



La enmienda jerárquica en el proceso penal

Rama: Derecho Procesal Penal.	Descriptor: Ministerio Público.
Palabras Clave: Enmienda jerárquica, Ministerio Público, Supuestos en que procede. Sala III: 1272-2009, 1484-2008. Trib. Apel. Sent. II C. J de SJ: 1586-2013. Trib. Cas-Pen. SJ: 387-2010, 681-2009, 389-2009. Trib. Cas-Pen. Cartago: 215-2011.	
Fuentes: Normativa y Jurisprudencia.	Fecha de elaboración: 08/10/2014.

El presente documento contiene información sobre la enmienda jerárquica. Se consideran los supuestos del artículo 18 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, sobre el cual se citan varias jurisprudencias explicando temas como: la constitucionalidad de la enmienda jerárquica, los supuestos en los que procede, la homologación de conciliación que es avalada por el Ministerio Público, la falta de legitimación del fiscal para impugnar absolutoria que él mismo solicitó, la enmienda jerárquica en el procedimiento abreviado, entre otros.

Contenido

NORMATIVA.....	2
Enmienda Jerárquica	2
JURISPRUDENCIA	2
1. Enmienda jerárquica: Consulta sobre su constitucionalidad con fundamento en el principio de igualdad ante la ley	2
2. Supuestos en los que procede la enmienda jerárquica.....	4
3. Enmienda jerárquica: Homologación de conciliación que es avalada por el Ministerio Público	6
4. Enmienda jerárquica: Consideraciones acerca de la falta de legitimación del fiscal para impugnar absolutoria que él mismo solicitó.....	7
5. Consideraciones acerca de la enmienda jerárquica en el procedimiento abreviado	8
6. Enmienda jerárquica: Consideraciones acerca de la posibilidad de que superior jerárquico recurra contra absolutoria solicitada por fiscal auxiliar	10
7. Supuestos en que se puede dar la enmienda jerárquica.....	11

NORMATIVA

Enmienda Jerárquica

[Ley Orgánica del Ministerio Público]ⁱ

Artículo 18.- Enmienda. El superior jerárquico podrá enmendar, mediante dictamen fundado y con indicación del error o errores cometidos, los pronunciamientos o solicitudes del inferior, mientras no se haya dictado la resolución correspondiente.

Igualmente, una vez dictadas estas resoluciones o cualesquiera otras, dicho superior podrá ordenar a otro representante del Ministerio Público la interposición de los recursos que la ley autoriza, o que se haga cargo de la continuación del procedimiento.

Artículo 19.- Reconsideración. Contra las órdenes e instrucciones del superior jerárquico, solamente procederá su reconsideración, cuando quien las reciba le haga saber a aquel, mediante escrito fundado, que las estima contrarias a la ley o improcedentes, por el motivo o motivos que aducirá.

El superior podrá ratificarlas, modificarlas o revocarlas, según lo estime procedente.

La ratificación se dictará, de manera razonada, con expresa liberación para el subordinado de las responsabilidades que se originen de su cumplimiento. En esta situación, el superior podrá delegar el caso en otro funcionario.

JURISPRUDENCIA

1. Enmienda jerárquica: Consulta sobre su constitucionalidad con fundamento en el principio de igualdad ante la ley

[Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, II Circuito Judicial de San José]ⁱⁱ

Voto de mayoría:

“II.- El licenciado Edgardo Bonilla Astúa, Fiscal Adjunto del Primer Circuito Judicial del Ministerio Público avaló, en ejercicio de la enmienda jerárquica, el presente recurso de apelación adhesivo presentado por la fiscal Ana Carolina Campos Camacho quien argumenta, como **único reproche** la incorrecta aplicación del tipo penal referido a la resistencia simple y la desaplicación del correspondiente al delito de resistencia agravada a la autoridad, lo que influye en el monto de la pena impuesta pues los mínimos de cada figura son diversos. Señala que, a partir de los hechos tenidos por demostrados en la sentencia (que transcribe), se demostró que el encartado condujo su automóvil hacia la humanidad del oficial de policía S., quien se había identificado como tal, para darse a la

fuga y evitar su detención, acto propio de las funciones de aquel. Pide la nulidad de lo resuelto en tal extremo. No hubo pronunciamiento de la contraparte. **Se consulta la constitucionalidad de la norma en que se ampara la recurrente.** En el presente asunto, el representante fiscal que compareció al debate solicitó que los hechos (que originalmente habían sido calificados, en la pieza acusatoria de folios 47 a53, como típicos de un delito de tentativa de homicidio simple) fueran recalificados al delito de resistencia simple a la autoridad, y se le impusiera al encartado la sanción de un mes de prisión (ver acta de conclusiones en folio 90 y DVD con la respectiva grabación). Así lo hizo el Tribunal de Juicio quien condenó por el delito solicitado por el ente fiscal e impuso la pena requerida por este en juicio (ver folio 92). Es decir, conforme a las reglas procesales generales, en este asunto no existiría agravio para el ente ministerial, desde que se le concedió lo solicitado por lo que, al tenor de lo estatuido en el numeral 439 del Código Procesal Penal que dispone, en lo que interesa: *"Las partes sólo podrán impugnar las decisiones judiciales que les causen agravio, siempre que no hayan contribuido a provocarlo"* el recurso fiscal sería inadmisibile. Empero, el recurrente se basa en una disposición comprendida en una ley que, aunque anterior, es especial en la medida en que rige la actividad del Ministerio Público. Así, el numeral 18 de la Ley Orgánica del Ministerio Público recoge el instituto de la enmienda jerárquica que refiere: *" Enmienda. El superior jerárquico podrá enmendar, mediante dictamen fundado y con indicación del error o errores cometidos, los pronunciamientos o solicitudes del inferior, mientras no se haya dictado la resolución correspondiente. Igualmente, una vez dictadas estas resoluciones o cualesquiera otras, dicho superior podrá ordenar a otro representante del Ministerio Público la interposición de los recursos que la ley autoriza, o que se haga cargo de la continuación del procedimiento"* (se suplen las negritas). Considera esta Cámara que la referida normativa podría violentar el principio constitucional de igualdad ante la ley consagrado por el numeral 33 de la Carta Magna, en la medida en que le otorga prerrogativas al ente fiscal, de las que carecen las otras partes o sujetos procesales y esa desigualdad es aún más evidente cuando se nota que ha sido ese ente fiscal el que ha tenido, desde el inicio del proceso, acceso irrestricto a la investigación por él elaborada, así como la posibilidad de gestionar ante el Juez actos de investigación en los que se lesionan derechos fundamentales, como la intimidad y que, de acuerdo con su estrategia, han resultado importantes o relevantes para el dictado del acto conclusivo, o para definir el curso del proceso, de modo que la calificación legal de los hechos que haga en el debate se supone que deriva de un sesudo análisis tanto fáctico y probatorio, como jurídico. Mientras al Ministerio Público, con todas esas facultades, se le posibilita que corrija errores que él mismo originó en resoluciones judiciales a través de recursos, no sucede lo mismo con partes como el mismo querellante, el encartado, el defensor, el actor o demandado civil, etc. desde que no hay norma que lo posibilita y pese a que dichas partes han tenido menos acceso a la potestad de imperio que supone el ejercicio de la acción penal pública. Consideramos que resulta incuestionable que la norma en la que se ampara esta recurrente introduce una odiosa excepción al principio de igualdad ante la ley al otorgarle a una de las partes en el proceso (Ministerio Público) mayores prerrogativas que a las restantes pues si, por ejemplo, un querellante o actor civil producen un error en el ente jurisdiccional están vedados (conforme al artículo 439 del Código Procesal Penal) para impugnar esa decisión, lo que sí le está permitido a la Fiscalía conforme a aquella disposición. Dado que el control de constitucionalidad queda concentrado en la Sala Constitucional (artículo 10 constitucional y Ley de la Jurisdicción Constitucional) sin que

ésta haya emitido precedente alguno sobre este tema que posibilite aplicarlo directamente y de esa decisión depende, entonces, la decisión de si este recurso puede conocerse por el fondo o no, corresponde, entonces, formular la referida consulta de constitucionalidad, suspendiendo la tramitación de este recurso (y con ella, el cómputo de la prescripción de la acción penal) hasta tanto la Sala Constitucional se pronuncie sobre el particular. De conformidad con lo regulado por el numeral 104 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se emplaza a las partes para que, dentro de tercer día, comparezcan a la sede constitucional en el edificio principal del Primer Circuito Judicial de San José, a fin de que hagan las alegaciones que estimen pertinentes y para que señalen lugar o medio, dentro de ese perímetro judicial, para atender sus notificaciones. Se remitirá la totalidad del expediente.”

