

Presentación

El Ministerio Público se ha propuesto como una de sus metas, buscar la cohesión intelectual de sus funcionarios, proveyéndolos de aquellos instrumentos de trabajo que les hagan llegar la doctrina, la jurisprudencia, la legislación, en todo caso la opinión más actualizada en los diversos tópicos que cada día utilizan en su quehacer como órgano auxiliar en la administración de justicia.

Por tal razón, para la Fiscalía General de la República y para la Unidad de Capacitación y Supervisión resulta grato hacerles llegar a los y las fiscales del Ministerio Público, así como a otros operadores jurídicos de nuestro sistema judicial, el presente ejemplar de los **Cuadernos de Estudio del Ministerio Público de Costa Rica**, el cual constituye un primer hito en una larga cadena de publicaciones que nos hemos propuesto hacerles llegar.

En esta ocasión, hemos arrancado con la exposición de un costarricense cuya identidad jurídica es sobreabundante recordar: El Dr. Daniel González Álvarez, Magistrado y Presidente de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, quien, como es su costumbre, colabora con el Ministerio Público en un coloquio con los señores y señoras fiscales, donde se tocan variados temas de interés jurídico, tales como: la casación penal, de importancia radical en nuestro sistema jurídico penal; al lado de otras figuras de idéntico interés: la desestimación, el sobreseimiento, la revisión, la acción civil en el marco de la aplicación del procedimiento abreviado; la conciliación y sus requisitos, la etapa intermedia y sus incidencias, la entrevista de testigos en sede fiscal, el anticipo jurisdiccional de prueba, los criterios de oportunidad y su control jurisdiccional, la participación del defensor en la etapa preparatoria, los actos definitivos e irreproducibles.

La serie de Cuadernos de Estudio estará formada por

publicaciones breves, claras y concisas, a las que el funcionario pueda dedicar algunas horas de su tiempo libre —el cual sabemos escaso— y sacrificarlo en aras no solo del mejor desempeño de su función y de su acondicionamiento profesional, tan necesario en tiempos de reforma.

No hay duda: si se quiere estar enterado de *qué es lo que está pasando*, hay que permanecer informándose, y las fuentes de información jurídica no están tan a la mano, como pretende estarlo esta colección. De ahí que consideramos que, con estos aportes, se enriquece el profesionalismo del Ministerio Público, y se contribuye a crear y mantener una cultura jurídica de discusión, aporte y compromiso con la función acusadora en un sistema democrático.

Nuestro esfuerzo implica un precio para los y las fiscales: estudiar y leer. Leer y estudiar para saber, para enterarse, para ser mejor profesional. La máxima del decálogo jurídico seguirá teniendo fuerza lapidaria en la convicción de todo buen profesional: “*Lee. Entre menos leas, serás menos abogado*”.

Lic. Carlos Arias Núñez
Fiscal General de la República

Lic. Carlos Ma. Jiménez V.
Fiscal Adjunto UCS-MP

MINISTERIO PÚBLICO - COSTA RICA

SUMARIO

1. TEMA I: CASACIÓN Y REVISIÓN: ALCANCES Y LIMITACIONES

A) CASACIÓN:

- * OBLIGACIÓN DE LOS FISCALES DE CONTESTAR LOS RECURSOS DE CASACIÓN EN EL EMPLAZAMIENTO QUE LES HAGA EL TRIBUNAL DE INSTANCIA DE SU LOCALIDAD CUANDO EL RECURRENTE NO HAYA SOLICITADO VISTA (VER CIRCULAR DE LA FGR N°21-98).
- * DEFECTOS FORMALES Y APLICACIÓN DEL ART. 15 CPP: EL RECURSO DE CASACIÓN NO DEBERÍA SER FORMALISTA.
- * EL SOBRESEIMIENTO CONFIRMADO POR EL TRIBUNAL DE ALZADA TIENE RECURSO DE CASACIÓN.
- * OBSERVACIÓN SOBRE LA SEPARACIÓN DE MOTIVOS POR FALTA DE FUNDAMENTACIÓN Y POR VIOLACIÓN A LAS REGLAS DE LA SANA CRÍTICA.

B) REVISIÓN:

- * VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO Y AL DERECHO DE DEFENSA COMO MOTIVOS PARA QUE PROCEDA LA REVISIÓN.

- * NUEVA VALORACIÓN, EN PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN, DE LA PRUEBA RENDIDA ANTE EL TRIBUNAL DE INSTANCIA. CONSIDERACIONES SOBRE QUÉ ES "NUEVA" PRUEBA CON RESPECTO AL MISMO TESTIGO QUE EMITE UN TESTIMONIO DIFERENTE AL DE INSTANCIA.

- * CUESTIONAMIENTO A LA NECESIDAD DE REENVIAR CUANDO EXISTE DUDA.

2. **TEMA II:** LA ACCIÓN CIVIL RESARCITORIA EN EL PROCESO ABREVIADO. OBLIGACIÓN DEL FISCAL DE LA ACCIÓN PENAL DE VELAR POR LOS INTERESES CIVILES DE LA VÍCTIMA, AUNQUE LA ACCIÓN CIVIL NO LE ESTÉ DELEGADA.

3. **TEMA III:** LA CONCILIACIÓN EN DELITOS PLURIOFENSIVOS O DE BIEN JURÍDICO ABSTRACTO.

4. **TEMA IV:** CONTROL DE LA ACUSACIÓN POR EL JUEZ DE LA ETAPA INTERMEDIA.

5. **TEMA V:** LA DESESTIMACIÓN POR ATIPICIDAD Y LA DECLARACIÓN DEL IMPUTADO.

6. **TEMA VI:** ASISTENCIA DEL DEFENSOR AL ANTICIPO JURISDICCIONAL DE PRUEBA TESTIMONIAL.

7. **TEMA VII:** RECEPCIÓN DE PRUEBA EN LA AUDIENCIA PRELIMINAR.

8. **TEMA VIII:** ACCIÓN CIVIL RESARCITORIA E INDEMNIZACIÓN A LA VÍCTIMA.

9. **TEMA IX:** EL CONTROL DE LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD POR PARTE DEL JUEZ.

10. **TEMA X:** PARTICIPACIÓN DEL DEFENSOR

EN LAS ENTREVISTAS A TESTIGOS EN LA ETAPA PREPARATORIA.

11. **TEMA XI:** ACTOS DEFINITIVOS E IRREPRODUCIBLES Y RECONSTRUCCIÓN DE HECHOS.
12. **TEMA XII:** LA PRIMARIEDAD ES NECESARIA PARA APLICAR LA CONCILIACIÓN.

TEMA I: CASACIÓN Y REVISIÓN: ALCANCES Y LIMITACIONES

-Don Daniel: Desde que se inició el nuevo Código, a la Unidad de Casación le ha preocupado qué va a pasar con los recursos de casación que no sean los del Circuito de San José, en vista de que el nuevo Código no tiene una norma similar al 479 del antiguo Código de Procedimientos. Hemos notado que no hay una presencia del Ministerio Público por una serie de factores (trabajo tan exhaustivo que los compañeros tienen) y que a la postre una notificación de una audiencia de un recurso de casación tal vez no reciba la prioridad que necesita.

-DGA: Bueno, la pregunta es muy interesante, debo decirle que incluso ya nosotros en la Sala estamos comenzando a recibir los primeros recursos formulados conforme al nuevo Código Procesal Penal. Con el Código anterior había dos emplazamientos en dos momentos, cuando no se pedía audiencia oral: uno, que realizaba el Tribunal de instancia que dictó la sentencia, y otro cuando el asunto llegaba a la Sala de Casación, momento en que se volvía a emplazar a las partes en relación con el recurso formulado. Por lo general, las partes esperaban esta segunda oportunidad para pronunciarse sobre el Recurso de Casación. La idea del nuevo Código fue la de sintetizar estos emplazamientos cuando no se pide vista, o sea, cuando no hay audiencia oral solicitada por las partes. El único momento procesal con que cuentan las partes para contestar el re-

curso es el emplazamiento que realiza el Tribunal de instancia. Esto significa, entonces, que la manera de organizarse para contestar el Recurso de Casación tiene que variar porque generalmente estaba centralizado en San José, a raíz del procedimiento del Código anterior.

Incluso, de este tema conversábamos en días pasados con don Carlos Arias, sobre la necesidad de que se dictara una circular¹ a nivel interno, sobre todo en el Ministerio Público, aunque se necesita una circular general, porque el problema lo tienen no solo los Fiscales sino también los Defensores (cuando el recurso es del Ministerio Público existe exactamente el mismo problema para el

¹ Dicha circular de la Fiscalía General corre con el número 21-98, y en su punto 2 dice: "CONTESTACION DE LAS AUDIENCIAS DE CASACION: De conformidad con los artículos 445, 446, 447 y 448 del CPP, los representantes del Ministerio Público del asiento del Tribunal que dictó la sentencia, excepto en los Circuitos Judiciales I y II de San José, deben contestar el emplazamiento que dispone el art. 446 CPP, ello cuando el recurrente no haya solicitado a la Sala o Tribunal de Casación la "vista" o audiencia oral a que se refiere el artículo 448 ibídem. En tales casos la Fiscalía General dispone que, en penal de adultos, tales contestaciones las debe realizar personalmente el Fiscal Adjunto, si su sede es la misma del Tribunal de sentencia, ya sea unipersonal o colegiado, o el Fiscal Coordinador en los demás lugares. En Penal Juvenil lo atenderán los o las fiscales de tal materia. Estas contestaciones deben darse en todos los casos en que el recurso de casación haya sido interpuesto por cualquiera de las partes ajenas al Ministerio Público. En los casos en que se pida la vista o audiencia oral, la contestación será realizada por la Fiscalía General o por los fiscales del asiento del Tribunal de Casación o de la Sala de Casación Penal, designados para tal efecto.

Defensor); es decir, la defensa solo va a poder contestar en el momento del emplazamiento ante el Tribunal de instancia y no ante la Sala de Casación, porque ya no se da este segundo emplazamiento. Se va a requerir, eventualmente, la organización de cada una de estas instituciones, Ministerio Público y Defensa, en cuanto a la manera como van a contestar los recursos, lo que significa también en algunos supuestos trasladarle esta obligación a los Fiscales en cada uno de los lugares donde ellos están desempeñando su labor, pues en el momento en que son notificados de un Recurso de Casación tendrán que contestar.

Está ocurriendo ya el problema de que el Ministerio Público no está contestando los Recursos de Casación, dada esta nueva forma de organización, es decir, antes con el Código anterior no se contestaba en el lugar donde ocurrían los hechos, sea en el lugar donde se juzgó sino en la sede central, pero esto ya no va a ser posible, de manera que deberá establecerse alguna coordinación entre la Unidad de Casación y los Fiscales, de forma que estos últimos reciban algún tipo de asesoramiento para que puedan contestar ellos mismos los Recursos de Casación que se han formulado.

Hay que tomar en cuenta que el problema es grave para el Ministerio Público, porque más del 90 por ciento de los Recursos de Casación son planteados por sujetos distintos al Ministerio Público, lo que significa que este último va a tener la necesidad de estar contestando Recursos de Casación, y que la gran mayoría de ellos son sin audiencia oral, es decir, con audiencia escrita.

La única solución, porque esa fue la que se estableció para remediar el procedimiento, fue la de contestar el

Recurso de Casación en el lugar donde se realiza el emplazamiento, porque no hay más, ese es el único momento procesal para hacerlo, salvo, repito, que se realice una audiencia oral, en cuyo caso sí se convoca -como lo señala la Ley Orgánica del Ministerio Público- al Fiscal General.

También en esto hay un cambio: la Ley Orgánica del Ministerio Público señala dos funciones jurisdiccionales específicas al Fiscal General de la República, o sea dos funciones judiciales, procesales: una es la investigación por delitos contra los miembros de los Supremos Poderes, la cual debe realizar personalmente, por ser una actividad que él no puede delegar (nosotros por ejemplo, los Magistrados, realizamos personalmente el procedimiento de Casación, no lo podemos delegar, no podemos delegar la audiencia ni la vista oral, son actividades procesales indelegables, o la recepción de prueba, en materia de revisión por ejemplo).

