio, por tratarse de un requisito Constitucional y del cual no se prevé renuncia.

El desafuero sólo abarca lo relativo a materia penal, las acciones civiles o de cualquier otra rama que no sea la punitiva no sufren obstáculo de procedibilidad. Razón de más por la que es pertinente diferenciar el fuero del arresto y el fuero de procedimiento, ya que en materia civil la inviolabilidad como prerrogativa se aplica a la imposibilidad de coartar la libertad corporal de los Diputados, salvo cuando exista autorización del Congreso o consentimiento por parte del mismo Diputado. El antejuicio responde a una condición procesal de carácter impeditivo, en razón de la función parlamentaria a la que se ajusta el sujeto activo y sin la cual es imposible arrancar el proceso. Se ve al desafuero como el procedimiento, cuyo fin es levantar el obstáculo constitucional: la inmunidad.

En el caso de que se achaque la comisión de un delito a un Diputado, la Corte Suprema de Justicia es la encargada de conformidad con los artículos 391 al 401 del Código Procesal Penal, de poner en conocimiento de la Asamblea la situación. Debiendo hacer la primera, una petición formal de desafuero que emitirá a la Asamblea, ésta última nombrará, posteriormente, a la recepción de la

solicitud, una comisión investigadora²⁴⁵ (generalmente integrada por tres Diputados, comisión que puede ser temporal o “ad hoc”) y encargada de conocer las razones detalladas por la Corte, y emitirá un informe que será presentado al plenario.²⁴⁶ Con anterioridad a la emisión del informe.

El plenario conocerá del informe que emita esa comisión de inmunidades y votará a favor o en contra del levantamiento del fuero. La Cámara tan sólo tiene la potestad de autorizar o rechazar el desafuero (en el caso de negar el levantamiento del fuero, el expediente se devuelve a la Corte para el respectivo archivo), pues sus atribuciones son de índole político y no judicial; por ello no puede conocerse del fondo del asunto, sino que debe limitarse a examinar si se está en presencia de una maniobra política en contra del Diputado, lo que en doctrina llaman “*fumus persecutionis*”.

La resolución a la que llegue la Asamblea por votación no menor de los dos tercios de sus miembros (mayoría calificada), no ostenta posibilidad de apelación, en el tanto se trata como se dijo con anterioridad, de una apreciación política de un órgano que no admite superior en la materia. Aún y si la acusación fuere de cargos graves y expuestos, la Asamblea puede rehusarse a otorgar el desafuero, alegando motivos de interés público en razón de la agenda del momento o cualquier circunstancia que considere pertinente para rechazarla. La autorización o negación del levantamiento del fuero constituye un acto de naturaleza político-administrativa de carácter irrevocable.

²⁴⁵ Ver Reglamento de la Asamblea Legislativa artículos 189 - 191.

²⁴⁶ La Comisión durante su período investigativo puede llamar al Diputado para formularle preguntas (audiencias orales y privadas), el Diputado tiene la posibilidad de presentar descargo en la comparecencia que se le realizará ante el plenario, puede así mismo hacerse representar por un abogado.

En este sentido es que se afirma que el Congreso no es juez, sino tan sólo autorizador del proceso, cuya finalidad radica en garantizar su independencia política y defensa de los abusos que pudieran coartar sus funciones propias como parlamento.

En cuanto al tiempo en que el Congreso debe tomar una decisión en relación con levantar o no el fuero de la inmunidad procesal, nuestro ordenamiento jurídico es omiso. Sin embargo, ha de entenderse de que debe ser en un plazo razonable. Esto podría traer eventuales inconvenientes para saber si se está frente a un silencio administrativo, el cual en principio opera en forma negativa. Al respecto manifiesta el Lic. Esquivel Salas: “... *el silencio de las Cámaras significa la denegación del suplicatorio, salvo disposición en contrario y expreso de la Constitución. No debemos olvidar que en Derecho Público, el silencio indica negación y es éste caso, negativa de la autorización de procedimiento solicitada.*”

Una vez votado la procedencia del desafuero, habrá dos opciones: levantar o no el fuero de procedibilidad. En el caso de autorizar el desafuero, el legislador es puesto a merced de la Corte Suprema de Justicia, para que sea investigado y juzgado por medio de un Procedimiento Especial para Juzgar a los Miembros de los Supremos Poderes. La autorización por parte del Congreso, no implica que el Parlamentario sea culpable del delito que se le achaca, sino simplemente que le fue levantada la condición que le impedía ser procesado.

