

Informe de Investigación

Título: El Criterio de Oportunidad

Rama del Derecho: Derecho Procesal Penal.	Descriptor: Principios Procesales Penales.
Tipo de investigación: Compuesta.	Palabras clave: Criterio de Oportunidad, pena natural, procedimiento abreviado, sobreseimiento, insignificancia del hecho, testigo de la corona.
Fuentes: Normativa, Doctrina, Jurisprudencia.	Fecha de elaboración: 05 – 2010.

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen.....	2
2 Doctrina.....	2
Criterios de Oportunidad como excepción al principio de legalidad.....	2
Criterio de oportunidad.....	6
3 Normativa.....	7
Criterios de oportunidad	7
Artículo 22.- Principios de legalidad y oportunidad	7
4 Jurisprudencia.....	8
a)Criterio de oportunidad: Facultad para solicitarlo es exclusiva del Ministerio Público. .	8
b)Pena natural: Naturaleza y valoración para su acuerdo.....	9
c)Pena natural: Presupuestos y valoración para su acuerdo.....	11
d)Criterio de oportunidad: Facultad potestativa del órgano acusador que no implica un derecho del imputado.....	13
e)Pena: Fijación en procedimiento abreviado.....	13
f)Principio de la insignificancia del hecho: Análisis en relación con el principio de lesividad.....	13
g)Procedimiento abreviado: Naturaleza, finalidad y distinción con respecto al sistema estadounidense.....	23
h)Testigo de la corona: Fundamento de que las negociaciones y la resolución que acuerda la aplicación de un criterio de oportunidad no formen parte del expediente principal.....	26
i)Sobreseimiento: Dictado con base en solicitud del Ministerio Público sin pronunciarse sobre la procedencia de la querrela.....	28
j)Criterio de oportunidad: Análisis normativo sobre su aplicación e imposibilidad de	

aplicarlo a uno solo de los coimputados.....	29
k) Principio de la insignificancia del hecho.....	31
l) Conciliación en materia penal: Fraude de simulación.....	36
m) Criterio de oportunidad: Fundamento de que las negociaciones y la resolución que acuerdan su aplicación con respecto a un "testigo de la corona" no formen parte del expediente principal.....	37
n) Extinción por el pago máximo previsto para la pena de multa no está condicionada a que se trate de un delito de acción pública.....	38
o) Sobreseimiento: Consecuencias con respecto a la acción civil resarcitoria.....	40
p) Procedimiento abreviado: Naturaleza, finalidad, trámite y requisitos.....	42
q) Suspensión del procedimiento a prueba: Aspectos que debe valorar el juez para determinar procedencia.....	46

1 Resumen

En el presente resumen se adjuntan abundante fallos jurisprudenciales sobre los Criterios de Oportunidad, los cuales son el principio de insignificancia, el testigo de la corona, la pena natural, y la carencia de importancia de la medida que se impone. Así como también, dos extractos de libros costarricenses uno del Profesor Dr. Javier Llobet Rodríguez y el otro del Licenciado Francisco Sánchez Fallas.

2 Doctrina

Criterios de Oportunidad como excepción al principio de legalidad

[Llobet]¹

La tendencia actual en el Derecho Comparado es hacia una flexibilización en el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, regulándose criterios de oportunidad. En el sistema jurídico continental europeo, dentro del cual se enmarcan los Códigos latinoamericanos, ello se traduce en la regulación de criterios de oportunidad reglados, como excepción al principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal. Se trata, por un lado, de una expresión del principio de última intervención, de modo que se llegue al sobreseimiento de los asuntos bagatelarios, que no merecen una intervención del sistema penal tendiente a la imposición de una pena. Por otro lado, operan criterios eficientistas, que pretenden una concentración del sistema judicial en los asuntos de mayor gravedad, tomando en consideración que en caso de que no se regulen criterios de oportunidad legalmente, los mismos operarían sin control en la práctica. Se está además ante una expresión del auge de las ideas de carácter preventivo, que permiten que se diseñe por el Ministerio Público una política de persecución penal conforme a las necesidades de una política criminal preventiva. No puede negarse, sin embargo, que los criterios de oportunidad no dejan de ser problemáticos, desde el punto de vista de un Estado de Derecho, debido a la inseguridad



jurídica que provocan y a quebrantos del principio de igualdad, de modo que en realidad solamente pueden operar como un paliativo, puesto que la única solución plenamente compatible con los principios de un Estado de Derecho es la decriminización.

El Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988 regula como regla el principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal. Establece como excepción la aplicación de criterios de oportunidad, ello a petición del Ministerio Público. En la regulación de las causales que se recomiendan, la legislación alemana desempeñó una gran influencia.

Como fundamentación de la regulación de criterios de oportunidad se dice en la exposición de motivos del Código Modelo: *"Ningún sistema procesal procesa todos los casos que se producen en una sociedad, por el contrario, las estadísticas universales y nacionales, demuestran la escasa cantidad de casos que solucionan los diversos sistemas. El Derecho de nuestros países, en general, se aferra todavía al llamado 'principio de legalidad', que pretende perseguir todas las acciones punibles, según una regla general de obligación. Pese a ello, en la práctica operan diversos criterios de selección informales y políticamente caóticos, incluso dentro de los órganos de persecución penal y judiciales del Estado. De ahí que sea necesario introducir criterios que permitan conducir esta selección de casos razonablemente y conforme a decisiones políticas convenientes. Ello significa modificar, en parte, el sistema de ejercicio de las acciones del Código Penal, tolerando excepciones a la 'legalidad', con criterios de 'oportunidad', legislativamente orientados"*.

Se recomiendan una serie de supuestos de oportunidad, destacándose el criterio de insignificancia del hecho, o bien de la insignificancia de la contribución o de la culpabilidad del agente. Ninguno de esos supuestos opera cuando exista un interés público gravemente comprometido, ni tampoco cuando haya sido cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones. Por otro lado, como limitación adicional se prevé que en el caso de insignificancia del hecho, la pena mínima no debe superar los tres años de privación de libertad ni tampoco opera cuando el delito haya sido cometido por un funcionario público en el ejercicio de su cargo. En estos supuestos tuvo una influencia decisiva la Ordenanza Procesal Penal alemana (Par. 153), que contempla como una de las causales de archivo por razones de oportunidad la culpabilidad ínfima del autor cuando no existe un interés público en la persecución penal, ello a partir de la reforma Emminger de 1924.

El archivo por razones de oportunidad necesita en el Código Modelo la autorización del Juez de Instrucción. En ello se diferencia de la legislación alemana. La tendencia de ésta es más bien hacia eliminar el control judicial del archivo dispuesto por el Ministerio Público con base en criterios de oportunidad.

En los diversos países en estudio se contempla el criterio de oportunidad por insignificancia, estableciéndose que el interés público no debe estar seriamente comprometido, lo mismo que es necesaria la solicitud del Ministerio Público. Debe resaltarse que en la mayoría de los países no se prevé que no pueda aplicarse este criterio de oportunidad cuando la pena supere un determinado monto, apartándose con ello del Código iberoamericano.

Relevante es que en Guatemala, por un lado, se contempla el criterio de oportunidad cuando la responsabilidad del sindicado o su contribución a la perpetración del delito sea mínima. Sin embargo, al lado de este criterio de oportunidad se establece un supuesto adicional de aplicación del criterio de oportunidad, ello cuando el delito no tenga contemplada una pena superior a cinco años de prisión, lo que le da una gran extensión a la oportunidad reglada. Se trata de una disposición de gran amplitud, que es restringida por la necesidad de que el Ministerio Público no



considere que el interés público y la seguridad ciudadana estén seriamente comprometidos, lo que se establece como límite para los diversos criterios de oportunidad.

En Guatemala se prevé que es necesaria la anuencia de la víctima para que proceda un criterio de oportunidad y que se haya reparado el daño o se haya llegado a un acuerdo con el agraviado. Sin embargo, se dispone que si el Ministerio Público considera procedente el criterio de oportunidad y la víctima no aceptare algunas de las fórmulas de conciliación propuestas, podrá otorgar la conversión de la acción a petición del agraviado. Con ello se convierte la acción penal en privada.

Por otro lado, en diversos países se establece que la víctima puede convertirse en querellante cuando el Ministerio Público solicita un criterio de oportunidad, excluyendo con ello la participación del Ministerio Público, con lo que la acción pública se convierte en privada. Ello sucede en Guatemala, Honduras y El Salvador. En Nicaragua se establece el derecho del querellante (acusador particular) de acusar directamente, cuando el fiscal decline hacerlo. En Costa Rica cuando el Ministerio Público solicita el sobreseimiento en aplicación de un criterio de oportunidad, debe comunicárselo a la víctima, la que podría presentar querrela. En el caso de que el juez con base en esta disponga la apertura a juicio, el Ministerio Público podría optar por no seguir participando.

En el Código Procesal Penal Modelo tiene cabida el criterio de oportunidad del testigo de la Corona, muy criticado con razón por la doctrina, al considerársele incompatible con una serie de principios propios de un Estado de Derecho, unido a la poca confiabilidad que tiene aquel que delata a otros para lograr sustraerse de una pena o bien atenuar la misma. En el Código Modelo al respecto se autoriza la aplicación del criterio de oportunidad cuando se trata de evitar la consumación de un hecho o facilitar la persecución penal. Se permite prescindir de la persecución o bien limitar la pretensión punitiva a una pena o calificación legal más leve que la que efectivamente corresponde.

"Cuando para evitar la consumación de un hecho o para facilitar ta persecución pena!, resulte idóneo prescindir de ja persecución de otro hecho o de una contribución al mismo hecho, o limitar la pretensión punitiva a una pena o calificación más leve de la que efectivamente corresponde. En este último caso, no procederá la clausura del procedimiento. Esta disposición no será aplicable a hechos cometidos por funcionarios públicos en ejercicio de su cargo".

No se hace referencia expresa en dicho artículo a la colaboración del imputado a favor de quien se aplica el criterio de oportunidad, pero ello queda comprendido dentro de la norma, pudiendo "prometerse" la aplicación de ese criterio para que se otorgue información sobre la comisión de un hecho delictivo aun no consumado. Podría encontrarse también ante supuestos en que se ha practicado un secuestro extorsivo y se brinda información que permite rescatar al secuestrado. Igualmente puede tratarse de casos en que se brinda información que permite capturar a otras personas que habrían participado en él. Se trata de una norma de gran amplitud y vaguedad.

Más concreta es la regulación que se ha seguido en diversos países centroamericanos. Así en Costa Rica se estableció la aplicación de un criterio de oportunidad en el artículo 22 inciso b) del Código Procesal Penal cuando:

"Se trate de asuntos de delincuencia organizada, criminalidad violenta, delitos graves o de tramitación compleja y el imputado colabore eficazmente con la investigación, brinde información esencial para evitar que continúe ei delito o se perpetren otros, ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos o proporcione información útil para probar la participación de otros imputados, siempre que la conducta del colaborador sea menos reprochable que los hehos

punibles cuya persecución facilita o cuya continuación evita.

No obstante lo dispuesto en el artículo 300, en los casos previstos en este inciso, la víctima no será informada de la solicitud para aplicar el criterio de oportunidad y, si no hubiere querrellado no tendrá derecho de hacerlo con posterioridad, salvo que el Tribunal ordene la reanudación del procedimiento conforme al artículo siguiente".

La previsión del testigo de la Corona en Nicaragua¹, Honduras² y El Salvador³, es similar.

La regulación en Guatemala es bastante amplia, puesto que se prevé una lista de delitos en que es posible el criterio de oportunidad reglado del testigo de la Corona, estableciéndose como obligatorio. Así dice el inciso 6 del artículo 25:

"El criterio de oportunidad se aplicará por los jueces de primera instancia obligadamente a los cómplices o autores del delito de encubrimiento que presten declaración eficaz contra los autores de los delitos siguientes: contra la salud, defraudación, contrabando, delitos contra la hacienda pública, la economía nacional, la seguridad del Estado, contra la Constitución, contra el orden público, contra la tranquilidad social, cohecho, peculado y negociaciones ilícitas, así como en los casos de plagio o secuestro. Durante el trámite del proceso, aquellas personas no podrán ser sometidas a persecución penal respecto de los hechos de que presten declaración, siempre que su dicho contribuya eficazmente a delimitar la responsabilidad penal de los autores de los mencionados delitos bajo estricta responsabilidad del Ministerio Público, lo que se establecerá en la efectiva investigación del fiscal. En este caso, el juez de primera instancia está obligado a autorizarlo, aplicándose de oficio en esta oportunidad el sobreseimiento correspondiente.

La declaración se recibirá con observancia de los requisitos de la prueba anticipada, procediendo el agente fiscal que tiene a cargo la investigación a determinar la forma adecuada de presentación ante el juez respectivo. Si el fiscal tuviere que trasladarse, el juez de primera instancia que controla la investigación con carácter urgente y conforme a la ley, deberá en este caso, comisionar al juez competente que junto al fiscal deberá trasladarse al lugar donde la persona se encuentra para

- 1 El Art. 59 inciso 1) del C.P.P. de Nicaragua regula este criterio de oportunidad indicando que puede prescindirse totalmente o parcialmente de la persecución penal de un imputado cuando: "La participación en el delito objeto del principio de oportunidad sea menor que aquella cuya persecución facilita o el delito conexo que se deja de perseguir sea más leve que aquel cuya persecución facilita o cuya continuación o perpetración evita, y el acusado colabore eficazmente con la investigación, brinde información esencial para evitar que continúe el delito o se perpetren otros, ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos".
- 2 Art. 28 inciso 5) del C.P.P. de Honduras indica: "Cuando se trate de asuntos de delincuencia organizada, de criminalidad violenta protagonizada por grupos o bandas de delincuentes, o de delitos graves de realización compleja que dificulte su investigación y persecución y el imputado colabore eficazmente con la investigación, brinde información especial para evitar que continúe el delito o se perpetren otros, ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos o proporcione información útil para probar la participación de terceras personas, siempre que la acción penal de la cual se trate, resulte más leve que los hechos punibles cuya persecución facilita o cuya continuación evita. En este caso, serán aplicables, en lo procedente, las disposiciones relativas a la imposición de medidas cuando proceda la suspensión condicional de la persecución penal".
- 3 Art. 20 inciso 2) del C.P.P. de El Salvador, que al igual que el Código nicaragüense no limita la aplicación del criterio a los casos de delincuencia organizada o violenta. Señala: " Cuando el imputado haya realizado cuanto estaba a su alcance para impedir la ejecución del hecho o haya contribuido decisivamente al esclarecimiento de la participación de otros imputados en el mismo hecho o en otro más grave".



realizarla diligencia".

Importante con respecto a la regulación del criterio de oportunidad en Guatemala es el carácter más restrictivo que tiene en comparación con los otros países centroamericanos, puesto que solamente se establece con respecto a los delitos de encubrimiento, ello en relación con los delitos principales enmerados, de modo que no pueden beneficiarse del criterio de oportunidad aquellos que hayan tenido participación en el delito principal como coautores, cómplices o instigadores.

Criterio de oportunidad

[Sanchez Fallas]²

Objetivos de aprendizaje:

- a. Indicar en qué consiste el criterio de oportunidad y enunciar su finalidad.
- b. Describir los procedimientos que deben seguirse para la aplicación de esta medida alterna.

En el anterior Código de Procedimientos Penales el Ministerio Público tenía la obligación de iniciar el proceso penal ante la noticia de la comisión de cualquier delito de acción pública; es decir, el ejercicio de la acción penal era obligatorio sin excepción alguna.

El vigente C.P.P. introduce a ese respecto una modificación importante, ya que actualmente el Ministerio Público, si bien tiene la obligación genérica de proceder de oficio frente a tales delitos, posee la facultad de hacer algunas excepciones a esa obligación en algunos casos concretos. Tales excepciones aparecen reguladas expresamente en el artículo 22 del Código y son conocidas como "criterios de oportunidad".

Tijerino ha definido el criterio de oportunidad como una circunstancia en la que se concede al Ministerio Público la facultad de perseguir o no hechos previstos como delito en la ley.

Los criterios de oportunidad que están autorizados en nuestra legislación procesal y que constituyen los únicos casos en que el Ministerio Público puede dejar de lado la obligación de ejercer la acción penal son los siguientes:

- cuando se trate de un hecho insignificante o de alguno en el que la participación del acusado no es relevante, salvo que se trate de un hecho cometido por un funcionario público.
- en aquellos casos en los que se investigue la comisión de delitos relacionados con la delincuencia organizada y el acusado colabore de forma eficaz con la investigación.
- cuando el acusado haya sufrido, a consecuencia del hecho, un daño físico o moral que haga desproporcionada la pena.
- cuando la pena que pueda imponerse por el hecho que está siendo investigado carezca de importancia considerando la que ya está descontando el acusado, o la que se le haya impuesto o

pueda serle impuesta en el extranjero.

El procedimiento que debe seguirse, en caso de que se quiera aplicar un criterio de oportunidad por parte del representante del Ministerio Público, es el siguiente.

El primer paso por considerar es que la solicitud que se proponga ha de ser autorizada por el superior jerárquico del fiscal que la formule. Aquí debemos recordar que la estructura interna del Ministerio Público, según la define su ley orgánica, contempla la existencia de fiscales adjuntos en ciertas circunscripciones territoriales o en ciertas materias específicas, funcionarios estos que serían, como superiores jerárquicos, los encargados en principio de autorizar la solicitud para que se aplique un criterio de oportunidad.

Una vez formulada la solicitud, debe ser aprobada por el órgano jurisdiccional, razón por la cual el legajo con la petición pasa al Juez competente para que este la apruebe o rechace.

Si el Juez acepta la aplicación de un criterio de oportunidad en el caso concreto, el efecto fundamental que ello produce, en la mayoría de los casos, es la extinción de la acción penal, dispuesta en los artículos 23, párrafo primero y 30, inciso d) del C.P.P. No obstante, en algunos casos la extinción de la acción penal no se da sino hasta algún tiempo después; ello sucede en los casos de los incisos b) y d) del artículo 22 de dicho Código, ya que en tales supuestos debe esperarse la sentencia que ha de dictarse en otro proceso para poder determinar, entre otros aspectos, si la colaboración del acusado fue adecuada; solo en ese segundo momento se podrá decretar la extinción de la acción penal.

Un último aspecto que interesa considerar está contenido en el artículo 24 del C.P.P. y se refiere al momento procesal para gestionar criterios de oportunidad. De la lectura de los artículos 24 y 317, inciso d) de dicho Código, se extrae la conclusión de que los criterios de oportunidad deben ser gestionados, a más tardar, dentro de los cinco días que se da a las partes para que, dentro de los trámites del procedimiento intermedio, se refieran a la acusación. Más allá de ese momento procesal no sería admisible la aplicación de los mismos.

3 Normativa

[Código Procesal Penal]³

Criterios de oportunidad

Artículo 22.- Principios de legalidad y oportunidad

El Ministerio Público deberá ejercer la acción penal pública, en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la ley.

No obstante, previa autorización del superior jerárquico, el representante del Ministerio Público

podrá solicitar que se prescinda, total o parcialmente, de la persecución penal, que se limite a alguna o varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho, cuando:

- a) Se trate de un hecho insignificante, de mínima culpabilidad del autor o el partícipe o con exigua contribución de este, salvo que exista violencia sobre las personas o fuerza sobre las cosas, se afecte el interés público o el hecho haya sido cometido por un funcionario público en el ejercicio del cargo o con ocasión de él.
- b) Se trate de asuntos de delincuencia organizada, criminalidad violenta, delitos graves o de tramitación compleja y el imputado colabore eficazmente con la investigación, brinde información esencial para evitar que continúe el delito o que se perpetren otros, ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos o proporcione información útil para probar la participación de otros imputados, siempre que la conducta del colaborador sea menos reprochable que los hechos punibles cuya persecución facilita o cuya continuación evita.

No obstante lo dispuesto en el artículo 300, en los casos previstos en este inciso, la víctima no será informada de la solicitud para aplicar el criterio de oportunidad y, si no hubiere querrellado, no tendrá derecho de hacerlo con posterioridad, salvo que el tribunal ordene la reanudación del procedimiento conforme al artículo siguiente.

- c) El imputado haya sufrido, como consecuencia del hecho, daños físicos o morales graves que tornen desproporcionada la aplicación de una pena, o cuando concurren los presupuestos bajo los cuales el tribunal está autorizado para prescindir de la pena.
- d) La pena o medida de seguridad que pueda imponerse, por el hecho o la infracción de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia, en consideración a la pena o medida de seguridad impuesta, que debe esperar por los restantes hechos o infracciones que se le impuso o que se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero. En estos últimos casos, podrá prescindirse de la extradición activa y concederse la pasiva.

La solicitud deberá formularse por escrito, ante el tribunal que resolverá lo correspondiente, según el trámite establecido para la conclusión del procedimiento preparatorio.

(Así reformado por el artículo 16 de la ley Ley de Protección a Víctimas, Testigos y demás intervinientes en el Proceso Penal N° 8720 de 4 de marzo de 2009).

4 Jurisprudencia

a)Criterio de oportunidad: Facultad para solicitarlo es exclusiva del Ministerio Público

[Sala Tercera]⁴



Voto de mayoría:

"I.- PRIMER MOTIVO POR LA FORMA: Falta de fundamentación. Con cita de los artículos 106, 387, 393, 394, 395 inciso 2º y 400 incisos 3º y 4º del Código de Procedimientos Penales de 1973; 36, 39 y 41 de la Constitución Política; y 22 del Código Procesal Penal, el defensor público del imputado reclama en el primer motivo de su recurso que el fallo de mérito adolece de falta de fundamentación. El vicio se hace consistir en que, antes de la apertura del debate y para determinar cuál había sido el daño moral sufrido por el encartado debido a la muerte "accidental" de su propio amigo (todo a efecto de solicitar la aplicación de un criterio de oportunidad), se solicitó la práctica de un examen psiquiátrico forense, lo que fue rechazado por el tribunal de juicio sin indicar los motivos para ello. El reclamo no es de recibo. El vicio formal que se acusa no ha concurrido, por cuanto los juzgadores sí motivaron por qué se rechazó la prueba solicitada por la defensa, de donde no se ha producido agravio alguno. De la lectura del acta del debate se comprende con absoluta claridad que la gestión del defensor se rechazó al considerar que la solicitud de un criterio de oportunidad como el pretendido es de competencia exclusiva del Ministerio Público, siendo además que la aludida prueba pericial no resultaría vinculante para éste (folio 133 frente, líneas 10 a 14). Esta decisión se originó en que, al contestar la audiencia que se le otorgó ante la proposición formulada por el defensor, el fiscal que atendía el debate indicó lo siguiente "...la aplicación del instituto del criterio de oportunidad es exclusiva del Ministerio Público, aún con la existencia de un dictamen el mismo no sería vinculante para el Ministerio Público. El hecho de la amistad entre el imputado y el ofendido no es circunstancia relevante para aplicar un criterio de oportunidad como el solicitado, considero que no es necesario traer en este momento procesal el dictamen solicitado por el defensor..." (folio 133, líneas 3 a 9). El punto controvertido que se cita sí fue debidamente resuelto por el tribunal de juicio, por cuanto de manera motivada explicó la razón por la cual se rechazó la prueba que ahora se echa de menos, justificaciones que efectivamente resultan acertadas. Nótese que, conforme lo regula el artículo 22 inciso 2º del Código Procesal Penal de 1996, la iniciativa para optar por un criterio de oportunidad (ello con el fin de que se extinga la acción penal) es resorte exclusivo del Ministerio Público. Asimismo, de la redacción de dicha norma se deduce que, cuando en un caso determinado se den las cuatro hipótesis que allí se describen, la fiscalía podrá solicitar la aplicación del referido instituto, es decir, tendrá, no la obligación imperativa, sino la facultad de hacerlo. Una vez aclarado lo anterior, resulta evidente que la prueba omitida no resulta esencial sino más bien inconducente, pues aún en el supuesto de que la misma se evacuara con el resultado esperado, ello no incidiría en la decisión, por cuanto el Ministerio Público ya emitió su opinión rechazando el criterio de oportunidad que se pretende. Con base en lo anterior, al no concurrir el vicio formal que se reprocha, y siendo además que la prueba que se echa de menos no resulta esencial, se declara sin lugar el recurso."

