

LA FUNDAMENTACIÓN DE LA PENA: EL INFORME DEL INSTITUTO DE CRIMINOLOGÍA

*MSc. Minor Soto Fallas**

RESUMEN

La fijación de la pena, como parte de la fundamentación de la sentencia, es una actividad reglada sujeta a normas preceptivas que puede y debe ser controlada. Esta actividad también debe apoyarse en la ciencia criminológica, de modo que las circunstancias de cada persona imputada se valoren y la sanción sea proporcionada a su culpabilidad, todo ello en atención a los fines positivos especiales y generales de la pena. En este sentido, es fundamental el informe del Instituto Nacional de Criminología, tal y como se dispone en el artículo 71, in fine, del Código Procesal Penal. Deben rechazarse las interpretaciones que restan valor preceptivo a esta norma o que minimizan los aportes de la ciencia criminológica.

Palabras clave: Fundamentación de la sentencia, fijación de la pena, norma preceptiva, culpabilidad, Instituto Nacional de Criminología.

ABSTRACT

Sentencing, as part of the justification of the sentence, is a regulated activity subject to prescriptive norms that can and should be controlled. This activity must also be based on criminological science, so that the circumstances of each accused person are assessed and the sanction is proportional to their guilt, all in attention to the positive, special and general, purposes of the sentence. In this sense, the report of the National Institute of Criminology is essential, in accordance with the provisions of article 71, in fine, of the Criminal Procedure Code. Interpretations that diminish the prescriptive value of this norm or that minimize the contributions of criminological science should be rejected.

Keywords: Justification of the judgment, sentencing, prescriptive rule, culpability, National Institute of Criminology.

Recibido: 26 de abril de 2022

Aprobado: 22 de febrero de 2022

* Juez penal 4, Tribunal Penal de Desamparados. Máster en Administración de Justicia.
Correo electrónico msotof@poder-judicial.go.cr

SUMARIO

- I.- Introducción.
- II.- Libre autodeterminación y responsabilidad penal.
- III.- Ordenamiento penal y obligación de establecer la culpabilidad de la persona encartada.
- IV.- Naturaleza preceptiva del artículo 71.
- V.- Error jurisprudencial en la interpretación del artículo 71. 5.1.- Generalización apresurada. 5.2.- El Informe del Instituto Criminológico no es vinculante para el juez. 5.3.- Idoneidad del Informe del Instituto Criminológico como medio probatorio.
- VI.- Conclusiones.
- VII.- Bibliografía.

I.- INTRODUCCIÓN

Si la sociología jurídica es la parte de la sociología que investiga las causas y los efectos sociales de las instituciones y de las normas jurídicas; es decir, las relaciones entre derecho y sociedad (<https://dpej.rae.es/lema/sociolog%C3%ADa-del-derecho>), las conclusiones de esta disciplina resultan de consulta obligada cuando se trata del derecho penal, esa rama del ordenamiento jurídico que, con mayor prevalencia cotidiana, afecta los derechos fundamentales de amplios sectores de la ciudadanía y que, en definitiva, puede alterar el tejido social.

Por supuesto, las conclusiones de la sociología jurídica deben ser consideradas al decidir la política criminal del Estado. Pero también la aplicación práctica del derecho punitivo por parte de los órganos jurisdiccionales sentenciadores acarrea, a su vez, una particular imbricación de doble vía con la política criminal y con la misma sociología jurídica, de forma que, debido

a esta retroalimentación permanente, el juzgamiento y sanción de los delitos, realmente responda a la tutela de bienes jurídicos fundamentales, pero ante todo, que, en la sanción de las mismas infracciones penales, se considere rigurosamente la culpabilidad de la persona procesada, de modo que la concreta sanción penal no solo responda a su situación concreta, sino también a esa política de persecución criminal que, de acuerdo con las conclusiones de la sociología jurídica, lejos de criminalizar la marginación social y económica, se oriente a los fines positivos de prevención general y especial.

A propósito de la criminalización de ciertos sectores sociales, escribe Muñoz, citado por Díez González y José Antonio Álvarez Díaz:

Debe, en todo caso, advertirse que aunque normalmente el fenómeno de la exclusión se vincula al de la pobreza - haciendo referencia al aspecto más económico del problema -, la exclusión es un concepto más amplio que incluye una vertiente estructural. Comprende, ante todo, las relaciones de los individuos con la estructura social en la que se encuentran, determinando su integración o su no integración. En definitiva, se puede decir que la exclusión social "supone una acumulación de barreras que se interponen en la autonomía personal e impiden la participación en la vida social mayoritaria (Muñoz, 2003).