En segundo lugar, dice la Ley Orgánica del Ministerio Público, el Fiscal General debe asumir las audiencias orales de Casación. Aquí sí se establece la posibilidad de delegación, pero en forma parcial y por razones motivadas. Se agregan estas dos connotaciones de manera que el Fiscal General debiera asumir la mayoría de las audiencias orales de Casación y delegarlas parcialmente cuando sus ocupaciones no se lo permitan. Nosotros creemos que frente a las funciones judiciales y las funciones administrativas del Fiscal General deben ceder las segundas frente a las primeras, tal como nos sucede a nosotros los Magistrados, quienes también tenemos funciones administrativas y funciones jurisdiccionales, y que debemos estar jugando en ellas, pero que no podríamos eludir nuestras funciones jurisdiccionales por cumplir las administrativas. Creo yo

que en esta mezcla debe juzgarse el tema de la contestación del Recurso de Casación.

-Don Daniel, también, ha surgido en la Unidad de Casación del Ministerio Público, alguna inquietud con respecto a los procedimientos de revisión. En algunos de los delitos, prácticamente lo que se insta es a una retractación de la denuncia, pues, de acuerdo al Código, la Sala nombra a un Magistrado Instructor para que reciba la prueba y posteriormente se dicta el fallo. En algunos casos -me parece recordar uno de abusos deshonestos en que no se da el reenvío sino que la Sala entra directamente, resuelve el fondo y absuelve al acusado- a nosotros nos ha preocupado si se establece un precedente peligroso, donde el imputado presenta su procedimiento de revisión y trae -en casos generalmente de delitos sexuales- a la ofendida, la cual se retracta, sus familiares se abstienen y aquí no pasó nada. Eventualmente la Sala entra y absuelve al acusado.

-DGA: El tema es delicado. Aquí hay dos problemas involucrados: uno, la capacidad de la Sala para recibir o rechazar, por ejemplo, un Recurso de Revisión cuando se le ofrecen estos nuevos –entre comillas- elementos de prueba. Dos: si en el procedimiento de revisión se puede entrar a conocer directamente el fondo, o si debe ordenarse el reenvío para que se realice un nuevo juzgamiento (que en todo caso va a ser lo mismo, porque si van a participar en el juicio nuevamente las mismas personas, la base para el dictado de la sentencia va a ser específicamente la misma).

A partir del momento en que Costa Rica, excepcionándose de las reglas de revisión en todo el mundo, inclu-

yó como materia de revisión la violación al debido proceso y al derecho de defensa, cambiamos las reglas del juego de la cosa juzgada, es decir la naturaleza de la cosa juzgada penal.

En nuestro país, prácticamente no existe cosa juzgada en materia penal, porque la violación al debido proceso y al derecho de defensa implican la posibilidad de replantear por procedimiento de revisión la mayoría de los temas que se han discutido en el proceso penal. En consecuencia, queda indefinidamente abierta la posibilidad de juzgar.

Recordemos que la Constitución hace expresamente la excepción en relación con la cosa juzgada del procedimiento de revisión. Es decir, se establece la garantía de la cosa juzgada pero se deja a salvo el procedimiento de revisión, en el cual se viene a incluir como una causal más la violación al debido proceso y al derecho de defensa.

Esto tiene sus justificaciones que por razones de tiempo no vamos a señalar aquí, pero de alguna manera nosotros nos la ganamos. Es decir: había criterios muy cerrados en la Casación que justificaron tal modificación desde antes de toda esta reforma. Esto fue una modificación que se le hizo al código cuando entró en funcionamiento la Sala Constitucional en 1989. En esa oportunidad se introdujo como causa de revisión la posibilidad de alegar violaciones al debido proceso y al derecho de defensa, dejando así abierta la posibilidad de continuar discutiendo, después de la sentencia "firme", una cantidad de aspectos que debieron discutirse durante el juicio. En algunas oportunidades, las personas que formulan los cargos son menores de edad y eventualmente la responsabilidad penal que podrían tener es mínima. Hemos tenido que examinar con

mucho cuidado la prueba evacuada en el juicio para poder mantener una sentencia, frente a "nuevos" elementos probatorios que señalan que la persona que hizo los cargos se desdice, o señala que era falsa la denuncia, que lo hizo porque su madre le dijo y su madre viene a declarar diciendo que le dijo a su hija o hijo que lo hiciera porque quería vengarse de su marido por razones familiares.

El artículo 416 párrafo segundo del Código Procesal Penal dice que en el procedimiento de revisión no se absolverá ni variará la calificación jurídica ni la pena como consecuencia exclusiva de una nueva apreciación de los mismos hechos conocidos en el proceso anterior, o de una nueva valoración de la prueba existente en el primer juicio, es decir, la limitación que tiene el Tribunal de Casación o la Sala de Casación frente a este procedimiento es la de que no puede valorar de nuevo los mismos elementos de prueba, es decir que no se puede basar exclusivamente en una revaloración de la prueba existente. Lo que sí puede hacer es valorar la prueba "nueva" en función de la prueba que se recibió en el juicio anterior. Esto trae aparejada una agravante muy seria: la Sala no estuvo en el juicio, normalmente han pasado muchos años, de manera que se hace bien difícil apreciar dicha prueba.

El segundo problema es el reenvío. La Sala ha señalado que cuando se tienen todos los elementos de prueba no habría necesidad de reenviar. Por ejemplo: por la aplicación del in dubio pro reo para resolver el fondo. Se dice que el reenvío es inútil, porque lo que tendría que decir la Sala para ordenarlo es que en un caso como este hay que dudar, en consecuencia se ordena el reenvío para que el Tribunal de instancia realice un nuevo juicio pero dude y absuelva, lo que implicaría prácticamente un absurdo, por

anticipar la conclusión.

Hay unas resoluciones de la Sala que señalan que incluso no solo cabe tal comportamiento en el procedimiento de revisión sino también en el de casación. En un recurso por la forma, por ejemplo, cuando se alega violación al debido proceso, se puede entrar directamente al fondo -incluso con el procedimiento anterior que establecía una limitación en ese sentido, limitación que ya no existe en el nuevo procedimiento.

-Don Daniel, en ese ejemplo que le puse donde precisamente la Sala entra a valorar la prueba que ya había sido valorada por el Tribunal de instancia.

-DGA: el párrafo segundo lo que establece es que sea la misma prueba. Pero no puede ser la misma prueba: en Casación hemos recibido la versión de las personas que se desdican de su dicho e indican las razones por las cuales se desdican. Hay que entrar a valorar eso en función de la prueba anterior, es decir, son los mismos testigos pero no es el mismo elemento probatorio. En uno es evidente: afirmaba la existencia de un hecho delictivo y mantenía la existencia de un hecho delictivo; en el otro estima que no, y señala las razones por las cuales lo reduce a una especie de conflicto familiar. La Sala no puede más que resolver con base en esos "nuevos" elementos relacionados con los anteriores. Normalmente esta prueba la recibimos nosotros personalmente, ahí en la Sala, salvo que tengamos que comisionar fuera de San José por tratarse de personas que residan lejano. Desde luego no es la misma prueba que se realizó en el juicio. Es el mismo testigo, pero no es exactamente la misma prueba, incluso hasta el contenido es diferente.

Acordémonos que el testigo es una fuente de prueba, no es la prueba en si misma. Lo que se valora es su contenido. Lo que yo puedo valorar es el contenido, es la misma fuente de prueba pero no es el mismo resultado en relación con el problema. Claro, lo que la Sala no podría hacer es recibir un procedimiento de revisión que pretenda que con un nuevo examen de las pruebas ya existentes en el juicio se vuelva a resolver cosa distinta; esto si lo podríamos rechazar con el 416 párrafo segundo. Ahí sí y es a eso a lo que se refiere.

-Me llama la atención eso de "nueva" prueba, no es en realidad nueva prueba, lo que va a hacer es tratar de destruir o decir que es falsa la prueba que se recibió en el juicio, y eso equivaldría a valorarla de nuevo. Eso es lo que preocupa, y preocupa también el hecho de que, como usted mismo lo está diciendo, la Sala no estuvo en el juicio.

-DGA: En estos casos nosotros sí recibimos la prueba personalmente, es decir, a las víctimas. Recibimos a los que hacen los cargos, incluso la que sirvió de sustento para la condena, que es la que viene a desdecirse. Porque si lo que recibimos es otra prueba diferente tendríamos que relacionarla con la anterior. Yo lo que creo es que aquí nosotros, en algún momento, podríamos matizarla.

Aun más, en algún momento nosotros, siguiendo a De La Rúa -un libro de consulta- llegamos a afirmar que Casación no valora la prueba, pues él afirma que Casación no valora prueba. Esto es totalmente falso. El mismo De La Rúa lo señala; lo que pasa es que nosotros tomamos la frase como si fuera un libro de fe, casi que como el texto legal. Claro que Casación valora prueba, incluso en el Re-

curso de Casación. Y la valora aun cuando no ha estado en el juicio, lo hace todas las veces que se alegue violación, por ejemplo, a las reglas de la sana crítica. Casación tiene que valorar prueba. No hay otra manera. No puede sustituir la valoración que hizo el Tribunal de instancia, pero tampoco podría resolver si no entra a valorar.

Para poner otro caso: se alega la preterición de prueba. Un Defensor o un Fiscal viene alegando que en el proceso se dejó de recibir un elemento de prueba, que el elemento de prueba era este reloj. La Sala tiene el elemento de prueba que podría demostrar tal y cual situación; tiene un juicio en que se ha recibido este elemento de prueba y este otro elemento. Lo que tiene que hacer la Sala es valorar dicha prueba, la cual ni siquiera se ha recibido, e introducirla en el juicio lógico de valoración que ha realizado el Tribunal. Así determina qué grado de incidencia podría tener este elemento probatorio en las conclusiones lógicas a las que ha arribado el Tribunal. Esto no implica más que valorar, incluso sin recibir. Lo que no puede hacer la Sala es valorar para llegar a conclusiones distintas a las que llegó el tribunal de instancia, porque en ese caso, si estima que hay preterición de prueba y la prueba es esencial, lo que tiene que hacer es anular para ordenar un reenvío.

Puede darse el caso de que no lo haga, y aquí pongo un ejemplo donde se valora prueba y no se ordena el reenvío, cual es la aplicación del in dubio pro reo. En tal sentido implicaría un absurdo ordenar el reenvío y decirle al Tribunal de instancia: esta persona fue condenada, pero este nuevo elemento de prueba establece un juicio de duda, y como establece un juicio de duda ordenamos el reenvío para que se realice un nuevo juicio y en él se dude de su responsabilidad y se le absuelva. No tiene sentido.

Ahora no se ordena el reenvío solo en la medida en que no existe la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba en el nuevo juicio, y en este caso necesariamente tendrá que resolverse de esta manera; no hay otro modo.

Hay un libro de Bacigalupo que viene a señalar la importancia de que el Tribunal de Casación valore los elementos probatorios y la trascendencia que esto tiene más bien para la defensa de los derechos de las partes, es decir la manera como Casación puede hacerlo y no convertirse -como era antes en la Casación tradicional- en un mero contralor de legalidad. Esto ha transformado totalmente la forma y el funcionamiento del Recurso de Casación. Esto ha cambiado, digamos, la naturaleza del Recurso de Casación.

El texto de Bacigalupo trata de cómo pueden hacer las partes para impugnar los hechos en el Recurso de Casación, con las limitaciones que existen en cuanto a la valoración de la prueba. Es un tema delicado, pero Casación sí valora prueba. Esto en realidad fue una sacada de contexto de las frases de De La Rúa. Sin embargo, el tema es polémico.

-Don Daniel, ¿cuál es la interpretación de la Sala Tercera respecto al art. 15 CPP, en un Recurso de Casación que presenta un defecto formal y de estructura?