b) Pena natural: Naturaleza y valoración para su acuerdo

[Sala Tercera]⁵

Voto de mayoría

"I.- La licenciada Angélica Gutiérrez Sancho, en su condición de defensora pública del encartado Geovanny Morales Arguedas, aduce en el primer motivo de la impugnación, la violación al debido proceso, al haberse impedido a su representado optar por un criterio de oportunidad por "pena natural", en razón de la gravedad de las lesiones sufridas producto del ilícito y al tiempo que estuvo internado. Según indica la recurrente, el encartado no fue enviado al Departamento de Medicatura Forense para ser valorado, ni su expediente fue solicitado al Hospital Calderón Guardia desde el inicio de la investigación, sino, hasta la etapa de debate, causándosele un gravamen irreparable. **El alegato debe rechazarse:** Como punto de partida, debe tenerse



claro que la “pena natural”, como uno de los supuestos previstos en la legislación procesal, para aplicar criterios de oportunidad: “...es resorte del Ministerio Público, previa autorización del superior jerárquico y que debe plantearse por escrito antes de concluir el procedimiento preparatorio, para someterlo a aprobación o no del Juez de la etapa preparatoria o intermedia, pero siempre de previo a formular la acusación (artículos 22 y 24 del Código Procesal Penal)...” (En ese sentido, ver resolución N° 826-2006). Partiendo de lo anterior, no puede tenerse a la aplicación de un criterio de oportunidad, como un derecho de las partes, ni como una obligación de la representación fiscal, como pareciera entender la impugnante, sino, como una opción concedida a éste por cuestiones de política criminal. Además, de acuerdo con lo establecido en el artículo 317 inciso d) del Código Procesal Penal, la audiencia que contempla el numeral 316 es el último momento para que las partes soliciten la aplicación de un criterio de oportunidad y en este caso concreto, no consta que se hubiera efectuado alguna solicitud en ese sentido y por lo tanto, la etapa procesal debe tenerse por precluida. Ahora bien, en relación con el inciso b) del artículo 22 del Código Procesal Penal, que hace referencia a la pena natural, ha indicado este Despacho que: “...No obstante que es una norma prevista en el código procesal, es claro su contenido sustantivo y la específica referencia al juicio de reproche que correspondería hacer a una persona que ha cometido un hecho típico antijurídico y culpable –sin haber siquiera llegado a juicio- como criterios de peso, según los parámetros allí definidos, para declinar la persecución penal en virtud de las consecuencias sufridas por el autor. Esta dimensión tiene que ver con el proceso de individualización de la pena en el cual deben considerarse, según lo establece el artículo 71 del Código Penal las condiciones personales del imputado, dentro de las cuales habría que dar cabida a las consecuencias sufridas por el hecho delictivo. En realidad, su consideración resulta de hacer presente en la individualización de la pena no sólo el principio de culpabilidad –que es su justa medida- sino el de proporcionalidad, que lleva a ponderar también las consecuencias para la víctima y los demás daños ocasionados, junto a las consecuencias graves que haya sufrido el autor sobre todo si desbordan... la previsibilidad propia del delito realizado y su forma de ejecución. En criterio de Ziffer, cuando se alude a la llamada poena naturalis se hace referencia en general a supuestos de sensibilidad de la pena y por ende, de difícil determinación como un criterio específico, por lo que resulta más acertado su consideración como parte de los criterios de proporcionalidad que deben estar presentes a la hora de individualizar la sanción. “ De cualquier modo, si bien esta institución responde a un sentimiento más o menos generalizado, la mayor dificultad que plantea consiste en responder a la pregunta relativa a cómo medir la gravedad de la pérdida para el autor, como medir el ‘sufrimiento’, dificultad que es común a todos los supuestos posibles de sensibilidad de la pena. La valoración sólo sería posible desde un punto de vista objetivo, lo cual conduciría a una atenuante general. Pero esto no está exento de cuestionamientos, dado que, por ejemplo, en los casos de homicidios causados imprudentemente a parientes cercanos, con frecuencia sería posible afirmar un deber de cuidado mayor, y por lo tanto, una atenuación general no necesariamente representa una solución más justa para todos los supuestos [...] En síntesis, si bien el principio de la poena naturalis puede partir de buenos fundamentos, resulta sumamente difícil incorporarlo dentro de un sistema del hecho punible, sin conducir a contradicciones [...]” Ziffer, Patricia. *Lineamientos de la determinación de la pena*, Buenos Aires, AD HOC S.A., Fundación Honrad Adenauer. 1996. 193 p. p.143)...” (En ese sentido, ver resolución N° 222-2008). En este caso, la defensora pública Angélica Gutiérrez Sancho deja de lado que el Tribunal sí tomó en consideración las consecuencias que Morales Arguedas tuvo que soportar producto de la comisión de los ilícitos acreditados. Aun cuando se reconozca la importancia del sufrimiento y dolor físicos que las lesiones le implicaron, jamás podría estimarse que las penas que le fueron impuestas al indultado resultaron desproporcionadas, toda vez que sí se tomó en consideración, en la fijación de las penas, que el encartado fue agredido por los vecinos del barrio, sufriendo heridas de consideración que ameritaron su internamiento e intervención quirúrgica, habiendo descontado así, en criterio del *a quo*, una parte de la sanción mediante pena natural y además, porque a Morales Arguedas se le impusieron las penas mínimas previstas para los delitos de lesiones graves y robo agravado acreditados, según lo dispuesto en los artículos 124 y 213, respectivamente. En consecuencia, **se declara sin lugar el reproche.**”

c) Pena natural: Presupuestos y valoración para su acuerdo

[Sala Tercera]⁶

Voto de mayoría

*“III- [...] En el precedente número 1117-02 de las 10:30 del 1° de noviembre de 2002 esta Sala señaló “[...] No sobra agregar además, en torno a este tema, que no es cualquier dolor producido en el agente activo de un ilícito lo que puede llegar a estimarse como una **pena natural**, en particular cuando el hecho es de naturaleza dolosa, pues, en tesis de principio, esta clase de pena (“o sufrimiento”) está íntimamente relacionado con los efectos o consecuencias que dicho sujeto no previó, no aceptó o no quiso en principio conforme al plan que se había propuesto para cometer el hecho, como lo sería, por ejemplo, el disparo que se recibe en alguna parte vital del cuerpo al pretender robar un objeto y le causa una incapacidad significativa permanente a nivel físico u orgánico, dado que ello constituye un sufrimiento que - sin duda alguna - nunca esperó como resultado de su actuar. Así las cosas, no puede considerarse que en este caso estamos ante el supuesto de una pena natural cuando precisamente el dolor que se menciona como su fundamento, lo constituye el fin que el agente activo se había propuesto al idear y llevar a cabo el hecho. En otras palabras, cuando lo alcanzado concuerda con lo que se espera de la acción delictiva ejecutada [...]”. En nuestro medio se alude a los supuestos que se conocen como “pena natural” dentro de las causales que autorizan la aplicación de un criterio de oportunidad por parte del Ministerio Público, en el inciso b) del artículo 22 del Código Procesal Penal cuando se señala que se podrá declinar el ejercicio de la acción penal cuando el imputado “haya sufrido, a consecuencia del hecho, daño físico o moral grave que torne desproporcionada la aplicación de una pena, o cuando concurren los presupuestos bajo los cuales el tribunal está autorizado para prescindir de la pena [...]”. No obstante que es una norma prevista en el código procesal, es claro su contenido sustantivo y la específica referencia al juicio de reproche que correspondería hacer a una persona que ha cometido un hecho típico antijurídico y culpable –sin haber siquiera llegado a juicio- como criterios de peso, según los parámetros allí definidos, para declinar la persecución penal en virtud de las consecuencias sufridas por el autor. Esta dimensión tiene que ver con el proceso de individualización de la pena en el cual deben considerarse, según lo establece el artículo 71 del Código Penal las condiciones personales del imputado, dentro de las cuales habría que dar cabida a las consecuencias sufridas por el hecho delictivo. En realidad, su consideración resulta de hacer presente en la individualización de la pena no sólo el principio de culpabilidad – que es su justa medida- sino el de proporcionalidad, que lleva a ponderar también las consecuencias para la víctima y los demás daños ocasionados, junto a las consecuencias graves que haya sufrido el autor sobre todo si desbordan, como se señaló en el antecedente de cita, la previsibilidad propia del delito realizado y su forma de ejecución. En criterio de Ziffer, cuando se alude a la llamada *poena naturalis* se hace referencia en general a supuestos de sensibilidad de la pena y por ende, de difícil determinación como un criterio específico, por lo que resulta más acertado su consideración como parte de los criterios de proporcionalidad que deben estar presentes a la hora de individualizar la sanción. “De cualquier modo, si bien esta institución responde a un sentimiento más o menos generalizado, la mayor dificultad que plantea consiste en responder a la pregunta relativa a cómo medir la gravedad de la pérdida para el autor, como medir el ‘sufrimiento’, dificultad que es común a todos los supuestos posibles de sensibilidad de la pena. La valoración sólo sería posible desde un punto de vista objetivo, lo cual conduciría a una atenuante general. Pero esto no está exento de cuestionamientos, dado que, por ejemplo, en los casos de homicidios causados imprudentemente a parientes cercanos, con frecuencia sería posible afirmar un deber de cuidado mayor, y por lo tanto, una atenuación general no necesariamente representa una solución más justa para todos los supuestos [...] En síntesis, si bien el principio de la *poena naturalis* puede partir de buenos fundamentos, resulta sumamente difícil incorporarlo dentro de un sistema del hecho punible, sin conducir a contradicciones [...]” Ziffer, Patricia. *Lineamientos de la determinación de la pena*, Buenos Aires, AD HOC S.A., Fundación Honrad Adenauer. 1996. 193 p. p.143). En el caso concreto, la impugnante pretende que las consecuencias que el hecho generó para la salud del acusado fueron aspectos que el Tribunal no consideró al valorar si disminuía o no el extremo menor de la pena en el caso del robo por resultar tentado. Con tal argumentación, sin embargo, no demuestra la recurrente que la pena impuesta sea desproporcionada o rebase el principio de culpabilidad. Según los hechos establecidos y los fundamentos del Tribunal al imponer la pena, se tomó en cuenta que se trató de un hecho planificado, con la participación de al menos cuatro personas, quienes violentaron la vivienda portando*



armas de fuego, que no dudaron en accionar contra la policía cuando se vieron descubiertos, resultando, en este caso, en la escena del crimen, una verdadera refriega el enfrentamiento a balazos entre el imputado, sus compinches y la policía, ocurrido en una zona residencial en el que eran previsibles las consecuencias dañinas precisamente por tratarse de un enfrentamiento a mano armada. Milagrosamente en realidad, salvo el oficial M. a quien el roce de un proyectil le ocasionó una quemadura en una pierna, ninguno de los oficiales ni tercero alguno ajena al enfrentamiento resultó herida, cuando está claro que el acusado y sus compañeros dispararon en gran cantidad de ocasiones y que la fuerza pública respondió al ataque, tratando de evitar la consumación del delito y la huida de sus responsables. Es en este contexto de enfrentamiento que el imputado resultó herido. Era previsible y en consecuencia parte del plan delictivo enfrentar con armas de fuego la posible resistencia o riesgo que pudieran correr mientras desarrollaban el robo y por ende, el hecho de que resultara herido debía formar parte del elenco de posibilidades, como también que otras personas ajenas o incluso los propios oficiales resultaran heridos o muertos. Es cierto que los impactos que recibió fueron muchos y que la salud del imputado se ha visto quebrantada a raíz de todo ello. Sin embargo, sin desmerecer el sufrimiento y dolor físicos que las lesiones y su convalecencia han implicado, la pena impuesta en este caso resulta proporcional al daño causado pues como bien lo resaltan los juzgadores, no obstante que la sustracción no se consumó por la intervención de las autoridades, los imputados denotaron alto grado de organización y enfrentaron con violencia a la policía, para tratar a toda costa no solo de materializar el robo sino de facilitar la huida, sin importar las consecuencias de su actuación. No obstante ello, se impuso el mínimo de pena por el delito de robo agravado y también el extremo menor en el caso del delito de resistencia agravada, para lo cual pesó en los juzgadores los limpios antecedentes del imputado y ser una persona joven. Se aprecia que el Tribunal ponderó todos estos aspectos propios del hecho y la forma en que se desarrolló, al lado de las condiciones personales del acusado, por lo que la pena impuesta resulta adecuada y proporcional, sin que se aprecie error o arbitrariedad alguna, no obstante que incluso la Sala no comparte las consideraciones de los juzgadores en cuanto a la tentativa de homicidio que el Ministerio Público le atribuyó y por la cual absolvió al acusado, aspecto que incluso pudo haber motivado un reproche mayor, lo que en este caso no puede siquiera considerarse por no mediar recurso del acusador. Dejando de lado dichas consideraciones, el Tribunal fundamenta adecuadamente las razones por las cuales no rebajó el mínimo en el caso de la tentativa y para ambos hechos fijó los extremos menores de la pena, sin que los reclamos alcancen a deslegitimar lo resuelto. En cuanto pretende compararse la pena impuesta al imputado, con la que le fuera impuesta al coimputado J, la pretensión es improcedente. La individualización de la pena es una garantía en tanto se convierte precisamente en un juicio de reproche concreto para la persona específica que ha sido encontrada culpable de un hecho típico y antijurídico. La fijación de la pena es exigibilidad que, como tal, sólo puede ser un juicio individual, aunque se haga a distintas personas que hayan participado conjuntamente en un mismo hecho delictivo. En este caso, al margen de que el coimputado dicho se acogió al procedimiento abreviado que permite, en sus presupuestos, una rebaja de un tercio en el extremo menor de la pena –ventaja a la que no podía acceder el acusado quien no utilizó esa opción procesal-, sus condiciones personales y el rol en los hechos no resultan los mismos, por lo que la pena a imponer en todo caso debía partir de otros presupuestos. Incluso nótese que el Ministerio Público, no obstante los hallazgos en el vehículo y la dinámica de los hechos, no le atribuyó a C. los delitos de resistencia agravada ni de tentativa de homicidio, razón por la cual éste se acogió al abreviado únicamente por la tentativa de robo agravado. Con independencia de que la Sala no comparta esta posición del acusador, lo cierto es que si hubo errores en la calificación jurídica e incluso en el proceso seguido contra este coimputado –lo que no es objeto de impugnación ni puede serlo de pronunciamiento- no podría pretenderse que tales errores creen en favor del acusado un derecho a que se perpetúen. El error no es fuente de derecho ni crea igualdad. Subyace en todo caso como razón fundamental para desestimar los reclamos, la consideración en cuanto al carácter personal del juicio de reproche y de la fijación de la pena, por lo que no puede simplemente argumentarse que ambos imputados merecían idéntica pena, como de manera infundada se hace en el recurso, sustentando el alegato únicamente en las lesiones que el acusado sufrió, lo que no es procedente por lo ya expuesto. Así las cosas, deben declararse sin lugar los reclamos.”

d) Criterio de oportunidad: Facultad potestativa del órgano acusador que no implica un derecho del imputado

[Sala Tercera]⁷

Voto de mayoría

"II. [...] Acorde con los hechos atribuidos por el Ministerio Público, se comprueba la menor participación en los hechos de J.G., y en tales condiciones, la negociación a la que arribó con el Ministerio Público, consistente en prescindir de la persecución en su contra, a cambio de su colaboración para esclarecer el delito investigado, se apega a lo establecido en el numeral 22 del Código Procesal Penal. Además, la negociación de un criterio de oportunidad es una facultad del órgano acusador, no un derecho del imputado. Por ello y por el menor grado de participación que hubiese correspondido a J.G., la posibilidad de acogerse al instituto de marras, otorgada a él no contraviene ni el principio de igualdad, ni el debido proceso, tal y como pretende hacerlo ver la parte."

e) Pena: Fijación en procedimiento abreviado

[Tribunal de Casación Penal]⁸

Voto de mayoría

"[...] el pedido de pena formulado por el fiscal o el querellante al gestionar el proceso abreviado -salvo que se determine en el extremo mínimo legal menos un tercio- vincula relativamente al juzgador en cuanto no puede cuantificarla por encima de lo pedido, porque sería ultra petita (art. 375, c.p.p.), pero cuando el fiscal solicita una pena superior al mínimo previsto menos un tercio, el juez sí puede imponer una menor a la solicitada siempre que no baje más de un tercio del extremo mínimo establecido en el tipo penal (art. 374, ibid). De este modo, independientemente del error de apreciación del juzgador acerca de la norma tomada como base por el fiscal, es lo cierto que ha fijado la pena dentro de los límites permitidos por la ley; es decir, el error resulta irrelevante, la determinación de la pena fue realizada dentro del marco legal y no lesiona el ordenamiento jurídico. En este sentido debe recordarse que el juez es el Poder Judicial y en ejercicio de este dispone la cuantificación de la pena, pues si fuera de otro modo y las partes vincularan absolutamente al juzgador, no tendría sentido su función y sería el Ministerio Público directamente el que fijaría la pena y ordenaría su ejecución. El juez no es un servidor administrativo que cumple con pasos de un procedimiento burocrático, es un administrador de justicia que dirige y decide en un proceso para la suspensión individualizada de una garantía constitucional: la libertad personal. Ahora bien, en lo que se refiere a la fundamentación de la pena impuesta, a folios 158 vto. y 159 fte. se encuentran las razones del juez de instancia para la determinación de la pena como son el daño a la salud pública, que no se llegó a realizar pues solamente se dio el transporte de la droga; la aprehensión en flagrancia; el modus operandi; la aceptación de cargos por el imputado, lo que en su criterio es una forma de arrepentimiento; y, finalmente, la cooperación prestada por el imputado a la policía para evitar y prevenir la comisión de otros delitos. Estas razones son suficientes en criterio de este tribunal de casación, pues incluso hubieran justificado la aplicación de un criterio de oportunidad, a tenor de lo preceptuado por el artículo 22.b del código procesal penal. En consecuencia se declara sin lugar el recurso."

f) Principio de la insignificancia del hecho: Análisis en relación con el principio de lesividad

[Sala Tercera]⁹

Voto de mayoría

"I.- El licenciado **Javier Campos Villegas**, defensor público del sentenciado **Ronald Esquivel Umaña**, interpone recurso de casación contra el fallo de instancia. En apoyo de su inconformidad y como único vicio de la sentencia, reclama incorrecta aplicación de la ley sustantiva. Manifiesta, que la acción teñida por demostrada es atípica porque al bien jurídico tutelado (salud pública) no se le afectó de manera relevante o significativa. Argumenta, que el Tribunal no analizó si en la especie el cultivo de plantas de marihuana era o no para el consumo personal del acusado, pues en el evento de que se acreditara esa circunstancia, de igual manera, el bien jurídico no resultaría afectado. Por último, señala que el Tribunal no consideró demostrado que el justiciable cultivara las plantas con el propósito de vender droga o suministrarla a terceros. Por ello, concluye que: "... bien puede ser que, de ser cierto que mi defendido cultivara esas plantas de marihuana, lo hiciera para su consumo personal o para cualquier otro fin distinto al trasiego de droga para el consumo de un número indeterminado de personas ..." (confrontar folio 75). II.- Para pronunciarnos sobre este tema es indispensable hacer un análisis sobre el principio de insignificancia. Hoy acepta la doctrina que se ocupa de la Parte General del Derecho Penal, que para agotar la fase de tipicidad (propia de la Teoría del Delito), es insuficiente que la conducta se ajuste objetiva y subjetivamente a los diferentes elementos que conforman la norma penal y mas bien se requiere, que el bien jurídico protegido en el tipo penal se haya lesionado (o puesto en peligro) de manera considerable. En el sistema normativo vigente, este principio encuentra justificación en el artículo 28 de la Constitución Política que regula el principio de lesividad, en virtud del cual: "... las acciones que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley...". En ese sentido, conviene hacer un recuento de diferentes sentencias emitidas tanto por el Tribunal Constitucional, como por esta Sala, en las que se ha desarrollado la importancia e implicaciones del principio de insignificancia. Para ello y por su utilidad para decidir el presente asunto, conviene traer a colación un voto de ésta Sala en el que además se alude a fallos de la Sala Constitucional. En efecto, ésta Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el tema en los siguientes términos:

"... III.- *Falta de tipicidad penal: Se alega violación a lo dispuesto por los artículos 1 del Código Penal y 39 de la Constitución Política, pues el Tribunal condena al imputado por el delito de cohecho propio y le impone una pena de dos años de prisión, cuando, a juicio del impugnante, se está en presencia de un hecho insignificante que en nada lesiona el bien jurídico que tutela la norma. La pena impuesta resulta por completo desproporcionada e irracional; la antijuridicidad de la conducta debe verse por el menoscabo que se supone sufrido por el bien jurídico, debe ser una lesión intolerable al orden comunitario. Nuestra legislación ha avanzado al punto de excluir del ámbito de aplicación del derecho penal aquellas conductas que por lo insignificante del hecho o por el poco perjuicio que ocasionan, no merecen poner en marcha al aparato penal. Nunca puede dejarse de lado el criterio de afectación del bien jurídico para estimar si una conducta es delictiva o no. Varias consideraciones resultan necesarias a efectos de resolver el motivo que se alega. El juicio sobre la insignificancia de un hecho, es, sin duda, un juicio de valor que el juez debe realizar, tomando en cuenta los valores fundamentales del ordenamiento jurídico y su relación con la realidad social. Ciertamente nuestra legislación procesal lo ha incorporado como herramienta útil de interpretación, para excluir la intervención del aparato represivo estatal, al autorizar al órgano acusador la aplicación de un criterio de oportunidad, en los términos del inciso a del artículo 22 del Código Procesal Penal de 1996, cuando, entre otros "se trate de un hecho insignificante (...), salvo que afecte el interés público o lo haya cometido un funcionario público en el ejercicio del cargo o con ocasión de él". Pese a que se encuentra ubicado en la normativa procesal, es indudable que su contenido y real significado provienen de los conceptos esenciales del derecho penal material, en especial, de los postulados de la teoría del delito y su interpretación en un Estado de Derecho. No está de más señalar que incluso en el proyecto de Código Penal que actualmente se conoce en la Asamblea Legislativa, se incorpora el principio de lesividad como parámetro que impregna la teoría del delito y por ende, la aplicación del derecho penal sustantivo, entendiendo que una acción no puede estimarse delictiva si no lesiona o pone en peligro de manera significativa, un bien jurídico tutelado. Esto no es más que el desarrollo normativo del postulado que contiene nuestra Constitución Política en el párrafo segundo del artículo 28, cuando se excluye del ámbito de la ley -de especial interés cuando se trata de la ley*



penal-, aquellas acciones “que no dañen la moral, las buenas costumbres o que no perjudiquen a tercero”. Esta es una limitación de carácter sustancial a la labor del legislador. Como correlato, se convierte en un requisito de legitimación sustancial -o, dicho de otra forma, en el parámetro para valorarla- de toda norma, en especial de la prohibitiva. En consecuencia, no es válido para el legislador penal sancionar conductas que no lesionen o pongan en peligro un bien jurídico tutelado y fundamental para el conglomerado social, según el contexto histórico concreto en que la norma produce sus efectos. Así lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional y lo ha recalcado recientemente, en la sentencia 6410-96 de las 15:12 del 26 de noviembre de 1996, oportunidad en la que señaló: “III. Los bienes jurídicos protegidos por las normas penales son relaciones sociales concretas y fundamentales para la vida en sociedad. En consecuencia, el bien jurídico, el interés, ente, relación social concreta o como se le quiera llamar tiene incidencia tanto en el individuo y en la sociedad como en el Estado y sus órganos. Para el individuo el bien jurídico implica por un lado, el derecho a disponer libremente de los objetos penalmente tutelados y, por otro, una garantía cognoscitiva, esto es, que tanto el sujeto en particular como la sociedad en su conjunto han de saber qué es lo que se protege y el porqué de la protección. Para el Estado implica un límite claro al ejercicio del poder, ya que el bien jurídico en su función garantizadora le impide, con fundamento en los artículos 39 y 28 constitucionales, la producción de tipos penales sin bien jurídico protegido y, en su función teleológica, le da sentido a la prohibición contenida en el tipo y la limita. Estas dos funciones son fundamentales para que el derecho penal se mantenga dentro de los límites de la racionalidad de los actos de gobierno, impuestos por el principio republicano-democrático. Sólo así se puede impedir una legislación penal arbitraria por parte del Estado. El bien jurídico al ser el “para qué” del tipo se convierte en una herramienta que posibilita la interpretación teleológica (de acuerdo a los fines de la ley) de la norma jurídica, es decir, un método de interpretación que trasciende del mero estudio formal de la norma al incluir en él el objeto de protección de la misma, cuya lesión constituye el contenido sustancial del delito. La importancia del análisis del bien jurídico como herramienta metodológica radica en que el valor de certeza del derecho (tutelado por el principio de legalidad criminal), a la hora de la interpretación de la norma, viene precisamente de entender como protegido sólo aquello que el valor jurídico quiso proteger, ni más ni menos. Así las cosas, la herramienta de interpretación intenta equilibrar el análisis de la norma, al tomar en consideración el bien jurídico a fin de establecer los límites de la prohibición.(...) V.- El valor constitucional del bien jurídico ha sido ya analizado por la Sala, que en aplicación y acatamiento de las potestades que la Constitución Política y la Ley de la Jurisdicción Constitucional le otorgan, le consideró como fundamento del *ius puniendi* estatal, y como base para la interpretación por parte de los demás órganos jurisdiccionales a la hora de aplicar la ley penal a un caso concreto. Mediante la sentencia número 0525 de las catorce horas veinticuatro minutos del tres de febrero de mil novecientos noventa y tres, al reconocer la existencia de un derecho penal democrático y acorde con sus postulados dogmáticos, que rigen esa forma de gobierno, se consideró que: “Al disponerse constitucionalmente que “las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley” -Art. 28- se impone un límite al denominado *ius puniendi*, pues a cada figura típica ha de ser inherente una lesión o peligro de un valor ético social precisamente determinado; en otros términos, puesto que no basta que una conducta u omisión “encaje” abstractamente en un tipo, es también necesaria una lesión significativa de un bien jurídico. De lo contrario, tendríamos conductas delictivas pese a que no dañan la moral o el orden público o a que no perjudican a tercero”. Las implicaciones que el citado fallo conlleva para la vida jurídico-penal son muy significativas: primero, que una teoría del delito basada en los principios del Estado de Derecho debe tender siempre a la seguridad jurídica, la cual sólo puede ser alcanzada a través de la protección de los bienes jurídicos básicos para la convivencia social; segundo, para que podamos comprobar la existencia de un delito la lesión al bien jurídico no sólo debe darse, sino que ha de ser de trascendencia tal que amerite la puesta en marcha del aparato punitivo estatal, de ahí que el análisis típico no se debe conformar con el estudio de la tipicidad sino que éste debe ser complementado con un análisis de la antinormatividad de la conducta; tercero, que la justicia constitucional costarricense tiene la potestad de controlar la constitucionalidad de las normas penales bajo la óptica de la Carta Magna, ajustándolas a la regularidad jurídica, con lo cual se puede asegurar el cumplimiento de los aspectos de la teoría del delito que gocen de protección constitucional (...)” (resaltados no son del original). Ahora bien, el juicio sobre la insignificancia del hecho se dirige al juez y se refiere a un hecho histórico concreto, que formalmente se adecúa a una figura delictiva. En consecuencia, además de la necesaria tutela que la norma penal debe efectivamente buscar de un bien jurídico fundamental, los conceptos de razonabilidad y proporcionalidad, propios del ejercicio del poder en el Estado de Derecho, imponen, a través de conceptos como la insignificancia del hecho, la necesidad de que, en el análisis de los elementos del delito, no baste la constatación de la tipicidad y su relación con la tutela a un bien jurídico. Entra