Es evidente que, al fijar la pena, la labor de la jueza y del juez no es discrecional, es una actividad reglada sujeta a normas preceptivas que puede y debe ser controlada; pero que debe apoyarse también en otras ciencias a

fin de que el quehacer jurisdiccional no se degrade a un mero silogismo, aséptico, de espalda a la realidad social de ese sector de la población que está siendo criminalizado, cuyas circunstancias particulares no pueden obviarse al establecer la responsabilidad penal; de lo contrario, los fines especiales y, en general, positivos de la pena no serán más que una mera declaración de principios.

De ahí deriva la capital importancia que, para la fijación de la pena, como acto culminante del sistema penal, tiene el dictamen que debe rendir el Instituto Nacional de Criminología sobre la situación personal de la persona imputada, de modo que esa respuesta penal sea proporcional a su culpabilidad.

Como bien señala SUBIJANA refiriéndose a los informes criminológicos en el ámbito de las penas privativas de libertad:

“Tales informes, en razón de la materia que se contraen, delimitación de la presencia de una prognosis criminal favorable o exigencia de un informe individualizado de reinserción social, única y exclusivamente pueden ser emitidos por expertos en ciencias empíricas e interdisciplinarias, como la Criminología, que aporten al juez conocimientos científicos que permitan conferir cierta solvencia a su decisión, para no caer en una resolución de signo intuitivo. De no contar con tal auxilio, el juez, consciente de sus carencias en este ámbito, sustituye el modelo constitucional de respuesta judicial (decisión razonable y razonada en la que se exteriorizan los criterios que abocan a su adopción como medio de conferir sentido al

Derecho Fundamental a la tutela judicial efectiva [...] y evitar la aparición de la arbitrariedad en el ejercicio de un poder público [...] por un modelo ad hoc en el que la voluntad usurpa el lugar del raciocinio y emerge una decisión cuyos fundamentos, de existir, única y exclusivamente se encuentran en el arcano de la personalidad del juez.

II.- LIBRE AUTODETERMINACIÓN Y RESPONSABILIDAD PENAL

Nuestro ordenamiento jurídico penal parte de una premisa fundamental: La libre autodeterminación del individuo, libertad que se presume, salvo prueba en contrario, y que constituye la base de la culpabilidad.

De esta forma, salvo que se demuestre la inimputabilidad del autor (artículo 42 del Código Penal) o que este haya incurrido en error (artículos 34 y 35 del Código Penal), o cuando no tenía otra alternativa (artículo 38 del Código Penal), o cuando no puede imputársele la comisión de una acción en sentido jurídico-penal, pues no han mediado ni conocimiento ni voluntad (artículos 30 y 33 del Código Penal), quien comete una acción típica y antijurídica se asume que decidió libre y voluntariamente infringir el ordenamiento jurídico y, por ende, está sujeto a una pena.

Sabemos entonces que una persona que ha actuado en pleno uso de sus facultades mentales, que no ha incurrido en error y que tenía la posibilidad de elegir, entre actuar y no hacerlo, es culpable.

Cabe preguntarse, sin embargo, si es esa o solo esa la culpabilidad a la que se refiere la

Sección V del título segundo del Código Penal, o si la culpabilidad en función de la cual debe precisarse la pena es aquella particular de la persona procesada, la que está determinada por sus circunstancias y que determina su capacidad real de autodeterminación.

No puede olvidarse, tal y como escribe Subijana, que:

La necesidad de motivar la resolución, no solo acudiendo a la influencia en el desvalor del injusto o en el juicio de reprochabilidad de las denominadas circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, sino también atendiendo a las circunstancias personales del victimario [...], exige un conocimiento explícito de la realidad que circunda a la persona del victimario, conocimiento que debe deferirse de un completo informe sobre los aspectos psicológicos, educativos, familiares o sociales elaborado por personal técnico cualificado [...] (p. 146).