En cuanto al tema de la prescripción de la acción penal, nuestro ordenamiento es nuevamente omiso, tratándose de Inmunidades Parlamentarias. Debe plantearse el tema desde dos perspectivas. La primera, es el caso de que una persona ya esté siendo enjuiciada y durante el proceso sea elegida para Cámaras, al respecto se había citado con anterioridad la posición del Dr. Hernández, quien manifiesta que lo lógico, sería que el nombramiento para el

cargo de Diputado, suspenda en forma automática la prescripción de la acción penal. Sin embargo, si ya existe sentencia condenatoria firme (con pena de prisión), con anterioridad a asumir el cargo, es ilógico pensar en la posibilidad de poner en libertad al nuevo Diputado electo, pues se estaría poniendo en entredicho la independencia y autoridad del Poder Judicial.

El otro supuesto, sería la negación del desafuero. En este sentido, el Lic. Esquivel nos dice que la prescripción no corre durante el mandato legislativo, porque “... se trata de un asunto de fuerza mayor, un impedimento de naturaleza constitucional.”²⁴⁷ Dicha omisión legislativa en tema de prescripción es inexcusable, no puede ser que exista tanta inseguridad jurídica que privilegie a un funcionario, y se siga alegando que es en razón del cargo. Pues la seguridad de un ordenamiento jurídico y el saber a qué atenerse, trasciende cualquier posible prerrogativa de unos pocos. Es, precisamente este aspecto de la omisión en cuanto a la prescripción de la acción penal, lo que abre una invisible brecha hacia la impunidad, tema que será criticado en los próximos capítulos de esta tesis.

Un efecto importante del desafuero, corresponde a las sanciones que pudieren surgir por parte de la Asamblea como consecuencia del antejuicio. Debe entenderse que el levantamiento del fuero procesal, necesariamente conduce a la suspensión del cargo del Diputado cuando se está en presencia de la supuesta comisión de delitos comunes²⁴⁸. Puesto al que podrá reinstalarse si la sentencia que emitiere la Corte Suprema de Justicia, fuere absolutoria, siempre y cuando no

²⁴⁷ Esquivel Salas Hernán. Óp. Cit., pág. 124.

²⁴⁸ El artículo 121, inciso 10, de la Constitución Política y el numeral 192 del Reglamento de la Asamblea le otorgan a la Asamblea Legislativa, la atribución de suspender al funcionario, que teniendo inmunidad haya sido imputados por la Corte por la comisión de delitos comunes, el momento de proceder a la suspensión no es mencionado por el Reglamento, pero se considera es lógico pensar que el momento más oportuno es posterior al levantamiento del fuero.

hubiere expirado el período de su mandato. Así mismo se considera que, podrá recibir los sueldos que ha dejado de percibir durante el período de suspensión.

El Desafuero es un mecanismo legal perfecto para inhibir la acción de la justicia. Si bien, se trata del levantamiento de un presupuesto procesal, se utiliza para ello argumentos políticos voluntariosos. La decisión de procesar a un Diputado o cualquier funcionario de alto nivel, debe residir en el órgano que fue creado al efecto: el Poder Judicial, de lo contrario se está ante una intromisión de poderes - que aunque avalada constitucionalmente - no deja de ser inconveniente. Pues se le da la atribución de disponer de la posibilidad de acceder a la justicia a una Asamblea Legislativa, que no fue creada para ello, y que como cuerpo político que es, no dispone de la imparcialidad necesaria para levantar el fuero de uno de sus propios integrantes, máxime cuando se requiere de dos terceras partes del total de la Asamblea para poder desaforar al Diputado.

Es visible de que ese pequeño “Obstáculo Procesal” en el fondo no es tan pequeño ni tan procesal, sino que se trata de una verdadera traba para enjuiciar a un eventual delincuente, que por engalanarse con determinado puesto, hace esperar el cumplimiento de la justicia, aún y cometiendo delitos no funcionales. Cuando debería exigírsele mayor respeto al cargo que ostenta y al pueblo que dice representar con él. No hay cultura de exigencia de responsabilidades, y esa mala costumbre conlleva a corrupciones e impunidades de las cuales se es víctima, pero también partícipe por omisión.