-Bueno, aquí yo debo confesar que tengo un criterio de minoría en la Sala. Yo soy crítico en cuanto a la manera como se está interpretando de parte de la Sala el art. 15. Pero ojo porque yo soy totalmente minoría.

La mayoría de la Sala ha entendido que en realidad

son pocos los defectos formales saneables en una instancia de constitución o en la formulación del procedimiento de revisión o en el planteamiento de un Recurso de Casación o en la formulación de la acusación. El art. 15 dice que el Tribunal o el Fiscal que constate un defecto formal saneable en cualquier gestión, recurso o instancia de constitución de los sujetos del proceso, lo comunicará al interesado y le otorgará un plazo para corregirlo, el cual no será mayor de cinco días; si no se corrige en el plazo conferido resolverá lo correspondiente. Dice "*cualquier defecto formal saneable*". Si yo hubiera sabido lo que interpretaríamos con "*formal*" y "*saneable*" nunca se hubieran puesto esas frases; en ese caso se hubiera puesto "*se constate un defecto en cualquier gestión, recurso e instancia*", porque la verdad es que, desde luego, se trata de defectos formales.

Hago esta referencia porque la Sala interpreta de manera muy restrictiva qué es un defecto formal saneable, y considera que son los que no implican un rechazo de la gestión, por ejemplo, la falta de autenticación cuando era un requisito. Sin embargo, para prevenir que se corrigiera ese defecto no era necesario el artículo 15, es decir, ya lo hacíamos sin artículo 15, con el procedimiento anterior.

La Sala interpreta que defecto formal saneable es una muy reducida cantidad de situaciones que podrían justificar esta prevención, tan reducida que no han encontrado un caso en lo que vamos del año. Yo ya he salvado el voto como en unos 50 casos, tal vez más. La Sala no ha hecho prevención en un procedimiento de revisión formulado por el propio imputado y este no hace una separación adecuada de los fundamentos del recurso, señala que esto es un defecto y en consecuencia lo rechaza ad portas. En

mi opinión esto es un defecto formal saneable porque le podría decir que el recurso no contiene una separación de motivos adecuada y que en consecuencia debe corregirlo. Le da un plazo para que lo corrija y si no lo hace resuelve como corresponde, o sea lo rechaza.

Es muy restrictiva la aplicación que se le está dando a esta norma, yo espero que con el tiempo esto cambie; es más, me parece que estamos siendo más restrictivos ahora que con el procedimiento anterior, al extremo de que la admisibilidad en Casación, en este momento, es más cerrada que con el Código anterior, cuando debiera ser totalmente lo contrario, es decir se suponía más bien que se desformalizaría el procedimiento de Casación. En realidad lo que yo he indicado es que el artículo 15 responde a la necesidad de que el Recurso de Casación, con base en la jurisprudencia de la Sala Constitucional, no sea formalista, ni se interprete con un rigor legalista, sino que permita a los sujetos del proceso defenderse frente a la arbitrariedad de los Jueces o frente a las irregularidades procesales que ellos constaten en un asunto. Esto responde a una apertura del Recurso de Casación que se había dado o se suponía que se había dado desde tiempo antes.

-Esa interpretación no se contradice con el artículo 178?

-DGA: No, ¿por qué? ¿el rechazo? No con el 178, porque este artículo se refiere a defectos y a la necesidad de hacer protesta frente a defectos formales. Yo me refiero más bien a las normas que señalan que si el procedimiento de revisión o el Recurso de Casación no reúnen los requisitos, pueden ser rechazados ad portas. En realidad estas normas tienen que interpretarse sin perjuicio de la preven-

ción que hay que formularles a las partes para que corrijan los defectos, y es así como hay que integrarlo, es decir hay una norma que señala que el Recurso de Casación puede ser rechazado ad portas por la Sala, pero esto debe entenderse sin perjuicio de que, frente a los defectos formales saneables, se prevenga a la parte que los corrija.

La idea de esta norma era muy clara, yo pienso que era muy simple: la de prevenirse, la de que ningún acto de uno de los sujetos del proceso -sea Fiscal, sea Defensor, sea Actor Civil- pueda ser rechazado en el procedimiento por razones formales sin previa advertencia de corregir el defecto. Es más, en materia civil existe esto, ¿cómo es que en materia penal no exista, donde se supone que incluso opera el impulso procesal de oficio?

-La otra pregunta, Don Daniel: ¿tiene Recurso de Casación directamente la resolución de sobreseimiento en audiencia preliminar, o habría que interpretar las normas de la apelación y presentar el Recurso de Apelación y posteriormente atacar la resolución del Tribunal?

-DGA: Hay un principio básico de la Casación que impide arribar "*per saltum*", es decir que prohíbe la posibilidad de que Casación intervenga de manera directa, sino que es necesario que se agoten todos los recursos que quepan contra la resolución para que se pueda acceder a la Casación. En nuestro sistema, ni el anterior Código, ni este, poseen una Casación *per saltum*. Algunos sistemas procesales la tienen. De donde, en nuestro sistema hay que formular primero el Recurso de Apelación y posteriormente el de Casación.

Nosotros sí estimamos, debo decirles, que el sobre-

seimiento confirmado por el Tribunal de alzada tiene Recurso de Casación, porque entendemos que una manera de dictar la resolución es cuando se hace de propia iniciativa o cuando se hace porque se está conociendo de un Recurso de Apelación.

Es más, esto expresamente se discutió cuando se estaba elaborando el Código y se dijo que no se ponían las dos causales a que hacía referencia el Código Procesal anterior porque son prácticamente lo mismo, es decir, el Tribunal en realidad dicta la resolución tanto cuando confirma la resolución del inferior, como cuando lo hace de propia iniciativa. En ambos casos está dictando la sentencia porque la está haciendo suya, esto en materia de Apelación. Diferente es el caso de Casación, la cual no confirma sentencias; en esto yo siempre insisto mucho.

No se imaginan cuántas veces hemos estado en discrepancia con la sentencia y queda confirmada por la Sala, dadas las grandes limitaciones que tiene el recurso, en el sentido de que le otorga al Tribunal la competencia limitada a los motivos del agravio. Si bien es cierto hay posibilidades de conocer de la nulidad de oficio o de los actos inválidos de oficio, estas posibilidades son mínimas. La Casación está muy restringida; la competencia nos la da a nosotros el recurrente. Nosotros actuamos en función de lo que el recurrente nos solicite examinar frente a la causa, y en muchos casos por la falta de un Recurso de la parte contraria no podríamos hacer más.

Nos ocurre muy a menudo -más de lo que ustedes se imaginan- casos en los cuales nosotros no solo no confirmamos la sentencia sino más bien agravaríamos la situación del recurrente, pero no lo hacemos por no violar el

principio de la prohibición de reformatio in peius. Por ejemplo la Defensa viene a la Casación reclamando por la cantidad de pena, al estimarla muy alta, pero nosotros estimamos más bien que se trata de un caso de concurso material, que lo juzgaron como concurso ideal y le aplicaron solo una pena frente a una gran cantidad de hechos delictivos y ni siquiera se la aumentaron.

Conocimos hace poco un caso donde había varias violaciones y un abuso deshonesto; el Tribunal estimó que todo era en concurso ideal y terminó imponiendo una única pena de 12 años de prisión, pero se trataba de varias violaciones en concurso material, es decir la pena en realidad debió haber sido como de 30 años de prisión. Bueno, pero a falta de un Recurso del Ministerio Público nos limitamos a declarar sin lugar el Recurso de la Defensa, pero eso no significa que estuviésemos confirmando la sentencia. Es decir, estamos en desacuerdo con la sentencia; sin embargo, no decimos absolutamente nada porque el recurrente -desde luego- no nos va a plantear nada en ese sentido, y esto nos ocurre muy a menudo.

-¿De acuerdo al art. 142 inc. tercero debemos separar o no un motivo de falta de fundamentación y uno de violación a las reglas de la Sana crítica?

-DGA: se quiso incluso expresarlo de esa manera para no terminar con un absurdo jurisprudencial, que exigía distinguir entre falta de fundamentación y violación a reglas de Sana crítica. Incluso ni siquiera De la Rúa llegó a hacer una distinción como nosotros la hacemos; es más si nosotros apreciamos el libro de De la Rúa, él habla de la violación a las reglas de la Sana crítica en el capítulo correspondiente a los vicios de fundamentación.

La Sala había hecho una exigencia de separación de motivos desde hace mucho tiempo con base en el 400, porque el 400 hacía una distinción entre problemas de fundamentación y problemas de violación a reglas de Sana crítica; pero la verdad es que todo problema de violación a reglas de Sana crítica es un problema de fundamentación, es decir, el género es la fundamentación, la especie es la violación a reglas de Sana crítica.

Hay otras formas de afectar la fundamentación, por ejemplo, en relación con los hechos probados o porque el Tribunal en un caso de preterición de pruebas excluya o deje de examinar prueba esencial. Este es uno de los casos en los que se vicia la fundamentación. Sin embargo yo les rogaría ser prudentes. La violación a las reglas de la Sana crítica es un problema que incide en la fundamentación y es un problema de fundamentación y expresamente se quiso señalar así en el nuevo Código Procesal Penal, pero yo sí les recomendaría, por ser un asunto estricto de orden, dada la necesidad de separar los motivos, que cuando estén hablando de un vicio de falta de fundamentación distinto a la violación de las reglas de la Sana crítica lo hagan por separado, para evitar que eventualmente les digan alguna cosa en la que (bueno, ahí yo no he salvado votos) tengo un criterio un poco diferente del que ha interpretado la jurisprudencia.

Para mí solo hay dos motivos en el Recurso de Casación: un motivo de forma y un motivo de fondo, y existen diferentes fundamentos para cada uno de estos dos motivos. Lo que pasa es que la jurisprudencia -y en gran parte la doctrina- lo que ha interpretado es que hay una gran cantidad de motivos por la forma y una gran cantidad de motivos por el fondo, y que cada uno de ellos tiene su

fundamento, haciendo distinción en cada uno.

Esto tiene trascendencia, no es un problema meramente teórico, porque incide en la posibilidad de ampliarlo. Por ejemplo en la audiencia oral se pueden ampliar los fundamentos, pero no los motivos. Ya ha habido casos en los cuales se acoge el Recurso de Casación única y exclusivamente con base en el fundamento que se agregó en la vista oral, y no por lo que se dijo en el Recurso de Casación por escrito. Ha habido casos, muy pocos pero los ha habido, porque normalmente los recurrentes van a la vista oral casi a reiterar lo que ya dijeron por escrito. Por eso la Sala ha sido un poco restrictiva cuando las partes vienen a reiterar las mismas argumentaciones por escrito, porque se supone que la audiencia oral es para venir a fortalecer las argumentaciones jurídicas que ya se dieron por escrito, pero no a repetirnos lo que dijeron en el escrito, reiterando lo expresado en cada motivo.

Por eso le llamamos Vistas. La Vista es así. Si usted se fija en el Código no les llama vistas, les llama debate o audiencia oral, lo cual es diferente a una vista. Una vista es una especie de traslado de las motivaciones (lo que se hace en la actualidad). En realidad, por razones de orden, es conveniente que no mezclen por lo menos violación a reglas de la Sana crítica con otros vicios de fundamentación. O sea, cuando encuentren que la fundamentación está viciada por diferentes razones, separen esas razones y establézcanlas como motivos, para evitar el riesgo de que les digan que están mezclando los motivos.

Para ser estrictos, el mejor consejo que les doy es este: todas las veces que duden, separen; siempre que duden, separen la argumentación. Y si ustedes estiman que la ar-

gumentación no se puede alegar sino solo en conjunto, háganlo de las dos maneras. Es decir: sepárenlo y después lo plantean en otro motivo junto; porque también podría ser que le digan: *"si me lo hubieran mezclado con este otro motivo tal vez lo hubiera declarado con lugar"*, pero se corren ese riesgo. Es muy simple: lo hacen por separado y lo hacen conjuntamente.