2. Supuestos en los que procede la enmienda jerárquica

[Tribunal de Casación Penal de Cartago]ⁱⁱⁱ

Voto de mayoría

“II.- [...] Con lugar el reclamo. En primer término debe decirse que pese a que en el presente asunto, el Fiscal Auxiliar que asistió al debate, solicitó sentencia absolutoria a favor del imputado (cfr. acta de debate de folio 42), quien recurre es la Fiscal Adjunta del Segundo Circuito Judicial de la Zona Sur, por considerar que el criterio del Fiscal Auxiliar no fue acertado como tampoco la decisión de absolver al acusado por parte del Tribunal. Para esta Cámara el artículo 18 de la Ley Orgánica del Ministerio Público contempla la posibilidad de la enmienda jerárquica por medio del Fiscal Superior frente a un criterio o solicitud de un Fiscal subordinado con el cual no se está de acuerdo. En ese sentido la Sala Tercera ha indicado: *“ Por último, esta Sala estima que si bien el Ministerio Público, al momento de emitir sus conclusiones en el debate, con base en la aplicación del beneficio de la duda solicitó se absolviera al imputado de todos los delitos contra el acusado (según se aprecia en el acta del debate, en especial a folios 1037 y 1038, del tomo segundo del expediente), debe considerarse lo establecido por este Despacho en la resolución # 2003-00061, de 7 de febrero de 2003: “...La absolución pedida por el Ministerio Público, una vez celebrado el juicio oral y público, no es una declinación de la instancia, ni una renuncia a la misma, sino una conclusión derivada de lo examinado y ponderado durante el contradictorio, eso sí distinta a aquella a la que arriban los juzgadores, por lo que esta última sólo puede ser atacada a través de los recursos que la ley establece...”.* Para los Magistrados integrantes de esta Sala, además, en punto a las consecuencias que tiene la solicitud de absolutoria por parte del Ministerio Público, debe interpretarse el artículo 18 de la Ley Orgánica de este ente acusador, en el sentido de que tiene plena vigencia la enmienda jerárquica aquí prevista. En nuestro criterio, esa norma regula al menos tres hipótesis diversas. Una, contenida en el primer párrafo, prevé la posibilidad de enmienda por parte del fiscal superior en aquellos supuestos en los cuales, una vez emitido el pronunciamiento o la solicitud del fiscal inferior, interviene el jerarca antes de que el órgano jurisdiccional dicte la resolución correspondiente. Este es el supuesto donde se exige que el fiscal superior presente un dictamen fundado señalando los errores en que ha incurrido el subalterno, con el propósito

de que la autoridad juzgadora tome en cuenta esos señalamientos a la hora de resolver el caso. La segunda hipótesis, contemplada en nuestra opinión, es que el segundo párrafo de ese mismo artículo 18 de la citada ley, contempla la posibilidad de que, hecho el pronunciamiento o solicitud del fiscal inferior y la corrección por parte del jerarca, pueda ser impugnada posteriormente la resolución emitida por la autoridad jurisdiccional. Finalmente, hay en nuestro criterio una tercera hipótesis, consistente en que una vez dictadas, como lo dice expresamente la norma, "estas resoluciones o cualesquiera otras", el citado jerarca puede designar otro representante del Ministerio Público que interponga los recursos que estime pertinentes. Es entonces claro que subsiste la posibilidad de enmienda frente a cualquier pronunciamiento o solicitud de un miembro del ente fiscal en caso de que su Superior lo estime pertinente y necesario. No se inscribe el proceso penal en Costa Rica dentro de un sistema acusatorio puro, entendiendo por ello el vigente en países de tradición anglosajona, sino un modelo que aún conserva rasgos inquisitoriales (sic) que el legislador ha querido que permanezcan en un sistema "sui generis", tales como la posibilidad de ordenar prueba para mejor resolver, o la potestad que tiene el juzgador de interrogar testigos y, como se ve, la posibilidad de que una intervención del Ministerio Público pueda ser corregida a través de la enmienda jerárquica. En consecuencia reafirmamos nuestro criterio de que la solicitud de sentencia absolutoria por parte de un agente fiscal del Ministerio Público, no significa una renuncia o declinación de la instancia...". Tales razonamientos son de aplicación al caso examinado. Efectivamente el artículo 18 de la ley Orgánica del Ministerio Público, N° 7442 de 25 de octubre de 1994, modificada totalmente por la Ley de Reorganización Judicial N° 7728 de 15 de diciembre de 1997, señala: "Artículo 18.- Enmienda. El superior jerárquico podrá enmendar, mediante dictamen fundado y con indicación del error o errores cometidos, los pronunciamientos o solicitudes del inferior, mientras no se haya dictado la resolución correspondiente. Igualmente, una vez dictadas estas resoluciones o cualesquiera otras, dicho superior podrá ordenar a otro representante del Ministerio Público la interposición de los recursos que la ley autoriza, o que se haga cargo de la continuación del procedimiento". Por su parte el artículo 12 del mismo cuerpo legal, señala que el Ministerio Público es único para toda la República, reafirmando así la unidad y dependencia jerárquica de todos los fiscales hacia la figura del Fiscal General de la República, como jefe superior del Ministerio Público y su representante en todo el territorio nacional (artículo 13), actuando siempre los funcionarios del Ministerio Público por delegación y bajo la dependencia del Fiscal General (artículo 15). Consecuentemente, tomando en cuenta la superioridad jerárquica del Fiscal General, y la delegación que se trasmite a todos los funcionarios, entre ellos, los fiscales adjuntos de cada jurisdicción, dentro de un criterio de unidad funcional, cuando internamente a la institución, se estime que uno de los fiscales incurrió en un error que vulnere los intereses del Ministerio Público, el superior, mediante enmienda jerárquica podrá ordenar a otro representante del Ministerio Público, la interposición de los recursos pertinentes, a efecto de enmendar el error causado. De allí que, contrario a lo que establece la defensora pública, con acopio en la jurisprudencia del Tribunal de Casación Penal, y no de esta Sala, es factible para el ente fiscal, dentro de las circunstancias apuntadas, presentar la impugnación que estima pertinente, en acatamiento a lo que señala el numeral 424 idem, en tanto se ha causado un agravio a los intereses del órgano fiscal que faculta la interposición del recurso de casación pertinente, manteniendo el Ministerio Público su derecho a la instancia, que no ha sido declinada ni renunciada, pese a la actividad errada o irregular que haya desarrollado un fiscal de inferior jerarquía" (Sala Tercera Res. 2008-50). De manera que el recurso es admisible en tanto ha existido un

agravio para el Ministerio Público y la petición inicial de absolutoria hecha por el Fiscal Auxiliar en el debate, no significa una declinación de la instancia penal.”

3. Enmienda jerárquica: Homologación de conciliación que es avalada por el Ministerio Público

[Tribunal de Casación Penal de San José]^{iv}

Voto de mayoría

“[...] Si el Ministerio Público expresamente solicitó que se homologara el acuerdo conciliatorio y el Juzgado Penal acogió su criterio en la resolución de las 9:40 horas del 11 de junio de 2008, no se le ha causado un agravio al Ministerio Público que justifique la nueva pretensión que plantea en el recurso la superiora jerárquica que discrepa del criterio que tuvo la fiscal Robinson Molina (quien además solicitó expresamente al Juzgado Penal que se ordene el sobreseimiento definitivo en la causa seguida contra C. por haber transcurrido el plazo de cumplimiento del acuerdo conciliatorio, cfr. folio 217). La Fiscal Adjunta Campos Zúñiga justifica su impugnación alegando que el artículo 18 de la Ley Orgánica del Ministerio Público “...*faculta al superior jerárquico la interposición de los recursos para enmendar cualquier error o errores cometidos en el proceso*”, mas lo cierto es que esa disposición no autoriza necesariamente la enmienda de *cualquier* error, lo que ya ha sido reseñado anteriormente por miembros de este Tribunal de Casación, en los siguientes términos:

"Se nota que la recurrente quiere darle al artículo indicado un alcance que en realidad no tiene y que más bien prohíbe la regla de interpretación contenida en el artículo 2 CPP, pues el artículo 18 LOMP dice lo siguiente: "Artículo 18. Enmienda. El superior jerárquico podrá enmendar, mediante dictamen fundado y con indicación del error o errores cometidos, los pronunciamientos o solicitudes del inferior, mientras no se haya dictado la resolución correspondiente."