La aplicación del derecho penal no puede ceñirse, únicamente, a la mera constatación de presupuestos normativos y a la atribución de consecuencias jurídicas, lo que de por sí ya es una ardua tarea, pues debe considerar la realidad social de quien está sometido al proceso penal y precisar no una mera pena privativa de libertad, sino una medida que responda a los principios de prevención general y especial positivas. Esto es reconocido por nuestro más alto tribunal penal al considerar que la sanción punitiva se determina en función de la culpabilidad del procesado:

En la determinación de la sanción, cobran relevancia los fines de ésta, los cuales se encuentran definidos por el legislador y que, deben ser considerados para el desarrollo de la individualización de la pena que también es una garantía que parte, indeclinablemente, del respeto al principio de legalidad, de modo tal, que al fijarla no puede obviarse aquélla que el legislador ha definido para la conducta de que se trate, porque en el estado actual de nuestro sistema, el Juez no puede desvincularse del dato legislativo, ni puede seleccionar o variar la sanción según su mejor criterio, de manera que la dimensión del juicio de reproche, anticipado por el legislador en los extremos mínimo y máximo de la pena establecida, debe realizarse dentro de esos márgenes y ateniéndose a los lineamientos del numeral 71 del Código Penal, en aquellos aspectos que resulten relevantes para la solución del caso concreto. De ahí que, la culpabilidad normativa, obliga al Juzgador a justipreciar las circunstancias que rodean al agente al momento de la comisión del hecho delictivo, para establecer si el ordenamiento jurídico podía -bajo las circunstancias concretas- requerir con mayor o menor severidad una acción ajustada a derecho, y así cuanto más exigible más reprochable y por el contrario cuanto menos exigible menos reprochable. La culpabilidad no es sino, el reproche por actuar con conciencia clara de la ilicitud

del hecho que se realiza, junto al incumplimiento con el derecho y con la sociedad -sin riesgo físico y sin presión psíquica insuperables- en circunstancias idóneas para actuar correctamente. Se trata de una opción realizada consciente, donde el sujeto se inclina por la violación de la norma no obstante haber podido actuar conforme a derecho. Ahora bien, así como se dijo que a más exigibilidad mayor severidad del reproche, así cuanta mayor reprochabilidad, mayor pena. La individualización de la pena adecuar la sanción al nivel de reproche que corresponda hacer a la persona autora del ilícito- implica realizar un esfuerzo de concreción y de análisis de las características propias del autor o autora, que ayudan a imponer la pena justa y proporcionada a su culpabilidad. (Sala Tercera de la Corte, resolución n.º 01639-2014 de las 4:04 p. m., del 14 de octubre de 2014).

III.- Ordenamiento penal y obligación de establecer la culpabilidad de la persona encartada

Tanto la normativa penal como la procesal penal contemplan disposiciones que orientan al operador jurídico en el camino por la búsqueda de la norma aplicable al caso concreto. No obstante, estos textos legales son o muy generales o pasan desapercibidos, o, simplemente, son obviados cuando resultan incómodos en un contexto de persecución criminal que prioriza el castigo o la represión antes que el reconocimiento de la intrínseca dignidad del ser humano, principio fundamental de un Estado democrático.

De este modo, la determinación de la culpabilidad, que es la piedra angular para la fijación de la pena, cede ante criterios de más fácil determinación, como la existencia de hechos o circunstancias propios de la acción delictiva concreta, para fundamentar la sanción punitiva.

Dentro de la miríada de disposiciones explícitas e implícitas que podrían descubrirse en nuestro ordenamiento jurídico sobre el tema, vamos a centrar nuestra atención en el párrafo final del artículo 71 del Código Penal, el cual a la letra dispone: “Las características psicológicas, psiquiátricas y sociales, lo mismo que las referentes a educación y antecedentes, serán solicitadas al Instituto de Criminología el cual podrá incluir en su informe cualquier otro aspecto que pueda ser de interés para mejor información del Juez”.

Todo ello, claro está, se rige en relación con el inciso e) del mismo artículo, el cual ordena valorar, para la fijación de la pena, las condiciones personales del sujeto activo en la medida en que hayan influido en la comisión del delito.

En definitiva, la fijación de la pena está guiada por un principio fundamental, el cual es la necesidad de considerar las características personales de la persona condenada y sus condicionamientos sociales y culturales, a fin de modular la sanción y que esta cumpla su acción rehabilitadora.

En tal sentido, en la resolución n.º 00388-2002 de las nueve horas y veinticinco minutos del 24 de mayo de 2002, el Tribunal de Casación Penal razona:

[...] si la finalidad de la pena es la reforma y readaptación social del condenado, su propósito -de

prevención especial positiva- es el de aplicarse en la medida necesaria para la reinserción social del condenado. La individualización de la pena gravita en torno a la necesidad individual de castigo, dentro de los parámetros fijados por la ley. Se tiene así la finalidad de la pena: la necesidad individual de ella.