además la valoración respecto de la importancia de la conducta típica para estimar lesionado o amenazado dicho objeto de tutela, en entidad tal de justificar la reacción penal. Por ello, el concepto de insignificancia del hecho está íntimamente relacionado con la entidad de la lesión, menoscabo o amenaza sufrida por el bien jurídico, con la conducta cuya persecución penal se pretende. De indudable punto de partida para esta labor de interpretación lo son los principios de intervención mínima y racionalidad que se predicán del derecho penal en todo Estado de Derecho, estrechamente relacionados con el conjunto de valores, objetivos y aspiraciones de la sociedad, plasmadas, a nivel general en la Constitución Política, como fuente principal, tanto de los bienes jurídicos merecedores de tutela -materia en la que se entienden integrados además los instrumentos internacionales en materia de derechos fundamentales-, como de aquellos objetivos que se predicán de la organización social y que deben inspirar el ejercicio del poder y el desarrollo de las competencias a cada uno de ellos asignadas, teniendo como norte el principio de libertad y democracia consagrado en el artículo 1 de nuestra Carta Magna. No está de más señalar que si bien el criterio de entidad de la lesión al bien jurídico, es quizás el más relevante a efectos de dar contenido al concepto de insignificancia, también existen otros elementos que coadyuvan en esta tarea -puede enfocarse desde el punto de vista de la acción y la entidad de su disvalor; desde el resultado y su disvalor; también desde la óptica de la pena, que podría resultar desproporcionada con relación a la lesión del bien jurídico; desde la culpabilidad e incluso desde la teoría de la participación. Es indiscutible su relación con el principio de lesividad, según se ha visto; por lo demás, también se le complementa con la concepción de criminalidad de "bagatela" y las aportaciones que esta hace a la interpretación de la ley penal, con especial referencia al principio, ya mencionado, de la proporcionalidad entre acción o conducta y la reacción prevista por el legislador (al efecto, consúltese el artículo del profesor Alfredo Chirino "A propósito del principio de oportunidad y del criterio de insignificancia del hecho" en la obra *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, pp. 105 a 139.)...." (Sala Tercera, sentencia # 219-98, de 9:55 horas del 6 de marzo de 1.998). Para determinar cuándo se está ante un hecho insignificante, el operador judicial debe acudir en primer lugar al principio de proporcionalidad, y buscar sus manifestaciones sustantivas en los diferentes estadios de la Teoría del Delito. En este sentido, la doctrina nacional ha indicado que: "... Para responder a la pregunta de cuál hecho es insignificante, se puede acudir a diferentes aspectos de la teoría del delito: i) desde la teoría de la acción podría discutirse si lo que es insignificante es precisamente aquello que tiene "poco" disvalor de acción; ii) desde el punto de vista del resultado, podría discutirse si, por el contrario, lo insignificante es aquello que tiene "poco" disvalor de resultado; iii) desde el punto de vista de la pena, podría plantearse que es "insignificante" aquella lesión del bien jurídico que en una confrontación con la pena a imponer resulte "desproporcional"; iv) este último aspecto lleva también a discutir también si lo que es "insignificante" puede averiguarse desde la perspectiva del bien jurídico tutelado, y en tal caso buscar su contenido en el principio de lesividad; v) desde el punto de vista de la culpabilidad, podría declararse insignificante lo que contiene un mínimo grado de reproche (concepto de la "mínima culpabilidad"); vi) desde la teoría de la participación podría analizarse el grado de participación o de aporte del partícipe a fin de cuantificar una eventual insignificancia y de allí una aplicación del principio de oportunidad a los partícipes que no representen un papel significativo en la realización del hecho. Como elementos de la sistemática de la teoría del delito entendemos aquí no sólo los conceptos de tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad que en la mayoría de los textos de derecho penal se encuentran expuestos; sino también otros elementos que tienen que ver con la pena y las condiciones en que esta puede o no debe ser ejercida, así como también los elementos referidos al trabajo judicial de medición o cuantificación del monto de pena a aplicar. De aquí resultan entonces incluidos los siguientes elementos: las condiciones objetivas de culpabilidad (causas personales de exención y de exclusión de pena); los presupuestos procesales de perseguibilidad así como también los impedimentos sancionatorios; la determinación de los marcos penales; la medición de la pena, y los aspectos correctivos de la medición de la pena, aspectos todos que se encuentran regulados en la Parte General del Código Penal vigente..." (Chirino Sánchez, Alfredo: *Principio de oportunidad e insignificancia del hecho*, en *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Corte Suprema de Justicia-Asociación de Ciencias Penales, San José, 1.996, pág.118). Ahora bien, no puede negarse que en el fondo de la discusión, el problema de la lesividad y con él, el de la insignificancia, encuentra su punto de partida en la distinción entre antijuridicidad formal y antijuridicidad material, pues se ha entendido que: "... una acción antijurídica es formalmente antijurídica en la medida en que contraviene una prohibición o mandato legal; y es materialmente antijurídica en la medida en que en ella se plasma una lesión de bienes jurídicos socialmente nociva, y que no se puede combatir suficientemente con medios extrapenales..." (Roxin, Claus: *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1.997, pág. 558. El mismo autor señala que una de las implicaciones de la antijuridicidad material es la de servir como

instrumento de interpretación de problemas dogmáticos, como sucede con la adecuación social de la conducta, *Ibid*, pág. 560. Sobre el concepto y alcances de la distinción, pueden consultarse los siguientes textos: Bustos Ramírez, Juan: Manual de Derecho Penal. Parte General, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1.989, págs. 160 y siguientes. Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes: Derecho Penal. Parte General, Tirant lo blanch, Valencia, 1.993, págs. 276 y 277. Fernández Carrasquilla, Juan: Derecho Penal Fundamental, Vol. II, Editorial Temis S.A., Colombia, 1.998, págs. 37 a 47. Velásquez Velásquez, Fernando: Derecho Penal. Parte General, Editorial Temis S.A., Colombia, 1.994, pág. 236. Zaffaroni, Eugenio Raúl: Derecho Penal. Parte General, Argentina, Ediar, 2.000, págs. 569 a 571). En razón de ello, la doctrina ha resaltado que: “... *No puede negarse que el principio de insignificancia tiene un carácter material, como derivación que es del principio de proporcionalidad, señalando, conforme al carácter fragmentario del Derecho Penal, cuándo la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tiene la magnitud suficiente para justificar la tutela del Derecho Penal, tomando en cuenta las circunstancias del caso concreto. En estos supuestos se puede hablar de ausencia de antijuridicidad material, tal y como lo hace Roxin, pero podría ser denominado también, eliminando toda confusión entre tipicidad y antijuridicidad, ausencia de tipicidad material ...*” (Llobet, Javier: Principio de insignificancia y criterio de oportunidad reglado, en Principio de oportunidad y persecución de la criminalidad organizada, Problemas prácticos e ideológicos de un proceso penal “eficiente”, San José, Ediciones Jurídicas Areté, 2.000, pág. 24). Ciertamente, como corolario indispensable para racionalizar el poder represivo del Estado, se impone la necesidad de distinguir entre diversos grados de afectación del bien jurídico, de manera que se excluya del ámbito de aplicación de la norma aquellas infracciones que menoscaban de manera insignificante dicho objeto de protección, funcionando en consecuencia como causal de exclusión de la tipicidad, que podrá invocarse en el proceso penal a través de varios mecanismos: por ejemplo, por medio de la solicitud de desestimación de la denuncia formulada por el Ministerio Público cuando el hecho no constituya delito (artículo 282 del Código Procesal Penal), o bien, sin esperar la iniciativa del ente acusador, o incluso mediando ésta o por gestión de parte, o de oficio el Juez de la Etapa intermedia deberá dictar sobreseimiento definitivo cuando el hecho no esté adecuado a una figura penal (art. 311 inciso b) *ibidem*). Incluso, es válido el supuesto de que el Tribunal de Juicio después de analizar la prueba evacuada en plenario establezca como hecho probado que la vulneración del bien tutelado es insignificante y por lo tanto, deba absolver al justiciable por considerar que el suceso comprobado es irrelevante y que, por razones de justicia material en el caso concreto la aplicación de la pena –aunque fuere la mínima prevista- resultaría abiertamente desproporcionada. Si bien, en términos generales el principio de insignificancia sirve como parámetro para comprobar que el bien jurídico se ha vulnerado y que de esa forma el sujeto ha adecuado su conducta a todos los elementos del tipo penal, es evidente que dicha máxima no puede aplicarse de manera generalizada o indiscriminada en cualquier tipo de delito, pues existen supuestos que no admiten tales atemperaciones (salvo las previstas en tipos que regulen atenuaciones específicas), como sucede por ejemplo, en los homicidios simples o calificados (en los que la infracción típica al deber de cuidado debe ser esencial), pues en tales casos el objeto de protección de la norma no es graduable. Por el valor preeminente que el ordenamiento jurídico concede a la vida humana, no puede admitirse que existan “homicidios insignificantes”. Incluso y esto cobra mayor interés en las hipótesis de tentativa en estos delitos, la doctrina ha resaltado razonablemente que pueden presentarse supuestos en los que el disvalor de la acción impida aplicar el principio aludido: “... *es posible que, a pesar de la insignificancia o incluso ausencia de un desvalor de resultado, el disvalor de la acción haya sido superior a lo que entendemos por insignificante ...*” (Hirsch, Joachim: El tratamiento de la criminalidad de bagatela en la República Federal Alemana. Con especial atención a la posición del Ministerio Fiscal, en Derecho Penal. Obras Completas, Tomo II, Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 2.000, pág. 280). Sin que se desconozca los alcances que algunos Tribunales de instancia han otorgado al principio en comentario, conviene destacar el tratamiento -que los máximos órganos de casación en materia penal- han dado al tema. El Tribunal de Casación Penal, mediante voto # 473-99, del 29 de octubre de 1.999, ha admitido la aplicación del principio de insignificancia en un supuesto en que se incautó a un menor de edad una “piedra” de cocaína base (“crack”), con un peso de 0.03 gramos, destinada al comercio. En efecto, el Tribunal de Casación consideró que: “... *Es entonces cuando el Juez Penal de San José, entra a este segundo nivel de análisis, a saber, el de la antijuridicidad del hecho, en el cual, tampoco duda en reconocer que se ha perfeccionado la antijuridicidad formal, a saber, la mera contrariedad de la conducta establecida como cierta, con el ordenamiento jurídico visto en su conjunto, pero, es aquí donde el análisis resulta relevante y decisivo, pues el juzgador también analiza, conforme las circunstancias del caso concreto, la concurrencia o no de la antijuridicidad material, para concluir que en efecto, ésta no se da, dando como razones dos de la más alta importancia: la primera, que el bien jurídico tutelado (La Salud Pública) no*



corrió ni siquiera peligro, en vista de que el oficial que compró la droga inmediatamente la puso en manos de las autoridades encargadas de iniciar el proceso, y la segunda, que efectivamente la cantidad de sustancia prohibida de que se trataba (0.03 gramos) no tenía la suficiente entidad para poner en peligro ese mismo bien jurídico tutelado. En el fondo priva el principio de lesividad que la sentencia termina por privilegiar en el caso concreto y que, conforme el criterio de este Tribunal es un razonamiento adecuado...". También ésta Sala ha admitido, en casos excepcionales, la aplicación del referido principio. A modo de ejemplo, puede tenerse en cuenta el siguiente precedente: "... De acuerdo con los hechos que la sentencia tuvo por ciertos, el veinte de febrero de mil novecientos noventa y tres, varios oficiales de la Policía Antidrogas del Ministerio de Seguridad Pública y del Organismo de Investigación Judicial se hallaban en Jacó realizando operativos en materia de drogas y en horas de la madrugada del día siguiente, estando dichos investigadores en la Guardia Rural de dicha localidad, el imputado Juan Luis Solís Borbón se acercó al oficial Calvo Olsen, con quien había hablado antes y desconociendo que era Policía, entabló conversación con él y le ofreció que fueran a fumar marihuana cerca de ahí. Al observar ese movimiento, el oficial Venegas Zamora se les acercó, por lo que el justiciable sacó un cigarro de marihuana y le dijo: "Tomá compita, hacete uno para la fiesta" (sic); pero al percatarse que eran de la policía tiró en un callejoncillo un envoltorio que contenía seis cigarrillos de marihuana y 0.30 gramos de picadura de esa misma droga. Según lo expuesto, la conducta de Solís Borbón aparece como un acto ocasional, propio de las circunstancias, aislado, que se lleva a cabo en una sola oportunidad, es decir, sin reiteraciones ni insistencia, de manera que no se relaciona con ningún otro comportamiento similar atribuible a esta persona, ni mucho menos con la intención dolosa de distribuir la droga. El imputado no va más allá de la simple acción impremeditada de ofrecer el cigarrillo de marihuana, sin consecuencias de ninguna otra índole, que pudieran atentar contra la Salud Pública. En esas especiales circunstancias, es evidente que no se produjo ningún peligro para el bien jurídico protegido. Ha quedado demostrado que la conducta del justiciable, por haberse realizado en las condiciones de excepción ya señaladas, resulta en sí misma inocua, no produce ningún riesgo para la Salud Pública. Las conductas propias del tráfico de drogas, como por ejemplo, la distribución o el suministro, son delitos de peligro (Sala Tercera, voto 683-F de las 9:05 horas del 13 de diciembre de 1991), lo cual no exime del deber de analizar en cada caso la conducta acusada, para determinar si representa un peligro para los bienes tutelados por la ley. En el presente caso, vistas las particulares características que presenta el hecho y al excluirse todo riesgo para el bien jurídico protegido, la acción desplegada por Solís Borbón resulta atípica, toda vez que no encuadra en ninguna de las figuras penales propias del tráfico de drogas. Es decir, no constituye suministro o distribución, tampoco estímulo ni promoción del consumo de la sustancia ilícita (...) El caso bajo examen también debe ser diferenciado de aquéllos en que el sujeto activo ofrece droga en forma reiterada o insistente a una o más personas, pues, aunque su ofrecimiento no sea aceptado, lo cierto es que, por ese medio, está estimulando o promoviendo el consumo de sustancias ilícitas, en los términos del artículo 20 de la Ley sobre Estupefacientes (número 7233 de 8 de mayo de 1991). El sujeto activo ha determinado su conducta para atentar contra el bien jurídico protegido. En efecto, por lo reiterativo e insistente, esta acción tiene entidad para poner en peligro la Salud Pública y puede ser encuadrada sin dificultad en dicha norma. Tampoco debe confundirse el presente caso, con la hipótesis en que el acusado pretende dolosamente entregar a otro una determinada cantidad de droga, aunque sea ínfima, cuando existe un acuerdo previo entre ambos y una evidente disposición del destinatario para recibir la droga, pues esa conducta también significa un riesgo efectivo para la salud pública y resulta consumativa del delito de suministro de drogas, conforme a lo dispuesto por el artículo 18, párrafo primero, de la Ley antes citada (Sala Tercera, voto 683-F de 9:05 horas del 13 de diciembre de 1.991)...". (Sala Tercera, Voto # 616-F-95, de 11:05 horas del 13 de octubre de 1.995). No obstante, debe reconocerse que en alguna ocasión la Sala declinó aplicar el citado principio, y para tal efecto, se argumentó que: "...Como único agravio del recurso por vicios in iudicando interpuesto por el Lic. Marcial Quesada Solís, se acusa la inobservancia de los artículos 39 y 41 de la Constitución Política; 1, 30, 31, 45 y 50 del Código Penal; y del artículo 18 párrafo cuarto de la Ley N° 7233 sobre Estupefacientes, para lo cual señala que la conducta de su patrocinado es atípica por falta de antijuridicidad material, en atención a la insignificancia del hecho acreditado y a la pena desproporcionada que se le asignó. Considera esta Sala que el reclamo no es de recibo. En primer lugar, debe advertirse que la alegada ausencia de antijuridicidad de la conducta no excluye su tipicidad, sino su ilicitud penal. Por otra parte, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado es un elemento de la tipicidad penal, de manera tal que la insignificancia de esa lesión o puesta en peligro excluye la tipicidad de la conducta, no su antijuridicidad. En el presente caso se acreditó que el encartado Glenn Aston Davis se encontraba recluso en el Centro Penitenciario La Reforma y que el día 19 de mayo de 1995, al ser aproximadamente las 10:05 horas, mientras se encontraba tomando el sol en el Pabellón B-1 de ese Centro,



lanzó un envoltorio -que contenía una piedra de crack- hacia el Pabellón B-2, para el reo Errol La Fuente Young, quien se encontraba en ese patio esperando la droga, la cual no pudo obtener porque el envoltorio fue recogido por uno de los guardianes de esa institución. Tal conducta del encartado es dolosa y se adecua a aquella que ha sido descrita en el artículo 18 de la Ley sobre Estupefacientes, resultando conveniente subrayar que con ella definitivamente lesionó las condiciones necesarias para el mantenimiento de la salud pública, particularmente la de las personas internadas en ese centro penal. Esto así, por cuanto Aston Davis, en circunstancias obviamente ilegítimas, entró en posesión de esa sustancia no autorizada con la finalidad de entregarla a otro presidiario, presumiblemente consumidor de aquella. Nótese que esta última "presunción" (porque no se acreditó que Errol La Fuente Young fuera consumidor) favoreció al imputado, pues permite que a él pueda imponérsele el extremo menor de la pena disminuido hasta la mitad, conforme al párrafo cuarto del artículo 18 citado, tal como lo hizo el a quo. Así, pues, se tiene que la conducta del encartado es dolosa y lesionó el bien jurídico tutelado al incurrir en una conducta tipificada por la ley. Además de ser típica, su acción es antijurídica porque no encuentra permiso alguno en la legislación. Finalmente se tiene también que es culpable, porque su autor, teniendo conocimiento de la ilicitud de la conducta -sobre todo dentro de un establecimiento penitenciario-, actuó contra derecho pudiendo no haberlo hecho, razón por la cual su conducta le es reprochable penalmente. Tal como lo indica la representación del Ministerio Público en su memorial de folio 75, en vista de la vigilancia a que se ven sometidos los reclusos, actividades tales como la venta o el suministro de drogas entre ellos mismos se ven sumamente limitadas por las circunstancias y oportunidades en que pueden hacerlo, razón por la cual se explica que muchas veces esas ventas o suministros sean de cantidades pequeñas de droga, de manera tal que, simplemente por el modo en que deben actuar, no puede concluirse que una conducta como la aquí examinada sea insignificante..." (voto 260-F-96, de 9:10 horas del 24 de mayo de 1.996) [El destacado de la letra no pertenece al texto original]. Ahora bien, después de haber analizado de una manera detallada el fundamento legal, los antecedentes dogmáticos, y la aplicación que en la jurisprudencia se ha dado al citado principio, la mayoría estima conveniente formular las siguientes precisiones. (i) El principio de insignificancia puede aplicarse de manera excepcional en algunas infracciones contempladas en la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas y drogas de uso no autorizado. En materia de persecución penal del fenómeno del narcotráfico existen razones político-criminales de prevención general positiva que impiden conceptualizar ataques insignificantes en la mayoría de las conductas que ponen en peligro el bien jurídico salud pública, porque, como se ha indicado, de aceptarse esa hipótesis podría favorecerse de manera indebida el tráfico ilegal de drogas (o cualquiera de las otras conductas desaprobadas por la ley, entre los que se encuentra evidentemente el cultivo) en pequeña escala. Tal opción ha sido aceptada por la doctrina, la cual ha sostenido que "... puede haber casos en los que el legislador considera que la técnica más adecuada y necesaria para la protección de bienes jurídicos es la de prohibir comportamientos generalmente peligrosos para el bien jurídico en cuestión, considerando el comportamiento de peligro abstracto en cuanto tal como merecedor y necesitado de pena, sin que en principio exista posibilidad de "privilegiar punitivamente" aquellas formas de actuación que revisten una peligrosidad escasa. Como, recordaremos, en virtud de la vigencia del principio de fragmentariedad, el límite inferior del principio de proporcionalidad en sentido amplio será traspasado por aquellos comportamientos amenazados con pena que no parezcan como tales, suficientemente peligrosos para el bien jurídico protegido, pero no por aquellos otros que son considerados como generalmente peligrosos, aun cuando en el caso concreto nos encontremos ante un comportamiento escasamente peligroso..." (Aguado Correa, Teresa: El principio de proporcionalidad en Derecho Penal, Edersa, España, 1.999, págs. 403-404). En razón de lo anterior, debe tenerse presente las siguientes aclaraciones: a.- En principio, por la ofensividad genérica que implican las conductas delictivas reprimidas en la ley que rige la materia, cabe excluir la aplicación generalizada del principio de insignificancia en tales infracciones. Su vigencia debe reservarse a supuestos excepcionales, por ejemplo, en casos en los que el suministro, la posesión o la venta no revelen una actitud reiterada de desprecio a la Salud Pública. b.- El operador judicial debe estar atento a no incluir en el principio de insignificancia, conductas en las que sí se lesiona de manera significativa el bien jurídico en cuestión. Esto sucederá por ejemplo, en todas aquellas hipótesis en las que a través de la investigación policial se acredita una predisposición para el tráfico de drogas, pues en estos casos carece de importancia que al final se incauten cantidades ínfimas de droga, o que del todo en el operativo realizado con intervención del juez no se obtenga ni el dinero utilizado ni más droga que la obtenida por el colaborador (En este sentido, conviene ver los siguientes Votos de esta Sala: Voto No. 1.424-99, de 9:26 horas del 12 de noviembre de 1.999. No. 328-2000, de 9:20 horas del 31 de marzo de 2.000). En razón de lo anterior, debe tenerse prudencia para no calificar como insignificante una conducta por la simple constatación de que se poseen pequeñas cantidades



de sustancias ilícitas, pues puede suceder que sea esa la forma ideada por el sujeto para lograr sus propósitos delictivos. En este sentido, no debe olvidarse que una de las modalidades clásicas del tráfico de drogas consiste en lo que ha denominado “contrabando hormiga”, es decir en la posesión de ínfimas porciones de droga. Este fenómeno es aplicable a todo el ciclo de manipulación, posesión y expendio de la droga. Además, debe tenerse presente que las pequeñas porciones pueden poseerse para el consumo, o para el consumo y el tráfico, o exclusivamente para éste último. Y, debe repararse en que existen drogas que aún dispuestas en pequeñas dosis son de gran pureza y por lo tanto son aptas para su procesamiento y su multiplicación en otros productos o derivados igualmente ilícitos. En los casos de autoconsumo, la posesión de pequeñas cantidades es tan sólo un indicativo de que se ostenta con tal finalidad. Por ello, el juez debe comprobar aquella circunstancia (posesión para el consumo) con otros elementos de convicción adicionales, pudiendo someter al acusado a un proceso de verificación científica, para demostrar o no si es adicto a la sustancia que se le ha incautado. En todo caso, conviene tener presente que: *“...la “escasa cantidad” no genera de por sí una presunción de tenencia para propio uso ...”*. (Puricelli, José Luis: Estupefacientes y drogadicción, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1.992, pág. 151). Por lo anterior, puede concluirse –como una máxima de experiencia- que la Salud Pública puede ponerse en peligro, aún en los casos en los que se ostente o manipulen escasas cantidades de productos ilícitos. (ii) Ejemplificación de supuestos de insignificancia. Aunque la doctrina no alude de manera directa al citado principio, pues refiere más bien a supuestos de hecho ubicables en una “zona gris” en la que se discute si el sujeto activo emprendió la acción con aras de cumplir con alguno de los fines desaprobados (por ejemplo: tenencia *para* la venta, el suministro, etc), puede admitirse que en nuestro medio podrían considerarse insignificantes las siguientes hipótesis: *“... casos en los que el sujeto suministra la droga a un hijo, hermano etc, guiado por el único fin de lograr su deshabituación a la sustancia en cuestión, mediante una reducción progresiva de la dosis; también podría faltar en los supuestos en los que, la cesión tiene lugar para evitar que el sujeto ya adicto a la sustancia, tenga que cometer actos delictivos para conseguirla o dedicarse a la prostitución, o bien simplemente para mantenerle en el consumo con el fin de evitarle un uso clandestino que acarrearía fuertes riesgos para la salud, al estar sometido al peligro de contagio de enfermedades infecciosas a veces de imposible curación como el SIDA o la hepatitis C (...) Claro está que en estos supuestos, tanto el hecho de la toxicomanía como el de los móviles que llevan al suministro, deben quedar demostrados a través de múltiples datos que concurren en el hecho en cuestión, porque lo que tampoco es de recibo es, que tales argumentos lleguen a constituir una patente de corso que se utilice para encubrir verdaderos actos de tráfico que deben ser incriminados...”* (Rey Huidobro, Luis Fernando: El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales, Tirant lo blanch, Valencia, 1.999, págs. 82-83). En tales supuestos, podría no existir la connotación de antijuridicidad material, pues si la acción consiste en proporcionar una pequeña dosis para su consumo inmediato de un sujeto determinado (y bajo los fines reseñados en la cita doctrinal), tratándose de hechos aislados y por personas no dedicadas a vender –aún con esos fines- no cabría esperar su difusión general o el acceso indiscriminado de la droga a terceras personas, y en consecuencia, podría excluirse la puesta en peligro del objeto de tutela penal (Ibíd., pág. 85).