"Igualmente, una vez dictadas estas resoluciones o cualesquiera otras, dicho superior podrá ordenar a otro representante del Ministerio Público la interposición de los recursos que la ley autoriza, o que se haga cargo de la continuación del procedimiento. " (Ley Orgánica del Ministerio Público)."

"El Ministerio Público tiene una organización que se rige por el *principio de unidad de actuaciones* (art. 1 LOMP) y por el *principio de jerarquía* (art. 14LOMP), conforme a los cuales debe interpretarse el artículo 18. Así, pues, el párrafo primero del artículo 18 se refiere que el fiscal superior jerárquico puede enmendar los pronunciamientos o solicitudes del inferior, *mientras no se haya dictado la resolución correspondiente* (y en este asunto se dictó la resolución sin que el superior jerárquico corrigiera la solicitud del fiscal de juicio). El párrafo segundo del artículo 18 indica que si el superior jerárquico no enmienda la solicitud del fiscal y así se dicta la resolución, lo que puede hacer el superior, si lo considera necesario, es sustituir al fiscal por otro representante del Ministerio Público, pudiéndole incluso ordenar al nuevo fiscal que interponga los recursos que la ley autoriza o que se haga cargo de la continuación del procedimiento, debiendo el nuevo fiscal acatar las orientaciones generales e instrucciones que el superior jerárquico imparta

sobre sus funciones. Pero queda claro que este artículo 18 no autoriza excusar al Ministerio Público, en cuanto parte del proceso, por las consecuencias concretas del criterio con que han actuado sus fiscales en el ejercicio de la acción penal. El art. 2 CPP impide interpretar el artículo 18 como un privilegio del Ministerio Público –como parte– para evadir las consecuencias jurídicas de las actuaciones u omisiones de sus fiscales durante el proceso. Ciertamente la ley autoriza a la Fiscal Zamora Velázquez para sustituir al Fiscal Fernández Mora e interponer el recurso de casación, mas la ley no autoriza concederle la razón por su reclamo porque la parte a quien representan contribuyó a provocar el supuesto agravio que la decisión le causa, pero en vista de que "la parte" ha cambiado de criterio tras el dictado de la sentencia. Por las razones indicadas se debe declarar sin lugar el recurso de casación interpuesto." (el subrayado es suplido, Tribunal de Casación Penal, N° 412 de las 10:00 hrs. del 12 de mayo de 2005, voto de mayoría de los jueces Jorge Luis Arce Víquez y Rafael Angel Sanabria Rojas, con voto salvado del juez Omar Vargas Rojas).

Tal como se indicó en el precedente citado, el artículo 18 LOMP no privilegia al Ministerio Público –como sujeto procesal– para evadir las consecuencias jurídicas de las actuaciones u omisiones de sus fiscales durante el proceso, no lo dispensa de las normas generales de los recursos en materia penal, como el principio de que las partes sólo podrán impugnar las decisiones que les causen agravio, siempre que no hayan contribuido a provocarlo (artículo 439 CPP). Ciertamente la Ley Orgánica del Ministerio Público autoriza a la Fiscal Adjunta Campos Zúñiga para sustituir a la Fiscal Robinson Molina e interponer el recurso de casación, mas la legislación procesal no autoriza concederle la razón por su reclamo porque la parte actora penal (a quien ambas representan) contribuyó a provocar el supuesto agravio que la decisión le causa, pero en vista de que "la parte" ha cambiado de criterio tras el dictado de las resoluciones correspondientes. Y si además de todo lo dicho resulta que el propio Ministerio Público solicitó al Juzgado Penal que ordenara el sobreseimiento definitivo en la causa seguida contra C., por haber transcurrido el plazo de cumplimiento del acuerdo conciliatorio, no puede ahora venir a decir que le causa agravio que el Juzgado Penal dispusiera dicho sobreseimiento, pues aceptó los efectos del acuerdo conciliatorio (que fuera homologado por la autoridad judicial con el visto bueno del Ministerio Público). Por todo lo dicho se declara sin lugar el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público."

4. Enmienda jerárquica: Consideraciones acerca de la falta de legitimación del fiscal para impugnar absolutoria que él mismo solicitó

[Sala Tercera de la Corte]^v

Voto de mayoría

"ÚNICO [...] Por último, en torno al delito de agresión con arma en perjuicio de C., de acuerdo con el contenido del acta del debate, se advierte que al formular sus conclusiones, el aquí recurrente, actuando en representación del Ministerio Público, procedió a solicitar de manera clara, directa y expresa, una sentencia absolutoria a favor del imputado, en cuanto a dicho delito (cfr. folio 218). De lo anterior se logra comprender lo impropio y carente de legitimidad que resulta el presente recurso, en cuanto a la absolutoria por el

delito de agresión con arma en perjuicio de C., en tanto el Fiscal se presenta a impugnar la sentencia absolutoria que él mismo solicitó al cierre de la audiencia oral del juicio. Así lo ha entendido la jurisprudencia de esta Sala: *"... no podría dejarse de lado que, conforme al principio de lealtad procesal que establece el artículo 127 del Código Procesal Penal, así como la necesaria existencia de un agravio que establece el artículo 424 del Código Procesal Penal, el aquí impugnante no tendría ninguna legitimidad para impugnar la absolutoria que se ordenó a favor de los coimputados [...] pues según se explica en el fallo ... y se colige también del contenido del acta del debate [...] durante la etapa de conclusiones él mismo solicitó expresamente la absolutoria de dichas personas, de donde -en cuanto a ellas- su reclamo carecería por completo de interés por ausencia de un agravio (Artículos 127, 424 y 443 del Código Procesal Penal). En efecto, no resultaría aceptable que uno de los sujetos procesales venga a impugnar un acto que él mismo propició, pues no es otra cosa lo que en la especie estaría realizando el representante del Ministerio Público, quien ahora impugna las siete absolutorias dictadas, cinco de las cuáles habían sido solicitadas por él mismo. Y es que no existe ninguna norma, ni en el Código Procesal Penal, ni en la Ley Orgánica del Ministerio Público, que autorice a un fiscal para desdeñarse de sus recursos, rectificando así sus planteamientos precedentes. Lo único que sí está regulado es el principio de enmienda (artículo 18 de la Ley Orgánica del Ministerio Público), que parte de la intervención sobreviniente del superior jerárquico, lo que no ocurre en la especie. Por otra parte, el tema del desistimiento de gestiones, recursos, excepciones, incidentes o articulaciones (art. 17 ibidem), tampoco resulta aplicable al caso que nos ocupa. Por el contrario, de una relación de los artículos 127, 424 y 443 del Código Procesal Penal, según se explicó, es claro que en este caso el fiscal no tendría legitimidad para impugnar cinco de las siete absolutorias dictadas, pues él mismo fue quien las solicitó en juicio..."*, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, voto N° 722-03, de las 9:30 horas, del 22 de agosto de 2003. Pese a lo anterior, el Tribunal efectivamente fundamenta, por qué se dicta una sentencia absolutoria en este caso, basado en la ausencia probatoria que impide darle sustento a la acusación presentada, contrariamente a lo estimado por el recurrente en su reclamo: *"En relación a los dos delitos por el delito de Agresión con arma cometido en perjuicio de C. y un delito de agresión con arma en perjuicio de F. el Tribunal confirma lo solicitado por la señora fiscal en el sentido que se debe absolver al acusado J., ya que el ofendido C. no se presentó al debate y no hubo otra prueba que sostuviera los hechos acusados por la fiscalía, y en relación al ofendido F., ningún testigo ni el ofendido se refieren a tal agresión."* Por lo dicho anteriormente y al no existir quebranto alguno en torno al principio de la debida fundamentación de fallo, lo procedente es declarar sin lugar el reproche."