Con un mecanismo como este desafuero, no se está protegiendo la representación de la ciudadanía, se está, por el contrario, poniendo en entre dicho el sentir de un pueblo que está hastiado de las irresponsabilidades y la corrupción de sus funcionarios. Un desafuero que da o no la posibilidad de enjuiciar a “uno de los mismos” no es un simple requisito de procedibilidad, es una clara puerta al

olvido, una línea indiferenciada entre inmunidad e impunidad, un fomento a la criminalidad de élite.

La importancia de someter a un alto funcionario ante cualquier supuesto ilícito que se le achaque podría caer en una eventual cama legislativa, por eso debe existir un fuerte control y un mecanismo adecuado que logre consagrar tanto la protección de la representación del Diputado como el acceso a la justicia, pues, de lo contrario, se caería en la contraparte: la eventual impunidad.

b) Inmunidades Diplomáticas

Renuncia

La renuncia a la inmunidad es la manera de levantar el privilegio Diplomático. Puede darse en dos sentidos: la renuncia a la inmunidad por parte del Estado acreditante y la renuncia por parte del Diplomático con autorización del Estado al que representa. Ambos supuestos tienen como fin quitar la inmunidad que cobija al funcionario. El artículo 32 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas establece en su párrafo primero, la posibilidad de renuncia a la inmunidad de jurisdicción por parte del Estado acreditante y de las personas que la gocen. Continúa el artículo diciendo que “... *la renuncia ha de ser siempre expresa,*” aunque en doctrina se ha dicho que en materia civil, la renuncia puede ser tácita – posición que en lo personal no comparto, pues se considera que su efecto producirá consecuencias jurídicas importantes y, por ello, debe tenerse certeza de la misma-.

Tanto el Estado acreditante como el representante están facultados para renunciar a la inmunidad. En ambos casos la renuncia debe pasar por el Ministerio de Relaciones Exteriores para su verificación. En el segundo supuesto, el

Diplomático por su propia cuenta podría renunciar a su inmunidad, sin embargo siempre necesitará del consentimiento del Estado acreditante, pues se supone que el privilegio del que disfruta es en razón del cargo de representación del Estado y, por lo tanto, su renuncia implicaría “necesariamente” el consentimiento del mismo. Posición que al igual que en las Inmunidades Parlamentarias en el caso de la Inviolabilidad, existe esa supuesta posibilidad de renuncia por parte del Diputado, pero termina en nada cuando necesariamente requiere del desafuero, borra implícitamente la opción del diplomático de “levantar” su propia inmunidad, pues requiere de esa aprobación por parte del Estado que le da sus credenciales.

En este sentido, establece Dumani y Guardia: *“Se ha aceptado la tesis de que cuando se trata del jefe de la misión, se hace necesaria la aprobación del gobierno acreditante, mientras que si la renuncia proviene de cualquier otro miembro del personal de la embajada, bastaría la autorización expresa del jefe de la misión en su carácter de responsable legal de su Estado.”*²⁴⁹ Si bien es cierto el que puede lo más puede lo menos, aplicable a *contrario sensu*, acá sería ilógico que el que se supone puede menos, proceda en ventaja, saltándose el procedimiento del que puede lo más.

El mismo artículo de la Convención, establece que en el caso de las acciones civiles y administrativas, debe renunciarse no sólo para que éstas procedan, sino también para poder ejecutar el fallo. Lo anterior resulta una traba absurda en el procedimiento, pues si ya se renunció a la inmunidad de jurisdicción ello contempla en forma implícita la ejecución que pudiere devenir de la sentencia a la cual se ha querido someter, y el requerimiento de una nueva renuncia para la ejecución no es más que una pérdida de tiempo y un eventual portillo para que esta quede impune; pues cabe la posibilidad que se lleve a cabo el juicio, pero si

²⁴⁹ Dumani y Guardia M. Óp. Cit., pág. 122.

existe un impedimento legal que prohíba la ejecución del fallo la labor de la justicia puede quedar en nada, pues su cumplimiento se supedita a la mera voluntad de la parte y, aún peor, al capricho del mismo Estado acreditante que debe volver a dar su beneplácito.