III.- Solución del caso concreto: Un sector de la doctrina que se encarga de estudiar los delitos en cuestión, sostiene que el cultivo de droga comprende las acciones de siembra, cuidado y recolección de la planta, siendo esta última fase la idónea para procurar la materia prima indispensable para su posterior elaboración en un producto adecuado para el tráfico (Así lo ha interpretado un sector de la doctrina: Lisazo Medrano, F: Delitos relativos al tráfico de drogas en la legislación costarricense, Editorial Universidad Complutense, Madrid, 1.982, págs. 124 y siguientes citado por Rey Huidobro, Luis Fernando: El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales, Tirant lo blanch, Valencia, 1.999, pág. 51, quien no comparte esta posición). Acerca del cultivo de drogas, se ha apuntado que: *“... Es indiferente el lugar donde el mismo se lleve a cabo [el cultivo], que puede ser tanto una extensión elevada de terreno como un pequeño huerto e incluso en tiestos de una planta, siempre que se realice con el fin de destinar el producto obtenido al tráfico ilegal...”* (Rey Huidobro, Luis Fernando: Op. Cit., pág. 50. En sentido similar : Joshi Jubert, Ujula: Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1.999, pág. 121). A mayor abundamiento, conviene tener presente que la solución que proporcionan los diferentes ordenamientos jurídicos en cuanto a la aplicación del principio de insignificancia en materia de drogas, no es unívoca: Por ejemplo, en España, el Tribunal Supremo ha admitido aplicar el principio de insignificancia en esta materia (STS No. 8.569 del 28 de diciembre de 1.996 y la STS No. 1.271 del 22 de enero de 1.997), e incluso la doctrina de ese país aboga por su aceptación cuando el riesgo producido es irrelevante o socialmente adecuado (Confrontar en este sentido:



Joshi Jubert, Ujula: *Op. Cit.*, págs. 114 a 117). Por su parte, en Colombia, según informa el tratadista Fernando Velásquez Velásquez, en el caso del cultivo de marihuana se puede excluir la tipicidad por insignificancia, precisamente porque existe una norma expresa que así lo autoriza. En este sentido, sostiene que: "... *el que planta dos arbustos de coca o marihuana en su casa no realiza conducta típica alguna como lo reconoce, dando aplicación a este axioma, la Ley Antidrogas (Estatuto Nacional de Estupeficientes, art. 32)*" (Velásquez Velásquez, Fernando: *Op. Cit.*, pág. 368). En Argentina, el artículo 14 párrafo segundo de la ley 23.737 reprime con un mes a dos años de prisión al que tuviere estupeficientes en su poder, cuando surgiere en forma inequívoca, por su escasa cantidad y demás circunstancias, que la misma es para consumo personal (Ver: Puricelli, José Luis: *Op. Cit.*, págs. 149 a 155). En nuestro medio, el cultivo de la planta *cannabis sativa* (comúnmente conocida como marihuana) es reprobado por la Ley sobre estupeficientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado y actividades conexas (Ley No. 7.786). En concreto, el artículo 5 establece la coordinación unificada en el Centro Nacional de Prevención contra Drogas para realizar acciones preventivas, dirigidas a evitar el cultivo, la producción, la tenencia, el tráfico, el consumo de drogas y de otros productos referidos en esa ley. Por su parte, el numeral 61 del mismo cuerpo normativo reprime con pena privativa de libertad entre 5 y 15 años, la acción de cultivar plantas, entre ellas las pertenecientes al género de la *cannabis* (artículo 1), sin autorización legal. Se entiende que esta autorización es excepcional, siendo aplicable exclusivamente en los supuestos que prevé el legislador, por ejemplo, el numeral 2 de la Ley 7.786, indica que: "...El comercio, el expendio, la industrialización, la fabricación, la refinación, la transformación, la extracción, el análisis, la preparación, el cultivo, la producción, la importación, la exportación, el transporte, la prescripción, el suministro, el almacenamiento, la distribución y la venta de drogas, sustancias o productos referidos en esta ley, así como de sus derivados y especialidades, serán actividades limitadas estrictamente a las cantidades necesarias para el tratamiento médico, los análisis toxicológicos y químicos, el entrenamiento de los animales detectores utilizados por los cuerpos de policía, los análisis farmacocinéticos, en materia médica o deportiva, para elaborar y producir legalmente los medicamentos y otros productos de uso autorizado o para las investigaciones. Solo las personas legalmente autorizadas podrán intervenir en todo lo relacionado con tales sustancias..." (el énfasis de la letra no está en el original). Incluso, para la destrucción de las plantas de marihuana debe seguirse un procedimiento riguroso, para el que están autorizados únicamente los miembros de la Policía Judicial y de la Policía de Control de Drogas (artículo 89 *ibídem*). Por ello, si el legislador ha establecido un control estricto sobre el cultivo de droga, es por qué ha considerado relevante impedir el acceso incontrolado a una materia prima idónea para su transformación en otros productos. No obstante lo anterior, conforme a los postulados que se enunciaron en el segundo Considerando de este fallo, debe admitirse la posibilidad de que existan supuestos de cultivo de marihuana que en realidad resulten insignificantes. El desarrollo concreto del principio en cuanto a esta modalidad delictiva debe realizarse caso por caso, teniéndose en cuenta todas las circunstancias objetivas y subjetivas en las que tuvo lugar el hecho punible. En el caso concreto, la acción reprochada al sentenciado Esquivel Umaña, no puede calificarse como "insignificante". En efecto, en la especie, el Tribunal de instancia tuvo por demostrados los siguientes hechos: "... a-) *Sin precisar fecha exacta pero si aproximadamente desde mediados de febrero hasta el día cinco de marzo de mil novecientos noventa y nueve, el aquí acusado Ronald Esquivel Umaña cultivó ocho plantas de marihuana en un área de aproximadamente cinco por tres metros de una finca ubicada un kilómetro al norte y un kilómetro al este del centro de la Fortuna de Bagaces.* B) *Que el día cinco de marzo de mil novecientos noventa y nueve, el encartado Ronald Esquivel Umaña, fue sorprendido por tres miembros de la guardia rural de Bagaces quienes se encontraban ocultos entre la maleza, observando cómo éste regaba las matas de marihuana que tenía sembradas, dándole de ésta manera cuidado al sembradío ...*" (confrontar sentencia, folios 58 y 59). Bajo esta descripción fáctica, es criterio de la mayoría que la acción desplegada por el justiciable Esquivel Umaña se adecua al numeral 61 de la citada Ley sobre estupeficientes. Por la cantidad de droga decomisada (ocho plantas adultas de *cannabis sativa* con una altura oscilante entre los 60 y los 120 centímetros), así como por su ubicación, en lugar alejado, resguardado por una maleza abundante y considerando la existencia de un camino rudimentario y visible, que iniciaba en la casa habitada por el acusado y concluía en el sembradío, es evidente que la droga se destinaría a su posterior elaboración. Además, se acreditó con certeza que Esquivel Umaña ejecutaba los cuidados necesarios para que las plantas fructificaran, pues se le sorprendió en flagrancia mientras realizaba labores propias y adecuadas del cultivo de plantas, dando cuidado y mantenimiento al sembradío. No puede prohijarse la tesis del impugnante, en el sentido de que todas las plantas de marihuana eran para consumo del sentenciado: en primer lugar, porque ese dato no figura como hecho probado en el fallo y en segundo, porque su inclusión implicaría desconocer el límite que impone el principio de intangibilidad de los hechos

demostrados. Consideramos que frente a un caso como el presente no es posible señalar que el hecho no produce un peligro para la salud pública, y ni que resulta insignificante, puesto que se trata de un sembradío, el cual no por pequeño, no pueda ser utilizado para ser distribuido a distintas personas a cualquier título. Por lo expuesto, procede declarar sin lugar el recurso de casación presentado.

IV.- Conviene también referirnos al criterio de oportunidad reglado por insignificancia del hecho (artículo 22 inciso b del art. 22 del CPP). Tal como ha entendido la doctrina, el criterio diferenciador entre la insignificancia como causal de atipicidad y el criterio de oportunidad reglado por insignificancia del hecho, radica en la proporcionalidad. (Llobet, Javier: *Op. Cit.*, pág. 92). En realidad, los efectos sustantivos de ambas figuras son coincidentes, pues desembocan en el dictado de una sentencia de sobreseimiento (artículo 311 del código de rito). No obstante, conviene indicar que para aplicar el criterio de oportunidad, como atribución del ente acusador, debe constatarse con suficiente probabilidad (la misma que cabría esperar para formular la acusación) que el hecho existió (siendo en consecuencia, típico, antijurídico y culpable) y que fue el acusado quien lo realizó, como autor o partícipe. Así, autores nacionales han expresado que: *“... Es claro que no procederá la aplicación de un criterio de oportunidad por reprobabilidad escasa cuando no exista acción típica, o concurra una causa de antijuridicidad o de exclusión de culpabilidad, porque en estos casos, por no existir delito, lo procedente es solicitar un sobreseimiento total. La hipótesis de reprochabilidad escasa debe reservarse a supuestos en los que concurren las condiciones para acreditar con probabilidad la existencia del delito -y consecuentemente solicitar su elevación a juicio-; y no obstante, por imperativo del principio de proporcionalidad, y por razones de economía procesal, se debe renunciar a su persecución. Así, el Fiscal ha de efectuar un análisis ex-ante, un planteamiento hipotético sobre como podría operar la aplicación de la ley penal al caso concreto tras la finalización del procedimiento ordinario, y si concluye que su tramitación es desproporcionada al resultado proyectado, solicitará la aplicación del citado criterio. En todos aquellos casos en los que la persecución penal aparezca como excesiva en comparación con la infracción denunciada (objetivamente) o con el grado de participación del sujeto (subjektivamente), procederá la aplicación de éste supuesto...”* (Gatgens Gómez, Erick y Rodríguez Campos, Alexander: *El principio de Oportunidad. Conveniencia procesal de la persecución penal*, Editorial Juritexto, San José, 2.000, págs. 155 y 156). En el mismo sentido, aludiendo a la legislación alemana (parágrafos 152 bas 2, 170 bas 1), se ha indicado que: *“... se puede prescindir de la persecución si el presente delincuente parece lo suficiente sospechoso de haber cometido un delito menor o una falta”* (Schlüchter, Ellen: *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo blanch-Thüngersheim, Valencia-Frankfurt (Main), 2da. edición reelaborada, 2.000, págs 102 a 103). Tal como indica el artículo 22 del Código Procesal Penal, en su inciso a), el representante del Ministerio Público podrá solicitar que se prescinda, total o parcialmente, de la persecución penal, que se limite a alguna o varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho, cuando: *Se trate de un hecho insignificante, de mínima culpabilidad del autor o del partícipe o exigua contribución de este, salvo que afecte el interés público o lo haya cometido un funcionario público en el ejercicio del cargo o con ocasión de él.* En el caso de cultivo de marihuana, conducta proscrita en el numeral 61 de la ley sobre Estupefacientes, sustancias psicotrópicas y drogas de uso no autorizado, tal como se indicó en el Considerando anterior, no puede excluirse automáticamente el principio de insignificancia. Para tal efecto, conviene que tanto el fiscal tome nota de las circunstancias en las que se ha verificado el suceso, de modo que pondere la conveniencia o no de tramitar un proceso penal por una infracción inocua. Es claro que aún cuando pueda catalogar el hecho concreto como insignificante, el fiscal debe proseguir con la marcha del proceso cuando exista un interés público en la persecución, como puede suceder en casos de reincidentes específicos, en los que existe una razón de prevención general y especial que impediría favorecer al convicto con un archivo de la sumaria. Los Magistrados Ramírez y Chaves salvan el voto y en minoría disponen acoger el único reparo formulado por el recurrente, en tal virtud absuelven al justiciable Ronald Esquivel Umaña de toda pena y responsabilidad por el delito de cultivo de marihuana que le fuese atribuido en perjuicio de la salud pública."

g) Procedimiento abreviado: Naturaleza, finalidad y distinción con respecto al sistema estadounidense

[Tribunal de Casación Penal]¹⁰

Voto de mayoría:

"I.- [...] El Tribunal de Casación Penal se ha referido a la imperiosa necesidad de confeccionar y motivar la sentencia dictada en procedimiento abreviado con arreglo a las formalidades dispuestas por el Código Procesal Penal, en los siguientes términos, que en este caso parece necesario subrayar: «Examinada la sentencia de mérito, da cuenta este tribunal que la misma no contiene hechos probados (fundamentación fáctica), ni valoración de la prueba (fundamentación probatoria), ni motivación de derecho (fundamentación jurídica). Según pareciera, la jueza de instancia interpreta que el proceso abreviado se sustrae a la aplicación del principio de culpabilidad del § 39 de la *Const. Pol.*, que obliga a una fundamentación de la sentencia con las razones por las cuales se emite el juicio. Corresponde reiterar lo dicho en *C.R. vs. Solórzano Ruiz* (Tribunal de Casación Penal, N° 5-99, de 15-01-99): «...

II.- SOBRE EL PROCESO ABREVIADO.- Entre los propósitos de la casación, se encuentra orientar a través de la jurisprudencia las actuaciones y resoluciones de los tribunales inferiores (inferioridad estrictamente procesal), en la búsqueda de unificación de criterios y producción de seguridad jurídica (relativa), desde luego con el claro entendimiento de que los jueces solamente están sometidos a la constitución y a la ley. Bajo esta premisa se introduce este acápite, con el cual se da una visión breve y muy esquemática del proceso abreviado. A) Clasificación del proceso abreviado: En el actual momento histórico, en que se han insertado las alternativas a la justicia penal en el ordenamiento jurídico, suele incluirse el proceso abreviado entre estas, confundiendo con ello la naturaleza de aquellas y de este. Alternativas a la justicia penal son los institutos establecidos por el código procesal penal, con el propósito de restaurar la armonía social -según lo indica el artículo 7 del mismo cuerpo normativo- sin desarrollar el proceso ni producir una sentencia condenatoria; son ellas la conciliación (art. 36, *c.p.p.*), la diversión (arts. 25 ss., *ibid*), los criterios de oportunidad (arts. 22 ss., *ibid*) y la reparación integral del daño (art. 30.j, *ibid*). En su caso el abreviado en forma alguna pretende evitar el desarrollo del proceso y menos el dictado de sentencia condenatoria, por el contrario, se trata de un proceso penal especial ubicado en el Libro II del código de rito, denominado "Procedimientos Especiales" (arts. 373 ss., *ibid*). Por consiguiente no es una alternativa a la justicia o al proceso penal, sino un procedimiento especial cuya normativa constituye un mecanismo simplificador del proceso penal ordinario, y puede concluir con una sentencia condenatoria o absolutoria. Esta reducción esencialmente está motivada en la renuncia a ejercer el derecho al contradictorio por parte del imputado, aunque -como se verá posteriormente (*infra C.1.2*)- se origina en un acto de carácter consensual. B) **Finalidad del proceso abreviado:** Como acaba de indicarse, el proceso abreviado es un instrumento simplificador del proceso ordinario, esto es de las etapas preparatoria, intermedia y de juicio. Afirmar que se trata de una renuncia a las garantías del juicio oral, no es una aseveración válida en criterio de este tribunal de casación. Deben distinguirse las garantías de los derechos procesales, si bien las primeras son irrenunciables, los derechos son administrados a criterio de su titular de manera que se ejercen de acuerdo a la estrategia de la defensa, ya sea esta material ya sea técnica. Así p.e., la garantía de presunción de inocencia es irrenunciable (de donde la confesión por sí sola no es suficiente para fundamentar una condena), pero el derecho de ofrecer prueba de descargo se ejerce o no según la decisión de la defensa; bajo la garantía de inviolabilidad de la defensa existe el derecho de declarar del imputado, pero caprichosamente lo ejerce o se abstiene de hacer cualquier manifestación; etc. Estos dos ejemplos ilustran claramente como las garantías son permanentes, se mantienen vigentes todo el tiempo, pero los derechos de ella derivados se ejercen de acuerdo al criterio de su titular. Si se impusiera el ofrecimiento de prueba de descargo, p.e., no sería un derecho sino un deber. Ahora bien, la garantía constitucional de inviolabilidad de la defensa no se quiebra con el proceso abreviado, tampoco el derecho al contradictorio. Cuando el imputado -previo nombramiento de defensor y debidamente intimado- decide aceptar los cargos durante el juicio, no interrogar a los testigos cuando es su turno, y no cuestionar la prueba documental ni la evidencia física cuando le corresponde, la garantía de inviolabilidad de la defensa se ha realizado; la oportunidad para ejercer la defensa, garantizada por la constitución, se ha cumplido cada vez que se le ha



dado intervención a la defensa, si esta decide -libremente- no actuar sencillamente no ejerció los derechos derivados de la constitución, pero ello no se traduce en una renuncia o violación de las garantías. Una situación similar se da con el proceso abreviado, en que el imputado decide no ejercer los derechos de declarar y de interrogar testigos; la diferencia es que lo comunica antes de la apertura a juicio (art. 373 *ab initio*, *ibid* [durante la etapa preparatoria o intermedia]), de manera que la investigación fiscal y la audiencia preliminar se simplificarían y el juicio no se llevaría a cabo. En conclusión, no se trata de una renuncia de garantías, sino de la decisión de no ejercer el derecho al contradictorio del debate. B) Distinción entre el proceso abreviado y las negociaciones con el fiscal del derecho estadounidense: B.1) Prueba de la culpabilidad a través de la confesión: Debe distinguirse el proceso abreviado del *plea bargaining* del derecho estadounidense, pues en nuestro sistema el imputado no renuncia a la constitución y desde luego no renuncia al principio de culpabilidad, dado que la sentencia debe producirse -si bien sucintamente- con todos los presupuestos de cualquiera otra originada en un juicio oral (art. 375, *in fine*); en cambio en el proceso de los Estados Unidos de América "... la confesión del imputado implica la renuncia a sus derechos constitucionales..." (BOVINO, Alberto: *Temas de derecho procesal penal guatemalteco*, Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1.997, pp. 142-149). En códigos como el de Costa Rica y Guatemala (BOVINO: *op. cit.*, pp. 157 s.), no es legal motivar la sentencia condenatoria únicamente en la confesión del imputado, pues debe apoyarse en medios y elementos de prueba demostrativos de esa versión; esto -en el caso costarricense- porque el artículo 39 de la constitución exige la demostración de la culpabilidad, de donde no es suficiente la confesión del acusado. Es muy clara la diferencia con el sistema estadounidense. B.2) El proceso abreviado no es coercitivo: En mesas redondas y otros foros, de los que lamentablemente no hay constancia escrita, algunos doctos penalistas han cuestionado la constitucionalidad del proceso abreviado, atribuyéndole un carácter coercitivo. Este argumento es similar al utilizado para combatir el sistema de los Estados Unidos de América: "... la práctica del *plea bargaining* ha merecido severas críticas. Se debe destacar, en primer lugar, que la pena que se impone a quien es condenado en juicio es sustancialmente más severa que la impuesta a quien renuncia a sus derecho. Si unimos esta circunstancia al hecho de que el 90% de las condenas son obtenidas a través de la confesión, no se puede afirmar que el sistema 'beneficia' a quienes confiesan sino, por el contrario, que perjudica a quienes no lo hacen, es decir, a quienes ejercen su derecho constitucional de obligar al Estado a probar la imputación en juicio. Así, el aumento significativo de pena que recibe quien es condenado en juicio -según algunos, el 40%- es el precio que se debe pagar para ejercer un derecho constitucional..." (BOVINO: *op. cit.*, p. 146). Dada la novedad del proceso abreviado en nuestro país (menos de un año de vigencia), no hay estadísticas para establecer una comparación sólida con los datos denunciados por Bovino; sin embargo, el extracto anterior responde a la naturaleza misma del sistema de Estados Unidos de América, pues tienen dos formas de aplicarlo: (i) la confesión negociada a cambio del compromiso del fiscal de no solicitar una pena severa, y (ii) la confesión a cambio de que el fiscal acuse menos hechos o un hecho más leve que el cometido. Con el mayor respeto para los juristas estadounidenses, las dos formas constituyen una coacción sobre el imputado. Debe descartarse que en nuestro medio el fiscal pueda acusar un hecho distinto en procura de una pena leve, pues con ello cometería el delito de denuncia y querrela calumniosa y calumnia real (art. 317, *c.p.*); es decir, es prohibido acusar ante los tribunales hechos que no han sido cometidos por el imputado. Por otra parte, como ya se indicó, la aceptación de cargos negociada por la petición de una pena leve no tiene mayor significado en Costa Rica, porque la condena no puede gravitar sobre la confesión de la culpabilidad sino sobre la demostración de la culpabilidad. Así, el imputado solamente aceptaría un proceso abreviado cuando la solvencia de la prueba torna ocioso el contradictorio; pero en todo caso este proceso especial no implica de por sí una condenatoria, pues podría terminar con el dictado de una absolución. Pero todavía podría argumentarse que se perjudica a quien ejerce su derecho al contradictorio, porque la pena en el abreviado puede ser reducida en un tercio por debajo del mínimo. Esta afirmación tampoco tiene significado. El tránsito del sistema penal en el actual momento pone en crisis el concepto de culpabilidad: desde la culpabilidad psicológica, que hacía depender la intensidad de la pena del dolo o la culpa con que hubiera actuado el agente, hasta la culpabilidad normativa, que establece como parámetro de punición la exigibilidad de actuar conforme a derecho. El trance es causado por la incorporación al derecho costarricense de las alternativas a la justicia penal, que será complementado si se aprueba en la Asamblea Legislativa el proyecto de código penal que contiene todo un sistema de penas alternativas. La variación consiste en que de acuerdo a la nueva normativa, vigente ya en el proceso penal, la pena a imponer al agente depende de sus necesidades personales -"pena necesaria"- por lo que la mayor o menor culpabilidad no implicará una mayor o menor punición. En este sentido el Ministerio Público, en cualquier proceso pero sobre todo en el abreviado por el carácter limitativo de la petición (art. 375, *ibid*), debe



cuantificar la pena necesaria para que el imputado pueda rehacer una vida sin reincidir; pero corresponde al juez la fijación definitiva, bajo las mismas premisas que el fiscal esto es buscando la determinación de la pena necesaria... Dentro de este contexto cabe preguntar por qué en caso de proceso abreviado puede disminuirse el mínimo de la pena prevista hasta en un tercio: esto nos lleva a los fines de la pena en cuanto procura una oportunidad -en la extensión estrictamente necesaria- para que el imputado pueda vivir sin cometer nuevo delito, lo que debe comenzar por la aceptación de la normativa jurídica rectora de la sociedad; si el encartado se sometió al proceso y aceptó su responsabilidad, es evidente que la pena necesaria es menor a la de quien transgrede el ordenamiento y rehuye su responsabilidad. El tratamiento es similar al de quien desiste de la consumación del delito ya avanzados los actos de ejecución, pues queda impune del hecho principal porque ha demostrado que individual y voluntariamente volvió por el respeto de los bienes protegidos por el derecho. En la medida en que el Ministerio Público y los jueces, utilicen como forma de persuasión la amenaza de una pena severa que se impondría en juicio contra una pena leve que se impondría en un proceso abreviado, el sistema se ha desnaturalizado y se utilizan arbitrariamente los mecanismos procesales a cargo del órgano requeriente y del órgano decisor. **C) Admisibilidad y decisión del proceso abreviado:** En lo que hace al trámite propiamente, el proceso abreviado tiene dos momentos importantes, en primer término la admisibilidad, que se da en la etapa intermedia cuando el juez penal valora la petición de aplicar este proceso especial (art. 374, *ibid*), y en segundo lugar la decisión, cuando el juez de juicio resuelve su procedibilidad y dicta la sentencia (art. 375, *ibid*). En ambos momentos procesales deben ser valorados requisitos subjetivos y objetivos, con algunas diferencias entre una etapa y otra. C.1) Requisitos subjetivos: Por tener el proceso abreviado un origen consensual, hay una serie de aspectos directamente relacionados con la volición de las partes que deben ser verificados por los jueces. C.1.1) Libre decisión: En primer término la petición por parte del imputado debe estar exenta de coerción o coacción. De este modo, si acepta el procedimiento abreviado por temor a una pena más severa en juicio, si se verifica la actuación del fiscal o de la policía para producir por este medio un vicio de la voluntad, evidentemente no hay libertad en la decisión y debe rechazarse el proceso abreviado, sin perjuicio de la responsabilidad penal y disciplinaria de los fiscales y policías involucrados. C.1.2) Consenso: La procedencia del proceso abreviado depende de la conformidad del imputado, el fiscal y el querellante si hubiere; de manera que en caso de oposición de alguna de las partes no es posible la aplicación de este proceso especial. C.1.3) Conocimiento de los hechos: De conformidad con los principios de intimación e imputación (definidos por la Corte Suprema de Justicia a través de la Sala Constitucional, sentencia N° 1739-92), el acusado debe ser impuesto de los hechos que se le atribuyen para que pueda ejercer la defensa. En el caso del proceso abreviado los tribunales de la etapa intermedia y de juicio, cada uno en su momento, deben comprobar el conocimiento de la especie acusada por parte del imputado, pues de lo contrario podría estar asumiendo una responsabilidad penal que no le corresponde, en clara violación del principio de culpabilidad. En función de los hechos el imputado debe ser consciente de los medios de prueba incorporados a la investigación preparatoria -debe quedar constancia de este conocimiento- pues de ellos depende la fundamentación del fallo. Desde luego se trata de los medios escritos como documentos, dictámenes periciales, evidencia física y la prueba testimonial recibida como prueba anticipada. Ni para beneficiar al imputado ni para perjudicarlo, los límites fácticos de la acusación pueden ser cambiados por el juzgador porque ello sorprendería a la parte perjudicada; de dar cuenta que la prueba da base a un hecho distinto del acusado, el proceso abreviado debe rechazarse. C.1.4) Conocimiento de las consecuencias jurídicas del proceso abreviado: No es suficiente que el imputado se entere de las consecuencias estrictamente penales de la aplicación del proceso abreviado, en lo que implica la posible imposición de pena; debe quedarle claro -y así habrá de constatarse- que podría sobrevenir una sentencia condenatoria o una absolutoria, amén de la responsabilidad civil en caso de existir acción civil resarcitoria. No se trata aquí de una idea vaga de las cosas, sino de comprobar la conciencia clara del imputado en función de lo que pueda generar el trámite especial que se estaría aplicando. C.1.5) Conocimiento de la pena máxima imponible: En tratándose de materia odiosa, pues se expone el acusado a una privación de libertad, debe tener conocimiento específico de la pena máxima que podría imponérsele. Cualquier duda con relación a este límite torna ilegal el proceso. Obsérvese que no se trata de que conozca *a priori* el *quantum* de la condena, pues eso solamente se sabrá en el momento en que el juez de juicio la imponga si decide condenar, sino de saber cuál es el monto máximo de la pena. Solamente lograría este conocimiento *a priori*, si la pena solicitada por el Ministerio Público y el querellante corresponde al mínimo previsto por la ley menos un tercio. Pero es claro que en caso de peticiones distintas entre el Ministerio Público y el querellante, quien solicite la pena más alta fijará el límite máximo imponible. Esta información debe ser expresa y hacerse constar por escrito de modo indubitable, pues de lo contrario resulta ilegal el proceso. Ahora bien, tal como se ha dicho, la petición del Ministerio Público y



del querellante no es el punto de partida para la fijación definitiva del juez de juicio, a menos que hayan pedido el mínimo previsto en el tipo penal menos un tercio, porque de allí el juzgador no puede aumentar. Finalmente en lo que a la pena se refiere, el juez no puede rechazar el proceso abreviado por considerar que la pena a imponer debe ser más alta que la solicitada por el fiscal y el querellante, porque en este proceso especial la disponibilidad del máximo de la pena se traslada a los acusadores; el juez podría disminuir hasta un tercio por debajo del mínimo previsto, pero no aumentar la sanción. Si la pena solicitada se mantiene dentro de los márgenes legales establecidos -aunque piense que debe ser una pena más severa- el juzgador no puede rechazar el proceso abreviado. C.2) Requisitos objetivos: Estos son presupuestos de fondo y procesales que deben estar bien determinados, o de lo contrario no procede la aplicación del abreviado. C.2.1) Calificación legal de los hechos: La calificación legal de los hechos debe estar claramente determinada, si hubiera duda o surgiera la recalificación -aunque fuera el caso de una figura penal más favorable en razón de la pena- no procede el abreviado. No rige para este proceso la recalificación prevista por el artículo 365 *in fine* del código procesal penal, porque el imputado debe consentir en no ejercer el contradictorio bajo la meridiana claridad del hecho que se le acusa y de la calificación que se le atribuye. El citado 365 es una regla general inconciliable con el proceso abreviado de naturaleza especial. Podría suceder que bajo un *nomen iuris* distinto (el de la recalificación) el imputado se replantee su situación y prefiera ejercer el derecho al contradictorio en el juicio oral y público. C.2.2) Suficiencia de la investigación: La investigación debe aportar los medios probatorios (documentos, dictámenes periciales, evidencia física y cualquiera otro distinto a la prueba testimonial a menos que se hubiera recibido como prueba anticipada) de los que puedan derivarse elementos de juicio suficientes para admitir el proceso abreviado y para el dictado de la sentencia por el juez de juicio. Sin embargo hay una diferencia entre los grados de conocimiento que deben tener el juez de la etapa intermedia y el juez de juicio: el primero para admitir el abreviado solamente requiere de la probabilidad en tanto el segundo para absolver o condenar requiere de la certeza. Sin embargo el juez de juicio podría absolver en aplicación del principio *in dubio pro reo*, siempre que la prueba aportada sea la totalidad del material probatorio y de celebrarse un juicio oral no se incorporaría otro medio de prueba adicional. Cuando no exista solvencia en la prueba, como sería el caso de tener que evacuar testimonios, interrogar peritos o cualquiera otra forma de insuficiencia probatoria que impida fundamentar correctamente la sentencia, el proceso abreviado debe rechazarse. D) Sentencia: Aunque sea de modo sucinto, la sentencia debe contener la fundamentación fáctica, en cuanto debe consignar el hecho acusado y el hecho probado; la fundamentación probatoria descriptiva de los medios de prueba y la fundamentación intelectual de los elementos probatorios; así como la fundamentación jurídica. La falta de esos requisitos la fulmina de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 369 del código procesal penal...» En el presente asunto, no se ha actuado de conformidad con estas limitaciones de orden constitucional, pues -como se dijo- no hay fundamentación fáctica, probatoria y jurídica; corresponde, en consecuencia, acoger el reclamo y anular lo resuelto en instancia. Se ordena el reenvío de la causa.» (TCP, N° 214-F-99 del 18 de junio de 1999, jueces Dall'Anese - quien redacta - , Redondo y Cruz). En vista de que la sentencia impugnada no satisface las formalidades mínimas dispuestas en la ley para garantizar la legitimidad en el ejercicio del poder penal, procede declararla totalmente nula y ordenar el reenvío del proceso al competente para su nueva sustanciación, en la que no podrá intervenir el juez que conoció del anterior proceso (artículo 417 *ibidem*)."