5. Consideraciones acerca de la enmienda jerárquica en el procedimiento abreviado

[Tribunal de Casación Penal de San José]^{vi}

Voto de mayoría

"III.- Por su parte, el Ministerio Público, en uso de la enmienda jerárquica, interpone recurso de casación argumentando, en el único motivo de casación por la forma que debe tenerse por no dado el consentimiento del Ministerio Público pues el fiscal auxiliar, para hacer aceptable el proceso abreviado, procedió a modificar los hechos originalmente

acusados, lo que no le estaba permitido, suprimiendo de la relación fáctica inicial el tema de la introducción del dedo en la vagina de la ofendida lo que, sin duda, modifica la acusación legal de los hechos y la pena que podía negociarse. Agrega que, además, la sentencia carece de fundamentación pues, pese a aquel proceder del fiscal, no se valora la prueba (informe de trabajo social y dictamen médico legal) que determinan que esa introducción del dedo en la vagina sí se dio. Solicita que se anule la sentencia y se rechace el proceso abreviado. El recurso debe declararse con lugar. Este caso es similar a otro que este Tribunal, con la misma integración actual y mediante voto N° 2008-668, resolvió indicando: "En el único motivo de su recurso por la forma, la licenciada (...), fiscal adjunta penal (...) alega la errónea aplicación de las reglas de admisibilidad del procedimiento abreviado. Indica que la fiscal auxiliar (...) en la audiencia en la que se negoció el proceso abreviado, procedió a recalificar los hechos sin modificar el cuadro fáctico acusado y que, sobre la base de esa recalificación, negoció el abreviado, pese a lo cual la persona menor de edad acusada admitió los hechos de la acusación que contemplan delitos diferentes a los recalificados por la fiscal. Agrega que en la sentencia nunca se analizó si esa recalificación era procedente o se justificaba (...). El planteamiento que hace la impugnante se basa en el instituto de la enmienda jerárquica recogido en el artículo 18 de la Ley Orgánica del Ministerio Público que dispone: "Enmienda. El superior jerárquico podrá enmendar, mediante dictamen fundado y con indicación del error o errores cometidos, los pronunciamientos o solicitudes del inferior, mientras no se haya dictado la resolución correspondiente. Igualmente, una vez dictadas estas resoluciones o cualesquiera otras, dicho superior podrá ordenar a otro representante del Ministerio Público la interposición de los recursos que la ley autoriza, o que se haga cargo de la continuación del procedimiento." Por ello, el recurso resulta no sólo admisible sino que debe ser conocido en cuanto al fondo, dado que el artículo establece la posibilidad de impugnación en uso de la enmienda jerárquica y ello supone que sea el superior jerárquico (en el presente caso la fiscal adjunta penal juvenil) quien, invocando esa norma e indicando los errores cometidos por el fiscal subordinado (pues ambos párrafos de la norma han de ser leídos en forma conjunta), haga el planteamiento fundamentadamente y por escrito (artículos 8 y 13 de la Ley Orgánica del Ministerio Público), tal y como sucede en este caso.

III.- Sobre el fondo. El recurso debe ser acogido (...) Lleva razón la fiscal adjunta penal juvenil al señalar que el acuerdo para aplicar el proceso abreviado en este caso es omiso y confuso (características que se trasladan, entonces, a la sentencia impugnada) pues la fiscal auxiliar, al iniciarse la audiencia respectiva, recalificó los hechos (...) y, sobre la base de esa recalificación, fue que se negoció la pena. No obstante, esa recalificación no tiene la virtud de modificar los hechos acusados que son los que, en definitiva, acepta el encartado (...). Ello sería suficiente para anular tanto la sentencia impugnada como el mismo acuerdo celebrado entre las partes desde que éste es el punto que generó el vicio en la decisión jurisdiccional." En el presente caso la diferencia radica en que el fiscal auxiliar, de previo a la recalificación indicada, modificó los hechos de la acusación originalmente planteada suprimiendo del hecho cuarto acusado la referencia a que el encartado introdujo su dedo dentro de la vagina de la ofendida lo que implicaba dejar sin efecto el delito de violación y negociar sobre la base de pena de delitos de abuso sexual. No obstante, no hay norma legal que le permita a la fiscal efectuar tal cosa. Ha de recordarse que los fiscales son funcionarios públicos ergo, regidos por el principio de legalidad y, por ello, sólo pueden hacer aquello que expresamente el Ordenamiento Jurídico les autorice a efectuar (artículo 11 de la Carta Magna) sin que nuestra legislación procesal prevea ninguna norma en virtud de la cual las partes puedan negociar en un proceso abreviado ni la calificación legal de los hechos ni, mucho menos, los hechos mismos. Aún más, no hay norma legal que posibilite modificar una acusación efectuada para disminuir hechos imputados sino que ello solo puede hacerlo el juez una vez celebrado el debate. Así las cosas, lleva razón el Ministerio Público al indicar que ese acuerdo abreviado fue ilegal y, por ello, procede declarar con lugar este recurso, anular el proceso abreviado pactado y, como consecuencia

de ello, todos los actos que de él dependan, incluyendo la sentencia. Debe devolverse el expediente al Juzgado Penal para lo que en derecho corresponda.

IV.- Dado que el tribunal de juicio decretó la prisión preventiva del encartado en virtud únicamente de la condena que estaba emitiendo en ese momento y de la pena impuesta, lo procedente es ordenar la inmediata libertad del imputado si otra causa no lo impide pues éste afrontó en libertad, responsablemente, el proceso sin que hayan indicios de fuga ajenos a esa sola circunstancia, todo ello sin perjuicio de lo que estime procedente el tribunal de juicio de modificarse esta situación o acreditarse alguna otra que deba valorarse."

6. Enmienda jerárquica: Consideraciones acerca de la posibilidad de que superior jerárquico recurra contra absolutoria solicitada por fiscal auxiliar

[Tribunal de Casación Penal de San José]^{vii}

Voto de mayoría

I.- La licenciada Mayra Campos Zúñiga, Fiscal Adjunta Penal Juvenil, presenta recurso de casación contra la sentencia número 003-09, dictada por el Juzgado Penal Juvenil y de Familia de Puntarenas, a las 16:20 horas del 11 de febrero de 2009, alegando errónea aplicación de normas procesales y quebranto al principio acusatorio. A fin de acreditar su legitimidad para recurrir, la impugnante cita los artículos 117 y 118 de la Ley de Justicia Penal Juvenil; 443 del Código Procesal Penal, 18 de la Ley Orgánica del Ministerio Público y 39 de la Constitución Política. **Para la mayoría, el recurso resulta inadmisibles.** De la lectura del acta del debate se desprende que, al formular sus conclusiones, el representante del Ministerio Público, licenciado Michael Morales Molina, solicitó la absolutoria del imputado. En efecto, según se indica en el acta en mención, dicho profesional adujo que: "*...al existir una duda sobre la acusación de los hechos y aplicando el principio del in dubio pro minor se debe absolver al mismo de cualquier tipo de responsabilidad.*" (Folios 306 y 307). De acuerdo con lo anterior, la fiscalía valoró la prueba tal como fue recibida en el debate y llegó a la conclusión de que ésta no daba base para pedir una condena contra el imputado, por lo que expresamente pidió que fuera absuelto. Si el Ministerio Público solicitó que la causa se resolviera de esa manera y la juzgadora acogió su pretensión en la sentencia, no se le ha producido un agravio a dicho órgano, que pudiera justificar la nueva pretensión que se plantea en el recurso. Por ello, se debe aplicar el artículo 424 del Código Procesal Penal, en tanto dispone que: "*Las partes sólo podrán impugnar las decisiones judiciales que les causen agravio, siempre que no hayan contribuido a provocarlo.*"

Es verdad que quien recurre es la Fiscal Adjunta de la materia Penal Juvenil y que en este caso alega que, jerárquicamente, está legitimada para recurrir. Incluso cita el artículo 18 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, el cual dispone lo siguiente: "**Artículo 18. Enmienda.** *El superior jerárquico podrá enmendar, mediante dictamen fundado y con indicación del error o errores cometidos, los pronunciamientos o solicitudes del inferior, mientras no se haya dictado la resolución correspondiente. Igualmente, una vez dictadas*

estas resoluciones o cualesquiera otras, dicho superior podrá ordenar a otro representante del Ministerio Público la interposición de los recursos que la ley autoriza, o que se haga cargo de la continuación del procedimiento."