Es preocupante la cortina de humo que se presenta como “posibilidad” de renunciar a la inmunidad, que como pudo apreciarse, ya resulta el procedimiento *per se* complicado, incluso para el mismo Diplomático que así lo quisiera, pero, que igual depende de la autorización ulterior del Estado acreditante, y desboronándose aún más esa remota opción, con la protección, claramente una línea indiferenciada, de la doble renuncia para la ejecución del fallo, dejando la justicia a la merced de la voluntad de la parte. Bastante criticable, pues abre sin más un portillo a la impunidad.

4. **Inmunidad como Impunidad: Implicaciones**

La confusión entre la Inmunidad y la Impunidad no es casual, no hay tal misteriosa alquimia de coincidencias, el mismo efecto de la falta de sanción, independientemente de las justificaciones incluso de rango Constitucional que se den, dejan en entredicho privilegios que en muchas oportunidades se alejan del interés público, y se cobijan en intereses lesivos de carácter privado típicos de la impunidad. No es comprensible bajo ninguna óptica que el ostentar una Función Pública pueda dar lugar a la violación de un derecho fundamental como lo es la justicia.

Tampoco es casualidad el viejo adagio que dice que *el diablo se esconde en los detalles*, pues es, precisamente, la complejidad del tema de las Inmunidades, su escaso tratamiento y poco interés de estudio, lo que contribuye, en gran

medida, a que se pase por alto cualquier “confusión de efectos” entre inmunidad e impunidad. No obstante, la ciudadanía, poco a poco, ha ido perdiendo la fe en los gobernantes y sus privilegios – aún y siendo legales- pues la realidad ha sacado a relucir una serie de situaciones que ponen al descubierto actuaciones ilegales entrelapadas en patrocinios legales.

Manifiesta el profesor Barahona que “... *las inmunidades de los máximos jefes de las instituciones democráticas, ha ido perdiendo credibilidad en los tiempos presentes, pues se reputan como refugios de impunidad para actuaciones ilegales, más que como protecciones legítimas de las actuaciones discrecionales.*”²⁵⁰

A pesar de que los pueblos se están despertando, poco a poco, y adquiriendo conciencia en torno a la defensa básica de sus derechos, queda mucho camino por andar en materia de impunidad como fenómeno cultural. Las implicaciones de las inmunidades como impunidad trascienden el ámbito de lo jurídico, y se manifiestan de múltiples maneras en la sociedad. Algunas de esas implicaciones son:

- Deslegitimación de las Instituciones Democráticas: existe un innegable retroceso en el Estado de Derecho, cuando la justicia es selectiva y no todos son castigados y si lo son difieren las maneras nada es más peligroso para un Estado que la deslegitimación de sus instituciones, pues la credibilidad en la democracia misma se viene al suelo. Manifiesta Eva Joly al respecto lo siguiente: *¿Qué democracia puede sobrevivir si las élites han adquirido, de facto, el poder de violar la ley y la garantía de quedar*

²⁵⁰ Barahona Kruger Pablo. Óp. Cit., pág. 107.

*impunes?*²⁵¹ Es lógico esperar una respuesta de esta índole cuando la impunidad se garantiza legalmente desde antes que se cometa la infracción. Es esperable el desprestigio de las instituciones cuando la injusticia de la impunidad es la regla, y no como debería ser en un Estado de derecho, la excepción.

- Inobservancia de la ley: en el tanto existan desigualdades que no se justifiquen realmente en equilibrar posiciones o proteger un interés superior, las personas verán irrespetado su bloque de legalidad, por a un trato diferenciado y cuya consecuencia en ocasiones agrede sus derechos. La inobservancia de la ley es una respuesta de la ciudadanía a la impunidad, que es una forma de violentar así mismo la legitimidad (cuyo cumplimiento obligatorio se tergiversa facultativo). No se le puede exigir cumplimiento y respeto de las leyes, si éstas no se cumplen y respetan de igual forma para todos. La impunidad que premia al delito, no es otra cosa que promotor de su repetición y un Estado que promueva cualquier forma de impunidad, no posee la autoridad moral para exigir la observancia de la legalidad.

- Violencia institucionalizada: la falta de sanción de conductas ilícitas, cualquiera que sea su causa (normativa o fáctica) resulta en una violencia sistémica institucionalizada. La ausencia o insuficiencia de castigo no es más que el reflejo de un Estado ineficaz e incapaz de garantizar un derecho fundamental de hacer justicia. Existe violencia institucionalizada cuando la misma ley permite y promueve la injusticia y, peor aún, cuando las mismas instituciones encargadas de hacer valer los derechos son las que los quebrantan por acción o por omisión.