La no descripción del hecho probado es un problema de fundamentación y está tratado de forma diferente. En ese mismo artículo hay un inciso que se refiere a la nueva descripción del hecho probado, a la falta de enunciación del hecho incluso acusado y a la falta de descripción del hecho probado ¿cuál es el inciso?

-El b.

-DGA: El b), bueno, eso es un problema de falta de fundamentación y no hay que alegarlo por separado de la falta de fundamentación; es decir, el hecho de que el legislador en algunos supuestos separe ciertos vicios y diga el vicio es falta de fundamentación, y luego mencione otros, por ejemplo la falta de descripción adecuada del hecho probado -que es un problema de fundamentación- no significa que no se puede decir que el vicio de falta de descripción del hecho probado sea un problema de fundamentación porque, si lo es, sucede lo mismo en relación con la violación a reglas de sana crítica.. Es decir, el hecho de que el legislador taxativamente señale un vicio de falta de fundamentación y lo separe de la violación a las reglas de sana crítica no significa que haya necesariamente que distinguirlo. La distinción que se hace en este artículo fue originada por la jurisprudencia pasada.

El artículo 400 también tenía esa distinción y separaba falta de fundamentación y violación a reglas de sana crítica, pero entonces yo decía ¿por qué se exige alegar por separado el tema de violación a reglas de la sana crítica del problema de fundamentación y se decía "mezcla motivos", pero no se dice lo mismo en el caso de la falta de descripción del hecho probado, el cual también es un problema de fundamentación? Y si el recurrente dice *"esta sentencia no describe adecuadamente el hecho probado en consecuencia no está adecuadamente fundamentada"*, en este caso nosotros no exigimos que se alegue por separado, a pesar de que el artículo 400 los separa.

En realidad, la distinción nunca debió haber sido. Ahora, lo que sí recomiendo es que la separen de otros vicios de falta de fundamentación. No lo mezclen, para evitar que una Sala rigurosa o formalista les rechace en admisibilidad el Recurso formulado; es preferible ser riguroso en ese sentido.

TEMA II: LA ACCIÓN CIVIL RESARCITORIA EN EL PROCESO ABREVIADO

-Una vez hecha la elección de vía, por parte del actor civil, y se admite el proceso abreviado, no parece válido remitir al actor civil a cobrar en la vía civil ordinaria., pues la persona ya indicó mediante cuál vía quiere que se conozca su pretensión. A nivel del Ministerio Pú-

blico, pero solamente en el caso de las acciones civiles delegadas en él, mediante circular, la Fiscalía General ha establecido que no se aceptan los procesos abreviados mientras no haya satisfacción de la pretensión resarcitoria ejercida por el actor civil. Se ha tratado de ensayar otra solución, cual es la posibilidad de aplicar la cesura a los casos de proceso abreviado, de tal manera que en la segunda etapa pueda discutirse el problema relativo a la pretensión civil resarcitoria.

-DGA: me parece más adecuada la solución que usted señalaba al inicio, es decir el procedimiento abreviado no puede ser compatible con la cesura del proceso, pues la misma está prevista básicamente para el proceso ordinario, no para el procedimiento especial. Si bien es cierto se aplican supletoriamente las reglas a los diferentes procesos especiales, debe ser en cuanto sea aplicable conforme a su naturaleza, pero es indiscutible que la cesura del proceso en estas circunstancias es totalmente incongruente.

Me parece más adecuado que sea el Ministerio Público el órgano que tenga que velar por esos intereses en relación con la acción civil y en relación con los intereses de la víctima, y aquí me meto en un tema que ahora me estaban planteando, en el sentido de que se ha estimado que el Ministerio Público no tiene que ver nada con los intereses del actor civil, pero ¿quién ha dicho eso? ¿cómo no va a tener que ver con los intereses civiles y pecuniarios del actor civil -y hablo de actor civil, no hablo de víctima ni de querellante- si incluso puede hasta sustituirlo? Además, la víctima lo que hizo fue constituirse como parte y reclamar la indemnización personalmente. ¿Cómo es posible que el Ministerio Público vaya a decir “*eso no me interesa a mi, esto no es un problema mío*”, o que se trata de

intereses pecuniarios privados, si esa persona podría incluso delegarle la acción civil en forma exclusiva?

Es lógico que el Ministerio Público se preocupe por esa indemnización y que procure que a la víctima se le indemnice, para lo cual debe referirse a ella en las audiencias orales en que corresponda, principalmente en el debate. La verdad es que desde el procedimiento anterior nosotros estimamos que el Ministerio Público debería asumir un papel más protagónico en relación con la defensa de los intereses pecuniarios de la víctima. Claro que sí le interesa; es más, el Ministerio Público debiera pronunciarse siempre que haya un recurso, una gestión, cualquier alegato en relación con la acción civil resarcitoria, aun cuando no le haya sido delegada. Al Ministerio Público le debe importar la aplicación de la ley penal.

Ante la existencia del hecho delictivo se dan una serie de consecuencias: unas penales y otras civiles o pecuniarias, otras relativas al comiso, etc. Todas las consecuencias de la acción delictiva tienen que ser abordadas por el Ministerio Público, en virtud de que la ley penal establece la responsabilidad civil como consecuencia del hecho delictivo. La indemnización civil que se produce en sede penal no es equivalente a una obligación pecuniaria de carácter civil o mercantil, al menos no antes de que se declare la existencia de la obligación en sede penal. El Ministerio Público debiera ser un órgano no solo interesado, debe estar totalmente legitimado, total y absolutamente involucrado en la acción civil resarcitoria una vez que la víctima procede a formularla, porque se trata de la aplicación de una consecuencia penal derivada del hecho delictivo y él es el actor penal principal.

Regresando a la pregunta me parece que la solución adecuada es la que ustedes han adoptado -es más ustedes hasta lo podrían asumir como regla-; es decir, el Ministerio Público no debiera aceptar ningún proceso abreviado sino solo cuando se haya propuesto una indemnización, incluso aun cuando no se haya planteado la acción civil resarcitoria. Esto es un asunto de política criminal que se le traslada al Ministerio Público.

Ustedes podrían decir: *"Bueno, vamos a ir a un proceso abreviado (cuando el delito produzca consecuencias pecuniarias) siempre que haya por lo menos un compromiso del imputado de reparar civilmente a la víctima"*. Eso puede ser un criterio que estaría en manos de ustedes. Este es uno de los traslados que la legislación le realiza al Ministerio Público.

Un poco de esto es lo que examinábamos en una mesa redonda de días pasados, dedicada a la elaboración de una política criminal sobre el ejercicio de la acción penal. Al Ministerio Público se le trasladan una serie de responsabilidades; esta es una de ellas, y me parece que es adecuado -mayormente existiendo un actor civil- que el Ministerio Público no acepte la realización del proceso abreviado si el imputado no le garantiza satisfactoriamente la indemnización a la víctima.

La solución al problema está en no utilizar la cesura del procedimiento ordinario, porque este último es incompatible con la naturaleza del procedimiento abreviado.

-Quisiéramos que se refiera a la correcta interpretación que se debe dar al artículo 263 CPP, que habla sobre el embargo como medida cautelar en el nuevo

Proceso Penal. Esto en el sentido de si se debe interpretar que tratándose de bienes inscritos significa efectivamente un embargo anotado y por lo tanto una inmovilización del derecho de propiedad, o si no se podría dar una inmovilización de la propiedad dentro del proceso penal sino que, a lo sumo, una anotación del proceso -ni siquiera de la demanda-, lo cual significa una advertencia para terceros de que la propiedad está sujeta a un proceso penal. La diferencia tiene una connotación práctica para nosotros, pues en el Registro la anotación del embargo es una medida cautelar de carácter real que involucraría la posibilidad de inmovilización de los bienes y por lo tanto la posibilidad de que no se distraigan bienes en el ejercicio de una acción civil resarcitoria. La otra interpretación que se ha dado en algunos Tribunales es que, en razón de las garantías del proceso a las partes, no se podría inmovilizar ningún tipo de propiedad y a lo más que podemos llegar es a una anotación marginal.

-DGA: Aquí hay que distinguir varias situaciones. Una cosa -de carácter civil, no de materia penal- es la anotación de un decreto de embargo, es decir, cuando el tribunal ordena que un inmueble se embargue y esa resolución que ordena el decreto se anota o se inscribe en el Registro al margen. Otra cosa es la anotación del embargo practicado, cuando ya el bien ha sido embargado, se ha nombrado en este caso el depositario, que va a ser el encargado de administrar el bien. Y finalmente, en tercer lugar, otra cosa es la anotación de la existencia de un proceso. Esta figura la vemos sobre todo en vehículos, donde ya hay un gravamen legal sobre el bien para responder a las consecuencias. En muchas ocasiones, simplemente lo que se hace es anotar la existencia del proceso, otras veces se

anota la existencia de un juicio en donde se están discutiendo ciertos derechos que afectan el derecho de propiedad de alguien.

Lo que yo no creo que se pueda hacer en ningún supuesto es inmovilizar una propiedad. Lo que se puede hacer es embargar un bien para que responda por cierto monto a las resultas de un proceso. El bien puede ser transferido, pero el adquirente lo recibe con esta limitación. Quizás lo que ha faltado es que los Jueces ordenen adecuadamente el decreto de embargo, dispongan que el embargo se practique y se anote conforme lo señala el Código Procesal Civil, porque estas reglas son aplicables al embargo. En el Código anterior habían unas cuantas reglas que ahora se eliminaron; actualmente se dice que, para todo lo relacionado con el embargo, rigen las reglas del Código Procesal Civil, que es lo que hace el artículo siguiente, el cual dice: *con respecto al embargo y a todas sus incidencias regirán en cuanto sean aplicables las prescripciones del Código Procesal Civil*. La práctica de este embargo deberá hacerse conforme lo señala el Código Procesal Civil en cuanto sea aplicable.

Aquí hay un problema pendiente en relación con la materia registral, pero dejando de lado esa discusión del pago de ciertos derechos que se podrían prevenir a los sujetos interesados, los Jueces o las partes (en este caso el actor civil o el Ministerio Público por la acción delegada) lo que tienen que hacer es pedir que se ordene el embargo del bien, indicando que es el bien tal, que se nombre un Juez Ejecutor para que se realice el embargo, como se hace en el procedimiento civil, y que se anote este decreto de embargo en el asiento respectivo, como lo hacen los Jueces en la materia civil. El Juez Penal debe ordenar el em-

bargo por una suma determinada, la cual debe fijarse en cantidad suficiente para garantizar la indemnización civil, las costas y la posible pena pecuniaria, indicando además el bien sobre el cual recae la orden de embargo. Posteriormente debe realizarse el embargo, nombrarse depositario y luego de nuevo debe inscribirse en el Registro el embargo practicado sobre el bien.

Como se observa, existe una cantidad de posibilidades para el actor civil, que son poco utilizadas, que se encuentran previstas incluso en el Código anterior y que han sido muy poco usadas.

En un caso donde las partes discutieron que no se había presentado la demanda en el mes posterior al embargo preventivo, como correspondía, y que más bien había que levantar el embargo y condenar al embargante por las costas ocasionadas, porque no presento la demanda civil, la Sala Primera indicó que la presentación de la acción civil resarcitoria en la vía penal constituye la demanda que exige el Código Procesal Civil cuando se habla de embargo preventivo y que, en consecuencia, si en el mes se constituyen como parte civil, ya sea el Ministerio Público o la víctima, esto viene a satisfacer este plazo. Porque, desde luego, si le notifican al imputado primero la acción civil resarcitoria y después lo van a embargar ya ustedes sabrán el resultado. En consecuencia, pueden solicitar un embargo preventivo; es más, si ya se les ha delegado la acción civil resarcitoria podrían solicitar el embargo en el período de investigación, teniendo el cuidado, eso sí, de plantear dentro del plazo correspondiente la Acción civil resarcitoria.

TEMA III: LA CONCILIACIÓN EN DELITOS PLU- RIOFENSIVOS O DE BIEN JURÍDICO ABSTRACTO

-La primera pregunta se refiere a un caso de la vida real que nos ha tocado enfrentar: ¿Estaría válida en facultad el Ministerio Público de intervenir como conciliador -en este caso como representante de la sociedad misma- en aquellos delitos donde se protegen bienes jurídicos abstractos, por ejemplo el favorecimiento o la receptación en sí, donde el ofendido es la Administración de Justicia?