Sin embargo, para quienes suscribimos el voto mayoritario, tampoco la mencionada facultad de enmienda es suficiente para darle cabida al recurso bajo análisis. En efecto, el Ministerio Público tiene una organización que se rige por los principios de unidad de actuaciones y de jerarquía (artículos 1 y 14 de la Ley Orgánica de dicho ente), conforme a los cuales debe interpretarse el artículo 18 de esa misma Ley. Así, pues, el párrafo primero del artículo 18 refiere que el superior jerárquico puede enmendar los pronunciamientos o solicitudes del inferior, "*mientras no se haya dictado la resolución correspondiente*". Pero en este asunto se dictó la resolución sin que el superior jerárquico corrigiera la solicitud del fiscal de juicio. Por su parte, el párrafo segundo de dicha norma indica que, una vez dictada la resolución, el superior podrá ordenar a otro representante del Ministerio Público la interposición de los recursos que la ley autoriza, o que se haga cargo de la continuación del procedimiento. Pero –a nuestro entender– ello sólo es aplicable cuando se dicta una resolución desfavorable para Ministerio Público a pesar de que en forma oportuna se haya enmendado el pronunciamiento o la solicitud del inferior. En otras palabras, los párrafos no están desvinculados el uno del otro, sino que, por el contrario, la forma correcta de entender el segundo es partiendo de la recta aplicación del primero. Por consiguiente, queda claro que el artículo 18 de la Ley Orgánica del Ministerio Público no permite exonerar a este órgano de las consecuencias derivadas concretamente del criterio con que hayan actuado sus fiscales en el ejercicio de la acción penal, salvo –como ya se dijo– que el criterio haya sido corregido por el superior jerárquico antes del dictado de la respectiva resolución, que no es lo sucedido en autos. En efecto, en ese asunto el fiscal pidió absolutoria en el debate y así fue resuelto por la jueza de mérito. El solo hecho de que, después de dictado el fallo, la superior jerárquica haya decidido impugnar lo resuelto, no implica que el recurso deba ser admitido, porque los efectos de la solicitud de la absolutoria ya se agotaron en el proceso, sin que haya base para considerar que al Ministerio Público le asista interés para recurrir. Sobre este mismo tema puede consultarse, entre otros, el voto número 2005-0730, de las 11:00 horas del 3 de agosto de 2005. Por ende, para la mayoría de los integrantes del Tribunal, el recurso planteado en este asunto debe ser declarado inadmisibile, por lo que debe dejarse sin efecto el señalamiento para audiencia oral efectuado en autos. Lo anterior se resuelve con el voto salvado de la Jueza Chinchilla Calderón."

7. Supuestos en que se puede dar la enmienda jerárquica

[Sala Tercera de la Corte]^{viii}

Voto de mayoría

"I.- En el primer motivo casacional sostiene la defensa la violación al debido proceso, por cuanto el Ministerio Público solicitó se dictara una sentencia absolutoria en favor del imputado xxxx por el delito de robo agravado que le había atribuido, a pesar de lo cual, el Tribunal se separa de ese criterio y decide imponer una condena. De esta manera, se

quebró la imparcialidad del órgano de sentencia. **El alegato no es de recibo, por lo siguiente.** Esta Sala, al respecto, ya se ha pronunciado sobre el tema que motiva las pretensiones del recurrente. Así, en la resolución número 735, de 11 de agosto de 2006, dispuso: “...esta Sala estima que si bien el Ministerio Público, al momento de emitir sus conclusiones en el debate, con base en la aplicación del beneficio de la duda solicitó se absolviera al imputado de todos los delitos contra él acusados..., debe considerarse lo establecido por este Despacho en la resolución # 2003-00061, de 7 de febrero de 2003: ‘...La absolución pedida por el Ministerio Público, una vez celebrado el juicio oral y público, no es una declinación de la instancia, ni una renuncia a la misma, sino una conclusión derivada de lo examinado y ponderado durante el contradictorio, eso sí distinta a aquella a la que arriban los juzgadores, por lo que esta última sólo puede ser atacada a través de los recursos que la ley establece...’. Para los Magistrados integrantes de esta Sala, además, en punto a las consecuencias que tiene la solicitud de absolutoria por parte del Ministerio Público, debe interpretarse el artículo 18 de la Ley Orgánica de este ente acusador, en el sentido de que tiene plena vigencia la enmienda jerárquica aquí prevista. En nuestro criterio, esa norma regula al menos tres hipótesis diversas. Una, contenida en el primer párrafo, prevé la posibilidad de enmienda por parte del fiscal superior en aquellos supuestos en los cuales, una vez emitido el pronunciamiento o la solicitud del fiscal inferior, interviene el jerarca **antes** de que el órgano jurisdiccional dicte la resolución correspondiente. Este es el supuesto donde se exige que el fiscal superior presente un dictamen fundado señalando los errores en que ha incurrido el subalterno, con el propósito de que la autoridad juzgadora tome en cuenta esos señalamientos a la hora de resolver el caso. La segunda hipótesis, contemplada en nuestra opinión, es que el segundo párrafo de ese mismo artículo 18 de la citada ley, contempla la posibilidad de que, hecho el pronunciamiento o solicitud del fiscal inferior y la corrección por parte del jerarca, pueda ser impugnada **posteriormente** la resolución emitida por la autoridad jurisdiccional. Finalmente, hay en nuestro criterio una tercera hipótesis, consistente en que una vez dictadas, como lo dice expresamente la norma, ‘**estas resoluciones o cualesquiera otras**’, el citado jerarca puede designar otro representante del Ministerio Público que interponga los recursos que estime pertinentes. Es entonces claro que subsiste la posibilidad de enmienda frente a cualquier pronunciamiento o solicitud de un miembro del ente fiscal en caso de que su Superior lo estime pertinente y necesario. No se inscribe el proceso penal en Costa Rica dentro de un sistema acusatorio puro, entendiendo por ello el vigente en países de tradición anglosajona, sino un modelo que aún conserva rasgos inquisitoriales que el legislador ha querido que permanezcan en un sistema ‘sui generis’, tales como la posibilidad de ordenar prueba para mejor resolver, o la potestad que tiene el juzgador de interrogar testigos y, como se ve, la posibilidad de que una intervención del Ministerio Público pueda ser corregida a través de la enmienda jerárquica. En consecuencia reafirmamos nuestro criterio de que la solicitud de sentencia absolutoria por parte de un agente fiscal del Ministerio Público, no significa una renuncia o declinación de la instancia”. En este sentido, incluso la Sala Constitucional, en su resolución número 11621, de 15 de agosto de 2007, señala que no constituye una infracción al debido proceso el dictado de una sentencia condenatoria cuando el Ministerio Público haya solicitado una absolutoria en las conclusiones del juicio oral: “...V.-Tal y como quedó claro de las amplias transcripciones de la jurisprudencia de este órgano y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la infracción del deber de imparcialidad se concreta al existir algún acto o actuación del juez que desvirtúe o al menos levante claras dudas sobre su objetividad para juzgar los hechos sometidos a su conocimiento. Dicha doctrina apunta claramente a afirmar