²⁵¹ Eva Joly. Óp. Cit. , pág. 12.

- Fomento a las diversas formas de corrupción: es preciso recordar el binomio corrupción impunidad, al respecto el profesor Barahona ha escrito: *“La impunidad se considera como corrupción en sí misma... dado que el aparato de justicia y demás funcionarios que deben aplicar el bloque de legalidad, se abstienen de ejercer sus obligaciones al no prevenir, denunciar, investigar, procesar y condenar los actos corruptos.”*²⁵² Por ende, la impunidad producto de las inmunidades debe considerarse como corrupción en sí misma, pues compone un abuso de poder y su falta de castigo.

- Incremento de la cultura del olvido: si bien la sanción oficial es primordial en materia de impunidad, no hay nada peor para un pueblo que la ausencia de sanción moral de conductas reprochables. La indiferencia de la ciudadanía ante impunidades producto de promociones legales, no es más que la aprobación implícita de la moralidad de éstas. Los niveles de tolerancia de los pueblos jamás deben rozar el olvido de las injusticias producto de impunidades. No puede dejarse pasar por alto el aspecto ético, pues es de esperar que a un pueblo no se le puede pedir que diga y haga y denuncie, si nunca se le ha enseñado a dudar de lo que los demás dicen, hacen o dejan de hacer.

Muchas más son las implicaciones de estos dos fenómenos que se han estudiado a lo largo de la presente investigación, alcances de un problema integral que amerita muchísimo más análisis y comprensión, restos que son parte de las recomendaciones que se exponen a continuación

²⁵² Barahona Pablo. Óp. Cit. pág. 138.

RECOMENDACIONES

El tema de las Inmunidades como problema de Impunidades conlleva a la imperiosa necesidad de plantear una serie de recomendaciones.

- No basta la mera tutela del derecho a la justicia, debe garantizarse el cumplimiento efectivo de dicha tutela. No investigar ni castigar los delitos de ciertos individuos, so pretexto de un privilegio funcional, equivale a dejar incólumes las estructuras que hicieron posible engrosar la criminalidad ,,y lo que es peor, eludir la responsabilidad de éstos.
- Es importante de que los pueblos se sientan protegidos por sus Estados ante alguna eventual infracción a sus derechos y ese respaldo debe exceder las fronteras jurídicas de su propia nación, la Comunidad Internacional, así como las entidades encargadas de velar por los derechos humanos a nivel internacional, juegan un papel fundamental en la lucha contra el flagelo de la impunidad. La lucha contra la impunidad ha sido desde siempre un problema de grandísimas magnitudes, lo que ella implica es de difícil y profunda confrontación. Si bien se ha aplicado una serie de políticas, los resultados obtenidos en virtud de éstas no han sido del todo satisfactorios. En el fondo gran parte, es la falta de voluntad política por parte de los gobiernos.
- Debe comenzarse por el aspecto de conciencia social, educando a las personas acerca de los alcances de las leyes y los mecanismos para ejercer el derecho a la justicia, implementar educación y conciencia de denuncia, mentes críticas, así como las formas de hacer valer las exigencias.

- Por otro lado debe exigirse transparencia tanto a organismos sociales como políticos, así como a las instituciones estatales, en materia de resolución de conflictos o la falta de éstos en materia de violaciones de derechos humanos. Es inminente de que los aparatos judiciales gocen de recursos técnicos, económicos y humanos para poder estar en condiciones materiales para hacerle frente en forma independiente y ética a estas infracciones que arremeten contra los pueblos, ello conlleva, por supuesto, el supuesto de la reestructuración de los poderes judiciales, así como el obvio rechazo de cualquier tipo de privilegios irracionales.

- Seguidamente, es importante erradicar toda doctrina que so pretexto del interés funcional, se vale de medios terriblemente desequilibrados para abusar de las prerrogativas en favorecimiento personal y concubinato con las formas de corrupción. En fin, los Estados deben emprender acciones concretas tendentes a la realización de la justicia, la verdad, la seguridad, el orden y la paz social, procurando evitar las consecuencias sociales e individuales que impiden la construcción democrática, y que se derivan en forma directa de los procesos de impunidad y su consecuente violación de derechos humanos.