h) Testigo de la corona: Fundamento de que las negociaciones y la resolución que acuerda la aplicación de un criterio de oportunidad no formen parte del expediente principal

[Sala Tercera]¹¹

Voto de mayoría



"I.- Recurso de casación interpuesto por el licenciado José Ramón Morales Mora en favor del imputado Jarrel Sagar Tatum Heath: Como primer motivo de su impugnación, alega error en la aplicación de un criterio de oportunidad, pues según estima quien recurre, tal instituto: *"fue manejado a espaldas de los abogados, nunca con seguridad fue expuesto dentro del proceso y eso ha creado una sorpresa al momento de la audiencia"*. (cfr. folio 326) Agrega, que: *"nadie de la Defensa Técnica de los atribuidos supo con claridad que uno de los imputados tenían un convenio de aplicación de un criterio de oportunidad y como ese acuerdo no estaba materialmente dentro del expediente, nunca fue sujeto a la supervisión de legalidad que el Juez de Garantías debía hacer al respecto, aquí no es que estamos diciendo que el Juez de Garantías deba consensuar el acuerdo en ese sentido habido, sino que éste debe determinar si el mismo cuenta con los presupuestos exigidos por la norma legal que lo regula."* (cfr. folio 329). Alega, que el Ministerio Público tomó la decisión de no acusar a Jonathan Yovanny Leiva González que, *"aunque venía apareciendo como imputado dentro de la causa, de un momento a otro, el mismo se desvanece como tal, sin una sola explicación en ese sentido"*. (cfr. folio 332). Por último, considera que el Ministerio Público manejó la aplicación del criterio de oportunidad "como amo y señor", o sea, sin haberse sujetado a los controles procesales que la norma exige para su aplicación. Señala que su interés procesal es que se vio afectado como imputado, porque se tenía la esperanza de que Leiva González no declarara y por lo tanto, su declaración resultó sorpresiva. **No le asiste razón al impugnante:** Como claramente lo indica el impugnante, su interés procesal en este reclamo consiste en que la declaración que rindió Jonathan Leiva González resultó sorpresiva para sus intereses. Sin embargo, de los autos se desprende claramente que ello no fue así. En diferentes oportunidades, el Ministerio Público hizo ver a la defensa cuál era la condición de Leiva González, a saber: a) en el acta previa de reconocimiento físico, realizado en fecha 19 de mayo del 2004, estando también presente el aquí impugnante, licenciado Morales Mora como abogado defensor, la Fiscal del Ministerio Público indica que se encuentra presente Jonathan Leiva González, *"quien no es juramentado [...] por cuanto figura como imputado en la presente causa, y desea colaborar con el Ministerio Público."* (cfr. folio 45); b) en la acusación formulada por la Fiscalía, se ofreció como testigo a Leiva González, indicando además, que: *"en su condición de colaborador de la Fiscalía podrá referirse al acuerdo previo, a la participación de los imputados en los hechos."* (cfr. folio 122); c) a folio 137, aparece un escrito en el que el Fiscal de esa localidad aclara la situación jurídica del imputado Leiva González y en ese sentido manifiesta: *"Para mayor abundamiento, siendo que el asunto se ha aclarado ya en la pieza acusatoria, tengase (sic) al imputado Jonathan Leiva González como un colaborador de la Fiscalía con quien se ha pactado un criterio de oportunidad a (sic) tenor de lo establecido en el artículo 22 inciso b) del Código Procesal Penal, razón por la cual entonces se esta (sic) ofreciendo en el libelo acusatorio como testigo de la Fiscalía y a quien en su momento procesal oportuno se le resolverá su situación jurídica en forma definitiva."* Luego de examinados estos elementos es que la Sala concluye que la defensa no fue sorprendida en ningún momento con la declaración de Leiva González, no sólo porque tuvo noticia de su condición de colaborador mucho antes de presentada la acusación por el Ministerio Público, sino que también, luego de formulada la pieza acusatoria pudo deducir claramente que: i.- el Ministerio Público decidió no acusar a Leiva González; ii.- en virtud de esa circunstancia, lo ofreció como testigo, y iii.- su declaración versaría sobre aspectos tales como la participación de los imputados en los hechos, así como al acuerdo previo entre ellos. Como lo indicó el Fiscal en su momento, fue a mayor abundamiento que se le explicó al abogado defensor, que a Leiva González se le había aplicado un criterio de oportunidad de conformidad con la legislación procesal, pues ya de la acusación misma tal circunstancia era inferible. Si bien el recurrente indica que no extraña la documentación relacionada con dicho acuerdo en el expediente, parece ser que su disconformidad radica también sobre este punto, pues precisamente la ausencia dentro del expediente de una resolución sobre la aplicación de ese criterio, lo lleva a sostener que no existió control jurisdiccional y que por lo tanto, el Fiscal actuó a espaldas de las partes en el proceso como "amo y señor" en la aplicación del criterio de oportunidad. El artículo 22 inciso b) del Código Procesal Penal admite la figura del denominado "testigo de la corona" únicamente en *"asuntos de delincuencia organizada, criminalidad violenta, delitos graves o de tramitación compleja"*, de allí que es imperioso que el procedimiento que se lleve a cabo a partir de esa disposición, cuide –en la medida de lo posible- a ese testigo, sin dejar de lado -claro está- el derecho de todo imputado de conocer cuál es la prueba que tiene en su contra. La negociaciones que hace el Ministerio Público con el fin de aplicar un criterio de oportunidad al "testigo de la corona", no deben formar parte del expediente principal, precisamente porque esa publicidad, razonablemente podría poner en riesgo la integridad personal del testigo. Así, el hecho de que no conste dentro del expediente principal la resolución que se pronuncia sobre la aplicación del criterio y la suspensión del ejercicio de la acción penal, tal circunstancia no puede llevar a afirmar –como erróneamente lo hace el recurrente- que este control no existió.

El acuerdo para aplicar un criterio de oportunidad, la solicitud que realiza el Ministerio Público en ese sentido, así como la respectiva aquiescencia del órgano jurisdiccional y la resolución en la que se suspende el ejercicio de la acción penal, y –eventualmente- la que la extingue en el caso de que la información haya satisfecho las expectativas del Ministerio Público, debe integrar un legajo aparte y ser custodiado por el ente acusador con el fin de que se garantice su carácter confidencial. Obsérvese que en este caso, no existió desequilibrio alguno entre las partes del proceso, pues la Fiscalía en todo momento hizo conocer a la defensa cuál sería el trato que daría a Leiva González dentro de la causa, así como sobre qué versará su testimonio, aspectos que son suficientes para considerar que la defensa no fue tomada por sorpresa con esa prueba ofrecida. Por lo expuesto, el reclamo debe ser declarado sin lugar."

j) Sobreseimiento: Dictado con base en solicitud del Ministerio Público sin pronunciarse sobre la procedencia de la querrela

[Tribunal de Casación Penal]¹²

Voto de mayoría

"ÚNICO: Los Licenciados Georgina Sánchez Alvarado y Francisco Chacón Bravo, abogados de la empresa ofendido Mercadeo de Artículos de Consumo Sociedad Anónima, con base en los artículos 443, 444 y 445 del código procesal penal, plantean recurso de Casación contra la sentencia 237-2002 de las diez horas del diecinueve de junio del año dos mil dos, que confirmó un sobreseimiento a favor del acusado Juan Carlos Madriz Nuñez, en aplicación de un criterio de oportunidad. Explican los impugnantes que se trata de un caso de falsificación de documento y estafa y que el Ministerio Público solicitó se aplicara un criterio de oportunidad por insignificancia del monto del perjuicio que fue de treinta y nueve mil colones. Estiman los recurrentes se ha infringido el artículo 22 inciso a) del código procesal penal, porque no es insignificante el monto ni tampoco es mínima la culpabilidad en el sentido que fueron falsificados documentos cuya acción tiene pena de seis años de prisión según el numeral 359 del código penal. Por otro lado, existiendo querrela y acción civil resarcitoria, el Juzgado opta por acoger el criterio de oportunidad, dicta el sobreseimiento, denegando el acceso a la justicia que establece el numeral 39 y 41 constitucional, 70, 71 y 75 del código procesal, como derecho de la víctima de acudir a la justicia para obtener satisfacción de las pretensiones. Lleva razón el impugnante, pues el juzgado penal no podía acoger la petición del Ministerio Público, dejando sin conocer y resolver la querrela planteada. En el caso se atribuye al imputado Juan Carlos Madriz Nuñez, que laborando para la empresa ofendida Mercadeo de Artículos de Consumo S.A., alteró recibos para hacer aparecer sumas mayores a las recibidas y con ello obtener una mayor comisión, y así logra que se le paguen indebidamente treinta y nueve mil colones con perjuicio de la empresa ofendida, hechos que califican como falsificación de documento privado y estafa. La víctima formuló querrela y acción civil resarcitoria (ver legajos respectivos) y la fiscalía solicitó el sobreseimiento por aplicación de un criterio de oportunidad estimando que el monto de lo defraudado era muy escaso; y todas esas peticiones fueron enviadas al juez de la fase intermedia, quien, luego de la audiencia preliminar decide acoger la petición del Ministerio Público y sobresee sin hacer pronunciamiento sobre la acusación. Tal como lo afirma la sentencia de sobreseimiento y la resolución que la confirma, la valoración acerca de la insignificancia del hecho es un aspecto que corresponde exclusivamente al Ministerio Público, el cual puede prescindir de la persecución penal cuando estime que el hecho y el daño producido resultan insignificantes (artículo 22 inciso a. del código procesal penal), lo cual es manifestación del principio de oportunidad reglado, que contiene el Código Procesal Penal. La decisión acerca de qué casos se investigan y cuáles no, como atribución del Ministerio Público, es acorde con un proceso marcadamente acusatorio como el que nos rige y en virtud de que dicho órgano tiene como parte de sus obligaciones, el

diseño y orientación de las políticas de persecución penal, y dentro de ello valorar a qué casos le asigna mayores esfuerzos y recursos. Esto no implica perjuicio para la parte o el ciudadano, porque para ello, el legislador le concedió la facultad de accionar directamente sin la intervención del Ministerio Público para lograr la tutela de sus intereses, sea a través de la querrela o bien mediante la conversión de la acción pública a privada, previstos en los artículos 75 y 20 del Código Procesal Penal, respectivamente. La parte ha centrado la discusión, tanto en la apelación como en la casación, reprochando la decisión del Ministerio Público de abandonar la persecución del caso, y le ha dedicado muy poco o casi nada, a hacer ver el perjuicio de que su acusación no fuera conocida. Lo medular del asunto no es que el Ministerio Público haya decidido pedir el sobreseimiento en la causa por insignificancia del hecho, sino que el juzgado penal no conoció ni resolvió la acusación planteada, sino que optó por acoger la petición del Ministerio Público, sin indicar qué sucedía con la acusación particular. Efectivamente, cuando el Juez Penal realiza la audiencia preliminar tiene dos peticiones, una del Ministerio Público mediante la cual indica que no hay interés en perseguir en ese caso y una acusación de la víctima Mercadeo de Artículos de Consumo S.A. que sobre la base de la prueba ofrecida, pide enviar a juicio el asunto, y el juez penal no podía acoger la petición del Ministerio Público en detrimento de la acusación, muy por el contrario, ya el órgano estatal dijo que no tenía interés, entonces lo que quedaba era examinar si era viable la acusación para superar esa fase, lo cual solo se logra conociendo el fondo de la misma, por ello existe un grave yerro procesal al haberse subordinado el interés de la víctima al del órgano estatal. Es obligación del juez penal conocer por el fondo querrela presentada, examinar y discutir la prueba y determinar si hay base para ir a juicio y de ser así, la petición del Ministerio Público queda relegada a segundo plano, porque el acusador oficial no puede tener preponderancia sobre el particular, sino que se encuentran en igualdad de condiciones. La ausencia de pronunciamiento sobre la acusación o querrela particular, constituye una denegación de justicia, con lo cual se violan los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, que garantizan el acceso a la justicia, entre cuyos derechos se comprende el de pedir y que le sea resuelta la petición. En consecuencia, existiendo un vicio procesal que produce una vulneración del derecho constitucional de la parte a obtener un pronunciamiento sobre la acusación planteada, que es de naturaleza absoluta, corresponde acoger la casación presentada y anular la sentencia de sobreseimiento y su respectiva confirmación por el Tribunal de Juicio, así como la audiencia preliminar. Debe volver el expediente al Juzgado Penal a efectos de que se realice la audiencia preliminar, y luego de examinar y discutir la prueba, resolver si se envía a juicio o se resuelve de otra manera, esto independientemente de la posición del Ministerio Público, pues el proceso puede continuar sin su intervención al existir querrela planteada."

j) Criterio de oportunidad: Análisis normativo sobre su aplicación e imposibilidad de aplicarlo a uno solo de los coimputados

[Sala Tercera]¹³

Voto de mayoría

"I.- El licenciado Alberto Soto Víquez formula recurso de casación por inobservancia de normas procesales. En el primer motivo reprocha *fundamentación ilegítima*. Argumenta que el tribunal se apoyó en prueba ilícita para sustentar la sentencia condenatoria, resultando ésta piedra angular, puesto que sin ella el fallo pierde su eficacia jurídica. El juzgador, a contrapelo de las normas que regulan lo relativo a admitir, introducir y valorar la prueba testimonial, aceptó recibirle declaración como testigo a un co-imputado por estos delitos, pese a que su situación jurídica no ha sido definida legalmente, puesto que no se le ha sobreseído en la causa para que pueda tenersele como testigo. Como mantiene su condición de imputado el tribunal estaba en el deber de cumplir con él todos los requisitos legales: hacerle las prevenciones de que se puede abstener de declarar y



hacer comparecer a su defensor para que le asesore. No se trataba de un co-imputado rebelde o absuelto para que se pudiera introducir su declaración. Otro punto a considerar, acota, es que si bien el Ministerio Público solicitó la aplicación de un criterio de oportunidad, la ley regula el ejercicio de ese poder o facultad, estableciendo ciertas condiciones que deben cumplirse. Para el caso que nos ocupa la conducta del colaborador debe ser menos reprochable que los hechos punibles cuya persecución facilita, según el artículo 22 inciso b) del Código Procesal Penal. Si, como en el caso que se examina, las personas están en igualdad de condiciones, no puede procurarse la impunidad de una de ellas, porque al fiscal se le ocurre beneficiar a uno en particular, puesto que ello no reporta ningún beneficio para la administración de justicia. Lo que se pretende con ese criterio de oportunidad es lograr la aprehensión de los autores intelectuales o jefes de organizaciones criminales que están a la cabeza en la planeación y ejecución de delitos que afectan a la sociedad. En este caso resultaba abiertamente ilegal solicitar y aplicar un criterio de oportunidad a favor de Escarreola Quintana, pues su participación en los hechos no es menos reprochable que la del imputado contra quien declaró. El vicio indicado resulta esencial en el sustento del fallo, puesto que la declaración de Jeffry Escarreola fue la piedra angular; suprimida hipotéticamente su declaración, la sentencia no se puede mantener. **Se resuelve:** dos son los aspectos que denuncia el recurrente como erróneamente resueltos durante el proceso: tomarle declaración como testigo a un co-imputado en la causa, por habersele favorecido con un criterio de oportunidad, y haber aceptado la aplicación de ese instituto a pesar de no darse los presupuestos para ello. Conviene recordar que antes de la vigencia del actual Código Procesal Penal regía en nuestro ordenamiento el principio de legalidad, el cual ha sido definido como la automática e inevitable reacción del Estado frente a la posible comisión de un delito, promoviendo la acción y ejercitándola hasta el dictado de la sentencia, sin que pueda interrumpirla, suspenderla o hacerla cesar. Uno de los fundamentos que se han atribuido a este principio es el deber de hacer cumplir el derecho sustantivo, para garantizar la justicia, considerando que es obligatorio perseguir todos los delitos pues la ley penal sustantiva existe para regular las normas básicas de la sociedad y la aplicación selectiva de esas normas las debilita. Las teorías absolutas de la pena la consideran como retribución del delito. Quien delinque rompe el orden absoluto, por lo que de todo delito debe necesariamente derivarse el castigo del culpable. Por su parte, según el principio de división de poderes sólo el legislador puede decidir cuándo una persona ha de ser sometida a pena, calificando o no la acción como delito, y no los órganos de la persecución penal. Si el legislador determinó que una conducta es delictiva, no podría el fiscal evitar que se imponga pena a quien la infringió. Por último, el principio de igualdad garantiza que todas las personas, en plano de igualdad, van a ser sometidas a proceso cuando cometan un delito. Realizado un hecho punible, la sanción prevista ha de ser aplicada por igual para todos. Frente a este principio, se encuentra el de oportunidad. Contempla la posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se les encomienda la persecución penal, prescindan de ella, ante la noticia de un hecho punible, por motivos de utilidad social o razones político criminales. Como fundamento de este principio se ha considerado modificar el concepto de los fines de la pena, al abandonarse la idea de la sanción como retribución, como expiación por el delito y propugnar por la prevención tanto especial como general. Se dice que la prevención especial se cumplirá si junto al criterio de oportunidad al acusado se le pone a cumplir alguna condición, y la prevención general se fortalecerá pues la selección de casos permitirá una mayor dedicación a los asuntos más graves y menos convencionales. Se ha considerado al principio de oportunidad también como un correctivo de la selección informal del sistema penal, el cual no ha podido perseguir con eficiencia todos los casos que ingresan a él, sino que ha escogido los casos que atenderá de una forma casuística y arbitraria, en manos tanto de la policía como de los órganos de administración de justicia. Al regular esa selección inevitable siguiendo criterios establecidos, se garantizan los principios de seguridad jurídica y de igualdad. Otro fundamento atribuido es la búsqueda de la eficiencia en la persecución, concentrándola en formas complejas de delincuencia, así se descongestiona el sistema penal de asuntos de poca trascendencia. Como se observa con esta breve introducción doctrinaria, al pasar nuestro sistema de la legalidad procesal, a la oportunidad reglada, en modo alguno buscaba la impunidad en asuntos de importancia, sino todo lo contrario. Nuestro Código Procesal contempla en el artículo 22 cuatro supuestos de aplicación la insignificancia del hecho o mínima culpabilidad del sujeto (inciso a), la colaboración del imputado (inciso b), la existencia de una pena natural (inciso c) y la gravedad de la sanción ya impuesta (inciso d). En el caso que nos ocupa, el criterio aplicado a Escarreola Quintana fue el de colaboración, previsto para los delitos no convencionales y de delincuencia organizada. Es requisito para la aplicación de este criterio, que la acción penal de la cual se prescinde, resulte *considerablemente* más leve que los hechos punibles cuya persecución facilite. Esto es así, porque como se indicó con anterioridad, no se busca la impunidad con la aplicación del instituto, sino una mayor eficacia del sistema. Si se permitiera la negociación a una persona con una mayor participación o que



haya cometido un delito más grave que el de aquel a quien se pretende perseguir, no habría proporción entre el castigo impuesto y el suceso que se dejó sin sancionar. Si los hechos resultan de la misma gravedad o participación, el azar o la arbitrariedad determinarían quién sería juzgado y quién no. Es por ello que se estableció la aplicación del criterio únicamente para aquellos casos en los cuales la participación del “arrepentido” es menor que la de la persona que se desea atrapar, en el caso del mismo hecho, o el delito menos grave cuando se trata de uno diferente. En el presente asunto no debió aplicarse el criterio de oportunidad, puesto que ambos acusados tenían **idéntica** participación, en el **mismo** hecho. Según la relación de hechos probados eran tres las personas que cometían las sustracciones, dividiéndose las funciones de manera tal que Varela Zamora y Morales Arias ingresaban a las casas y tomaban los objetos, mientras Escarreola Quintana conducía el auto en que se movilizaban, los esperaba fuera de las viviendas elegidas, y luego en ese carro se alejaban del lugar. Conforme a la prueba, también en el vehículo conducido por Jeffrey se desplazaban a vender los objetos sustraídos y las ganancias se las repartían entre todos. Es evidente que los tres acusados son coautores en los ilícitos. La selección de un imputado para ser llevado a juicio, y de otro para aplicarle un criterio de oportunidad fue caprichosa y da lugar a la arbitrariedad y a la inseguridad. No se cumplió el presupuesto de que la participación del “arrepentido” sea considerablemente más leve que la de aquél a quien se quiere perseguir. A pesar de lo indicado, no se tomará ninguna disposición sobre ese vicio, ya que por economía procesal se resolverá el motivo segundo del recurso. Respecto al cuestionamiento sobre la condición en que fue llamado a declarar Jeffrey, como testigo en los hechos y no como co-autor, lleva razón el recurrente en su alegato. El argumento del tribunal de que como la causa del colaborador se encuentra suspendida por la aplicación del criterio de oportunidad, él dejó de ser imputado en la causa y por tanto debe declarar como testigo, no es adecuado. Jeffrey Escarreola Quintana no ha perdido la condición de acusado por habersele favorecido con un criterio de oportunidad. Mientras su situación no se resuelva definitivamente mantiene esa posición, siempre que se trate de los mismos hechos: Si él fuera a brindar información en un proceso diferente, en el cual no es co-autor, declarará como testigo, pero no lo puede hacer así cuando deba referirse a hechos en los cuales es participe. No parece razonable que a un co-imputado se le juramente y se le hagan las advertencias de las consecuencias que le podría acarrear un testimonio falso, cuando va a declarar sobre hechos en los que está involucrado, declaración en la que no podría ocultar información ni mentir y que le podría traer responsabilidad penal. Es por ello que en el presente caso Jeffrey debió declarar como imputado, con defensor y gozando de los derechos que como tal le asisten. A pesar de lo indicado, ningún perjuicio se le causó a Varela Zamora con la decisión del juzgador, puesto que independientemente de si declaró como imputado o como testigo, su declaración ha de ser valorada en igual forma. Y a quien pudiera perjudicar haber declarado como testigo y no como acusado es a Escarreola Quintana, por lo que ningún interés procesal habría para Santiago Varela Zamora en acusar el vicio.”

k) Principio de la insignificancia del hecho

[Tribunal de Casación Penal de San Ramón]¹⁴

Voto de mayoría

“III.- Por su parte en el recurso interpuesto por la imputada xxxx, en un único motivo alega violación al derecho de la inviolabilidad de la defensa por cuanto la sentencia fue dictada contraviniendo el principio de insignificancia. Afirma que el Tribunal sentenciador tuvo por demostrado que fue sorprendida dentro del penal Centro de Atención Institucional San Rafael, portando en su bolso 115.58 gramos de cannabis sativa, lo que no es constitutivo del delito por inexistencia de afectación al bien jurídico, pues esa cantidad es ínfima, pudiendo ser para consumo personal, sin que se tuviera por demostrado que la finalidad fuera el daño a la



salud pública mediante suministro, venta o comercio a terceros, toda vez que fue detenida al salir del baño del centro penal sin la oportunidad de llegar a su destino, según la presunción de la sentencia, de que era para suministrarla a los privados de libertad como acusó el Ministerio Público (folios 142 a 152). El reclamo no es atendible. Como preámbulo del tema planteado es indispensable hacer un análisis sobre el principio de insignificancia. Así debemos admitir que la doctrina que se ocupa de la Parte General del Derecho Penal acepta, que para agotar la fase de tipicidad (propia de la Teoría del Delito), es insuficiente que la conducta se ajuste objetiva y subjetivamente a los diferentes elementos que conforman la norma penal y mas bien se requiere, que el bien jurídico protegido en el tipo penal se haya lesionado (o puesto en peligro) de manera considerable. En el sistema normativo vigente, este principio encuentra justificación en el artículo 28 de la Constitución Política que regula el principio de lesividad, en virtud del cual: "... las acciones que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley...". En ese sentido, conviene hacer un recuento de diferentes sentencias emitidas tanto por el Tribunal Constitucional, como por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en las que se ha desarrollado la importancia e implicaciones del principio de insignificancia. Para ello y por su utilidad para decidir el presente asunto, conviene traer a colación un voto de la Sala Tercera, en el que además se alude a fallos de la Sala Constitucional: "... III.- Falta de tipicidad penal: Se alega violación a lo dispuesto por los artículos 1 del Código Penal y 39 de la Constitución Política, pues el Tribunal condena al imputado por el delito de cohecho propio y le impone una pena de dos años de prisión, cuando, a juicio del impugnante, se está en presencia de un hecho insignificante que en nada lesiona el bien jurídico que tutela la norma. La pena impuesta resulta por completo desproporcionada e irracional; la antijuridicidad de la conducta debe verse por el menoscabo que se supone sufrido por el bien jurídico, debe ser una lesión intolerable al orden comunitario. Nuestra legislación ha avanzado al punto de excluir del ámbito de aplicación del derecho penal aquellas conductas que por lo insignificante del hecho o por el poco perjuicio que ocasionan, no merecen poner en marcha al aparato penal. Nunca puede dejarse de lado el criterio de afectación del bien jurídico para estimar si una conducta es delictiva o no. Varias consideraciones resultan necesarias a efectos de resolver el motivo que se alega. El juicio sobre la insignificancia de un hecho, es, sin duda, un juicio de valor que el juez debe realizar, tomando en cuenta los valores fundamentales del ordenamiento jurídico y su relación con la realidad social. Ciertamente nuestra legislación procesal lo ha incorporado como herramienta útil de interpretación, para excluir la intervención del aparato represivo estatal, al autorizar al órgano acusador la aplicación de un criterio de oportunidad, en los términos del inciso a del artículo 22 del Código Procesal Penal de 1996, cuando, entre otros "se trate de un hecho insignificante (...), salvo que afecte el interés público o lo haya cometido un funcionario público en el ejercicio del cargo o con ocasión de él". Pese a que se encuentra ubicado en la normativa procesal, es indudable que su contenido y real significado provienen de los conceptos esenciales del derecho penal material, en especial, de los postulados de la teoría del delito y su interpretación en un Estado de Derecho. No está de más señalar que incluso en el proyecto de Código Penal que actualmente se conoce en la Asamblea Legislativa, se incorpora el principio de lesividad como parámetro que impregna la teoría del delito y por ende, la aplicación del derecho penal sustantivo, entendiendo que una acción no puede estimarse delictiva si no lesiona o pone en peligro de manera significativa, un bien jurídico tutelado. Esto no es más que el desarrollo normativo del postulado que contiene nuestra Constitución Política en el párrafo segundo del artículo 28, cuando se excluye del ámbito de la ley - de especial interés cuando se trata de la ley penal-, aquellas acciones "que no dañen la moral, las buenas costumbres o que no perjudiquen a tercero". Esta es una limitación de carácter sustancial a la labor del legislador. Como correlato, se convierte en un requisito de legitimación sustancial -o, dicho de otra forma, en el parámetro para valorarla- de toda norma, en especial de la prohibitiva. En consecuencia, no es válido para el legislador penal sancionar conductas que no lesionen o pongan en peligro un bien jurídico tutelado y fundamental para el conglomerado social, según el contexto histórico concreto en que la norma produce sus efectos. Así lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional y lo ha recalcado recientemente, en la sentencia 6410-96 de las 15:12 del 26 de noviembre de 1996, oportunidad en la que señaló: "III. Los bienes jurídicos protegidos por las normas penales son relaciones sociales concretas y fundamentales para la vida en sociedad. En consecuencia, el bien jurídico, el interés, ente, relación social concreta o como se le quiera llamar tiene incidencia tanto en el individuo y en la sociedad como en el Estado y sus órganos. Para el individuo el bien jurídico implica por un lado, el derecho a disponer libremente de los objetos penalmente tutelados y, por otro, una garantía cognoscitiva, esto es, que tanto el sujeto en particular como la sociedad en su conjunto han de saber qué es lo que se protege y el porqué de la protección. Para el Estado implica un límite claro al ejercicio del poder, ya que el bien jurídico en su función garantizadora le impide, con fundamento en los artículos 39 y 28 constitucionales, la producción de tipos penales sin bien jurídico protegido y, en su