que el juez que se ha expresado inequívocamente en alguna etapa anterior del proceso, respecto de la participación y responsabilidad del imputado en una situación fáctica o jurídica en discusión, es un juez que no puede llamarse imparcial por haber perdido la objetividad. El recurrente afirma que el juez que emite una sentencia condenatoria —cuando ésta última es antecedida por una petición de absolucón por parte del acusador— ‘ha abandonado su papel de tercero imparcial’, pero para esta Sala no existe ninguna demostración de dicho aserto porque, contrario a lo que indica, tal acto concreto del juez no implica que en estos casos se deje de lado la imparcialidad a que está obligado. En particular, podemos apuntar que el juez no ha llamado a juicio oficiosamente al imputado, sino a pedido del Ministerio Público; no le ha imputado conducta alguna al acusado sino que, al mismo tiempo que éste escucha la reiteración de la acusación que se le hace de forma oral. A partir de allí, lo que sigue es la captación de todos los elementos probatorios que se aportan por los diferentes órganos de prueba y, luego, escucha igualmente las conclusiones (y no por casualidad así las llama el Código) que consisten básicamente en una valoración y el enjuiciamiento jurídico que cada parte hace de lo ocurrido, todo al tenor del artículo 356 del Código Procesal Penal... Lo que resta entonces es el dictado de sentencia que —conforme se tiene dicho— se hará con base en lo que el juez ha tenido por demostrado en la audiencia y atendiendo a los criterios jurídicos que considera aplicables al caso y prestando atención a las alegaciones de las partes. Queda claro entonces que no existe indicio alguno que haga pensar que el juez dejó de ser objetivo, excepto si tomamos como tal el hecho de que haya condenado (o absuelto) al imputado, pero esa expresión es precisamente y más bien fruto de su actuar imparcial frente a lo que se le planteó. El juez ante la solicitud de absolutoria del Ministerio Público formulada en sus conclusiones, no pierde su competencia para decidir conforme a derecho el problema probatorio y legal que se le ha formulado, concluir lo contrario sería trasladar el Ministerio Público la función jurisdiccional de que gozan, únicamente, los jueces. En resumen, y para efectos del respeto del principio de imparcialidad como informante del debido proceso, la Sala no encuentra que en el caso planteado se produzca —de forma automática y necesaria— como lo pretende el recurrente, una infracción al principio de imparcialidad. Más bien, y como se explicó, tal infracción dependerá de si un caso específico se logra demostrar que efectivamente hay razones suficientes para entender que el juez ha tomado partido y perdido la objetividad que debe ostentar frente al caso que juzga...”. El recurrente, con apoyo doctrinal, estima que la verdad real en el proceso no puede buscarse mediante el sacrificio de la imparcialidad jurisdiccional. Esta Sala, en su reciente resolución número 1273, de 9 de octubre de 2008, abordó este tema con mayor detenimiento y profundidad para demostrar que conceptos como los de “verdad real”, “imparcialidad jurisdiccional”, “principio acusatorio” y “Estado democrático” pueden confluir para sostener que un Tribunal puede condenar, aún ante la absolutoria pedida por quien acusa: “...Se ha pretendido asegurar, por parte de un sector de pensamiento jurídico, que en Costa Rica un Tribunal penal no puede imponer una pena mayor de la solicitada por el Ministerio Público, al igual que no podría condenar si el Ministerio Público solicitó absolutoria. El fundamento que se ha dado para ello, es que el proceso penal costarricense parte del modelo acusatorio y que está regido por el principio acusatorio. No se conoce ninguna elaboración nacional que haga la diferencia entre ambas afirmaciones. Se ha dado por entendido que ambas afirmaciones son lo mismo. Al respecto, conviene hacer las siguientes precisiones: 1) Es necesario distinguir lo que significa aplicar un modelo acusatorio de lo que significa dar vigencia al **principio acusatorio** en un sistema procesal concreto. 2) Un modelo es una idea o patrón por alcanzar, que cumple la función de

referente en las actividades intelectuales, metodológicas, de diseño y de prácticas reales. Las actividades intelectuales, metodológicas, de diseño y de prácticas se desarrollan en el plano de la realidad material. Un modelo existe en el plano de las ideas. 3) Cuando se dice que hay que ajustarse al modelo acusatorio, es necesario indicar a cuál modelo y explicar las razones por las que se estima que ese debe ser el modelo. Así, por ejemplo, no es lo mismo el modelo a seguir en un sistema con jurados, que el modelo con jueces escabinos o con jueces profesionales. No es lo mismo el modelo a aplicar en una materia que se litigue sin abogados que una que se litigue con abogados. No era el mismo el modelo a aplicar en Atenas de la Grecia antigua con participación directa de sus ciudadanos que el modelo a aplicar en el período de la República Romana o del Imperio. 4) No existe en la realidad material un sistema con diseño ni prácticas absolutamente ajustadas a un modelo acusatorio. Por ello se dice que no existe en el mundo real un sistema absolutamente acusatorio. Existen sistemas más o menos acusatorios. De hecho, ha existido una retroalimentación de los sistemas jurídicos existentes a nivel global (Ver en este sentido DAMASKA (Mirjan). Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado, Yale University, 1986.) 5) Distinta es la afirmación sobre la necesidad de dar vigencia al **principio acusatorio**. Esta es una afirmación más sólida desde el punto de vista intelectual, porque nos permite explicar las razones por las cuales optamos por una u otra práctica o interpretación legal con base en el acusatorio. Tal afirmación, desde luego, remite a la pregunta de ¿cómo se da vigencia a un principio? Entendemos con xxxx que un principio es una norma o mandato de optimización. Esto quiere decir que cada aplicador del proceso tiene el deber de dar vigencia al principio acusatorio lo más posible (según las posibilidades fácticas y las posibilidades jurídicas) cuando ella resulte, **en ponderación con otros principios involucrados**, de mayor peso o valor. De manera que, más que de ajustarse irreflexivamente a un modelo, el problema que abordamos es el de dar vigencia a un principio que se estima valioso, y que debe ponderarse en relación con los otros principios jurídicos vigentes. (ALEXY (Robert). Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1997.) 6) Según el numeral primero Constitucional, el primer principio vigente es el principio democrático. El principio acusatorio debe ser ponderado en relación al principio democrático. Si bien se ha dicho que el principio acusatorio se identifica con el principio democrático, éste último rebasa al primero. El acusatorio hace vivo el principio democrático de varias maneras: Primero, evita la acumulación de poder distinguiendo entre quien investiga y quien juzga. Segundo: permite la participación de las partes durante el proceso, especialmente en cuanto a la aportación y examen de las pruebas. Tercero: permite el control cruzado entre las partes y entre ellas y el juzgador. Cuarto: permite el control popular, social o ciudadano al desarrollarse en audiencias generalmente públicas. Quinto: permite el control de las razones que se aducen para pedir y administrar justicia. Todo ello deriva del principio democrático. Pero el principio democrático no se agota allí. Es, como veremos, más que eso. 7) El principio democrático está vinculado también, entre muchas otras cosas, con un sistema político de gobierno. Ese sistema está descrito en la Constitución: A grandes rasgos en Costa Rica, el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial tienen funciones distintas. Según el **Artículo 152.-** El Poder Judicial se ejerce por la Corte Suprema de Justicia y por los demás Tribunales que establezca la ley. Seguidamente, establece el **Artículo 153:** Corresponde al Poder Judicial, además de las funciones que esta Constitución le señala, conocer de las causas civiles, penales, comerciales, de trabajo, y contencioso-administrativas así como de las otras que establezca la ley, cualquiera que sea su naturaleza y la calidad de las personas que intervengan; resolver definitivamente sobre ellas y ejecutar las resoluciones que pronuncie,