- La problemática de la impunidad lleva irremediablemente a plantearse preguntas acerca de la finalidad de la pena y su ausencia en términos de persecución penal y perpetuación de delitos que infrinjan los derechos mencionados. Pensar que la impunidad “per se” cuestiona la credibilidad de las penas y sus efectos preventivos (general y especial), conlleva a la teoría de que la impunidad posibilita y hasta promueve la violación de los derechos humanos, pues ante un delito se espera la reacción de la pena, y cuando esa sanción no llega, es el mismo Estado el que con su acción defectuosa o su omisión, promueve, refuerza y deslegitima sus propias instituciones. Si

bien se ha dicho que en materia de violación de impunidad se vincula la balanza hacia una prevención general positiva, pues el derecho internacional de los derechos humanos pretende al final de cuentas, crear un orden normativo supra, para su adecuado respeto por parte de los Estados, es poco realista pensar que las teorías preventivas represivas en sus diferentes gamas puedan justificar o dar respuesta al tema de la impunidad, pues como se estableció líneas atrás, se trata de un fenómeno que trasciende lo meramente jurídico. Siendo lo más conveniente para su combate efectivo, un tratamiento integral que involucre aspectos tanto de adecuada prevención como reparación de los daños producto de la violación de derechos, así como conjuntas políticas de prevención no represiva (a través de políticas económicas de distribución, educacionales, situacionales, comunitarias).²⁵³ Pues, básicamente, pretende implementarse una conciencia ética y cultural de denuncia, de exigencia, de participación por parte de los pueblos latinoamericanos, para que dejen esa “amnesia social” ante la diversidad de violaciones de sus derechos más fundamentales, conjuntamente con una adecuada respuesta estatal ante las exigencias de las víctimas y una eventual reprimenda internacional en caso de no cumplirse la adecuada posibilidad de hacer justicia, por parte de los Estados.

- Urge una *lege ferenda* en materia de inmunidades, con propuestas sanas que protejan los privilegios en forma adecuada, más no excesiva. Deben tomarse en cuenta planteamientos de política criminal para evitar posibles formas de criminalidad de élites y eventuales impunidades, al tiempo que debe sopesarse la importancia de proteger en forma concienzuda la representatividad de los pueblos

²⁵³ Rotman Edgardo (1998). La Prevención del Delito .Primera Edición, San José, Costa Rica PP. 106.

CONCLUSIONES

Con base en el trabajo de investigación, crítica y análisis realizado a lo largo del presente Proyecto, puede llegarse a las conclusiones expuestas a continuación.

El tema de las inmunidades ha sido muy poco o nada tratado por la doctrina y la legislación costarricense. Existen muchísimos vacíos y confusiones en torno a la telaraña jurídica que representan los privilegios Parlamentarios y Diplomáticos. Descuido o no, las inmunidades así tratadas se convierten en caldo de cultivo perfecto para la comisión de conductas ilícitas y su eventual falta de sanción.

La importancia de los Privilegios en un Ordenamiento Jurídico debe necesariamente arraigarse en fundamentos legales atinentes a la realidad socio política de actualidad, y no a meros resabios de contextos extranjeros, que desfasados o no, se aplican en forma automática, y sin atender condiciones preocupantes de fenómenos como la impunidad.

Las inmunidades son necesarias para el adecuado desempeño de ciertas funciones públicas, pero su contenido de manera inevitable debe ser ajustadamente reglado, no prestarse a lagunas normativas y menos hermenéuticas. Deben atender realmente a intereses públicos de adecuada representación, y no a meras prerrogativas personales susceptibles de abuso y eventual impunidad.

Es urgente retomar el tema de las Inmunidades en nuestra legislación, el tratamiento requiere una eventual *lege ferenda* en materia sustancial y procesal. Resulta inaplazable un cambio de paradigma relativo a uno más exigente en torno

de la adecuada utilización responsable y representativa de los Privilegios conferidos constitucionalmente.