-DGA: El tema es polémico, porque no hay una definición legislativa. En estricto sentido habría que decir que no, porque el Ministerio Público no es el representante del Estado, ni tampoco es el sujeto al que se refiere el artículo 70 cuando se habla de víctimas. ¿Se acuerdan del inciso d? Indica que se considerará víctima a las asociaciones, fundaciones y otros entes en los delitos que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con estos intereses.

El Estado interviene en conciliaciones, a pesar de que no hay norma expresa, cuando entra directamente como "víctima" del delito. El Estado no requiere de una norma porque cuando el interés lesionado con el hecho delictivo es un interés estatal -por ejemplo un delito contra la Hacienda Pública, una defraudación, un peculado en perjuicio directo de la administración de bienes estatales-

aquí sí podríamos decir que el Estado está legitimado para ejercer todas las acciones que le competen a la víctima, dentro de ella la conciliación.

Pero aquí no podríamos encontrar una legitimación para el Ministerio Público en el artículo 70, porque el Ministerio Público, por ser ese órgano sobre el que todavía se está discutiendo su naturaleza jurídica, no hace valer en el proceso intereses propios sino comunitarios. Ese representante de la comunidad es un órgano de justicia. Se discute, incluso, si es parte o no es parte en el proceso penal. Acuérdense de toda la discusión que terminó diciendo que era "*parte en sentido formal*" pero no en "*parte en sentido material*", porque no hace valer intereses propios. Esto significa, entonces, que si no lo podemos calificar de víctima y es la víctima quien puede conciliar, no podría el Ministerio Público intervenir en estos procesos.

Esta sería una interpretación estricta de estas normas. Hay una interpretación amplia que quiere ver que el Ministerio Público sí es el representante de estos intereses, pero cuando los intereses no son estatales sino generales, donde incluso podrían eventualmente conciliar asociaciones, fundaciones y otros entes, en los delitos que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses. Cuando se habla de *otros entes* nosotros no podríamos entender que se refiere a "*entes públicos*". Si así fuera, tendríamos que decir que estamos hablando del ICE cuando se refiere a robo de teléfonos, o que estamos hablando de alguna institución pública, y no es cierto. Se refiere básicamente a entes privados, no gubernamentales y otras agrupaciones como los sindicatos, etc.

El tema requiere de legislación, porque dejaríamos al descubierto una gran cantidad de hechos delictivos en los que no aparece una organización interesada en tutelar esos intereses; en consecuencia, no hay posibilidad de ejercer la acción civil o de realizar algún tipo de negociación, por ejemplo la conciliación. Esta es una interpretación restrictiva.

Algunos estiman -tesis que yo personalmente no comparto- que el Ministerio Público puede perfectamente representar estos intereses. Si bien es cierto sigue siendo el actor penal principal y esto hay que reafirmarlo sobre todo porque no puede dejar de escucharse en la conciliación. El Ministerio Público es un órgano que debe ser escuchado en cualquier proceso de conciliación, aun cuando por lo general su opinión no sea vinculante. Si bien es cierto a la víctima se le ha trasladado la decisión del caso, esto no significa que haya desaparecido el actor penal principal, aunque haya desaparecido el monopolio del ejercicio de la acción penal. El Ministerio Público sigue siendo el sujeto que principalmente ejerce la acción penal; la víctima puede constituirse en querellante, pero este querellante es adhesivo o coadyuvante -si se quiere- del Ministerio Público y solo en muy pocos casos puede ser el acusador principal.

La regla es que el Ministerio Público es y sigue siendo el actor penal principal. ¿Cómo no se le va a escuchar entonces en un proceso de conciliación si es el actor penal principal y en esa conciliación podría llegar a ejercer la acción penal principal? Desde luego su presencia es totalmente necesaria e indispensable; sin embargo, esto no significa que ese sujeto pueda sustituir a la víctima porque aquí hay un problema de legitimación en relación con la víctima. Esta es mi opinión aunque sé que existe otra, re-

pito, que ve en el Ministerio Público un órgano colectivo que podría representar ciertos intereses colectivos.

-Don Daniel yo creo que trae su problemática esa posición que cita, pues se estaría restringiendo a ciertos sujetos el derecho del imputado a una salida alternativa por medio de la conciliación. Yo creo que, aun cuando el Ministerio Público no esté legitimado en forma expresa, si asumimos ese papel protagónico y una debida vigilancia de los intereses de la víctima o de la sociedad, el Ministerio Público podría perfectamente conciliar (sobre todo en asuntos donde el bien jurídico tutelado es la administración de justicia); debo decir que, incluso, en varias situaciones se le ha permitido al Ministerio Público asumir esa posición.

-DGA: Hay que tener cuidado con el asunto de los bienes jurídicos tutelados en el tipo penal, porque los delitos están clasificados en función de bienes jurídicos en el Código Penal, y hay ciertos delitos que están ubicados en algunas categorías, aunque no podríamos encontrar una víctima en particular.

Por ejemplo, en la falsificación de documentos hablamos de "*fe pública*". Sin embargo, esto no significa que en ciertos delitos, eventualmente ubicados por el legislador en algunas categorías genéricas, no pueda eventualmente aparecer un interesado particular a conciliar, y que se pueda llegar a aplicar la conciliación. Es decir, lo que estamos afirmando es que los delitos son normalmente pluriofensivos.

Hay delitos pluriofensivos y afectan más de un bien jurídico; el legislador observa todos los bienes jurídicos

que afecta ese hecho delictivo y en función de que estime más importante lo clasifica en el Código Penal. Entonces encontramos que hay una gran cantidad de tipos penales que están ubicados en ciertas categorías genéricas, por ejemplo el libramiento de cheque sin fondos que está ubicado entre los delitos contra la confianza pública, y no entre los delitos contra el patrimonio. Veán ustedes cómo en un delito donde el bien jurídico tutelado es la confianza pública (o en la falsificación, que es un delito contra la fe pública) admitimos la posibilidad de que aparezca un sujeto ofendido, porque efectivamente en estos delitos también hay ofendido personalizado que puede aparecer y puede llegar a conciliar, con efectos extintivos de la acción penal.

Aquí lo que hay que examinar es si este delito es pluriofensivo. Aun cuando lesione otros intereses, de los cuales no es representante el mismo particular, a pesar de que el delito esté ubicado en esa categoría, eventualmente puede aparecer una víctima que si puede conciliar. Si así no fuera, habría una gran cantidad de delitos donde sería imposible conciliar, por ejemplo, un libramiento de cheques sin fondos o todos los casos de falsedad de uso de documentos falsos, de un cheque o de una letra de cambio o de un pagaré o una escritura, en que se afecten intereses patrimoniales particulares, porque le tendrían que decir al imputado que la negociación tiene que ser con el Ministerio Público, único representante de los intereses que el código denomina confianza pública, fe pública tranquilidad pública o administración de justicia.

Si el delito es un falso testimonio contra un imputado o un falso testimonio contra una persona en un proceso civil, esa persona contra la que se planteó esa prueba falsa

eventualmente podría estar legitimada para entrar en una conciliación con efectos vinculantes, aun cuando el delito esté ubicado dentro de aquellos que afectan la correcta Administración de Justicia.

Lo dicho creo que podría resolver un poco este tema de ciertos delitos pluriofensivos que pueden perfectamente conciliarse. Para esto lo que hay que hacer es ver el 70 CPP: es decir, debe observarse quiénes son víctimas y a quién afecta, cuáles son los bienes que se afectan. Normalmente todos estos delitos de falsificación afectan el patrimonio. En los delitos de falsedad, la mayoría de las veces es una exigencia del tipo penal la posibilidad de perjuicio.

El legislador prefirió ubicar estos delitos dentro de la categoría de los que afectan la fe pública y no dentro de los que lesionan el patrimonio, lo que no descarta que eventualmente puedan surgir estas opciones.

TEMA IV: CONTROL DE LA ACUSACIÓN POR EL JUEZ DE LA ETAPA INTERMEDIA

-¿Puede el Juez de la fase intermedia anular "de oficio" una acusación por meros defectos formales sin esperar incluso la realización de la audiencia preliminar o sea la actuación plena de las partes y sin aplicar a su vez previamente el numeral 15 del CPP?

-DGA: esas son las grandes tentaciones de los Jueces. Desgraciadamente nosotros todavía estamos en una concepción inquisitiva en la que, como en el proceso anterior, nos involucrábamos totalmente en el ejercicio de la acción penal. A los Jueces penales actuales, que antes eran los de Instrucción, les corresponde controlar la actividad requirente del Ministerio Público. Y quienes antes realizábamos esa función nos metíamos totalmente en el ejercicio de la acción penal. El Juez de Instrucción era el que con el procesamiento y el auto de elevación a juicio venía a inmiscuirse totalmente, no solo en la calificación jurídica sino en los hechos, en la forma de describirlos. Se podía complementar y en algunos casos hasta casi que rehacer la acusación en materia penal. Y eso se hacía hasta en el Tribunal de Juicio cuando, conociendo en apelación del procesamiento o del auto de elevación a juicio, se pronunciaba sobre el requerimiento o sobre el mismo procesamiento. Esto hace que todavía tengamos muchas tentaciones para meternos en la actividad requirente del Ministerio Público.

Nosotros, en las reuniones con los jueces penales, hemos insistido en no meternos en la manera como el Ministerio Público realiza la acusación; eso es responsabilidad exclusiva del Ministerio Público. Para entender cuál es el rol del Juez en este terreno del control de la actividad requirente del Ministerio Público, podríamos compararlo con las potestades que tiene un Juez frente a una querrela por delito de acción privada; o sea, ¿qué posibilidad tiene un Juez de decirle al querellante de injurias y calumnias que corrija la querrela por delito de injuria y calumnia? Casi que ninguna. Bueno, esas mismas posibilidades son las que tiene el Juez Penal para inmiscuirse en el contenido de la acusación del Ministerio Público. La responsabi-

lidad de las omisiones, la inadecuada redacción de hechos, la ausencia de ciertos aspectos fundamentales o circunstancias que calificarían el hecho, son responsabilidad exclusiva de los sujetos encargados de la acusación, y los Fiscales en esa función solo van a poder ser controlados por la víctima, por el actor civil, incluso hasta por el mismo querellante. Por ello se dispuso que la acusación debe ser puesta en conocimiento de la víctima, del querellante, del actor civil, para que suplan cualquier deficiencia en el contenido, y son ellos los que podrían venir a decir que le agreguen tales o cuales circunstancias o tales o cuales hechos, pero no el juez. El Juez no puede inmiscuirse en esos aspectos.

Me plantearon en una reunión con jueces que en un proceso abreviado se había formulado la acusación en forma deficiente, en un sentido que no correspondía, porque no correspondía siquiera con lo que la víctima había declarado, pues ella se refería a un delito de mayor gravedad. Bueno, esto es responsabilidad del Ministerio Público y nada más. Esto ya no es responsabilidad del Juez, y si hay un problema porque a un sujeto se le aplicó en un proceso abreviado una pena menor de la que realmente debió aplicársele, a quien hay que responsabilizar no es al Juez que conoció eso sino al Ministerio Público que aceptó en esas condiciones y formuló una acusación en ese sentido.

Los jueces nos hemos trasladado responsabilidades que no nos competen, eso le toca y le compete a los fiscales; no podemos inmiscuirnos en la manera y en la forma en como se acusa.

Ahora, si se trata de defectos formales y se estima que hay realmente requisitos no sustantivos sino formales

en el ejercicio de la acusación, en ese caso el Juez, a lo sumo, puede hacer la prevención a la que se refiere el artículo 15, para que se corrijan esos defectos. Pero no puede ponerse a exigirle al Fiscal que debe realizar la acusación en tal o cual sentido, esto va a seguir siendo, a partir de ahora, responsabilidad exclusiva del Fiscal. Sería más o menos lo mismo que un juez civil le previniera a un actor civil o a un sujeto que plantea una demanda que la haga bien, y le diga: *"está haciéndolo mal porque aquí le falta", "aquí hay que poner esto y lo otro"*.