con la ayuda de la fuerza pública si fuere necesario. Obsérvese que la Constitución Política no otorga al Ministerio Público labor decisoria alguna sobre los casos judiciales sometidos a debate. Los actos jurisdiccionales son propios del Poder Judicial que los ejerce mediante sus jueces. La sentencia, entendida como la decisión, y no como mera forma, es por antonomasia un acto de la jurisdicción. No indica la Constitución que el Poder Judicial se encuentre sujeto —en materia penal— a la pretensión del Ministerio Público. Si bien se puede alegar que tampoco existe en la Constitución indicación expresa para la materia civil o comercial, está claro que en tales materias siempre ha existido el principio dispositivo en el derecho moderno, y no hay participación del Ministerio Público. En materia de interés público como lo es la materia penal, un viraje de esa categoría debería estar expresamente establecido en la Constitución, viraje que no se da en materia civil o comercial puesto que siempre en dichas materias el juez ha estado limitado por la pretensión final de la parte. Contrario a ello, desde la época en que fue redactada la Constitución, se ha estimado que no le es dable a ninguna parte procesal disponer de las decisiones de interés público penal. Para dar ese giro, se haría necesario un cambio producido por una Asamblea Constituyente, el cual no se ha dado. El **Artículo 154** recalca que el Poder Judicial sólo está sometido a la Constitución y a la ley, y las resoluciones que dicte en los asuntos de su competencia no le imponen otras responsabilidades que las expresamente señaladas por los preceptos legislativos. Como puede observarse, afirmar que el Ministerio Público dispone de la decisión jurisdiccional final, es afirmar que la jurisdicción está sometida a la voluntad final del Ministerio Público, lo que implica desconocer la letra de la Constitución y es vaciar el contenido Constitucional de la Jurisdicción, lo cual es inadmisibile. 8) Por otra parte, el principio democrático implica controles. Es una tesis básica del principio democrático que establece la necesidad de frenos y contrapesos, controles cruzados. En la medida en que comprendamos que un sistema de controles cruzados produce decisiones de autoridad de mayor legitimidad, por haber sido producidas por órganos diversos que atienden a diferentes intereses y justifican cada ejercicio de su poder mediante **razones**, comprenderemos que el ámbito de decisiones sin control por parte de un solo órgano, debe ser bastante reducido. Decir que el Ministerio Público concentra las facultades de investigar, promover la acción y decidir finalmente la sentencia, sería una concentración de poder que arrojaría resultados poco democráticos en los términos ya dichos. En el ámbito procesal, el control cruzado consiste en que las partes solicitan sus pretensiones aportando razones, y discutiendo las razones ajenas, el Tribunal controla esas razones valorándolas y entonces decide. Esa decisión debe expresar razones. Las partes pueden controlar la decisión del Tribunal mediante los recursos, atacando las razones aportadas en la sentencia. Este es el diseño de un sistema procesal penal que da vigencia al principio acusatorio y al principio democrático y que no tiene jurados, es decir, no resuelve en conciencia sino mediante el sistema de libre convicción apreciando las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica racional, por lo que emerge el deber de fundamentación. En efecto, en nuestro sistema, el control se garantiza mediante el aporte y el cuestionamiento de razones, conforme a las reglas del pensamiento humano. Toda decisión tomada sobre la base de una eventual potestad ajena, sin posibilidades de disenso de parte de quien decide —como sería la ‘decisión’ que resulta de obligar al Tribunal al criterio del Ministerio Público— no puede ser juzgada como legítima en términos democráticos, por carecer de controles, por implicar concentración de poder, por violentar la naturaleza de la jurisdicción y con ello, el esquema de división de poderes o funciones. A nivel explicativo es más fácil que se tome conciencia de este último problema si se ilustra con ejemplos de países latinoamericanos en los cuales el órgano fiscal, Procuraduría o Ministerio Público pertenece

al Poder Ejecutivo. La gravedad del resultado es igual: es renegar de la función de la jurisdicción, reservada constitucionalmente al Poder Judicial mediante los jueces. 9) El principio democrático impone la existencia de un Tribunal imparcial. En el sistema acusatorio la promoción de la acción penal no corresponde al órgano jurisdiccional sino al órgano fiscal o al querellante privado. Pero esa afirmación no desconoce por sí misma que es al Tribunal a quien corresponde juzgar. Quienes pretenden vincular la decisión judicial a la voluntad final del Ministerio Público, indican que un Tribunal pierde **imparcialidad** cuando condena a pesar de la solicitud de absolutoria del fiscal. Pero la **imparcialidad** se refiere a que el Tribunal no esté posicionado a favor o en contra de alguna de las partes. No se refiere a que el Tribunal no deba apreciar la prueba ya recibida conforme a las reglas de la sana crítica racional y emitir su criterio jurídico conforme lo manda la Constitución. De hecho, el proceso de conocimiento o proceso ordinario tiene por lógica que quien juzga **se forme un criterio** sobre la base de las alegaciones de las partes y la prueba recabada en la audiencia. Cuando ello ocurre, el Tribunal cumple con su labor de forma imparcial, porque lo ha hecho sobre la base del conocimiento jurídico, y conforme a las reglas del juego justo del contradictorio. Esa es la imparcialidad que persigue el numeral 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 26 párrafo segundo de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Así, según el principio, **quien decide no sólo debe ser imparcial sino que debe ser juez**. Ese es el principio de imparcialidad del juzgador. Sería una afirmación muy pobre a nivel argumentativo y además contradictoria a nivel lógico, indicar que un Tribunal es más imparcial sólo porque se ajuste a la pretensión del Ministerio Público. Ello llevaría al absurdo de afirmar que el Tribunal es más imparcial cuando se ajusta a la pretensión final del Ministerio Público, aunque existan razones para afirmar —por ejemplo— que éste último está equivocado en su pretensión. 10) Es necesario tomar conciencia de que el problema sobre los poderes que se otorga a los intervinientes procesales, es una decisión que si bien se basa en el conocimiento jurídico, es en sí misma una decisión política, en el buen sentido de la palabra. Los Ministerios Públicos de América Latina y las policías se encuentran en procesos de crecimiento ante el reclamo social por seguridad ciudadana. En Costa Rica, el Ministerio Público ha experimentado un robustecimiento inusitado en los últimos años tanto en lo simbólico como en cuanto a sus recursos (lo cual no necesariamente equivale a un fortalecimiento institucional, tema de análisis que está fuera de estas líneas). Pretender conceder al Ministerio Público el poder de llevar a una persona hasta el final de un juicio con la potestad de motivar a una decisión condenatoria o absolutoria, es un poder muy grande, que incide en los derechos fundamentales de las personas y **que requiere control**. No puede ser un poder absoluto. Ese control es desarrollado por la actividad jurisdiccional, la cual, una vez iniciado el proceso de conocimiento (fase de juicio), ha de tener la posibilidad de determinar si la prueba evacuada es suficiente o insuficiente para condenar a un ciudadano, valorando las razones aportadas y la ley. Esa es la labor encomendada por nuestra Constitución Política al órgano jurisdiccional en el numeral 153, **sin condición** de que el Ministerio Público decida solicitar una condenatoria o una absolutoria. La razón es clara. Además de una interpretación Constitucional basada en el principio democrático, tal como resulta evidente de las líneas precedentes, se quiere evitar el riesgo que existe en toda cuota de poder asignada de manera absolutista: A falta de controles, existe siempre la posibilidad de un mal uso de esa cuota de poder. La historia da cuenta de ello. Por ejemplo, no es deseable que exista un órgano de persecución penal que tenga el poder de amenazar a un ciudadano para lograr cosas de él,