Este no es un tema banal y se ha reiterado una y otra vez en la jurisprudencia patria, la cual se apoya en la mejor doctrina, sin que exista desacuerdo alguno. Al respecto considera la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia:

II.- [...] En efecto, tanto el ordenamiento jurídico como la jurisprudencia establecen el fin readaptador de la pena, alejándose de las teorías retributivas, que ven la sanción como un fin en sí mismo, un imperativo categórico como lo llamó Kant, un restablecimiento del derecho según Hegel, un mal mediante el cual se retribuye y castiga la culpabilidad del autor por el hecho cometido. Se abandonan también las ideas de la prevención general, que consideran que la pena actúa como una amenaza sobre la comunidad, la que se sentirá desestimulada a cometer delitos ante la certeza del castigo. Nuestro ordenamiento sigue la teoría de la prevención especial, dirigida a la persona concreta que ha cometido un delito. Es así como los tratados internacionales y el Código Penal se refieren a la “resocialización”

de quien ha infringido la ley. Se ha considerado que esta posición cumple en mejor forma los cometidos del derecho penal y los principios del Estado social: “En tanto la teoría preventivo especial sigue el principio de resocialización, que entre sus partidarios se encuentra hoy en primer plano, sus méritos teóricos y prácticos resultan evidentes. Cumple extraordinariamente bien con el cometido del Derecho penal (cfr: supra 2), en cuanto se obliga exclusivamente a la protección del individuo y de la sociedad, pero al mismo tiempo quiere ayudar al autor, es decir, no expulsarlo ni marcarlo, sino integrarlo; con ello cumple mejor que cualquier otra doctrina las exigencias del principio del Estado social. Al exigir un programa de ejecución que se asienta en el entrenamiento social y en un tratamiento de ayuda, posibilita reformas constructivas y evita la esterilidad práctica del principio de retribución” (Claus Roxin, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Editorial Civitas S.A., 1997, página 87). A pesar de lo indicado, de la teoría retribucionista se ha rescatado la idea de que la culpabilidad ha de ser el límite de la pena, pero se aparta de ella en cuanto, en resguardo de la prevención especial, señala que podría ser inferior a la medida de la culpabilidad, cuando con ella sea suficiente a los fines de la resocialización.

IV.- NATURALEZA PRECEPTIVA DEL ARTÍCULO 71

La naturaleza preceptiva de esta disposición no ofrece duda alguna, así es reconocida por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia:

La labor del Tribunal en la fijación de la pena se encuentra muy especialmente tasada en la ley, ya que el propio artículo 71 inmediatamente señala los parámetros que deben orientar la tasación del monto de la pena en cada caso concreto, sin que el juez pueda recurrir a prejuicios, criterios arbitrarios, o tomar en consideración factores distintos a los previstos por el legislador [...]. (Resolución n.º 01189-2000 de las 10:10 del 13 de octubre de 2000).

Adicionalmente, la Sala Constitucional ha dispuesto que la debida fundamentación de la pena forma parte del debido proceso (véanse entre muchos otros los votos 1760-96 de las 11:06 h del 19 de abril de 1996 y 7333-94 de las 15:06 h del 14 de diciembre de 1994).

Concretamente, la disposición que exige el dictamen criminológico para la fijación de la pena, recogida en el último párrafo del artículo 71, se encuentra vigente desde 1971, es decir, por más de cincuenta años, sin mayor utilidad que la de un mero formalismo dogmático; pero sin arraigo en el quehacer jurisdiccional, pese a que los numerales 5.3 y 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos disponen: “La pena no puede trascender de la persona del delincuente» y «Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”.

En igual sentido, el numeral 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en lo conducente señala: “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados [...]”. Y el numeral 51 del Código Penal establece la ‘acción rehabilitadora’ como finalidad de las penas.

Ahora bien, si el artículo 71 es una guía vinculante para la persona juzgadora, esto se traduce, necesariamente, en la obligación de solicitar al Instituto de Criminología las características psicológicas, psiquiátricas y sociales de la persona imputada, así como la información referente a su educación y antecedentes. Nótese que la disposición penal de cita no atribuye poder discrecional alguno al juez y a la jueza. Por el contrario, claramente dispone que estos deben solicitar el dictamen. Sin embargo, esta conclusión, que parece obligada, ha sido dejada de lado con argumentos falaces.