El proceso es más contradictorio, más acusatorio, en la medida que el Juez no se involucra en la actividad de las partes. Hemos dicho muchas veces que con el nuevo proceso las partes dieron un paso adelante pero el Juez dio un paso atrás. Ya no más debe inmiscuirse el juez -sobre todo el juez de la etapa preparatoria e intermedia- en la labor de acusación.

A lo sumo lo que puede ocurrir es advertir en juicio que el hecho podría tener una calificación jurídica diferente, pero todas las omisiones, todos los errores, todos los defectos de la acusación deberán ser responsabilidad exclusiva de los acusadores, ya no más de los Jueces. Esto tiene implicaciones muy grandes en cuanto a la responsabilidad del Ministerio Público. Esto implica que el Juez debe aceptar como válida la acusación que le formule el fiscal. Los Fiscales son los que marcan la cancha. El objeto del Juicio va a estar señalado por el contenido de la acusación, lo que se va a discutir en el juicio es lo que se acusa. En el sistema inquisitivo, el Juez asume de oficio la acusación (el proceso de oficio es típico del sistema inquisitivo); el proceso basado en una acusación de un sujeto distinto al Juez, es típico del sistema acusatorio. Precisa-

mente por eso no me parece apropiado que los jueces penales se inmiscuyan en la manera en que el Fiscal plantea la acusación.

Desde luego, si las partes realizan una negociación para aplicar alguna medida alternativa, como el proceso abreviado, y le dan al hecho acusado una calificación jurídica que no es la que corresponde, el Juez podría rechazar la solicitud de proceso abreviado cuando la pena pactada sea inferior al mínimo posible según la calificación jurídica correcta, incluso descontando el tercio mínimo posible.

Una vez declarada la apertura a juicio, el paso siguiente es inevitable para el Tribunal de Juicio; lo era en el sistema anterior y lo sigue siendo en este: el Juez de Juicio no puede objetar la apertura de juicio. Dentro del proceso hay una serie de aspectos que vienen precluyendo, se definen y la discusión sobre si debía o no abrirse a juicio es una función que le compete exclusivamente al Juez de la Etapa Intermedia, no es una potestad que pueda asumir el Tribunal de Juicio.

Si este considera que hay imperfecciones de procedimiento, por ejemplo, podría ordenar la corrección del procedimiento, si es que eso corresponde a la reposición de ciertos actos, pero no podría discrepar sobre si debía o no abrirse a juicio porque faltan elementos probatorios o porque no está bien descrita la acusación. No podría decir que no se debe abrir a juicio, porque estos son aspectos que precluyeron para el Juez en la Etapa de Juicio. A lo sumo lo que puede hacer es disponer el sobreseimiento por razones expresamente señaladas en el Código, como la prescripción por muerte del reo, y ello es posible siempre que no sea necesaria la celebración del debate para verifi-

car tales causales. El código lo que señala como regla general es que es inevitable la celebración del debate, por eso no se puede volver a discutir el tema de si es o no necesario el juicio para resolver el caso.

TEMA V: LA DESESTIMACIÓN POR ATIPICIDAD Y LA DECLARACIÓN DEL IMPUTADO

-Don Daniel, algunos Jueces, basándose en el 13 y 82 CPP, exigen al Ministerio Público que para solicitar desestimación por atipicidad se debe recibir previamente declaración al imputado.

-DGA: En cuanto a la desestimación por atipicidad, en realidad por cualquier causa, no es necesario que el imputado esté indagado, ni siquiera para que se justifique el dictado del sobreseimiento. La situación era más clara con el código anterior, el cual señalaba el momento en que procedía el sobreseimiento (en cualquier estado de la instrucción). Recordemos aquella discusión referida al surgimiento del proceso, unos estimaban que surgía a partir del acto inicial de la instrucción, otros cuando surge la figura del imputado, otros incluso señalaban el inicio a partir de la declaración del imputado. Con base en ello algunos entendían que para dictar el sobreseimiento era necesaria la declaración indagatoria.

En mi opinión el Ministerio Público puede perfectamente solicitar el sobreseimiento incluso antes de que se

haya recibido la declaración indagatoria del imputado y antes de que se le nombre defensor, sobre todo porque el sobreseimiento tiende a resolver definitivamente en favor del imputado su situación jurídica. No se podría alegar precisamente normas que tienden a protegerlo para dejar de aplicarle ciertos beneficios; es decir, sería una aplicación de normas favorables en perjuicio, por eso creo yo que no hay ninguna norma que lo prohíba, no hay ningún impedimento.

Estas consideraciones aplicables al sobreseimiento también le son aplicables a la desestimación, pues para dictarla no es necesario recibirle declaración al imputado.

Si bien es cierto no constituye cosa juzgada la desestimación, la verdad es que si no hay elementos de prueba y no es un hecho típico, ustedes perfectamente podrían igual resolver por vía de la desestimación que por la de sobreseimiento. Sería un absurdo que para solicitar la desestimación, que es algo que puede perjudicar al imputado porque no constituye cosa juzgada, no se necesita indagarlo y nombrarle defensor, pero para favorecerlo extinguiendo totalmente la pretensión penal hay que nombrarle un defensor. Me parece que es incorrecto, por eso creo que es perfectamente posible que se le sobresea sin necesidad de que se le indague, pues esto no se establece como un presupuesto. Las normas que se invocan ahí repito son para ejercer los derechos de defensa y aquí no son necesarios.

TEMA VI: ASISTENCIA DEL DEFENSOR

AL ANTICIPO JURISDICCIONAL DE PRUEBA TESTI- MONIAL

-La otra duda que existe es con respecto al anticipo jurisdiccional de prueba testimonial. En algunos casos en que el defensor y el imputado no se presentan al anticipo para recibir un testimonio, algunos Fiscales y Jueces asumen que debe recibirse la prueba aun en ausencia de defensor e imputado. Argumentan, con base en el artículo 293 y 294 del C.P.P, que la citación confiere a las partes un derecho y no una obligación de asistir, siendo que luego se le puede poner en conocimiento.

-DGA: hay ciertos actos para los cuales la presencia de los sujetos del proceso es obligatoria y el Código lo señala expresamente. Por ejemplo, en la indagatoria, es necesaria la presencia del defensor; en la fase de juicio, la presencia de las partes, del imputado, del Defensor, del Fiscal, etc. En la audiencia preliminar la presencia del Fiscal y del Defensor.

La ley señala expresamente cuándo es obligatoria la presencia de las partes para realizar un acto procesal, sin cuya asistencia se podría celebrar. Pero no se dice esto para la recepción de la prueba anticipada. En mi opinión es una opción porque las partes no están obligadas a asistir, aunque desde luego deben ser convocadas.

Sería muy simple para la Defensa, por ejemplo, no permitir que se realice un anticipo jurisdiccional de prueba no asistiendo nunca, y no hay una obligación de asisten-

cia. El Código por ningún lado señala una consecuencia por la inasistencia del defensor a un anticipo jurisdiccional de prueba y no lo señala porque no hay una norma que lo obligue. En consecuencia, si no va, no significa que no se va a poder realizar la prueba anticipada. Ello sería responsabilidad del Defensor.

En realidad, esto es solamente una posibilidad. Se le da la posibilidad a las partes para que intervengan en el contradictorio. Si las partes no ejercen esa posición la prueba se realiza y serán las partes las que asuman la responsabilidad por la ausencia. Es un traslado de ciertas responsabilidades a los sujetos del proceso. No hay una obligación de asistencia; desde luego, queda a salvo el caso en que el sujeto procesal tenga un impedimento (por ejemplo que en el momento en que estén realizando el anticipo jurisdiccional de prueba el Fiscal o el Defensor esté en un juicio y luego demuestra que en ese momento estaba en un juicio y se podía celebrar en otra fecha o en otra hora y el Tribunal no quiso celebrar la diligencia en otra hora). Aquí se le estarían cercenando los derechos a las partes, sea Defensor o sea Fiscal, porque se está celebrando una diligencia a la que quería asistir, en un momento en el que tenía un impedimento legítimo. Eso sí puede ser invocado. Pero, por ejemplo, que el Fiscal no fue porque estaba atendiendo personas en su oficina y estimaba que mejor se quedaba atendiendo a las personas y no iba a la diligencia que ya estaba convocado, aquí sí yo creo que no se podría, porque es prioritaria la celebración de la diligencia procesal. La diligencia se llevaría a cabo sin la presencia del sujeto procesal.

TEMA VII: RECEPCIÓN DE PRUEBA EN LA AUDIENCIA PRELIMINAR

-Don Daniel mi duda, y más que duda es una preocupación, en torno a lo que está sucediendo en las audiencias preliminares, específicamente sobre las facultades del Juez en la audiencia preliminar y se lo pregunto por un hecho vivido personalmente. De acuerdo con el Código, la producción de prueba en la audiencia preliminar es muy restrictiva, es decir, solamente para los efectos de la audiencia preliminar misma. Esas facultades de producción de prueba podrían llevar -esta es la primera pregunta- a evacuar por ejemplo 15 testimonios. La segunda pregunta también relacionada con la audiencia preliminar es si previo a la exposición de la acusación por parte del Ministerio Público el Juez puede avocarse a dilucidar una serie de cuestiones previas como recusaciones ya resueltas, revocatorias de las resoluciones al extremo de que semana y media después de iniciada la audiencia preliminar todavía el Ministerio Público no ha tenido oportunidad de exponer la acusación. Y, finalmente, si existe un trámite, digamos un "de previo" a la presentación de la audiencia preliminar, en donde el Juez le diga al Ministerio Público: "Bueno, mire, de acuerdo con una solicitud hecha por la Defensa, proceda el Ministerio Público a, por ejemplo, identificar si esta prueba es generada en una fotocopia o si es un documento original".

-DGA: Evidentemente existe la posibilidad de recibir prueba en la audiencia preliminar, de acuerdo con el 318 del Código Procesal Penal. Vean ustedes que a la au-

diencia preliminar se puede llegar incluso para concluir la acción penal y, en consecuencia, es necesario en algunos casos hacer prueba para demostrar si hay o no una causal de sobreseimiento o de extinción de la acción penal. Por eso es que se incluyó la posibilidad de que en la audiencia preliminar se reciban elementos probatorios. Es necesario controlar si efectivamente se dan o no condiciones para extinguir la acción penal, incluso cuando se formule una acusación. El Juez solo podría recibir elementos probatorios en caso de que esté dudando de que el asunto pueda o no justificar elevarse a juicio, pero no para realizar el debate.

Hay un trabajo de Alberto Binder sobre los alcances de la audiencia preliminar en su último libro. La finalidad de la audiencia preliminar es controlar la actividad requerente de las partes. En ella convergen todas las solicitudes que formulan las partes en relación al curso del proceso. Su finalidad básica es la de ejercer un control en relación con todas estas gestiones que se formulen. Puede ser la solicitud de conciliación, puede ser un proceso abreviado, puede ser la acusación. Todas las gestiones que formulen las partes tienen que ser ventiladas. Aquí si es indispensable que se reciba prueba, pero solo cuando el Tribunal lo considere estrictamente necesario para su resolución, y dispondrá la producción de prueba salvo que ésta deba ser recibida en el juicio oral; como indica el Código, y que lo que se está pidiendo en la audiencia preliminar es casi que se realice el juicio.

Me parece que es totalmente distorsionado recibir todos los elementos probatorios. Eso sería una distorsión absoluta de lo que constituye el procedimiento en la audiencia preliminar. Es más, el diseño que se instauró para

la audiencia es el de una mesa, para que alrededor de ella se discutan una serie de cuestiones, y no un estrado que es usado en juicio, para evitar la tentación de convertir dicha audiencia en un juicio previo.