eximiéndose de responsabilidad simplemente solicitando la absolutoria al final del juicio, luego de haberlo sometido al tortuoso proceso penal. Tampoco es deseable un órgano fiscal que permita que una víctima llegue a debate con sed de justicia y con expectativas razonables, y deba conformarse con una decisión unilateral del Ministerio Público de determinar una absolutoria a pesar de la existencia de prueba evacuada en contra de un imputado. Incluso ello iría en contra de toda la filosofía de la reforma procesal que pretendió dar un lugar importante a la víctima en el proceso y concebirla —como debe ser— como parte del conflicto. No sería admisible siquiera, que aún con la anuencia de la víctima directa, el órgano fiscal decida al final del juicio una absolutoria a pesar de haberse evacuado prueba contundente hacia una condenatoria por hechos que ofenden los bienes jurídicos más preciados de una sociedad. 11) Desde luego que las palabras anteriores pueden resultar grotescas e impensables a unos oídos costarricenses con una cultura de la transparencia y de la objetividad de nuestro órgano fiscal. Pero esa probidad no está garantizada. América Latina está formada por países en los cuales el nivel de corrupción y de politización de los órganos fiscales y de la policía son tan elevados que mal haría un pensador costarricense en mantener su ingenua visión judicialista en tiempos en que los vecinos tocan a la puerta anunciando la desesperanza que existe cuando un órgano represivo tiene un poder decisorio sin control sobre el uso de la maquinaria judicial con fines personales, con fines políticos y con fines económicos. Por un lado, el control cruzado se hace necesario. Por otro lado, debe admitirse que no genera malos resultados en términos de legitimidad. Todo lo contrario. No vaya a ser que por aferrarnos a un modelo teórico férreo perdamos el equilibrio aceptable que existe aún en nuestro Sistema de Justicia. 12) El argumento sobre la concentración de poder se agrava si se toma en cuenta que el Ministerio Público es un órgano jerárquico. La ley indica que la política de persecución la fija el Consejo Fiscal formado por el Fiscal General y los Fiscales Adjuntos. Por cultura y organización de los Ministerios Públicos, siempre existe la posibilidad de que la decisión de un caso concreto quede en manos de una sola persona, lo que obviamente haría que la decisión fiscal sobre una condenatoria o una absolutoria al final del proceso diste mucho de ser democrática, no sólo porque no sería producto de un proceso dialógico, como lo es el debate y su producto, la sentencia judicial, sino también porque evidenciaría una absoluta concentración de poder en manos de una sola persona a nivel nacional, como sería en último término el Fiscal General, lo que resulta totalmente inconveniente. 13) Por otra parte, el Sistema Procesal Penal aspira a ser coherente. Obsérvese que precisamente por la necesidad de controles cruzados un órgano fiscal no puede, durante el proceso, tomar decisiones que afecten derechos fundamentales sin requerir la decisión de un juez. Las intervenciones telefónicas, los allanamientos, las prisiones preventivas y los anticipos de pruebas, precisamente por implicar afectaciones graves a los derechos más preciados de las personas como la privacidad, la intimidad y la libertad están reservadas a una decisión del órgano jurisdiccional. De igual manera la decisión sobre la culpabilidad o inocencia de una persona ha de estar reservada al órgano jurisdiccional. Ello se desprende de la lógica del sistema. 14) Se ha confundido este tema con el tema de la verdad real. No se trata de contraponer verdad real y proceso acusatorio, como parece pretender un sector del pensamiento. El órgano jurisdiccional debe conservar el ejercicio del control de la actividad del órgano fiscal en la fase de juicio, toda vez que existe un interés social en la consecución de la verdad procesal. Se trata de reconocer que mediante el proceso penal se consigue una verdad procesal, derivada de las reglas del juego justo del acusatorio, esto es, de la participación activa de las partes en la evacuación de las pruebas, la inmediatez y la contradictoriedad, todo conforme al

proceso legal , lo cual no excluye que la decisión la deba tomar la jurisdicción. Esa verdad procesal no puede ser declarada por el órgano fiscal, porque la naturaleza del Ministerio Público no es de imparcialidad. En la lógica del proceso penal acusatorio, quien ostenta la condición de imparcial, no comprometido con la investigación ni con la persecución, es el órgano judicial. Una declaración de absolutoria determinada por el órgano fiscal a la cual se vea obligado el órgano jurisdiccional a pesar de su convicción en contrario, luego de recabadas las pruebas, no es legítima. Y no es legítima precisamente por ser determinada por un órgano que no es imparcial. Pero sobre todo, no es legítima por no contener **las razones** que justifican la convicción del juzgador, es decir el íter lógico seguido para decidir en uno u otro sentido. En un caso así, la única razón sería la imposición del órgano fiscal, sin control ni posibilidad de disenso. Ello dista mucho de ser una decisión democrática. 15) Por último, una aclaración sobre nuestro diseño procesal. En nuestro medio se nota que existe alguna confusión respecto de los roles de los intervinientes en las distintas fases del proceso. Se hacen afirmaciones como las siguientes: El juez es inactivo en el proceso acusatorio. En realidad, tal afirmación no es completa, como no lo sería ninguna frase que pretenda cubrir en ocho palabras toda la lógica de un diseño procesal. En primer lugar, nuestro sistema procesal penal está diseñado por fases. Esto quiere decir que cada frase cumple una función. A grandes rasgos, podemos decir que en la fase inicial se lleva a cabo la investigación, se hace real el derecho a la imputación, se fijan medidas cautelares, se aplican facultades discrecionales del Ministerio Público como el archivo y se formula la solicitud fiscal ya sea de elevación a juicio o de sobreseimiento. En la fase intermedia se da un control jurisdiccional de la actividad requirente, es decir, se define si los hechos y las pruebas ofrecidas pasarán a la fase de juicio o no, se sanea el proceso y en palabras simples, se marca la cancha en la cual se desenvolverán las partes en juicio. Como puede verse, el Ministerio Público tiene grandes poderes en las fases iniciales, con control jurisdiccional en los casos en que se ha estimado necesario (medidas cautelares, allanamientos, afectación de derechos fundamentales) y de manera muy especial existe ese control jurisdiccional cuando se va a llevar a un ciudadano a juicio, porque una vez iniciada la fase de juicio o conocimiento, la potencial decisión sale del poder de las partes. En la fase de juicio se evacua la prueba, se producen los alegatos de las partes y se dicta sentencia. A grandes rasgos esa lógica da cuenta de que no es lo mismo el rol que cumple un juzgador en una fase inicial que en una fase de juicio. En las fases previas a debate un juez de audiencia puede ser activo en exigir a las partes que cumplan con sus deberes y motivarlos porque se está construyendo el curso que seguirá el proceso. (Por ello es válido que el juez indique al Ministerio Público que aclare algún aspecto oscuro o que le indique al abogado de una parte que se pronuncie sobre algún detalle o información alegado por la contraparte) En la fase de juicio, en que las reglas están claras, debido a que es la fase de conocimiento, valoración de pruebas y definición de la responsabilidad penal, el Tribunal debe ser un poco más distante y fungir como director del proceso, permitiendo la participación de las partes en sus interrogatorios y alegatos. Pero ello no quiere decir que el Tribunal —como director del proceso— pierde su función decisoria. Es decir, la función de dirección del debate alude al deber del juez de garantizar un espacio razonable para que las partes puedan presentar su caso. Pero la función de decisión no se debilita con este papel del juez, se fortalece, porque la decisión o sentencia se toma sobre la base de lo planteado en la audiencia de debate de manera legítima y participativa. En este esquema el Estado, por medio de los jueces, se reserva la administración de justicia, no la cede al Ministerio Público. Por todo lo dicho, no es posible estimar que el Tribunal de juicio deba resolver conforme la absolutoria o el quantum de la pena solicitada por el Ministerio Público, como pretende el

recurrente...". En definitiva, las mismas razones expuestas en todos estos antecedentes jurisprudenciales, justifican que el motivo deba declararse sin lugar."

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, de normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final del 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 las citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley de Derechos de Autor y Conexos (Nº 6683), reproduce libremente las leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de esta ley. 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 CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

ⁱ Asamblea Legislativa. Ley 7442 del 25/10/1994. Ley Orgánica del Ministerio Público. Fecha de vigencia desde 25/11/1994. Versión de la norma 3 de 3 del 08/03/2002. Gaceta número 225 del 25/11/1994. Colección de leyes y decretos: Año: 1994 Semestre: 2 Tomo: 1 Página: 264.

ⁱⁱ Sentencia: 01586 Expediente: 11-020619-0042-PE Fecha: 19/07/2013 Hora: 09:30:00 a.m.
Emitido por: Tribunal de Apelación de Sentencia Penal, II Circuito Judicial de San José.

ⁱⁱⁱ Sentencia: 00215 Expediente: 10-201416-0456-PE Fecha: 21/07/2011 Hora: 10:30:00 a.m.
Emitido por: Tribunal de Casación Penal de Cartago.

^{iv} Sentencia: 00387 Expediente: 08-003560-0042-PE Fecha: 12/04/2010 Hora: 03:25:00 p.m.
Emitido por: Tribunal de Casación Penal de San José.

^v Sentencia: 01272 Expediente: 04-000636-0073-PE Fecha: 02/10/2009 Hora: 10:08:00 a.m.
Emitido por: Sala Tercera de la Corte.

^{vi} Sentencia: 00681 Expediente: 08-000877-0382-PE Fecha: 26/06/2009 Hora: 04:00:00 p.m.
Emitido por: Tribunal de Casación Penal de San José.

^{vii} Sentencia: 00389 Expediente: 08-800852-0431-TP Fecha: 15/04/2009 Hora: 04:00:00 p.m.
Emitido por: Tribunal de Casación Penal de San José.

^{viii} Sentencia: 01484 Expediente: 00-200599-0275-PE Fecha: 09/12/2008 Hora: 10:34:00 a.m.
Emitido por: Sala Tercera de la Corte.