V.- ERROR JURISPRUDENCIAL EN LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 71

Fundamentalmente, el razonamiento seguido por los órganos jurisdiccionales para restar carácter vinculante al artículo 71 parte de tres premisas equivocadas: La primera es atribuir una función meramente enunciativa a la citada disposición legal, incluso casi superflua, de modo que el juez puede apartarse de la norma, si así lo estima necesario; la segunda, anteponer razones de orden práctico a un imperativo legal, como lo es no exigir el dictamen de criminología ante la posibilidad de que este no se rinda a tiempo; y la tercera, sobrestimar la capacidad del juez para pronunciarse sobre variables criminológicas.

A propósito, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia señala:

Al respecto se ha entendido lo siguiente: “[...] conviene también recordar que al fijar el quantum de la sanción los juzgadores no están obligados a considerar todas y cada una de las hipótesis que incorpora el numeral 71 del Código Penal ya citado, pues en realidad las mismas simplemente constituyen un listado abierto de parámetros que a dicho efecto podrán valorarse, siendo legítima la fundamentación de dicho apartado aún y cuando en el fallo sólo se analicen algunos de ellos e, incluso, cuando se consideren otros aspectos no incluidos allí expresamente. En este sentido esta Sala ha indicado que “[...] puede afirmarse que aunque suprimiéramos hipotéticamente el artículo 71 del Código Penal, subsistiría para el juzgador la ineludible obligación de fundamentar la fijación de la pena en sentencia. A la luz de estos razonamientos es que debe analizarse la norma contenida en el artículo 71 del Código Penal, que señala algunas cuestiones que el juez debe considerar en ese aspecto. Cabe preguntarse cuál es la naturaleza de este listado de circunstancias a “tomar en cuenta”. “¿Está el Juez obligado a agotar la lista, es decir, a considerar cada una de tales cuestiones? La práctica judicial enseña que no en todos los casos se dan los elementos señalados, o algunos de ellos en ciertos casos son irrelevantes, o no se cuenta con elementos de juicio

adecuados para darles contenido (esto sucede precisamente con el informe del Instituto Criminológico, que rara vez llega a manos del Juez a tiempo). Entonces sería absurdo exigir al Juzgador que agote ese listado. Por lo tanto, debe concluirse que la enumeración del artículo 71 del Código Penal es puramente enunciativa, ejemplificativa o explicativa, tanto así que no excluye la posibilidad de que el Juez agregue o introduzca otras circunstancias dignas de ser consideradas a la hora de fijar la pena [...]”, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 0051-F-95, de las 9:50 hrs. del 14 de febrero de 1995 [...]”, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 667-00, de las 11:05 horas, del 16 de junio de 2000.” (Sala Tercera de la Corte, resolución N° 01836 - 2012, de las 10:48 a. m., del 05 de Diciembre del 2012). Véanse también las resoluciones del mismo órgano jurisdiccional número 2001-00376, de las 14:40 del 24 de abril de 2001, 00245 - 2012, de las 10:39 a. m. del 17 de Febrero del 2012, 0051-F-95, de las 9:50 hrs. del 14 de febrero de 1995, 667-00, de las 11:05 horas, del 16 de junio de 2000, 00313 - 2010 de las 8:50 a. m., del 30 de Abril del 2010, 2006-0637, de las 11:00 horas, del 7 de julio de 2006.

5.1- Generalización apresurada.

Se puede advertir en la jurisprudencia de cita un error lógico esencial, ya que se atribuye al todo lo que es propio de una parte. En efecto, si bien es cierto, en el artículo 71 del

Código Penal, el legislador no puede agotar todos las variables que pueden incidir en la fijación de la pena y que, por otra parte, no todos los presupuestos contemplados en esa disposición pueden tener incidencia en el caso concreto. Lo cierto es que, en cuanto a la solicitud del dictamen al Instituto de Criminología, no son aplicables los adjetivos enunciativo, ejemplificativo o explicativo, pues la persona juzgadora no tiene alternativa alguna, debe solicitarlo.

Sería vano intentar reducir al estrecho marco de una disposición legal las infinitas posibilidades que ofrece la realidad, sumado ello a las limitaciones del lenguaje, de modo que a menudo ni se dice o escribe todo lo que se quiere, ni se quiere todo lo que se dice o escribe. La interpretación del texto legal debe tomar en cuenta esas limitaciones. Por ello debe acudir a diferentes métodos a fin de descubrir el sentido de la norma.