El Juez tampoco puede prevenirle a una parte que indique si una prueba es tal o cual; el Juez puede rechazar el elemento probatorio y podría decir: *"Esto es una fotocopia que no tiene ninguna validez o autenticidad; se rechaza como elemento de prueba"*. Eso podría decir el Juez pero, salvo que tenga una duda en cuanto si es o no un documento original, le podría hacer una prevención a una parte para que se lo aclare.

-Más bien es a solicitud de la Defensa. A mí me parece que eso sería un elemento a discutir propiamente en la audiencia preliminar respecto de la validez de la prueba, no me parece que sea procedente prevenirle al Ministerio Público que, a solicitud de la Defensa, diga si son fotocopias o si son originales. Es decir, en un momento inmediato anterior a la iniciación de la audiencia preliminar, no en la audiencia preliminar.

-DGA: Esto es un problema que se podría discutir en la audiencia preliminar. Yo creo que los Jueces están inventando una serie de procedimientos que no existen, como este rechazo de la acusación por falta de elementos probatorios pero sin audiencia preliminar o porque no indagaron tal y cual situación, o porque la investigación no está completa, o porque están mal descritos los hechos en la acusación correspondiente; es decir todo esto son funciones típicas de un Juez de instrucción. Ninguna de ellas son propias de un juez de garantías, ninguna. Yo lo que espero es que esto se llegue a aclarar con el tiempo, con-

forme nos vayamos desligando de las funciones de Juez de instrucción que teníamos antes.

-Todos estos preliminares no le dan oportunidad al Ministerio Público para que su acusación sea el punto de arranque de la audiencia preliminar sino que transcurran muchos días sin que el Ministerio Público haya tenido oportunidad de acusar.

-DGA: en realidad todo esto tiene que ser discutido. El 319 CPP se refiere a las cosas que debe analizar el Juez después de cerrada la audiencia preliminar. Si ustedes se fijan, ahí dice *"Analizará la procedencia de la acusación o la querrela, examinará conforme al procedimiento si corresponde aplicar un criterio de oportunidad, etc. Resolverá las excepciones planteadas, ordenará los anticipos de prueba, decidirá sobre la admisibilidad de la prueba; si las partes han llegado a un acuerdo sobre la acción civil ordenará lo necesario para ejecutarlo, examinará la procedencia, ratificación, revocación o restricción de medidas cautelares"*; es decir, todo esto es el producto de la audiencia preliminar, de manera que es lo que debe discutirse en esa audiencia.

TEMA VIII: ACCIÓN CIVIL RESARCITORIA E INDEMNIZACIÓN A LA VÍCTIMA

-Buenas, don Daniel. A mí me parece que fijar como política del Ministerio Público -pues esa es la op-

ción que, más o menos, se nos ha venido a decir aquí, que no debería admitirse un proceso abreviado cuando haya una acción civil resarcitoria y esto debería ser en todos los casos porque independientemente de que la acción civil resarcitoria la tenga delegada el Ministerio Público o sea otro abogado particular, deberíamos de respetar en forma igualitaria los derechos de las personas o de los abogados particulares. No vamos a lesionarlos porque la víctima no escogió al Ministerio Público en la acción civil. Pero hay casos en donde hay reos presos, por ejemplo, y ya el Fiscal de la acción penal recabó la prueba, pero hay una acción civil resarcitoria donde el actor civil está solicitando un montón de pruebas y de cuestiones; en ese momento le proponen a uno un abreviado y el reo está preso y entonces habría que decir: "No vamos al abreviado porque hay acción civil resarcitoria".

-DGA: No, perdón, pero ojo con la afirmación, porque eso no fue lo que se ha dicho aquí.

-Me pareció entender.

-DGA: No, lo que se dijo es que el Ministerio Público se preocupe porque se indemnice a la víctima para llegar a una negociación, no que se prohíba el abreviado; al contrario.

-Pero si no se indemniza en la vía penal una vez que se aplica el abreviado, lo que queda es que la víctima vaya a hacer valer sus derechos a la vía civil.

-DGA: Bueno, el razonamiento que se hace para no aplicar criterios por razones de dinero, obligaría a elimi-

narlos todos; es decir, el argumento tendría que ser de raíz: que no exista proceso abreviado, que no exista conciliación, que no exista ninguno de todos estos mecanismos, porque solo los que tienen dinero los podrían aplicar, aun cuando no estén presos.

Mire, sinceramente -y lo dicen las estadísticas- prácticamente más del 95% de las diligencias de conciliación que fueron convocadas se realizaron con efecto positivo, incluso por sujetos que en apariencia no tenían medios económicos, y hasta haciendo los pagos en tractos.

Cuando se invoca el argumento del dinero para oponerse a los institutos alternativos, lo que se está sugiriendo es eliminarlos, porque no se brindan alternativas. En otros términos ello implica que, en virtud de que hay personas que no tienen capacidad económica para indemnizar a la víctima, entonces debemos eliminar todas aquellas opciones que tienden a que la víctima sea indemnizada para evitar una desigualdad de tratamiento, pues la verdad es que si no se ofrecen algunos incentivos para que el agresor indemnice a la víctima o repare en lo posible los daños y perjuicios ocasionados, no habrá indemnización posible de aplicar.

Lo que sí quisiera aclarar es que no he dicho que en todos los casos en que hay acción civil resarcitoria el Ministerio Público debe oponerse al proceso abreviado. Lo que el Ministerio Público debe hacer es preocuparse porque en esos supuestos la víctima sea indemnizada. Si el imputado está detenido y por esta razón se va a esperar un poco más, porque hay que indemnizar también a la víctima en relación al delito que él cometió, pues que siga detenido, ya que el proceso abreviado tiende a la aplicación

de una pena, no a eximir al imputado de responsabilidad. Por eso me parece apropiado que el Ministerio Público se preocupe de los intereses de la víctima. Acuérdense de que la víctima está sin asesoría jurídica en el proceso penal. Quien sí tiene toda la asesoría jurídica, y muy buena, es el imputado.

¿Cuántas acciones civiles se formulan en nuestros procesos? Estadísticamente no representarán ni el 10% de los casos; el 90% de las víctimas en nuestro sistema penal están sin asesoría jurídica. Si el Ministerio Público no recoge ese guante, nadie en el proceso lo hará, en consecuencia la víctima se quedará sin asesoría jurídica. Creo yo que es indispensable que el Ministerio Público vele por esos intereses, y no es que se prohíba el proceso abreviado cuando hay acción civil resarcitoria.

-Si el imputado acepta los cargos y nos vamos a un abreviado ¿qué perjuicio les estamos causando al actor civil si más bien lo estamos beneficiando porque está aceptando el hecho y con esa aceptación del hecho puede hacer valer su derecho en la vía civil?

-DGA: Sí, claro. Va para un juicio ordinario de 10 años.

TEMA IX: EL CONTROL DE LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD POR PARTE DEL JUEZ

-El Fiscal, con la respectiva autorización del superior jerárquico, pide la aplicación de un criterio de oportunidad y el Juez lo deniega porque no está de acuerdo con los argumentos de la solicitud. ¿Es eso posible?

-DGA: No, ya he reiterado sobre la tentación de que el Juez examine la política del Ministerio Público en relación con el ejercicio de la acción penal. El Juez no puede, de ninguna manera, involucrarse en los criterios; es más, ni siquiera puede meterse en las razones que tienen las partes para conciliar, a pesar de que tenga que homologar los acuerdos.

El Ministerio Público tiene que dar razones fundadas para decir por qué se opone al proceso abreviado, por ejemplo, y la razón no es porque hay acción civil resarcitoria sino porque el imputado no ha manifestado en su acuerdo cómo va a indemnizar a la víctima. Pero sí es un problema serio que el Juez pretenda transgredir los límites de su función y entrar a valorar la oportunidad. El Ministerio Público, bajo su responsabilidad, será el único que podrá examinar las razones por las cuales se aplica o no un criterio de oportunidad en un caso concreto.

-El Juez rechaza un criterio de oportunidad avalado por el superior jerárquico del Fiscal.

-DGA: Es un tema que lo puede discutir en casación. Acuérdense que si bien es cierto Fernando de la Rúa dijo, y nosotros lo habíamos asumido como texto de fe, que el límite del Recurso de Casación es la sentencia, esto no significa que no se le puedan plantear a la Casación una gran cantidad de aspectos que se habían incluso realizado durante todo el proceso, es más, antes del proceso, durante la investigación policial.

Es posible discutir en Casación un vicio producido en un allanamiento, desde luego sí es relevante para el dictado de la sentencia. ¿Qué sería lo relevante aquí? Bueno, que se dio una causa extintiva de la acción penal y el Tribunal no la acogió, o sea, aquí pudo haber surgido una causa extintiva de la acción, producida por la solicitud del Ministerio Público cuando pide aplicar el criterio de oportunidad y esto yo lo puedo alegar incluso hasta en revisión. No precluye la posibilidad de que la Defensa (también el Ministerio Público, desde luego, pero mayormente la Defensa) plantee si se extinguió la acción penal, si hubo un rechazo inadecuado. Se podría hasta plantear a cualquiera de los Jueces de Instancia. Se lo puede plantear al Tribunal de la Etapa Intermedia porque es una causa extintiva de la acción penal y podría autorizar un sobreseimiento. Se lo puede plantear incluso al Tribunal de Juicio; si el asunto se eleva a juicio, porque es una causa extintiva de la acción penal, se lo puede plantear a Casación y podría plantearlo incluso en revisión. Esas serían las vías, los remedios, no hay apelación.

-¿Se podría plantear una protesta por actividad procesal defectuosa?

-DGA: Si hay una causa extintiva de la acción penal

no acogida por un Tribunal, como por ejemplo que se alegara prescripción, y el Juez en esa fase del procedimiento lo rechaza, usted puede seguir alegando el tema sobre la prescripción, sin que precluya. Y lo puede alegar con la posibilidad de que se dicte un sobreseimiento con posterioridad.

TEMA X: PARTICIPACIÓN DEL DEFENSOR EN LAS ENTREVISTAS A TESTIGOS EN LA ETAPA PREPARATORIA

-Mi pregunta tiene relación con una petición que me hizo ayer la Subjefe del Departamento de Defensores Públicos y, casualmente, un abogado particular en la tarde se presento a pretender lo mismo, que es el participar en una entrevista de un testigo, yo le voy a dar así brevemente los razonamientos por los cuales yo me mantuve en que no. En primer lugar, si bien es cierto el artículo 292 del Código Procesal Penal permite que participe, en los actos, las partes, siempre y cuando ellas no vayan a interferir o entorpecer el procedimiento, lo cierto del caso es que yo considero que, en primer lugar, como lo hemos dicho muchas veces, la entrevista no es un elemento probatorio, empecemos de ahí, o sea en realidad la entrevista sirve con el fin de fundamentar una acusación; en segundo, la posibilidad de que el Defensor esté presente en una entrevista obviamente va a permitir que este intervenga, porque de nada valdría que el defensor luche por el derecho de estar presente única y ex-

clusivamente como figura decorativa; de hecho se supone que, si se les diera ese derecho, es para que puedan interrogar. Ahora, ¿no iría esto en contra de la celeridad que se supone debe haber en la etapa de investigación? ¿No iría esto en contra de la desformalización de lo que es una declaración? Tomemos en cuenta que, antes, las declaraciones de los testigos las recibía el Juez de Instrucción sin involucramiento de las partes, el defensor nunca estaba presente, ni el Fiscal tampoco cuando se recibían testigos, o casi nunca; el punto es este: si abrimos el portillo de que el Defensor esté presente. Los defensores dicen: si bien es cierto la entrevista no es un elemento probatorio que se va a usar para condenar o para absolver, sí es un acto procesal que va servir para que el Fiscal acuse o no, y depende de cómo se vaya a realizar esa entrevista el Fiscal podría llegar a la conclusión de que debe acusar o no; lógicamente esto va a intervenir en la situación del imputado, e incluso en alguna medida cautelar que se pueda haber dictado en contra de él. De ahí que mi pregunta, concretamente, es esta: en realidad yo no veo que haya alguna norma que permita o prohíba la participación del Defensor en la entrevista; el problema es que, cuando participa y empieza a interrogar, aquello se vuelve un contradictorio, y va a ser una situación que le consumirá mucho tiempo al Ministerio Público; aparte de ello, llegará el instante en que la Defensa, ya sea pública o privada, va a exigir que se le cite de previo, con el fin de recibir un testigo, y a estar presente, y entonces me parece que iría en contra de lo que hemos pretendido, que la entrevista pueda llevarla a cabo el Fiscal hasta vía telefónica.