función teleológica, le da sentido a la prohibición contenida en el tipo y la limita. Estas dos funciones son fundamentales para que el derecho penal se mantenga dentro de los límites de la racionalidad de los actos de gobierno, impuestos por el principio republicano-democrático. Sólo así se puede impedir una legislación penal arbitraria por parte del Estado. El bien jurídico al ser el "para qué" del tipo se convierte en una herramienta que posibilita la interpretación teleológica (de acuerdo a los fines de la ley) de la norma jurídica, es decir, un método de interpretación que trasciende del mero estudio formal de la norma al incluir en él el objeto de protección de la misma, cuya lesión constituye el contenido sustancial del delito. La importancia del análisis del bien jurídico como herramienta metodológica radica en que el valor de certeza del derecho (tutelado por el principio de legalidad criminal), a la hora de la interpretación de la norma, viene precisamente de entender como protegido sólo aquello que el valor jurídico quiso proteger, ni más ni menos. Así las cosas, la herramienta de interpretación intenta equilibrar el análisis de la norma, al tomar en consideración el bien jurídico a fin de establecer los límites de la prohibición.(...) V.- El valor constitucional del bien jurídico ha sido ya analizado por la Sala, que en aplicación y acatamiento de las potestades que la Constitución Política y la Ley de la Jurisdicción Constitucional le otorgan, le consideró como fundamento del ius puniendi estatal, y como base para la interpretación por parte de los demás órganos jurisdiccionales a la hora de aplicar la ley penal a un caso concreto. Mediante la sentencia número 0525 de las catorce horas veinticuatro minutos del tres de febrero de mil novecientos noventa y tres, al reconocer la existencia de un derecho penal democrático y acorde con sus postulados dogmáticos, que rigen esa forma de gobierno, se consideró que: "Al disponerse constitucionalmente que "las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley" -Art. 28- se impone un límite al denominado ius puniendi, pues a cada figura típica ha de ser inherente una lesión o peligro de un valor ético social precisamente determinado; en otros términos, puesto que no basta que una conducta u omisión "encaje" abstractamente en un tipo, es también necesaria una lesión significativa de un bien jurídico. De lo contrario, tendríamos conductas delictivas pese a que no dañan la moral o el orden público o a que no perjudican a tercero". Las implicaciones que el citado fallo conlleva para la vida jurídico-penal son muy significativas: primero, que una teoría del delito basada en los principios del Estado de Derecho debe tender siempre a la seguridad jurídica, la cual sólo puede ser alcanzada a través de la protección de los bienes jurídicos básicos para la convivencia social; segundo, para que podamos comprobar la existencia de un delito la lesión al bien jurídico no sólo debe darse, sino que ha de ser de trascendencia tal que amerite la puesta en marcha del aparato punitivo estatal, de ahí que el análisis típico no se debe conformar con el estudio de la tipicidad sino que éste debe ser complementado con un análisis de la antinormatividad de la conducta; tercero, que la justicia constitucional costarricense tiene la potestad de controlar la constitucionalidad de las normas penales bajo la óptica de la Carta Magna, ajustándolas a la regularidad jurídica, con lo cual se puede asegurar el cumplimiento de los aspectos de la teoría del delito que gocen de protección constitucional(...)"(resaltados no son del original). Ahora bien, el juicio sobre la insignificancia del hecho se dirige al juez y se refiere a un hecho histórico concreto, que formalmente se adecúa a una figura delictiva. En consecuencia, además de la necesaria tutela que la norma penal debe efectivamente buscar de un bien jurídico fundamental, los conceptos de razonabilidad y proporcionalidad, propios del ejercicio del poder en el Estado de Derecho, imponen, a través de conceptos como la insignificancia del hecho, la necesidad de que, en el análisis de los elementos del delito, no baste la constatación de la tipicidad y su relación con la tutela a un bien jurídico. Entra además la valoración respecto de la importancia de la conducta típica para estimar lesionado o amenazado dicho objeto de tutela, en entidad tal de justificar la reacción penal. Por ello, el concepto de insignificancia del hecho está íntimamente relacionado con la entidad de la lesión, menoscabo o amenaza sufrida por el bien jurídico, con la conducta cuya persecución penal se pretende. De indudable punto de partida para esta labor de interpretación lo son los principios de intervención mínima y racionalidad que se predicán del derecho penal en todo Estado de Derecho, estrechamente relacionados con el conjunto de valores, objetivos y aspiraciones de la sociedad, plasmadas, a nivel general en la Constitución Política, como fuente principal, tanto de los bienes jurídicos merecedores de tutela -materia en la que se entienden integrados además los instrumentos internacionales en materia de derechos fundamentales-, como de aquellos objetivos que se predicán de la organización social y que deben inspirar el ejercicio del poder y el desarrollo de las competencias a cada uno de ellos asignadas, teniendo como norte el principio de libertad y democracia consagrado en el artículo 1 de nuestra Carta Magna. No está de más señalar que si bien el criterio de entidad de la lesión al bien jurídico, es quizás el más relevante a efectos de dar contenido al concepto de insignificancia, también existen otros elementos que coadyuvan en esta tarea -puede enfocarse desde el punto de vista de la acción y la entidad de su disvalor; desde el resultado y su disvalor; también desde la óptica de la pena, que podría resultar desproporcionada



con relación a la (sic) lesión del bien jurídico; desde la culpabilidad e incluso desde la teoría de la participación. Es indiscutible su relación con el principio de lesividad, según se ha visto; por lo demás, también se le complementa con la concepción de criminalidad de “bagatela” y las aportaciones que esta hace a la interpretación de la ley penal, con especial referencia al principio, ya mencionado, de la proporcionalidad entre acción o conducta y la reacción prevista por el legislador (al efecto, consúltese el artículo del profesor Alfredo Chirino “A propósito del principio de oportunidad y del criterio de ‘insignificancia del hecho’” en la obra Reflexiones sobre el nuevo proceso penal, pp. 105 a 139.)...” (Sala Tercera, sentencia # 219-98, de 9:55 horas del 6 de marzo de 1998). Así las cosas, para determinar cuándo se está ante un hecho insignificante, el operador judicial debe acudir en primer lugar al principio de proporcionalidad, y buscar sus manifestaciones sustantivas en los diferentes estadios de la Teoría del Delito. En este sentido, la doctrina nacional ha indicado que: “...Para responder a la pregunta de cuál hecho es insignificante, se puede acudir a diferentes aspectos de la teoría del delito: i) desde la teoría de la acción podría discutirse si lo que es insignificante es precisamente aquello que tiene “poco” disvalor de acción; ii) desde el punto de vista del resultado, podría discutirse si, por el contrario, lo insignificante es aquello que tiene “poco” disvalor de resultado; iii) desde el punto de vista de la pena, podría plantearse que es “insignificante” aquella lesión del bien jurídico que en una confrontación con la pena a imponer resulte “desproporcional”; iv) este último aspecto lleva también a discutir también si lo que es “insignificante” puede averiguarse desde la perspectiva del bien jurídico tutelado, y en tal caso buscar su contenido en el principio de lesividad; v) desde el punto de vista de la culpabilidad, podría declararse insignificante lo que contiene un mínimo grado de reproche (concepto de la “mínima culpabilidad”); vi) desde la teoría de la participación podría analizarse el grado de participación o de aporte del partícipe a fin de cuantificar una eventual insignificancia y de allí una aplicación del principio de oportunidad a los partícipes que no representen un papel significativo en la realización del hecho. Como elementos de la sistemática de la teoría del delito entendemos aquí no sólo los conceptos de tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad que en la mayoría de los textos de derecho penal se encuentran expuestos; sino también otros elementos que tienen que ver con la pena y las condiciones en que esta puede o no debe ser ejercida, así como también los elementos referidos al trabajo judicial de medición o cuantificación del monto de pena a aplicar. De aquí resultan entonces incluidos los siguientes elementos: las condiciones objetivas de culpabilidad (causas personales de exención y de exclusión de pena); los presupuestos procesales de perseguibilidad así como también los impedimentos sancionatorios; la determinación de los marcos penales; la medición de la pena, y los aspectos correctivos de la medición de la pena, aspectos todos que se encuentran regulados en la Parte General del Código Penal vigente...” (Chirino Sánchez, Alfredo: Principio de oportunidad e insignificancia del hecho, en Reflexiones sobre el nuevo proceso penal, Corte Suprema de Justicia- Asociación de Ciencias Penales, San José, 1.996, pág.118). Ahora bien, no puede negarse que en el fondo de la discusión, el problema de la lesividad y con él, el de la insignificancia, encuentra su punto de partida en la distinción entre antijuridicidad formal y antijuridicidad material, pues se ha entendido que: “... una acción antijurídica es formalmente antijurídica en la medida en que contraviene una prohibición o mandato legal; y es materialmente antijurídica en la medida en que en ella se plasma una lesión de bienes jurídicos socialmente nociva, y que no se puede combatir suficientemente con medios extrapenales...” Roxin, Claus: Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Civitas, Madrid, 1.997, pág. 558. El mismo autor señala que una de las implicaciones de la antijuridicidad material es la de servir como instrumento de interpretación de problemas dogmáticos, como sucede con la adecuación social de la conducta, Ibid, pág. 560. Sobre el concepto y alcances de la distinción, pueden consultarse los siguientes textos: Bustos Ramírez, Juan: Manual de Derecho Penal. Parte General, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1.989, págs. 160 y siguientes. Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes: Derecho Penal. Parte General, Tirant lo blanch, Valencia, 1.993, págs. 276 y 277. Fernández Carrasquilla, Juan: Derecho Penal Fundamental, Vol. II, Editorial Temis S.A., Colombia, 1.998, págs. 37 a 47. Velásquez Velásquez, Fernando: Derecho Penal. Parte General, Editorial Temis S.A., Colombia, 1.994, pág. 236. Zaffaroni, Eugenio Raúl: Derecho Penal. Parte General, Argentina, Ediar, 2.000, págs. 569 a 571). En razón de ello, la doctrina ha resaltado que: “... No puede negarse que el principio de insignificancia tiene un carácter material, como derivación que es del principio de proporcionalidad, señalando, conforme al carácter fragmentario del Derecho Penal, cuándo la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tiene la magnitud suficiente para justificar la tutela del Derecho Penal, tomando en cuenta las circunstancias del caso concreto. En estos supuestos se puede hablar de ausencia de antijuridicidad material, tal y como lo hace Roxin, pero podría ser denominado también, eliminando toda confusión entre tipicidad y antijuridicidad, ausencia de tipicidad material ...” (Llobet, Javier: Principio de insignificancia y criterio de oportunidad reglado, en Principio de oportunidad y persecución de la criminalidad organizada, Problemas prácticos e ideológicos de un proceso

penal “eficiente”, San José, Ediciones Jurídicas Areté, 2 000, pág. 24). Ciertamente, como corolario indispensable para racionalizar el poder represivo del Estado, se impone la necesidad de distinguir entre diversos grados de afectación del bien jurídico, de manera que se excluya del ámbito de aplicación de la norma aquellas infracciones que menoscaban de manera insignificante dicho objeto de protección, funcionando en consecuencia como causal de exclusión de la tipicidad, por ello es válido el supuesto de que cuando un Tribunal de Juicio después de analizar la prueba evacuada en plenario establezca como hecho probado que la vulneración del bien tutelado es insignificante, deba absolver al justiciable por considerar que el suceso comprobado es irrelevante y que, por razones de justicia material en ese caso concreto la aplicación de la pena –aunque fuere la mínima prevista- resultaría abiertamente desproporcionada; supuesto el anterior que no corresponde, según analizaremos más adelante, a los hechos investigados en el presente proceso. Sin desconocer los alcances que algunos Tribunales de instancia han otorgado al principio en comentario, conviene destacar el tratamiento -que los máximos órganos de casación en materia penal- han dado al tema. El Tribunal de Casación Penal del Segundo Circuito Judicial de San José, Goicoechea, mediante voto # 473-99, del 29 de octubre de 1.999, ha admitido la aplicación del principio de insignificancia en un supuesto en que se incautó a un menor de edad una “piedra” de cocaína base (“crack”), con un peso de 0.03 gramos, destinada al comercio. En efecto, el Tribunal de Casación consideró que: “... Es entonces cuando el Juez Penal de San José, entra a este segundo nivel de análisis, a saber, el de la antijuridicidad del hecho, en el cual, tampoco duda en reconocer que se ha perfeccionado la antijuridicidad formal, a saber, la mera contrariedad de la conducta establecida como cierta, con el ordenamiento jurídico visto en su conjunto, pero, es aquí donde el análisis resulta relevante y decisivo, pues el juzgador también analiza, conforme las circunstancias del caso concreto, la concurrencia o no de la antijuridicidad material, para concluir que en efecto, ésta no se da, dando como razones dos de la más alta importancia: la primera, que el bien jurídico tutelado (La Salud Pública) no corrió ni siquiera peligro, en vista de que el oficial que compró la droga inmediatamente la puso en manos de las autoridades encargadas de iniciar el proceso, y la segunda, que efectivamente la cantidad de sustancia prohibida de que se trataba (0.03 gramos) no tenía la suficiente entidad para poner en peligro ese mismo bien jurídico tutelado. En el fondo priva el principio de lesividad que la sentencia termina por privilegiar en el caso concreto y que, conforme el criterio de dicho Tribunal es un razonamiento adecuado...” (El subrayado no es del original). En el presente caso ha quedado demostrado que la conducta de la justiciable, no se encuadra en las condiciones de excepción señaladas y por el contrario si produjo riesgo para la Salud Pública y por ello podemos afirmar que vistas las particulares características que presenta el hecho y al pretender suministrarse a internos de un centro penal no sólo significó todo un riesgo para el bien jurídico protegido “La Salud Pública” de aquellas personas, sino que también atenta contra la convivencia pacífica y fines de rehabilitación propios de la pena de prisión. Así la acción desplegada por xxx resulta típica, encuadra dentro de la conducta prevista en los artículos 58 y 77 de la Ley 8204, por introducirse y poseerse la droga con fines de suministro. La encartada xxx determinó su conducta para atentar contra el bien jurídico protegido, máxime si tomamos en cuenta que la cantidad decomisada fue de 115.58 gramos de cannabis sativa o marihuana, con la cual se podrían confeccionar gran cantidad de cigarrillos. Según se tuvo por acreditado en el fallo bajo examen, la acusada pretendió dolosamente entregar a los internos de un centro penal la cantidad de droga indicada supra, que aunque se considerara ínfima, como pretende la recurrente, situación que no comparte esta Cámara; cuando existe un acuerdo previo entre la persona que la pretende entregar y el destinatario para recibir la droga (el o los internos), esa conducta también significa un riesgo efectivo para la salud pública y resulta consumativa del delito de suministro de drogas, en este caso mediante ingreso a un centro penal, lo que agrava la conducta. Finalmente se tiene también que la acusada xxx es culpable, porque teniendo conocimiento de la ilicitud de la conducta -sobre todo dentro de un establecimiento penitenciario-, actuó contra derecho pudiendo no haberlo hecho, razón por la cual su conducta le es reprochable penalmente. Podemos afirmar incluso que en vista de la vigilancia a que se ven sometidos los reclusos, actividades tales como la venta o el suministro de drogas entre ellos mismos se ven sumamente limitadas por las circunstancias y oportunidades en que pueden hacerlo, razón por la cual se explica que muchas veces los ingresos y suministros sean de cantidades pequeñas de droga, de manera tal que, simplemente por el modo en que deben actuar, no puede concluirse que una conducta como la aquí examinada sea insignificante. En el anterior sentido, puede consultarse el voto 260-F- 96, de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, de 9:10 horas del 24 de mayo de 1996. En razón de lo anterior, debe tenerse presente las siguientes aclaraciones: a.- En principio, por la ofensividad genérica que implican las conductas delictivas reprimidas en la ley que rige la materia, debe excluirse la aplicación generalizada del principio de insignificancia en tales infracciones. Su vigencia debe reservarse a supuestos excepcionales, analizados



casuísticamente. b.- El operador judicial debe estar atento a no incluir en el principio de insignificancia, conductas en las que sí se lesiona de manera significativa el bien jurídico en cuestión. Esto sucederá por ejemplo, en todas aquellas hipótesis en las que a través de la investigación policial se acredita una predisposición para el tráfico de drogas, pues en estos casos carece de importancia que al final se incauten cantidades ínfimas de droga, o que del todo en el operativo realizado con intervención del juez no se obtenga ni el dinero utilizado ni más droga que la obtenida por el colaborador (En este sentido, pueden consultarse los siguientes Votos de esta Sala Tercera : Voto No. 1.424-99, de 9:26 horas del 12 de noviembre de 1999. No. 328-2000, de 9:20 horas del 31 de marzo de 2000 y No. 74- 2001 de las 19:10 horas del 19 de enero del 2001). En razón de lo anterior, debe tenerse prudencia para no calificar como insignificante una conducta por la simple constatación de que se poseen pequeñas cantidades de sustancias ilícitas, pues puede suceder, que sea esa la forma ideada por el sujeto para lograr sus propósitos delictivos. Por lo anterior, puede concluirse – como una máxima de experiencia- que la Salud Pública puede ponerse en peligro, aún en los casos en los que se ostente o manipulen escasas cantidades de productos ilícitos. Consideramos que frente a un caso como el presente no es posible señalar que el hecho no produce un peligro para la salud pública, y menos que resulta insignificante, puesto que se trata de una cantidad de 115.58 gramos de marihuana, cantidad más que significativa para ser distribuida entre los internos del Centro de Atención Institucional La Reforma. Por último llama la atención que en el recurso se insinúe que la droga pudo haber sido para consumo personal, situación que en ningún momento fue alegado por la acusada, ello basta con escuchar su declaración rendida en la audiencia donde se concreta a señalar que la droga no era suya y que no sabe como llegó a su bolso. Por lo expuesto, procede declarar sin lugar el presente recurso de casación presentado por la justiciable xxxx.”

I) Conciliación en materia penal: Fraude de simulación

[Sala Tercera]¹⁵

Voto de mayoría:

"III.- El primer alegato del recurso del actor civil se orienta a cuestionar la negativa del juez penal a homologar el acuerdo conciliatorio al que arribó el ofendido con su suegra y coimputada Corina Zúñiga Ross, rechazo que, según el impugnante, vulneró el debido proceso. La Sala no comparte la argumentación. El acuerdo, visible a partir del folio 748, estableció que [la coimputado] Zúñiga Ross donaría [al ofendido] Posla Fuentes el 50% del inmueble objeto del litigio, además de cancelarle la suma de dos millones de colones y comprometerse a declarar en la audiencia preliminar, detallando los actos ilícitos que realizó. Tanto el juez penal como el tribunal que, aunque declaró inadmisibles el recurso de apelación, se pronunció respecto del fondo de lo discutido (ver folio 837), rechazaron la propuesta tras considerar que se colocaba en situación de desigualdad a la coindiciada Isabel Madriz Zúñiga, ya que la restante mitad del inmueble (que le correspondería a ella como bien ganancial), quedaba supeditada a que aceptara la donación que su madre también le haría a su favor. La Sala estima que el acuerdo, en efecto, implicaba una notoria desigualdad, pero no por las razones que expusieron los juzgadores que se pronunciaron sobre el tema, sino por las condiciones evidentemente leoninas y excesivas que se pretendió imponer. A través de tal “conciliación” no solo se procuró reconocer de forma inmediata y material el derecho reclamado por el ofendido (sin necesidad de declaratoria judicial del carácter ganancial del bien) e indemnizarlo con el pago de una suma de dinero, sino además obtener de Corina Zúñiga Ross claras manifestaciones que incriminaran a su hija, la coindiciada Madriz Zúñiga, aspecto este que se evidencia con la lectura de la “declaración jurada” que se aportó junto con la misma propuesta conciliatoria (ver folio 754), donde la declarante reconoció el fraude de simulación e hizo saber que actuó de ese modo por hacerle un favor a su hija. Salta a la vista que este último extremo del



acuerdo adolecía de una abierta ilegalidad, desde que ninguna de las medidas alternas en las que se demanda la intervención de la víctima, exige que el acusado declare puntualmente sobre los hechos que se le atribuyen. Algunas (como la suspensión del proceso a prueba) solo demandan que admita tales hechos, lo cual no es sinónimo de rendir una declaración amplia y detallada. La posibilidad de requerir manifestaciones de esta naturaleza la tiene de forma exclusiva el Ministerio Público a través del criterio de oportunidad establecido en el aparte b) del artículo 22 del Código Procesal Penal, que permite prescindir de la persecución cuando: *“Se trate de asuntos de delincuencia organizada, criminalidad violenta, delitos graves o de tramitación compleja y el imputado colabore eficazmente con la investigación, brinde información esencial para evitar que continúe el delito o se perpetren otros, ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos o proporcione información útil para probar la participación de otros imputados, siempre que la conducta del colaborador sea menos reprochable que los hechos punibles cuya persecución facilita o cuya continuación evita”*. En el presente caso, amén de que no concurre ninguno de los presupuestos de fondo determinados por la ley, resulta claro que el querellante y actor civil pretendía alcanzar concesiones que ni siquiera el propio Ministerio Público podría legalmente procurar, es decir: además de la restitución del derecho del que se dice despojado y de un monto de dinero como indemnización, buscaba que Corina Zúñiga Ross colaborara con las investigaciones proporcionando datos y eventuales elementos probatorios útiles para incriminar a su hija, contra quien continuaría la persecución penal (y a pesar de que la conducta de ambas era idénticamente reprochable). Desde esta perspectiva, el acuerdo propuesto implicó entremezclar el instituto de la conciliación con una suerte de criterio de oportunidad cuyo uso le está vedado al querellante y al actor civil, pues se trata de una medida excepcionalísima restringida a cierto tipo de criminalidad y a la que solo puede recurrir el acusador público en las hipótesis estrictamente determinadas por la ley. Esta misma combinación ilegítima de dos institutos pone de relieve lo excesivo y desigual de dicho acuerdo, pues, se reitera, la justiciable Zúñiga Ross no solo restituiría en definitiva el derecho pretendido por la víctima y la indemnizaría con una suma no despreciable de dinero, sino que se comprometía a servirle como fuente de elementos de prueba (“testigo de la corona” o delatora), facilitando así la persecución penal contra una coimputada. Como se dijo, ni siquiera el Ministerio Público tendría asidero legal para demandar ese tipo de pretensiones y mucho menos lo posee el acusador privado o el actor civil. De esta suerte, el rechazo de la “conciliación” propuesta fue acorde con el derecho, pues los tribunales no pueden permitir que una parte se aproveche del temor y la vulnerabilidad de otra para imponerle condiciones a cambio de renunciar a la persecución penal; condiciones que, por lo demás, son exorbitantes, desmedidas y significan desnaturalizar el instituto de la conciliación y hacer uso ilegítimo de un criterio de oportunidad que no le está autorizado al querellante y al actor civil. Así las cosas, se desestima el reclamo.”

m)Criterio de oportunidad: Fundamento de que las negociaciones y la resolución que acuerdan su aplicación con respecto a un "testigo de la corona" no formen parte del expediente principal

[Sala Tercera]¹⁶

Voto de mayoría:

"XI. Como segundo motivo, López Vega alega que en la especie se ha vulnerado su derecho a la defensa. Señala que en la apertura del debate, la defensa solicitó que se aceptara como testigos a Alexander Córdoba Solano y Marlon Stewart Eaves. Indica que el primero se acogió a un procedimiento abreviado y que al segundo se le concedió un criterio de oportunidad, agregando que este acuerdo era importante conocerlo en cuanto a sus alcances, pues la Fiscalía nunca puso en conocimiento de las partes el convenio con Stewart Eaves. Agrega que Stewart Eaves optó por no declarar en juicio, por lo que se prosiguió con la causa en



contra suya. Indica que incluso se ofreció la sentencia condenatoria contra Córdoba Solano, pues lo que interesaba, a efectos de ejercer la defensa de López Vega, era acreditar que aquél había manifestado en el procedimiento abreviado que la droga hallada era de su exclusiva propiedad. Además, reclama que no se aceptara el testimonio de Sammy Alvarado Molina, pues él hubiera declarado que en efecto el allanamiento para detenerlo fue desarrollado con una exagerada presencia policial. El reproche no es atendible: En lo que respecta al convenio entre el Ministerio Público y Stewart Eaves, debe decirse que por la naturaleza de tal acto, el mismo es confidencial, siendo de interés sólo para la Fiscalía y quien se beneficia del mismo. Este tema fue ya resuelto expresamente por esta Sala, específicamente en la sentencia N° 2006-00114, dictada a las 15:05 horas del 20 de febrero del año en curso. El criterio que se sostuvo en ese fallo, el cual se reitera en esta resolución, es el siguiente: “El artículo 22 inciso b) del Código Procesal Penal admite la figura del denominado “testigo de la corona” únicamente en “asuntos de delincuencia organizada, criminalidad violenta, delitos graves o de tramitación compleja”, de allí que es imperioso que el procedimiento que se lleve a cabo a partir de esa disposición, cuide –en la medida de lo posible- a ese testigo, sin dejar de lado -claro está- el derecho de todo imputado de conocer cuál es la prueba que tiene en su contra. Las negociaciones que hace el Ministerio Público con el fin de aplicar un criterio de oportunidad al “testigo de la corona”, no deben formar parte del expediente principal, precisamente porque esa publicidad, razonablemente podría poner en riesgo la integridad personal del testigo. Así, el hecho de que no conste dentro del expediente principal la resolución que se pronuncia sobre la aplicación del criterio y la suspensión del ejercicio de la acción penal, tal circunstancia no puede llevar a afirmar –como erróneamente lo hace el recurrente- que este control no existió. El acuerdo para aplicar un criterio de oportunidad, la solicitud que realiza el Ministerio Público en ese sentido, así como la respectiva aquiescencia del órgano jurisdiccional y la resolución en la que se suspende el ejercicio de la acción penal, y –eventualmente- la que la extingue en el caso de que la información haya satisfecho las expectativas del Ministerio Público, debe integrar un legajo aparte y ser custodiado por el ente acusador con el fin de que se garantice su carácter confidencial.” Así, queda claro que el artículo 22 del Código Procesal Penal dispone la confidencialidad del convenio mediante el cual se acuerda la aplicación de un criterio de oportunidad. Entonces, el hecho de que este documento no haya sido hecho público, en nada lesiona los derechos de López Vega, pues no tenía posibilidad de conocer lo pactado entre el Ministerio Público y Stewart Eaves. En todo caso, al final Stewart Eaves no declaró, por lo que el convenio no se hizo efectivo, evidenciándose así la intrascendencia del problema que se plantea, pues en nada incide respecto de la condenatoria dictada contra López Vega.”