En este sentido, es comprensible e, incluso, se comparte en un todo la afirmación de la Sala Tercera en el sentido de que el artículo 71 del Código Penal es una guía que no agota, ni lo pretende, los factores que deben tomarse en cuenta al fijar la pena.

No obstante, pese a sus limitaciones, esa lista de factores o variables incluidas en el texto legal no dejan de cumplir una función orientadora esencial, pues, si bien la realidad desborda esos límites, lo cierto es que debe acudir a ese inventario al menos a título de orientación general, aunque, en el caso concreto, deban valorarse hechos o circunstancias particulares. No por nada el legislador le ordena a la persona juzgadora tomar en cuenta esos factores.

Ahora bien, aunque esto es innegable, es preciso tener presente que el artículo 71

puede dividirse en dos partes, la primera es aquella que establece un listado no taxativo de factores, mientras que la segunda establece la necesidad de tomar en consideración las características psicológicas, psiquiátricas y sociales, lo mismo que las referentes a educación y antecedentes del procesado. Para ello, se ordena, deberá solicitarse el dictamen al Instituto de Criminología.

En cuanto a esta segunda parte, es harto cuestionable sostener que, del mismo modo, tan solo se ejemplifica un medio de prueba que puede utilizarse para establecer las condiciones personales del procesado, pues la expresión lingüística utilizada por el legislador, cuando ordena recabar ese dictamen, es imperativa: será solicitado.

Del mismo modo, carece de todo sustento lógico afirmar que puede fijarse la pena, sin considerar el dictamen del Instituto de Criminología, cuando existe la posibilidad de que este no sea rendido en tiempo porque la premisa adoptada es inconducente a la conclusión. En efecto, la posibilidad de que el Instituto de Criminología se retrase en la rendición del dictamen no merma en modo alguno el carácter vinculante a la disposición legal en estudio y la ineludible necesidad de contar con el informe técnico como requisito para fijar la pena, del mismo modo que resulta inconcebible fijar una medida de seguridad, para el procesado declarado autor no responsable, por inimputabilidad, sin contar con el dictamen de criminología o fijar la pena para una mujer en estado de vulnerabilidad sin disponer del estudio psicosocial.

Es evidente que la previsión legislativa respecto al dictamen del Instituto de Criminología, para la fijación de la pena, al igual que ocurre con los informes técnicos en

el caso del inimputable o la mujer en estado de vulnerabilidad, responde a la necesidad de proporcionar al juez y a la jueza la información científica necesaria para que puedan cumplir de la mejor manera su labor que no es otra que garantizar el debido proceso a la persona imputada. En otras palabras, se trata de un expreso reconocimiento de las limitaciones de la persona juzgadora para abordar con rigurosidad científica los temas propios de la criminología, la psicología, la sociología y el trabajo social, necesarios para juzgar apropiadamente sobre la culpabilidad del encartado.

Esto nos conduce a abordar los razonamientos seguidos por la Sala Tercera de la Corte cuando atribuye poder omnisapiente a la persona juzgadora en una resolución del año noventa y cinco, anterior a la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal, pero plenamente vigente en sus consideraciones:

“[...] Sin embargo, no demuestra el recurrente que la ausencia del citado dictamen le haya ocasionado gravamen alguno; es decir, que el tribunal le haya impuesto una sanción arbitraria. Amén de lo anterior, a mayor abundamiento, conviene acotar que acerca de la imprescindibilidad o no del dictamen en cuestión, esta S. se pronunció diciendo: “[...] si bien es cierto ese numeral señala que para la fijación de la pena debe considerarse la “personalidad del partícipe”, tomando en cuenta “las características psicológicas, psiquiátricas y sociales, lo mismo que las referentes a educación y antecedentes” del imputado, mediante el Informe que sobre

esos extremos debe solicitarse al Instituto de Criminología “el cual podrá -dice ese mismo artículo- incluir en su informe cualquier otro aspecto que pueda ser de interés para mejor información del Juez”, deben hacerse al respecto las siguientes aclaraciones. [...] Los artículos 106, 393 párrafo segundo, 395 inciso 2) y 400 inciso 4) del Código de Procedimientos Penales imponen al juzgador la obligación de fundamentar sus sentencias, [...]. Dentro de este contexto, puede afirmarse que aunque suprimiéramos hipotéticamente el artículo 71 del Código Penal, subsistiría para el juzgador la ineludible obligación de fundamentar la fijación de la pena en sentencia. [...] Tampoco debe perderse de vista que el Informe del Instituto Criminológico no es vinculante para el J. y que tampoco es el único medio probatorio válido para acreditar los extremos a que éste debe referirse” (V-161-F, de las 14:05 del 16 de abril de 1993). (Sentencia n.º 00051 de Sala 3ª de la Corte Suprema de Justicia, de las 09:45 h del 14 de febrero de 1995).