La inmunidad puede convertirse en una impunidad normativa. De ahí la importancia de retomar el tema y plantear adecuadas demarcaciones legales. Sin embargo, la tarea debe ir más allá, pues es pertinente recordar el carácter de problema estructural que califica al fenómeno de la impunidad, razones de más para tomar medidas adecuadas en el procedimiento de hacer justicia. El portillo legal más preocupante en materia de líneas indiferenciadas, deviene, precisamente, de aspectos procesales a la hora del levantamiento de los fueros de protección, es allí donde debe trabajarse con mayor rigurosidad.

Las inmunidades si bien amparadas a derecho, no necesariamente se desligan de los componentes éticos que deben impregnar las conductas de todo funcionario. Reducir la impunidad al mero ámbito jurídico sería llegar al absurdo de querer tapar el sol con un dedo e ignorar las posibles conductas deplorables producto de patrocinios legales.

Es imposible construir una democracia en manos de la impunidad, es inaceptable sostener un ideal de Estado de derecho si sus derechos fundamentales son violentados sistemáticamente con el silencio del olvido, de la falta castigo, de la injusticia. La historia no se repite en la medida que los pueblos no quieren que se repita. Esa amnesia de los pueblos de un pasado de violaciones implica impunidad, y la única manera de afrontarlo realmente, es por medio de posiciones críticas, acciones beligerantes, participación ciudadana en la denuncia y exigencia de responsabilidades e igualdad de aplicación normativa.

Si bien la sanción no es suficiente para tratar un problema estructural como lo es la impunidad, constituye un elemento clave en la conciencia de los diferentes sectores, pero para que exista realmente ese efecto simbólico legitimante, dicha sanción no debe ser solamente aparente, sino que requiere necesariamente de la certeza del pronto y adecuado castigo. La certeza del castigo y la exigencia de éste es el mayor reto a la impunidad.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

Ambos Kai (1997). Impunidad y Derecho Penal Internacional Primera Edición Colombiana. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín, Colombia.

Arbuet Herbert. (1982) Algunos Aspectos Fundamentales del Estatuto Diplomático. Conceptos Básicos. La Inmunidad de Jurisdicción OEA. Washington D.C., Octavo curso de Derecho Internacional organizado por el Comité Jurídico Interamericano.

Asamblea Legislativa, Serie de Debates y Actos Legislativos (1995). La Inmunidad Parlamentaria Primera Edición, San José Costa Rica, Asamblea Legislativa.

Bacigalupo Zapater Enrique (1984). Manual de Derecho Penal, Parte General, Temis-Ilanud.

Barahona Kruger Pablo (2004). Corrupción e Impunidad: correlaciones e Implicaciones, Primera Edición Editorial Jurídica Continental. San José Costa Rica.

Carazo Zeledón Mario. (1999). Experiencia Legislativa. Primera Edición, San José, Costa Rica: Asamblea Legislativa.

Carbonell Sáenz Jorge. (1997). Historia del Derecho Costarricense. Primera Edición. Editorial Juricentro. San José Costa Rica.

Chartier Fuscaldo Michel. (1997). "La Inmunidad de Jurisdicción: ¿Permiso para delinquir?". Temas de Derecho Privado. Oficina de Publicaciones Universidad de Costa Rica. San José Costa Rica.

Comisión para la Defensa de los Derechos Humanos en Centroamérica (1995) La impunidad en Centroamérica: causas y efectos. Primera Edición, San José, Costa Rica.

Devesa José María (1979), Derecho Penal Español, Parte General, Gráficas Loasa, Madrid, España.

Erice y O Shea José Sebastián. (1954) Derecho Diplomático. Institutos de Estudios Políticos. Tomo I. Madrid España.

González Calderón Juan A. (1923). Derecho Constitucional Argentino. Historia, Teoría y Jurisprudencia de la Constitución Librería Nacional, 2da Edición, Tomo II, Buenos Aires Argentina.

Hans Kelsen. (1984). Teoría General del Estado. Editora Nacional, México DF.

Hernández Valle Rubén (1994). El Derecho de la Constitución. Vol. II Primera Edición. Editorial Juricentro, San José Costa Rica.

Jan Osmanzyck Edmund. (1976).Enciclopedia Mundial de Relaciones Internacionales y Naciones Unidas. Primera Edición, Fondo de Cultura Económica, Madrid España.

Jescheck Hans Heinrich (1981). Tratado de Derecho Penal, Editorial Bosch, Barcelona España.