n) Extinción por el pago máximo previsto para la pena de multa no está condicionada a que se trate de un delito de acción pública

[Tribunal de Casación Penal]¹⁷

Voto de mayoría:

“II [...] El artículo 30 inciso c) del Código Procesal Penal dispone que la acción penal se extinguirá: “Por el pago del máximo previsto para la pena de multa, realizado antes del juicio oral, cuando se trate de delitos sancionados sólo con esa clase de pena, caso en el que el tribunal hará la fijación correspondiente a petición del interesado.” De lo anterior se desprende, claramente, que la posibilidad de acudir al instituto en cuestión no está condicionada de modo alguno a que se trate de un delito de acción pública. Dicho de otra forma, no existe impedimento legal para que se aplique esta causa de extinción de la acción penal a los delitos de acción privada, como la Injuria, la Calumnia y la Difamación. En cuanto a estos delitos es perfectamente posible acudir al pago del máximo previsto para la pena de multa, aunque se trate de figuras cuyo bien jurídico



tutelado es el Honor de las personas y respecto a las cuales cabe también la retractación. Interesa señalar que con la aplicación del instituto cuestionado, esto es, con el pago del monto máximo de la pena de multa, sólo se extingue la acción penal, pero no así las pretensiones civiles, de manera que la parte ofendida conserva el derecho de reclamar este tipo de resarcimiento en la vía civil propiamente dicha (véase, en este sentido, el voto 2000-08747, dictado por la Sala Constitucional a las 14:50 horas del 4 del octubre de 2000). Como la multa tiene un carácter estrictamente sancionatorio, su pago no implica un resarcimiento para la víctima, por lo que ésta conserva el derecho de reclamar, en un proceso civil, los daños y perjuicios causados por la acción ilícita, incluyendo la publicación reparatoria (que se echa de menos en el presente asunto), la cual forma parte de la reparación civil del daño causado (Tribunal de Casación Penal, voto 2004-0234 de las 11:52 horas del 11 de marzo de 2004). Por lo tanto, debe rechazarse el reproche". Aparte de las razones expuestas en el antecedente referido, existen otra serie de argumentos que permiten reforzar la tesis de la compatibilidad entre el pago de la multa como causa extintiva de la acción penal, y el procedimiento de acción privada. Entre ellos debe considerarse que conforme a la sistemática del propio Código Procesal Penal, en lo que hace a las salidas alternativas como modos para solucionar el conflicto, en cada una de ellas el legislador da los parámetros y señala las condiciones y aún los delitos a los que eventualmente se les pueda llegar a aplicar tales medidas diferenciadas. Así, en el caso de la aplicación del principio de oportunidad, en sus diversos supuestos, el numeral 22 del Código Procesal Penal, establece que sí bien rige un principio de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal, el Ministerio Público, previa autorización del superior jerárquico (Fiscal Adjunto, Fiscal General Adjunto o bien el Fiscal General), puede solicitar que se prescinda total o parcialmente de la persecución penal, en los casos de que medie un hecho insignificante, mínima culpabilidad del autor o exigua contribución al hecho punible. Igualmente en los casos de delincuencia organizada, criminalidad violenta, delitos graves, o de tramitación compleja, siempre y cuando se contribuya de modo eficaz al esclarecimiento del hecho. Este es el caso del llamado "testigo de la corona". Igualmente el numeral 22 del Código Procesal Penal, regula otros supuestos en que procede prescindir de la persecución penal, tal y como sucede en los casos de pena natural, o en los supuestos de que la pena a imponer carece de importancia con relación a la pena ya impuesta al justiciable. (cf. el numeral 22 del Código Procesal Penal). Véase que el legislador establece los supuestos en que es aplicable el criterio de oportunidad. Igual sucede en el caso de la suspensión del proceso a prueba en que expresamente indica que este instituto es aplicable en aquéllos delitos en que "...proceda la suspensión condicional de la pena, o en los asuntos por delitos sancionados exclusivamente con penas no privativas de libertad..." (cf. art. 25 del mismo Código). También se establecen los delitos a los que el legislador consideró conveniente aplicar otras salidas alternas como la reparación integral del daño, en que expresamente se dice que procede en los delitos de contenido patrimonial sin grave violencia en las personas o en delitos culposos. (cf. artículo 30 inciso J del citado Código). Tal modo de legislar, señalando los supuestos procesales y los delitos a los que se les puede aplicar las salidas alternas, es el común en otras medidas de esa naturaleza, tal como la conciliación, la revocatoria de la instancia privada, etc. En el caso concreto del pago máximo de la multa, se establece que es procedente siempre que se haga "...antes del juicio oral, cuando se trate de delitos sancionados sólo con esa clase de pena, caso en el que el Tribunal hará la fijación correspondiente a petición del interesado". (cf. art. 30 inciso c) del C.P.P). La norma no distingue el tipo de procedimiento en que se puede aplicar la medida del pago máximo de la multa, únicamente exige que se haga antes del juicio oral y en aquéllos delitos sancionados con ese tipo de pena. No sería posible aplicarla en delitos con penas alternativas como las lesiones culposas. (cf. LLOBET, Proceso Penal Comentado, p. 102, nota 7). De manera que no es posible distinguir donde el legislador no lo hace. Debemos agregar que en el caso del pago máximo de la multa, como medida alternativa al juicio oral, no está diseñada en resguardo o tutela de la parte querellante, ni se requiere su consentimiento como si sucede, por ejemplo, en el caso de la reparación integral del daño, en que se exige la "entera satisfacción de la víctima". Inclusive la misma Sala Constitucional ha considerado que el pago máximo de la multa es conforme a la Constitución Política. En efecto se ha indicado por esa Sala: "Esta misma fundamentación conduce a la Sala a reiterar su criterio a favor de la constitucionalidad del artículo 30 inciso c) del Código Procesal Penal, que establece un derecho disponible para el imputado, quien puede voluntariamente aceptar la multa fijada por la ley, o bien, someterse a juicio. En esta cláusula priva, sobre todo, el interés del imputado, a quien le resulta posible acogerse a esta ventaja procesal y provocar la extinción de la acción penal, a su favor. Por otra parte, la disposición del artículo 39 constitucional, que obliga a la necesaria demostración de la culpabilidad para sufrir una sanción penal no tiene un carácter último; no es un fin en sí misma, sino que tiene un carácter marcadamente instrumental, como garantía frente a la posibilidad de la sanción sin causa, por actos cuya culpabilidad no haya sido demostrada, o porque no exista



responsabilidad del sujeto; es decir, la necesaria demostración de la culpabilidad no se agota en sí misma, sino que su fin consiste en la realización de la justicia, que condiciona su ejercicio". (cf. Sala Constitucional Voto 8747- 2000 del 4/10/2000 citado por LLOBET, *Proceso Penal Comentado*, p. 102 nota 5). Con fundamento en las razones expuestas se declara sin lugar el primer motivo de casación por la forma.

III- En el segundo motivo de casación por la forma, se reclama el vicio de ausencia de fundamentación de la sentencia de sobreseimiento. Se aduce la violación de los numerales 142, con relación al artículo 369 inciso d) ambos del Código Procesal Penal y 53 y 71 del Código Penal. Se señala que el Juzgador no indica cómo llegó a fijar el monto de la multa. Únicamente cita una resolución anterior de las 13:01 horas del 22 de febrero del 2005, pero no se transcribe en el fallo recurrido, no se indica el nivel de vida, ni cuáles son los gastos razonables para atender sus necesidades y las de su familia. No se hizo un estudio socioeconómico de la ofendida conforme lo regula el numeral 53 del Código Penal. No se fundamentó tampoco la pena conforme al numeral 71 del Código Penal. **Los reclamos se declaran sin lugar.** En el Voto de este Tribunal citado en el Considerando anterior, se dijo también que: "En cuanto a la pena pecuniaria, el ordenamiento jurídico costarricense sigue el sistema de "días multa", como sucede, por ejemplo, con los Delitos contra el Honor. En este caso, lo que procede es que el juzgador tome como punto de partida el monto máximo de días multa establecido por la figura penal, debiendo luego determinar el valor que corresponde a cada día multa, para lo cual deberá acudir a lo dispuesto por el artículo 53 del Código Penal (cf. Llobet Rodríguez, Javier: *Proceso Penal Comentado*, San José, Editorial Jurídica Continental, segunda edición, 2003, p. 102)". En el caso concreto, el Tribunal de Juicio de Alajuela, Sede San Ramón, en la resolución fijó la pena de multa en consideración a los ingresos de la parte querellada, su nivel de vida, los gastos que debe efectuar, tal y como consta en la resolución de folio 339 de las 13:01 horas del 22 de febrero del 2005, la cual es citada en el fallo recurrido. De ahí que proceda denegar el reclamo."

o) Sobreseimiento: Consecuencias con respecto a la acción civil resarcitoria

[Tribunal de Casación Penal]¹⁸

Voto de mayoría:

"IV. Conforme a lo que expone el recurrente, y el representante del Ministerio Público, el objeto de discusión se centra en si conforme a las disposiciones legales y constitucionales procede o no procede continuar con la acción civil resarcitoria en contra del Estado, en el proceso penal, cuando la persona acusada por el hecho punible, del que devendría la responsabilidad del Estado, como codemandado civil solidario, ha sido sobreseído, por haber fallecido, y por ende la causa penal en su contra ha concluido. A lo que se agrega que, si de existir una conexión procesal con otro hecho, cuya persecución penal prosigue, la acción civil resarcitoria incoada a raíz del primero, por el que se sobresee, puede seguir tramitándose en el proceso que subsiste. De la respuesta a ello, dependerá que la falta de fundamentación que se alega, de darse, revista o no interés, y por ende pueda o no dar lugar a la nulidad de lo resuelto, objeto de la impugnación, pues reiteradamente se ha dicho por la jurisprudencia de casación, que no procede la nulidad por la nulidad misma, sino en cuanto su declaratoria revista interés para quien la aduce. Para resolver el problema planteado debemos traer a colación varios aspectos: a) el contenido de la conexión procesal, que conforme a los artículos 21 y 22 del Código de Procedimientos Penales, no tiene más objeto que el de que se conozcan en un mismo proceso diversos hechos delictivos atribuidos a uno o varios imputados, siendo claro que de fenecer una de las causas, como en este caso, no subsiste tal conexión, que no está vinculada con el ejercicio de la acción civil, sino de la penal; b) la naturaleza de la acción civil resarcitoria dentro del proceso penal, la que conforme al artículo 11 del Código de Procedimientos Penales es dependiente de la penal, de modo que cuando ésta fenecer, como es el



caso de que se dicte sobreseimiento, no es posible que prosiga la acción civil, no otra puede ser la interpretación de ese numeral, al establecer: “La acción resarcitoria podrá ser ejercida en el proceso penal sólo cuando esté pendiente la acción principal; pero la absolutoria del acusado no impedirá que el tribunal se pronuncie sobre ella en la sentencia ni la ulterior extinción de la pretensión penal impedirá que la Sala de Casación decida sobre la acción civil.” (El destacado en negrita es nuestro). Es claro que tratándose de un proceso en el que se dicta absolutoria puede acogerse la acción civil resarcitoria, porque la responsabilidad civil no depende de la existencia de un delito, pero ello no significa que pueda discutirse una acción civil resarcitoria en la vía penal cuando no existe un proceso penal, que es el límite que impone la accesoriadad en este caso. Hay que recordar que cuando recae sobreseimiento no se da el juicio, a diferencia de cuando recae absolutoria, y por ende no hay pronunciamiento en la vía penal de lo correspondiente a la acción civil resarcitoria ejercida, la que podrá plantearse en el proceso civil correspondiente, (ver artículos 318, 319, 320, 357 y 393, del Código de Procedimientos Penales). El numeral 319 del citado código, expresa: “El sobreseimiento total cierra irrevocable y definitivamente el proceso con relación al imputado a cuyo favor se dicta”. En el caso en examen, la acción civil resarcitoria se ha ejercido en el proceso penal, contra el imputado Luis Fernando Villegas Chavarría, a raíz de los hechos calificados como lesiones culposas, también se ejerció la citada acción contra el Estado como tercero demandado civil, porque Villegas Chavarría era agente de la Policía Judicial, al haber fallecido éste se dictó sobreseimiento por dichos hechos, de modo que tales hechos no pueden discutirse en el juicio (que por otra causa, robo agravado se sigue contra otros imputados, causa no atribuida nunca a Villegas Chavarría), de modo que no tendría objeto alguno permitir la participación de los actores civiles en este juicio por robo agravado, para conocer de la demanda civil contra el Estado, por el delito de lesiones culposas, cuando no podrían ejercer una de las facultades esenciales del actor civil dentro del proceso penal, cual es “acreditar el hecho delictuoso”, (art. 67 de Código de Procedimientos Penales), pues ello no podrá ser discutido en esta vía, al haberse cerrado definitivamente el proceso penal por lesiones culposas, atribuido únicamente a Villegas Chavarría. (En este sentido véanse votos: 7640, del 6-10-99, de la Sala Cuarta; 143-F-99, 673-2000 y 286-2001 del Tribunal de Casación.) La objeción que hace el recurrente, de que de no haberse individualizado la persona que produjo las lesiones, siempre habría responsabilidad del Estado, y la acción civil resarcitoria podría haber continuado en la vía penal, solo sería cierto mientras existiera el proceso penal pendiente, que es precisamente lo que en este caso no se da, pues es claro que la responsabilidad civil extracontractual no depende de la existencia del delito, y tampoco de la condenatoria del imputado, pero eso no significa que sin proceso penal, se conozca de la acción civil en la vía penal, planteada precisamente a raíz de la existencia del proceso penal sobre una acción u omisión causante del daño pretendido; igualmente es cierto que la reparación civil comprende la compensación a la víctima de todos los daños experimentados (RIVERO, Juan Marcos. Responsabilidad Civil. Ediciones Jurídicas ARETE, San José, 1999, ps. 106, 112, 48), llámense directos o indirectos, pero ello tampoco lleva a que sin la existencia de un proceso penal pueda conocerse esa acción. Conforme se dijo, la circunstancia de que se dieran dos procesos acumulados, el de lesiones culposas en contra del acusado Luis Fernando Villegas Chavarría, oficial del OIJ, y el de robo agravado, en contra de los acusados Carlos Manuel Umaña Fonseca, y Juan Rafael Chacón Murillo, (ver requerimiento de folios 271 a 272 del T. I) no implica que al haber fenecido el primero, por la muerte del acusado, en el que se ejerció la acción civil contra éste y el Estado, pueda continuar dicha acción civil en el proceso que continúa por robo agravado, en el que no ha figurado en forma alguna Villegas Chavarría y por ende tampoco ha sido demandado el Estado como tercero demandado civil, no versando el proceso subsistente sobre el hecho causante del daño pretendido, por lo que sería imposible que el tercero demandado civil ejerciera su derecho de discutir sobre el mismo, tal y como le acuerda el artículo 79 del Código de Procedimientos Penales, asimismo, tampoco el actor civil podría acreditar tal hecho, pues no figura como objeto del juicio por robo agravado. Lo expuesto no implica violación alguna del artículo 3 del Código de Procedimientos Penales, como lo aduce el recurrente, puesto que no se trata de interpretar ampliativamente las limitaciones al ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal, sino de aplicar lo expresamente dispuesto por la ley, que atiende a la defensa de los intereses de todas las partes, y al trato acordado dentro del proceso penal a la acción civil resarcitoria, dependiente de la existencia de un proceso penal. La circunstancia de que este proceso se haya prolongado por muchos años, como lo aduce el recurrente, no autoriza otra solución a lo planteado. Resuelto estos aspectos, hay que señalar que si bien es cierto, como lo alega el impugnante, que la resolución que declaró sin lugar la adición solicitada contra la sentencia de sobreseimiento, que dispuso remitir “... a las partes civiles a la vía civil ordinaria a dilucidar sus derechos”, no consideró los planteamientos hechos por el representante del actor civil en cuanto a la demanda civil contra el Estado, (ver folios 249 a 251, 363 a 366, 369 y 370, del T. II), hay que concluir que, conforme a lo expuesto

antes, tal reclamo carece de interés procesal, puesto que no cabe otra decisión, más que la dispuesta por el a quo en el sobreseimiento dictado en la causa por lesiones culposas, en el sentido de que lo relativo a la acción civil resarcitoria deben las partes dilucidar sus derechos en la vía civil ordinaria, Considerando III, sin que ello se afecte porque el Por Tanto no lo indique, al ser la sentencia una unidad; de modo que la falta de fundamentación dicha no puede acarrear la nulidad del sobreseimiento, al no poder deparar la nulidad ventaja alguna al recurrente. Por lo expuesto, se declara sin lugar el recurso de casación interpuesto."

p) Procedimiento abreviado: Naturaleza, finalidad, trámite y requisitos

[Tribunal de Casación Penal]¹⁹

Voto de mayoría

" II.- En su primer motivo del recurso por la forma, el abogado defensor Yashin Castrillo Fernández denuncia el vicio de falta de fundamentación, con cita de los §§ 1, 142, 143, 184 y 369.d del *c.p.p.* Cuestiona el anclaje del razonamiento del *a quo*, en la confesión motivada del imputado Solano Morales, rendida durante el debate, pues —dice el impugnante— no es cierto que el acusado confesara y, antes por el contrario, se limitó a aceptar los cargos para llenar los requisitos del proceso abreviado. Agrega que la sentencia carece de fundamentación descriptiva y fundamentación intelectual. **Se acoge el reclamo.** Examinada la sentencia de mérito, da cuenta esta corte de casación penal de la existencia del vicio, tal como fue expuesto por el recurrente, esto es, la resolución venida en alzada finca el juicio de condena en una confesión cuyo contenido se ignora porque, si realmente hubo declaración pormenorizada del imputado, no se transcribió en el fallo —falta de fundamentación descriptiva— y como consecuencia directa no se valoró —falta de fundamentación intelectual—. Esto por sí solo fulmina la sentencia el fallo de instancia, en tanto adolece de motivación probatoria. Pero el vicio es mayor en tanto el *a quo* refiere la existencia de normas y de antecedentes jurisprudenciales, relativos a la suficiencia de la confesión para motivar un fallo condenatorio, pero no especifica las fuentes: «... Para tener por demostrados los anteriores hechos, el Tribunal se basó en la confesión que el imputado rindió durante el debate, y que fue motivada, dicha confesión en la negociación que las partes realizaron, no sólo para la imposición de una pena más beneficiosa, sino también, para la fijación de un monto en cuanto a la acción civil. **Así expresado, la ley procesal y la jurisprudencia constitucional establecen que la declaración del imputado será suficiente fundamento para el fallo.** Claro está, debe verificarse que no exista ninguna presión extra procesal o que no exista sospechas de alguna autoimputación, pues, de ser así, la gestión debería de rechazarse...» (fl. 146 fte. [se suple el destacado] [sic]). Sin embargo, como ya se indicó, no cita el tribunal la ley procesal en concreto ni la jurisprudencia que la Corte Suprema de Justicia, a través de la Sala Constitucional, hubiera emitido al respecto. Contrario al razonamiento de los jueces de instancia, en *C.R. vs. Solano Ruiz*, esta cámara ha sostenido que el proceso abreviado no suspende las garantías constitucionales del imputado, quien sigue protegido por los principios de presunción de inocencia, de culpabilidad y *onus probandi* —que carga la prueba a quien acusa— (§ 39, *Const.Pol.*); y por ello, la simple confesión del imputado resulta insuficiente para basar un fallo condenatorio a través de dicho proceso, y es exigido fundar el juicio en prueba legal de la cual deriven los elementos suficientes para dar consistencia a la decisión. Cabe reiterar lo dicho en aquel precedente: «...

II.- SOBRE EL PROCESO ABREVIADO... A) Clasificación del proceso abreviado: En el actual momento histórico, en que se han insertado las alternativas a la justicia penal en el ordenamiento jurídico, suele incluirse el proceso abreviado entre estas, confundiendo con ello la naturaleza de aquellas y de este. Alternativas a la justicia penal son los institutos establecidos por el código procesal penal, con el propósito de restaurar la armonía social —según lo indica el artículo 7 del mismo cuerpo normativo— sin desarrollar el proceso ni



producir una sentencia condenatoria; son ellas la conciliación (art. 36, *c.p.p.*), la diversión (arts. 25 ss., *ibid*), los criterios de oportunidad (arts. 22 ss., *ibid*) y la reparación integral del daño (art. 30.j, *ibid*). En su caso el abreviado en forma alguna pretende evitar el desarrollo del proceso y menos el dictado de sentencia condenatoria, por el contrario, se trata de un proceso penal especial ubicado en el Libro II del código de rito, denominado 'Procedimientos Especiales' (arts. 373 ss., *ibid*). Por consiguiente no es una alternativa a la justicia o al proceso penal, sino un procedimiento especial cuya normativa constituye un mecanismo simplificador del proceso penal ordinario, y puede concluir con una sentencia condenatoria o absolutoria. Esta reducción esencialmente está motivada en la renuncia a ejercer el derecho al contradictorio por parte del imputado, aunque —como se verá posteriormente (*infra* C.1.2)— se origina en un acto de carácter consensual. « **B) Finalidad del proceso abreviado:** Como acaba de indicarse, el proceso abreviado es un instrumento simplificador del proceso ordinario, esto es de las etapas preparatoria, intermedia y de juicio. Afirmar que se trata de una renuncia a las garantías del juicio oral, no es una aseveración válida en criterio de este tribunal de casación. Deben distinguirse las garantías de los derechos procesales, si bien las primeras son irrenunciables, los derechos son administrados a criterio de su titular de manera que se ejercen de acuerdo a la estrategia de la defensa, ya sea esta material ya sea técnica. Así p.e., la garantía de presunción de inocencia es irrenunciable (de donde la confesión por sí sola no es suficiente para fundamentar una condena), pero el derecho de ofrecer prueba de descargo se ejerce o no según la decisión de la defensa; bajo la garantía de inviolabilidad de la defensa existe el derecho de declarar del imputado, pero caprichosamente lo ejerce o se abstiene de hacer cualquier manifestación; etc. Estos dos ejemplos ilustran claramente como las garantías son permanentes, se mantienen vigentes todo el tiempo, pero los derechos de ella derivados se ejercen de acuerdo al criterio de su titular. Si se impusiera el ofrecimiento de prueba de descargo, p.e., no sería un derecho sino un deber. Ahora bien, la garantía constitucional de inviolabilidad de la defensa no se quiebra con el proceso abreviado, tampoco el derecho al contradictorio. Cuando el imputado —previo nombramiento de defensor y debidamente intimado— decide aceptar los cargos durante el juicio, no interrogar a los testigos cuando es su turno, y no cuestionar la prueba documental ni la evidencia física cuando le corresponde, la garantía de inviolabilidad de la defensa se ha realizado; la oportunidad para ejercer la defensa, garantizada por la constitución, se ha cumplido cada vez que se le ha dado intervención a la defensa, si esta decide —libremente— no actuar sencillamente no ejerció los derechos derivados de la constitución, pero ello no se traduce en una renuncia o violación de las garantías. Una situación similar se da con el proceso abreviado, en que el imputado decide no ejercer los derechos de declarar y de interrogar testigos; la diferencia es que lo comunica antes de la apertura a juicio (art. 373 *ab initio*, *ibid* [durante la etapa preparatoria o intermedia]), de manera que la investigación fiscal y la audiencia preliminar se simplificarían y el juicio no se llevaría a cabo. En conclusión, no se trata de una renuncia de garantías, sino de la decisión de no ejercer el derecho al contradictorio del debate. «**B) Distinción entre el proceso abreviado y las negociaciones con el fiscal del derecho estadounidense:** **B.1) Prueba de la culpabilidad a través de la confesión:** Debe distinguirse el proceso abreviado de la *plea bargaining* del derecho estadounidense, pues en nuestro sistema el imputado no renuncia a la constitución y desde luego no renuncia al principio de culpabilidad, dado que la sentencia debe producirse —si bien sucintamente— con todos los presupuestos de cualquiera otra originada en un juicio oral (art. 375, *in fine*); en cambio en el proceso de los Estados Unidos de América "... la confesión del imputado implica la renuncia a sus derechos constitucionales..." (BOVINO, Alberto: *Temas de derecho procesal penal guatemalteco*, Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1.997, pp. 142-149). En códigos como el de Costa Rica y Guatemala (BOVINO: op. cit., pp. 157 s.), no es legal motivar la sentencia condenatoria únicamente en la confesión del imputado, pues debe apoyarse en medios y elementos de prueba demostrativos de esa versión; esto -en el caso costarricense- porque el artículo 39 de la constitución exige la demostración de la culpabilidad, de donde no es suficiente la confesión del acusado. Es muy clara la diferencia con el sistema estadounidense. «**B.2) El proceso abreviado no es coercitivo:** En mesas redondas y otros foros, de los que lamentablemente no hay constancia escrita, algunos doctos penalistas han cuestionado la constitucionalidad del proceso abreviado, atribuyéndole un carácter coercitivo. Este argumento es similar al utilizado para combatir el sistema de los Estados Unidos de América: "... la práctica del *plea bargaining* ha merecido severas críticas. Se debe destacar, en primer lugar, que la pena que se impone a quien es condenado en juicio es sustancialmente más severa que la impuesta a quien renuncia a sus derechos. Si unimos esta circunstancia al hecho de que el 90% de las condenas son obtenidas a través de la confesión, no se puede afirmar que el sistema 'beneficia' a quienes confiesan sino, por el contrario, que perjudica a quienes no lo hacen, es decir, a quienes ejercen su derecho constitucional de obligar al Estado a probar la imputación en juicio. Así, el aumento significativo de pena que recibe quien es