Tres nuevos argumentos se extraen de esta resolución de la Sala III, pero ninguno se ajusta al imperativo constitucional del debido proceso en cuanto a la fundamentación de la pena:

5.2.- El ordenamiento procesal penal impone al juez el deber de fundamentar sus sentencias.

Según esto, considera ese órgano jurisdiccional que, aun sin un informe del Instituto Nacional de Criminología, el juez

debe abordar los temas de orden criminológico que sustentarían su decisión de imponer una sanción penal concreta. Ciertamente, el juzgador está obligado a fundamentar su decisión, de ello no hay duda alguna, ese no es el tema en discusión, sino la capacidad del juez para resolver sin la información científica que solo los expertos podrían proporcionar. El juez conoce el derecho, quizás de criminología, pero en ningún caso de todos aquellos temas que permitan determinar la personalidad del partícipe. La decisión de la Sala Tercera no solo encierra una sobrestimación de las habilidades del juez penal, sino también una subestimación de los aportes técnicos y científicos que pueden proporcionar los profesionales que rinden el informe de criminología. La decisión de la Sala Tercera parece anclada en una época en la que las diversas disciplinas científicas se conceptualizaban como compartimentos estancos, celosas de sus hallazgos, cuando modernamente se entiende que el conocimiento científico es multidisciplinario. En definitiva, esta posición jurisdiccional fomenta una fundamentación de escaso valor técnico en perjuicio de los derechos y las garantías del procesado.

5.3.- El Informe del Instituto Criminológico no es vinculante para el juez.

Por supuesto que tal informe no es vinculante. Sin embargo, de ello no se puede inferir, como erróneamente hace el alto tribunal penal, que el informe no es relevante. Prescindir del informe no aumenta el rigor técnico y científico en la fundamentación del juez, todo lo contrario, lo reduce, pues para apartarse de tal instrumento técnico, ahora sí, el juez tendrá que abordar todos y cada uno de los tópicos que abarca el informe y explicitar las razones por las que se aparta de este. En

caso contrario, y a pesar de la prohibición legal, el juzgador podría acudir a expresiones machoterías, pero admitidas, por ejemplo, al imponer la pena, se considera la edad o el número de hijos del procesado, dejando de lado situaciones como su marginación social y económica lo que, a no dudarlo, incide en su culpabilidad. De cualquier manera, vinculante o no, el legislador ordena recabar el informe de criminología sin otorgar ninguna potestad discrecional al juzgador.

5.4.- El informe del Instituto de Criminología como medio de prueba.

Se afirma en la jurisprudencia de estudio que el Informe del Instituto Criminológico no es el único medio probatorio válido para acreditar los extremos a que este debe referirse. Sí, es posible que tal informe no sea el único medio válido e, incluso, podría agregarse, que tampoco sea el más idóneo. Sin embargo, no solo resulta imperativo recabarlo, sino además es el único que técnica y científicamente se ha dispuesto con ese propósito. No indica la Sala Penal cuál o cuáles son los medios probatorios que sustituirían, de manera idónea, el Informe del Instituto Criminológico. No basta el acercamiento que el juez decisor pueda tener a la historia de vida del imputado a través de los esbozos que logren dibujarse a partir de diversos medios de prueba y, en cualquier caso, no se contaría con los instrumentos y herramientas necesarios para una apropiada interpretación. En todo caso, aun aceptando que el Informe del Instituto Criminológico no sea el único medio probatorio, su ausencia, lejos de garantizar una fundamentación rigurosa de la sentencia, incrementaría el riesgo de una conclusión apresurada. Por el contrario, el Informe criminológico, pese a cualquier falencia, constituye un medio de

singular importancia, por el conocimiento especializado que conlleva su elaboración para construir una inferencia debidamente fundada, sumado, si se quiere, a otro u otros medios de prueba. En definitiva, la posición de nuestro máximo órgano jurisdiccional resta, antes que suma, contenido al principio fundamental del debido proceso integrado, entre otros, por la debida fundamentación de la sentencia.

VI.- CONCLUSIONES

La fijación de la pena es una actividad reglada sujeta a normas preceptivas que puede y debe ser controlada; pero debe apoyarse también en otras ciencias que estudian la realidad social de los sectores sociales que están siendo criminalizados, de modo que sus circunstancias particulares sean valoradas en atención a los fines especiales y generales positivos.