Jiménez de Asúa Luis (1962). Tratado de Derecho Penal. Tomo IV Segunda Parte: Las Causas de Justificación. Tercera Edición Actualizada. Editorial Losada S.A. Buenos Aires, Argentina.

Joly Eva (2003) Impunidad en las entrañas del poder Primera Edición en Español (Traducción de Trinidad Richelet). Fondo de Cultura Económica. Argentina.

Mattarollo Rodolfo. (1991). Impunidad Derechos Humanos y Defensa Jurídica Internacional. Segunda Edición .CODEHUCA. San José, Costa Rica.

Marín Vanegas Darío. (1970). La Inmunidad Parlamentaria en Colombia. Primera Edición. Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional

Muñoz Hugo Alfonso. (1977). La Asamblea Legislativa en Costa Rica. Primera Edición, Editorial Costa Rica, San José, Costa Rica.

Paz y Puente Jaime (1985). Derecho de las Inmunidades Diplomáticas. Editorial Trillas, México. Pág. 33.

Peralta Hernán. (1962). Las Constituciones de Costa Rica. Instituto de Estudios Políticos. Madrid.

Pérez de Cuellar Javier. (1997). Manual de Derecho Diplomático. Primera Edición Fondo de Cultura Económica, México.

Soler Sebastián. (1978). Derecho Penal Argentino, Tomo III, Tipografía Editora. Buenos aires, Argentina.

Vargas René Oscar (2000). Círculos del Infierno: corrupción, dinero y poder. Primera Edición, Centro de Estudios de la Realidad Nacional de Nicaragua CEREN, Nicaragua.

Vaz Ferrerira Carlos. (1992). Lógica Viva: moral para intelectuales. Editorial Losada S.A., Buenos Aires, Argentina.

Volio Jiménez, Fernando. (1980). La Asamblea Legislativa: Ideas para su reforma. Editorial EUNED, San José Costa Rica.

Tesis

Adriana Chavarría Cordero. (2003). Inviolabilidad Parlamentaria. Tesis para optar al grado de Máster en Derecho Constitucional, Sede Central, Universidad Estatal a Distancia

Alvarado Celina y Calvo Juan Luís. (1993) Incompatibilidad de la Función Parlamentaria Respecto a otras Actividades. Tesis para obtener el grado de Licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica.

Dumani, C y Guardia M. (1990). Las Inmunidades Diplomáticas. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

Hernán Esquivel Salas. (1988). La Inmunidad Parlamentaria. Tesis de Grado para optar el título de Licenciado en Derecho, Sede Rodrigo Facio, Universidad de Costa Rica.

Orlando Rojas Sáenz . (1985). Régimen Jurídico de las Misiones Diplomáticas. Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Campus Rodrigo Facio: Universidad de Costa Rica.

Pedro Escobar Sequeira . (1960). Privilegios e Inmunidades Diplomáticas. Tesis de Graduación para optar por el grado de Doctor en Derecho. León Nicaragua: Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua.

Revistas

Hernán Esquivel Salas. (1990). “La Inmunidad Parlamentaria” Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. 2 (2): Marzo.

Instrumentos Legales

Constitución Política de la República de Costa Rica.

Proyecto de Ley Reforma de los Artículos 110, 111,112 y 124 inciso 9 y 10 de la Constitución Política de Costa Rica. Expediente Legislativo número 14986.

El Proyecto se presentó en la Sesión Plenaria número 16 del 23 Mayo 1994, bajo el expediente número 11889.

Resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre Inmunidades Diplomáticas de 1929.

Resolución sobre Inmunidades Diplomáticas del Instituto de Derecho Internacional. New York 1929.

Dictamen de la Procuraduría de la República # 310 del 26 de Agosto de 2005.

Organización de Naciones Unidas (1999). Resolución # 34 Comisión de Derechos Humanos Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 26 de Abril 1999. Sesión # 55.

Ley de Imprenta y la Resolución de la Sala Constitucional # 2996 de las 15:10 horas del 6 de octubre de 1992.

Ley # 4534 del 23 de Febrero de 1970.

Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961. Ley número 3394.

Ley número 3008 y Ley número del 16 de julio de 1962 y la Ley 3530 del 5 de agosto de 1965 respectivamente.

Decreto Ejecutivo N° 15877-RE de 29 de noviembre de 1984.

Reglamento sobre Inmunidades y Privilegios Diplomáticos.