condenado en juicio -según algunos, el 40%- es el precio que se debe pagar para ejercer un derecho constitucional..." (BOVINO: *op. cit.*, p. 146). Dada la novedad del proceso abreviado en nuestro país (menos de un año de vigencia), no hay estadísticas para establecer una comparación sólida con los datos denunciados por Bovino; sin embargo, el extracto anterior responde a la naturaleza misma del sistema de Estados Unidos de América, pues tienen dos formas de aplicarlo: (i) la confesión negociada a cambio del compromiso del fiscal de no solicitar una pena severa, y (ii) la confesión a cambio de que el fiscal acuse menos hechos o un hecho más leve que el cometido. Con el mayor respeto para los juristas estadounidenses, las dos formas constituyen una coacción sobre el imputado. Debe descartarse que en nuestro medio el fiscal pueda acusar un hecho distinto en procura de una pena leve, pues con ello cometería el delito de denuncias y querrela calumniosa y calumnia real (art. 317, *c.p.*); es decir, es prohibido acusar ante los tribunales hechos que no han sido cometidos por el imputado. Por otra parte, como ya se indicó, **la aceptación de cargos negociada por la petición de una pena leve no tiene mayor significado en Costa Rica, porque la condena no puede gravitar sobre la confesión de la culpabilidad sino sobre la demostración de la culpabilidad**. Así, el imputado solamente aceptaría un proceso abreviado cuando la solvencia de la prueba torna ocioso el contradictorio; pero en todo caso este proceso especial no implica de por sí una condenatoria, pues podría terminar con el dictado de una absolución. Pero todavía podría argumentarse que se perjudica a quien ejerce su derecho al contradictorio, porque la pena en el abreviado puede ser reducida en un tercio por debajo del mínimo. Esta afirmación tampoco tiene significado. El tránsito del sistema penal en el actual momento pone en crisis el concepto de culpabilidad: desde la culpabilidad psicológica, que hacía depender la intensidad de la pena del dolo o la culpa con que hubiera actuado el agente, hasta la culpabilidad normativa, que establece como parámetro de punición la exigibilidad de actuar conforme a derecho. El trance es causado por la incorporación al derecho costarricense de las alternativas a la justicia penal, que será complementado si se aprueba en la Asamblea Legislativa el proyecto de código penal que contiene todo un sistema de penas alternativas. La variación consiste en que de acuerdo a la nueva normativa, vigente ya en el proceso penal, la pena a imponer al agente depende de sus necesidades personales —'pena necesaria'— por lo que la mayor o menor culpabilidad no implicará una mayor o menor punición. En este sentido el Ministerio Público, en cualquier proceso pero sobre todo en el abreviado por el carácter limitativo de la petición (art. 375, *ibid*), debe cuantificar la pena necesaria para que el imputado pueda rehacer una vida sin reincidir; pero corresponde al juez la fijación definitiva, bajo las mismas premisas que el fiscal esto es buscando la determinación de la pena necesaria. Así, en algunos casos como en el presente, en el que bien se pudo prescindir de la acción penal por tratarse de un caso de 'testigo de la corona', a juzgar por la fundamentación de la pena, el fiscal no aplicó el criterio de oportunidad previsto por el artículo 22.b del código procesal penal, y en su lugar pidió una pena superior a la mínima prevista para el delito bajo investigación. Evidentemente solicitó la pena necesaria en su criterio, superior al mínimo e inferior al máximo previstos. De haber compartido el juez la fijación hecha por el fiscal, hubiera aplicado la pena solicitada y no un tercio por debajo del mínimo como es autorizado por la ley (art. 374 *in fine*, *ibid*). Es claro, por otra parte, que en casos como la tentativa, complicidad, exceso en la justificación o error vencible, la pena puede ser reducida por el juez —por debajo del mínimo previsto— hasta donde lo considere necesario para el imputado (arts. 73, 74 y 79, *c.p.*); de donde deriva que la pena impuesta en estos casos, sea en juicio o por un proceso abreviado, puede beneficiar al imputado en cuanto se fija de acuerdo a sus necesidades para llevar una vida sin reincidir, sin importar la clase de proceso de que se trate. Dentro de este contexto cabe preguntar por qué en caso de proceso abreviado puede disminuirse el mínimo de la pena prevista hasta en un tercio: esto nos lleva a los fines de la pena en cuanto procura una oportunidad —en la extensión estrictamente necesaria— para que el imputado pueda vivir sin cometer nuevo delito, lo que debe comenzar por la aceptación de la normativa jurídica rectora de la sociedad; si el encartado se sometió al proceso y aceptó su responsabilidad, es evidente que la pena necesaria es menor a la de quien transgrede el ordenamiento y rehuye su responsabilidad. El tratamiento es similar al de quien desiste de la consumación del delito ya avanzados los actos de ejecución, pues queda impune del hecho principal porque ha demostrado que individual y voluntariamente volvió por el respeto de los bienes protegidos por el derecho. En la medida en que el Ministerio Público y los jueces, utilicen como forma de persuasión la amenaza de una pena severa que se impondría en juicio contra una pena leve que se impondría en un proceso abreviado, el sistema se ha desnaturalizado y se utilizan arbitrariamente los mecanismos procesales a cargo del órgano requeriente y del órgano decisor. **«C) Admisibilidad y decisión del proceso abreviado:** En lo que hace al trámite propiamente, el proceso abreviado tiene dos momentos importantes, en primer término la admisibilidad, que se da en la etapa intermedia cuando el juez penal valora la petición de aplicar este proceso especial (art. 374, *ibid*), y en segundo lugar la decisión, cuando el juez de juicio resuelve su procedibilidad y dicta la sentencia



(art. 375, *ibid*). En ambos momentos procesales deben ser valorados requisitos subjetivos y objetivos, con algunas diferencias entre una etapa y otra. **C.1) Requisitos subjetivos:** Por tener el proceso abreviado un origen consensual, hay una serie de aspectos directamente relacionados con la volición de las partes que deben ser verificados por los jueces. **C.1.1) Libre decisión:** En primer término la petición por parte del imputado debe estar exenta de coerción o coacción. De este modo, si acepta el procedimiento abreviado por temor a una pena más severa en juicio, si se verifica la actuación del fiscal o de la policía para producir por este medio un vicio de la voluntad, evidentemente no hay libertad en la decisión y debe rechazarse el proceso abreviado, sin perjuicio de la responsabilidad penal y disciplinaria de los fiscales y policías involucrados. **C.1.2) Consenso:** La procedencia del proceso abreviado depende de la conformidad del imputado, el fiscal y el querellante si hubiere; de manera que en caso de oposición de alguna de las partes no es posible la aplicación de este proceso especial. **C.1.3) Conocimiento de los hechos:** De conformidad con los principios de intimación e imputación (definidos por la Corte Suprema de Justicia a través de la Sala Constitucional, sentencia N° 1739-92), el acusado debe ser impuesto de los hechos que se le atribuyen para que pueda ejercer la defensa. En el caso del proceso abreviado los tribunales de la etapa intermedia y de juicio, cada uno en su momento, deben comprobar el conocimiento de la especie acusada por parte del imputado, pues de lo contrario podría estar asumiendo una responsabilidad penal que no le corresponde, en clara violación del principio de culpabilidad. **En función de los hechos el imputado debe ser consciente de los medios de prueba incorporados a la investigación preparatoria —debe quedar constancia de este conocimiento— pues de ellos depende la fundamentación del fallo. Desde luego se trata de los medios escritos como documentos, dictámenes periciales, evidencia física y la prueba testimonial recibida como prueba anticipada.** Ni para beneficiar al imputado ni para perjudicarlo, los límites fácticos de la acusación pueden ser cambiados por el juzgador porque ello sorprendería a la parte perjudicada; de dar cuenta que la prueba da base a un hecho distinto del acusado, el proceso abreviado debe rechazarse. **C.1.4) Conocimiento de las consecuencias jurídicas del proceso abreviado:** No es suficiente que el imputado se entere de las consecuencias estrictamente penales de la aplicación del proceso abreviado, en lo que implica la posible imposición de pena; debe quedarle claro -y así habrá de constatarse- que podría sobrevenir una sentencia condenatoria o una absolutoria, amén de la responsabilidad civil en caso de existir acción civil resarcitoria. No se trata aquí de una idea vaga de las cosas, sino de comprobar la conciencia clara del imputado en función de lo que pueda generar el trámite especial que se estará aplicando. **C.1.5) Conocimiento de la pena máxima imponible:** En tratándose de materia odiosa, pues se expone el acusado a una privación de libertad, debe tener conocimiento específico de la pena máxima que podría imponérsele. Cualquier duda con relación a este límite torna ilegal el proceso. Obsérvese que no se trata de que conozca *a priori* el *quantum* de la condena, pues eso solamente se sabrá en el momento en que el juez de juicio la imponga si decide condenar, sino de saber cuál es el monto máximo de la pena. Solamente lograría este conocimiento *a priori*, si la pena solicitada por el Ministerio Público y el querellante corresponde al mínimo previsto por la ley menos un tercio. Pero es claro que en caso de peticiones distintas entre el Ministerio Público y el querellante, quien solicite la pena más alta fijará el límite máximo imponible. Esta información debe ser expresa y hacerse constar por escrito de modo indubitable, pues de lo contrario resulta ilegal el proceso. Ahora bien, tal como se ha dicho, la petición del Ministerio Público y del querellante no es el punto de partida para la fijación definitiva del juez de juicio, a menos que hayan pedido el mínimo previsto en el tipo penal menos un tercio, porque de allí el juzgador no puede aumentar. Finalmente en lo que a la pena se refiere, el juez no puede rechazar el proceso abreviado por considerar que la pena a imponer debe ser más alta que la solicitada por el fiscal y el querellante, porque en este proceso especial la disponibilidad del máximo de la pena se traslada a los acusadores; el juez podría disminuir hasta un tercio por debajo del mínimo previsto, pero no aumentar la sanción. Si la pena solicitada se mantiene dentro de los márgenes legales establecidos —aunque piense que debe ser una pena más severa— el juzgador no puede rechazar el proceso abreviado. **C.2) Requisitos objetivos:** Estos son presupuestos de fondo y procesales que deben estar bien determinados, o de lo contrario no procede la aplicación del abreviado. **C.2.1) Calificación legal de los hechos:** La calificación legal de los hechos debe estar claramente determinada, si hubiera duda o surgiera la recalificación —aunque fuera el caso de una figura penal más favorable en razón de la pena— no procede el abreviado. No rige para este proceso la recalificación prevista por el artículo 365 *in fine* del código procesal penal, porque el imputado debe consentir en no ejercer el contradictorio bajo la meridiana claridad del hecho que se le acusa y de la calificación que se le atribuye. El citado 365 es una regla general inconciliable con el proceso abreviado de naturaleza especial. Podría suceder que bajo un *nomen iuris* distinto (el de la recalificación) el imputado se replantee su situación y prefiera ejercer el derecho al contradictorio en el juicio oral y público. **C.2.2) Suficiencia de la investigación:** La



investigación debe aportar los medios probatorios (documentos, dictámenes periciales, evidencia física y cualquiera otro distinto a la prueba testimonial a menos que se hubiera recibido como prueba anticipada) de los que puedan derivarse elementos de juicio suficientes para admitir el proceso abreviado y para el dictado de la sentencia por el juez de juicio. Sin embargo hay una diferencia entre los grados de conocimiento que deben tener el juez de la etapa intermedia y el juez de juicio: el primero para admitir el abreviado solamente requiere de la probabilidad en tanto el segundo para absolver o condenar requiere de la certeza. Sin embargo el juez de juicio podría absolver en aplicación del principio in dubio pro reo, siempre que la prueba aportada sea la totalidad del material probatorio y de celebrarse un juicio oral no se incorporaría otro medio de prueba adicional. Cuando no exista solvencia en la prueba, como sería el caso de tener que evacuar testimonios, interrogar peritos o cualquiera otra forma de insuficiencia probatoria que impida fundamentar correctamente la sentencia, el proceso abreviado debe rechazarse. D) Sentencia: Aunque sea de modo sucinto, **la sentencia debe contener la fundamentación fáctica, en cuanto debe consignar el hecho acusado y el hecho probado; la fundamentación probatoria descriptiva de los medios de prueba y la fundamentación intelectual de los elementos probatorios; así como la fundamentación jurídica.** La falta de esos requisitos la fulmina de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 369 del código procesal penal...» (C.R. vs. Solano Ruiz: TRIBUNAL DE CASACION PENAL, N° 005-F-99, 09:30 hrs., 15/01/1.999. Jueces: Dall'Anese, López y Chacón. [Se suple el subrayado]). Verificado el agravio, corresponde decretar la nulidad del fallo venido en alzada así como del debate que lo originó y ordenar el reenvío para su nueva sustanciación en instancia."

q) Suspensión del procedimiento a prueba: Aspectos que debe valorar el juez para determinar procedencia

[Sala Tercera]²⁰

Voto de mayoría:

"En primer término, conviene señalar que la suspensión del proceso a prueba, al igual que las restantes medidas alternativas que contempla el Código de rito, no constituyen un derecho fundamental del acusado, aplicables con solo que este exprese su voluntad de someterse a ellas. Al contrario, obedecen a decisiones del legislador de índole político criminal y de allí que se establezcan diversos requisitos para su procedencia; entre ellos, para el caso que nos ocupa, la ley dispone que la medida podrá aplicarse "en los casos en que proceda la suspensión condicional de la pena" (artículo 25 del texto legal citado); además, el Tribunal deberá escuchar al fiscal y a la víctima de domicilio conocido, quienes, en consecuencia, podrán oponerse a la solicitud, aun cuando sus manifestaciones no resulten vinculantes para los juzgadores. Lo expuesto no significa, claro está, que si concurren los presupuestos legales exigidos para aplicar la solución alterna, puedan los jueces rechazar la gestión de manera infundada o con motivaciones arbitrarias. Sin embargo, sí se encuentra dentro de sus deberes examinar, en el supuesto de la suspensión del proceso a prueba, si las condiciones a las que el justiciable propone someterse resultan acordes con la naturaleza de los hechos investigados y del bien jurídico que protege el tipo penal concreto, la gravedad de la lesión causada a aquel, la posible disparidad entre los intereses válidamente tutelables de la víctima, cuando se los relaciona con los del acusado, así como otras circunstancias que permitan establecer que la medida alterna resulta el modo deseable y eficaz de resolver el conflicto y restablecer la paz, el orden y el equilibrio sociales quebrantado por el hecho o si, por el contrario, constituiría un simple mecanismo para evitar la pena, pero que no satisfaría ninguno de los restantes efectos que persigue, desde el punto de vista político criminal, el establecimiento legislativo de tales institutos. Desde esta perspectiva, aun en el supuesto de que el delito atribuido al justiciable admita la ejecución condicional de la pena, no existe obstáculo legal alguno para que el Tribunal rechace la propuesta si considera que las condiciones que se ofrece cumplir, o incluso otras que pudiesen ser impuestas, generarían resultados contrarios a los principios que inspiran la suspensión del proceso a prueba y



a los efectos que pretende obtener. Esta Sala, en su voto 796-98, de 10,30 hrs. de 21 de agosto de 1998, reseñó una lista -que no pretende ser taxativa- de ciertos aspectos que han de ser valorados para determinar si procede o no la aplicación de medidas como la que se comenta y entre ellos, indicó: "...A) la penalidad abstracta dispuesta en el tipo penal; B) el análisis de la personalidad del acusado y su vida anterior al delito en el sentido de que su conducta se haya conformado con las normas sociales, y en el comportamiento posterior al mismo, especialmente en su arrepentimiento y deseo demostrado de reparar en lo posible las consecuencias del acto; C) el análisis de los móviles, caracteres del hecho y circunstancias que lo han rodeado; D) que se trate de un delincuente primario; E) que de la consideración de estos elementos pueda razonablemente suponerse que el acusado se comportará correctamente sin necesidad de ejecutar la pena". Conviene reiterar que nunca deben perderse de vista los objetivos político criminales que se proponen las medidas alternas, los cuales no se restringen al único fin de evitar la persecución penal y la eventual pena -como parece entenderlo la impugnante-, pues de ser así, carecería de sentido la posibilidad expresa, prevista en el párrafo séptimo del artículo 25 del Código de rito, de que el Tribunal no admita la solicitud del imputado, al igual que el requisito de escuchar al acusador y a la víctima. Precisamente lo que se infiere de la norma, en cuanto establece tales procedimientos, es la necesidad de ponderar el caso concreto, los intereses y bienes jurídicos que se hallan en pugna -la libertad del justiciable, su previsible conducta futura adecuada al orden jurídico, sin que requiera purgar una pena de prisión; el derecho constitucional de la víctima de acceder a una Justicia pronta y cumplida; el interés del Estado de asegurar y restablecer la paz social y la observancia de los preceptos que pretenden garantizarla-, así como la capacidad de la medida de ofrecer una solución satisfactoria del conflicto surgido a raíz del delito. Tampoco se trata de introducir meros criterios discrecionales o que, de algún modo, escapen al control impugnatorio, pues los juzgadores se encuentran siempre sometidos al principio de legalidad. Sin embargo, este principio solo puede respetarse cuando las decisiones no contraríen otros del mismo rango constitucional -como los ya citados- y se fundamenten de una manera que permita su revisión ciudadana y judicial. Si el legislador incorporó, dentro del trámite tendiente a resolver la solicitud de suspensión del proceso a prueba, el deber de escuchar al acusador y a la víctima y, además, elevó a la categoría de principio general la obligación de resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho, con el fin de restaurar la armonía social entre sus protagonistas (artículo 7 del Código Procesal Penal), debe concluirse que el examen de tales aspectos se encuentra inmerso dentro del mismo principio de legalidad y, así, este resultará vulnerado cuando se adopten decisiones cuyos efectos sean por completo contrarios a los que ordenan las normas. Por supuesto, la simple negativa del acusador y de la víctima no resulta vinculante para decidir, pero ello no significa otra cosa sino que los juzgadores deberán esforzarse para realizar un examen jurídico más riguroso del caso sometido a su conocimiento, en su tarea de asegurar la interdicción de la arbitrariedad y de valorar si la medida alterna -aun contraria a los deseos manifiestos de las partes, excluido, por supuesto, el imputado- es, sin embargo, capaz de cumplir con los objetivos y principios que la ley le asigna. III- En el presente caso, los juzgadores fundaron su rechazo de la propuesta de aplicar la suspensión del proceso a prueba, tras considerar "... que es un delito sumamente grave, en daño de una menor de edad y el plan reparador no está acorde con el daño causado, aparte de que la posible pena a imponer no permitiría el beneficio de condena de ejecución condicional" (folio 97 vuelto). Estima la Sala que lo resuelto -no impugnado por la recurrente en su oportunidad-, en modo alguno puede calificarse como un rechazo injustificado, pues el a quo tomó en cuenta -y así lo fundamentó- distintos parámetros cuyo examen resultaba válido, conforme se expuso en el Considerando anterior, a saber: la gravedad de los hechos -consistentes en tres delitos de abusos deshonestos en concurso material-, las particulares condiciones de la víctima, es decir: su minoridad, lo que no solo evidencia una situación de vulnerabilidad, debilidad y desprotección ante los actos de que fue objeto, sino también un grave daño psicológico para el normal desarrollo de su personalidad; y, en especial, que no se encuentra en absoluto ninguna relación entre los criterios recién descritos y el plan de condiciones a cumplir por el justiciable, consistentes en entregar una suma de dinero a favor de la víctima, tener domicilio fijo, no frecuentar la zona en que reside la menor y prestar ciento cincuenta horas de trabajo comunitario. Respecto de la entrega de dinero, a título de indemnización, comparte la Sala el criterio del Ministerio Público, en el sentido de que resulta inconveniente propiciar tal tipo de "solución del conflicto" -si es que puede recibir tal calificativo- en el caso de menores que han sufrido agresiones sexuales, respecto de quienes existe incluso prohibición expresa a los juzgadores para admitir ningún tipo de conciliación (ver artículo 155 del Código de la niñez y la adolescencia y voto 7115, de las 16:09 horas del 6 de octubre de 1998, de la Sala Constitucional). Lo cierto es que, si existiese algún interés del menor o sus representantes en gestionar una indemnización, nada les impide formular la acción civil respectiva. El compromiso de no frecuentar la zona en que reside la víctima, a lo sumo puede asegurar que



los hechos no se repetirán en el futuro en cuanto a ella; y respecto de contar con un domicilio fijo y prestar trabajo comunal, tampoco pueden catalogarse como instrumentos que permitan brindar una solución satisfactoria del conflicto, en tanto no guardan vínculo alguno con los intereses tutelables de la ofendida. Por otra parte, si bien la Sala, en el voto 796-98 antes citado, señaló: "Tampoco deben descartarse estas... soluciones alternativas cuando lo que la acusación describe es un concurso material de delitos (cfr. arts. 22 y 76), pues bien podría lograrse una conciliación o una suspensión del procedimiento a prueba, parcial o total, respecto a uno o varios de los delitos que así concursan, en atención a la pena que corresponde a cada hecho punible, individualmente considerado...", debe ahora especificarse -dado que la recurrente invoca también esa posibilidad- que solo el examen del caso concreto permitirá determinar en cuáles supuestos es posible proceder de ese modo, aunque partiendo siempre de que la posibilidad de obtener la ejecución condicional de la pena debe establecerse a partir de la penalidad abstracta que prevé el tipo penal correspondiente. El propio artículo 25 del Código de rito dispone que la suspensión del proceso a prueba podrá acordarse "en los casos en que proceda la suspensión condicional de la pena...", a diferencia de lo estipulado en el artículo 36, respecto de la conciliación, donde la ley no se refiere a casos, sino a delitos, lo que ha dado pie a algunas discusiones doctrinales (ver: LLOBET RODRIGUEZ, Javier, Proceso Penal comentado, UCI, San José, 1998, p. 178, nota 2). En la especie, tomando en cuenta que los tres delitos sexuales en concurso fueron ejecutados en perjuicio de la misma menor, no se observa qué tipo de solución satisfactoria del conflicto podría obtenerse aplicando la suspensión del proceso respecto de uno o dos de los hechos y sometiendo al imputado a juicio por el restante, con la posibilidad de verse compelido, en todo caso, a sufrir una pena de prisión o a recibir una ejecución condicional, en relación con conductas que, como se dijo, recayeron sobre la misma ofendida; resultados que son los que persigue evitar, precisamente, el instituto, que se creó con miras a evitar la persecución penal en aquellos casos que, antaño, desembocaban en el reconocimiento para el sentenciado de la ejecución condicional de la pena. Nos hallamos ante circunstancias muy particulares, en las que, se reitera, por tratarse de una sola víctima menor de edad, separar los hechos en concurso -por lo demás, idénticos, pues consistieron en que el justiciable, en tres distintas fechas, desnudó a la ofendida, se acostó sobre ella y frotó su pene contra la vulva- para someter a unos a juicio y otros a medidas alternativas, redundaría en una aplicación incongruente de la Política Criminal. En cualquier caso, resulta claro que si el plan reparador fue considerado incapaz de ofrecer una adecuada solución al conflicto, su insuficiencia persiste, ya se atiende a todos los delitos en concurso o a uno solo de ellos, por lo que las conclusiones del a quo se mantienen incluso frente a esa posibilidad de dividir las conductas para darles un distinto tratamiento procesal. Es necesario recalcar, entonces, que aun cuando el delito, atendiendo a su penalidad fijada en abstracto, permita la ejecución condicional de la pena, el Tribunal se encuentra facultado para rechazar la suspensión del proceso a prueba si, tras analizar el caso concreto sometido a su conocimiento, considera que la medida no satisface los principios y los fines que la rigen, de acuerdo con la ley, ni constituye un medio eficaz de solucionar el conflicto surgido a raíz del hecho. Para ello, deben tomarse en cuenta no solo los intereses del imputado y sus válidas aspiraciones de evitar una pena privativa de libertad, cuando considere que podrá adecuar su comportamiento futuro al orden jurídico, sino también el derecho constitucional de la víctima de obtener una Justicia cumplida y el interés del Estado de promover una política criminal coherente. En virtud de lo expuesto, se declara sin lugar el recurso."



ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 LLOBET RODRIGUEZ Javier (2005). Derecho Procesal Penal. I. Aspectos Generales. San José Costa Rica. Editorial Jurídica Continental. Primera Edición. Pp. 294-302.
- 2 SANCHEZ FALLAS Francisco (2002). La tramitación de los Procesos Penales. San José, Costa Rica. Editorial de la Escuela Judicial, Corte Suprema de Justicia. Pp. 182-184.
- 3 ASAMBLEA LEGISLATIVA. Ley número 7594 del diez de abril de mil novecientos noventa y seis. CÓDIGO PROCESAL PENAL. Fecha de vigencia desde: 01/01/1998. Versión de la norma: 10 de 10 del 04/03/2009. Datos de la Publicación: N° Gaceta 106 del 04/06/1996. Alcance: 31.
- 4 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia número 936 de las diez horas del veintitrés de julio de mil novecientos noventa y nueve. Expediente: 97-000180-0016-PE.
- 5 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia número 1360 de las catorce horas catorce minutos del trece de noviembre de dos mil ocho. Expediente: 03-202796-0275-PE.
- 6 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia número 222 de las nueve horas treinta y cuatro minutos del siete de marzo de dos mil ocho. Expediente: 06-003041-0275-PE.
- 7 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia número 1336 de las quince horas cincuenta y un minutos del catorce de octubre de dos mil nueve. Expediente: 07-000322-0006-PE.
- 8 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL. Sentencia número 5 de las nueve horas treinta minutos del quince de enero de mil novecientos noventa y nueve. Expediente: 98-000154-0219-PE.
- 9 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia número 74 de las diez horas diez minutos del diecinueve de enero de dos mil uno. Expediente: 99-000276-0060-PE.
- 10 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL. Sentencia número 119 de las diez horas cuarenta minutos del trece de febrero de dos mil tres. Expediente: 02-000019-0008-PJ.
- 11 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia número 114 de las quince horas cinco minutos del veinte de febrero de dos mil seis. Expediente: 04-000792-0063-PE.
- 12 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL. Sentencia número 135 de las diez horas diez minutos del veinte de febrero de dos mil tres. Expediente: 99-010546-0042-PE.
- 13 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia número 136 de las nueve horas veinte minutos del veintiocho de febrero de dos mil tres. Expediente: 01-002001-0059-PE.
- 14 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL DE SAN RAMÓN. Sentencia número 170 de las diez horas diez minutos del ocho de mayo de dos mil nueve. Expediente: 05-004168-0305-PE.
- 15 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia número 172 de las diez horas treinta minutos del veintiocho de febrero de dos mil siete. Expediente: 02-001657-0647-PE.
- 16 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia número 404 de las diez horas cincuenta minutos del cinco de mayo de dos mil seis. Expediente: 04-000808-0063-PE.
- 17 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL. Sentencia número 467 de las ocho horas cincuenta y dos minutos del veinticinco de mayo de dos mil cinco. Expediente: 04-000016-0548-PE.
- 18 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL. Sentencia número 590 de las nueve horas cincuenta minutos del diez de agosto de dos mil uno. Expediente: 95-000011-0019-PE.
- 19 TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL. Sentencia número 877 de las doce horas del diez de noviembre de dos mil. Expediente: 98-000112-0569-PE.
- 20 SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia número 1294 de las nueve horas veintiocho minutos del quince del octubre de mil novecientos noventa y nueve. Expediente: 99-000748-0006-PE.