En este sentido, resulta de capital importancia el dictamen que debe rendir el Instituto Nacional de Criminología sobre la situación personal de la persona imputada, pues la respuesta penal debe ser proporcionada a su culpabilidad, la cual está determinada por la efectiva capacidad de autodeterminación del individuo.

El ordenamiento procesal patrio prioriza esta premisa, sin embargo, como es propio de ley, resulta indispensable su interpretación para el dictado de la norma concreta y, es en este ejercicio, donde, a menudo, ocurren extravíos, en el mejor de los casos, o tales disposiciones son obviadas cuando son percibidas como obstáculos en un contexto eminentemente represivo. Una de estas disposiciones es el artículo 71, *in fine*, del Código Procesal Penal.

Esta disposición legal es una norma preceptiva y, por ende, constituye una guía vinculante para la persona juzgadora, por lo que, necesariamente, para fijar la pena, debe solicitarse al Instituto de Criminología las características psicológicas, psiquiátricas y sociales de la persona imputada, así como la información referente a su educación y antecedentes. No obstante, tal disposición, hoy en día, no es más que una pieza de museo, depositada ahí con argumentos que no pueden compartirse en lo absoluto.

El primero de estos argumentos es atribuir una función meramente enunciativa a la citada disposición legal, incluso casi superflua, de modo que el juez o la jueza puede apartarse de la norma, si así lo estima necesario, cuando en realidad del texto legal se desprende el imperativo de solicitar el dictamen del Instituto de Criminología.

El segundo de estos argumentos es anteponer razones de orden práctico a un imperativo legal, como es no exigir el dictamen de criminología ante la posibilidad de que este no se rinda a tiempo, y el tercero es sobrestimar la capacidad de la persona juzgadora para pronunciarse sobre variables criminológicas.

En cuanto a este último extremo, tal posición encierra una subestimación de los aportes técnicos y científicos que pueden proporcionar los y las profesionales que rinden el informe de criminología y, con ello, se debilita el principio de la fundamentación rigurosa de la sentencia que necesariamente debe abordar esas conclusiones técnicas, para adherirse o separarse de ellas, pues si bien ese criterio técnico no es vinculante, y quizás pueda acudir a otros medios de prueba, mal se haría en prescindir de él antes que realizar el esfuerzo intelectual de sus análisis como parte de la debida fundamentación.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- 1.- Pedro Ramón Díez González y José Antonio Álvarez Díaz. (2009). *Los efectos psicosociales de la pena de prisión*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- 2.- Subijana Zunzunegui, Ignacio José. (Diciembre de 1997). *El informe criminológico en el ámbito judicial*. Eguskilore. Número 11, San Sebastián, pp. 141-156, [Https://www.ehu.eus](https://www.ehu.eus).
- 3.- Sala Tercera de la Corte, resolución n.º 01639-2014 de las 4:04 p. m. del 14 de octubre de 2014.
- 4.- Tribunal de Casación Penal, resolución n.º 00388-2002 de las nueve horas y veinticinco minutos del 24 de mayo de 2002.
- 5.- Sala Tercera de la Corte, resolución n.º 01189-2000 de las 10:10 del 13 de octubre de 2000.
- 6.- Sala Constitucional de la Corte Suprema de justicia, votos 1760-96 de las 11:06 h del 19 de abril de 1996 y 7333-94 de las 15:06 h del 14 de diciembre de 1994.
- 7.- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto n.º 0051-F-95 de las 9:50 h del 14 de febrero de 1995.
- 8.- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto n.º 667-00 de las 11:05 h del 16 de junio de 2000.
- 9.- Sala Tercera de la Corte, resolución n.º 01836-2012 de las 10:48 a. m., del 5 de diciembre de 2012.
- 10.- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución n.º 2001-0037 de las 14:40, del 24 de abril de 2001.
- 11.- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución n.º 00245-2012 de las 10:39 a. m. del 17 de febrero de 2012.
- 12.- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución n.º 0051-F-95 de las 9:50 h del 14 de febrero de 1995.
- 13.- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución n.º 667-00 de las 11:05 horas, del 16 de junio de 2000.
- 14.- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución n.º 00313-2010 de las 8:50 a. m., del 30 de abril de 2010.
- 15.- Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución n.º 2006-0637 de las 11:00 horas, del 7 de julio de 2006.