-DGA: Bueno, tal vez no lleguemos a exagerar tanto, como que se deba fijar hora y fecha, para hacer la dili-

gencia. Yo veo que el problema es que hagan esas entrevistas como declaraciones, ahí está el problema.

El Ministerio Público está, en mi opinión, realizando casi que una instrucción; es más, algo hasta más exigente que una instrucción; porque el Juez de Instrucción ponía a los escribientes a recibir la prueba, el Fiscal lo está haciendo personalmente, y está siendo más formal que lo que era el Juez de Instrucción. El problema no es que el Defensor quiera participar; el problema es que el Fiscal está realizando ese procedimiento. Yo sé que existirá una manera muy fácil de evitar que el Defensor esté presente, porque la entrevista puede realizarla de cualquier manera, por teléfono, puede basarse en una referencia. Por ejemplo, el Fiscal puede sustentarse en lo que la víctima le indica sobre lo que podría declarar el testigo, porque dicho testigo estuvo presente al momento del hecho y está dispuesto a declararlo, entonces quedamos claros, contamos con él para ofrecerlo como prueba en este caso y vamos a ir a una acusación. Podría ni siquiera recibirla. Yo creo que ustedes están exagerando la nota sobre la formalización de los actos, de veras la están exagerando.

Es más, en algunos supuestos están siendo más formales que el Juez de Instrucción, y un ejemplo de ello lo constituyen las entrevistas, que resultan verdaderas declaraciones. Le llaman ustedes entrevistas pero, señores, son declaraciones. Desde ese punto de vista, es claro que a la Defensa le va a interesar estar presente en toda la actividad que ustedes despliegan, si va a tener incidencia en el proceso.

Desde luego que habrá entrevistas, pues habrá casos en los que sí será indispensable recibir casi que una decla-

ración por el tipo de caso, por la naturaleza de los hechos, por las personas involucradas, por una serie de factores que justificarían en ese supuesto realizar una actuación más formal, pero la gran mayoría de supuestos no van a ser así, porque no son tan delicados.

No es que esté prohibida la participación de la Defensa en estos actos, es que se garantiza la posibilidad de que lo haga. Dice el 292 CPP que el Ministerio Público permitirá la presencia de las partes en los actos que practique. No es que no está prohibido, es que se le garantiza a los sujetos del proceso estar presentes en los actos, o sea, es al revés.

El Defensor puede estar presente, pero ustedes son los que están entrevistando. No es una declaración, es una entrevista y la entrevista la hacen ustedes. Si él lo quiere entrevistar, que lo entreviste después en su casa. Ustedes no tienen que facilitarle la labor de entrevista. En una técnica de oralidad la entrevista es conveniente realizarla antes de un juicio oral. Yo no puedo ir a un juicio oral sin saber, más o menos, qué es lo que va a decir el testigo. Yo tengo que estar seguro cuando voy a hacer un interrogatorio del testigo, tener más o menos una información adecuada de lo que el testigo me va a decir y realizar una estrategia de interrogatorio. Lo que a nosotros nos ha faltado es un poco de técnicas de oralidad.

Debo decirles que hay una experiencia muy positiva con los resultados de un curso sobre oralidad. Creo que es conveniente que lo recibamos, que estudiemos oralidad, incluso los que tenemos años de andar trabajando en el sistema penal, porque no hemos trabajado la entrevista alrededor de la oralidad. Es más, cometemos torpezas, por

ejemplo, como la de interrogar un testigo de la parte contraria. Todas las veces que nosotros interrogamos un testigo de la parte contraria en un juicio oral estamos haciendo el trabajo de la parte contraria y estamos reafirmando su tesis, salvo que nosotros conainterrogamos y hagamos una estrategia de conainterrogatorio. Si no, le estamos haciendo el trabajo a la contraria, porque estamos permitiendo que el testigo aclare, que amplíe, que se afiance.

Por ejemplo si la acusación decía que el carro era gris y un testigo de la parte contraria dijo que el carro era rojo y lo dijo oralmente, en el momento del interrogatorio si yo le digo: "--Pero mire, usted dice que el carro era rojo". Testigo: "¿Ah yo dije rojo? Bueno es que me pareció pero era como rojizo, no se, como negruzco, estaba un poco oscuro...". Y ya aclaró el testigo. Si yo no digo nada, me lo guardo para el momento de conclusión, y en ese acto podría atacar la credibilidad sobre el testigo indicando que ni siquiera sabía el color del vehículo, porque dijo que era rojo y en la acusación se dice que es gris.

Parte de los errores es el no llevar una técnica adecuada para interrogatorio, para eso es que existe la entrevista. Ciertamente también existe porque usted necesita realizar una investigación, pero el problema es que ustedes podrían pedirle a un policía que lo haga, yo no sé porque ustedes lo hacen.

-En el segundo circuito no, porque no tenemos Delegación del OIJ, ese es el problema.

DGA: Perdóneme, pero la policía debe actuar en cualquier lugar del país. Es decir en Hatillo tampoco hay Delegación del OIJ y yo pienso que en Hatillo también

podrán interrogar un testigo que viva ahí. Si hay un homicidio y hay que interrogar a alguien, creo que la policía tendría que hacerlo. No cabría afirmar que, como no hay policía en Hatillo nadie puede interrogar al testigo.

En esto de la investigación debe existir una recíproca confianza y una estrecha relación entre Policía y Ministerio Público. Gran parte del problema está en que somos excesivamente formales en la investigación y, claro, estamos haciendo una instrucción formal; estamos haciéndola, no se llama así, pero a las declaraciones que hacía el Juez de Instrucción las llamabamos entrevistas. En la actualidad los ponemos a firmar y son actas. Es una declaración. A eso le podemos poner el nombre que ustedes quieran, pero es una declaración formal. En consecuencia ¿Cómo no se le va a permitir a la Defensa estar presente? El problema no es que esté o no presente la Defensa, el problema es si resulta una actividad que debe realizar o no el Fiscal, y si debe realizarla personalmente.

Vamos a tener que aprender un poco a desformalizar todavía más la investigación. En otros países, en sistemas también de oralidad, una gran cantidad de estos actos se delegan sin mayor dificultad en personal auxiliar.

Es una barbaridad el tema de las denuncias, en donde hay que hacer dos filas como de hora y media. Aquí en la Oficina de Recepción de Denuncias, debemos hacer fila ante Fiscal y otra frente al que le recibe la denuncia. Esto no puede ser, el argumento es que el Fiscal tiene que entrevistar a la víctima. Miren, ¿cómo va a entrevistar a todos los que se presenten? Tiene que ser selectivo. Y si después hay que entrevistar a una de las personas que no fueron entrevistadas que lo haga después el Fiscal que to-

me el caso. Hay que empezar a utilizar criterios de racionalidad. Si yo pretendo formalizar una investigación igual en todos los casos voy prácticamente a producir un colapso en la administración. Por eso tengo algunas reservas sobre algunos de los procedimientos que se están utilizando. Mientras reciban declaraciones van a tener que permitir que las partes estén presentes, aunque le llamen entrevistas.

-Para sintetizar. Bueno, evidentemente los extremos son malos. Yo considero que si bien es cierto la entrevista -bueno, la minuta- que se toma a raíz de la entrevista debe ser sumamente clara. En principio habíamos hablado de que no siempre el Fiscal que realiza la entrevista ha de ser el que irá a debate. Puede estar incapacitado, puede estar en vacaciones, haberse muerto, lo que sea, y entonces el fiscal que toma el caso no va a saber sobre qué va declarar el testigo. Yo creo que los puntos fundamentales sí deben ser anotados. A lo que yo me refería también es a esto: en el circuito segundo ya hemos tomado nota en este sentido, y no en todos los casos se está realizando la entrevista, aparte de que también hemos entendido que la entrevista no es lo mismo que una declaración, en eso estamos de acuerdo, es que hay algunos Fiscales que no lo entienden, pero no crea que todos somos los que no lo entendemos.

-DGA: No es un problema de entendimiento, es cómo está funcionando.

-No lo aplican, el punto es este, si bien es cierto se omite la entrevista en un cadenazo, obviamente no se puede omitir en una denuncia por violación, lógicamente -como usted bien dice- hay que ser selectivo, hay que

desformalizar; el punto es que la Defensa lógicamente va a pedir su presencia en casos especiales, de envergadura, complejos, graves, de cierta trascendencia. Es claro que el Defensor no quiere estar presente como un farolito, quiere intervenir y no se les va a permitir, ese es el punto, por eso yo les dije que no. Nosotros no tenemos ningún inconveniente que estén ahí, incluso aceptaríamos que en el caso que ellos detecten una situación podrían transmitirlo al Fiscal y por medio del Fiscal establecer alguna aclaración; pero no podemos abrirnos a que ellos estén presentes. Obviamente ellos no van a pedir su presencia en la entrevista de un testigo que vio un cadavero, sino en la presencia de un testigo que fue fundamental para un estelionato donde se están discutiendo millones.

-DGA: Lo que digo es que el Código garantiza la presencia de las partes en los actos que realiza el Fiscal, es decir no queda más, si el Fiscal realiza ese acto, el acto no es secreto, digámoslo así, y si la ley garantiza la presencia de las partes en cualquier acto de investigación que practique el Fiscal habrá que garantizárselo. Yo pienso que no existe ningún problema de que participe incluso en los casos graves. Es más, hasta es preferible que participen; entre más participen los sujetos del proceso en los actos, tanto mejor, si lo que ustedes están haciendo son actos normales, regulares no habría razón para ocultarlos, o hacerlos en secreto.

Ahora, esto no significa, perdóneme, que si es una entrevista con la víctima, para aconsejarla en relación con la aplicación de criterios de oportunidad o la conciliación o para decirle que no acepte o que acepte en tales o cuales términos una negociación, aquí sí es diferente la situación. Aquí sí me parece que debe garantizársele un momento de

privacidad, así como se le garantiza al Defensor la posibilidad de que se entreviste en forma privada con el imputado.

Esta misma discusión la tuvimos en una actividad de capacitación parecida a esta, que hicimos con los defensores. Ellos están opuestos a que ustedes se entrevisten por separado con la víctima, y se cuestionan cómo es posible que el Juez le permita eso al Fiscal. Señalan los defensores que cuando todo está arreglado, luego de hablar con la víctima, la cual aceptó la negociación, llega el Fiscal y dice: "--No, un momentito, yo pido que me permitan un segundo para hablar con la víctima", y desde luego le dice: "--Póngase viva, esto no tiene ningún sentido, tal y cual cosa, mire usted podría pedir esto y esto otro, o pedir que le garanticen en tal o cual sentido el cumplimiento de los acuerdos", etcétera, por ello se oponían totalmente los defensores.

Lo mismo sería que a ustedes -les decía yo a los defensores- no les garanticen la presencia en una entrevista separada, discreta, privada, con el imputado. Imagínense. Y desde luego yo pienso que si los extremos son malos sí debe garantizarse una entrevista con el ofendido. Ahora, si se trata de declaraciones de estas que están recibiendo ustedes, entrevistas con actas, etc., me parece que sí deben permitirle la presencia a las partes. Si la parte lo que hace es una sugerencia sobre la manera en cómo pueda interrogar al entrevistado, y si es atendible, la podrían acoger. El Fiscal sabrá si le hace o no le hace la pregunta. El permitirá en qué actos interviene y cómo hace para intervenir en esa diligencia. Lo que pasa es que son declaraciones, o sea, no se llaman así, les estamos denominando entrevistas, seguimos un formato diferente; no tienen consecuen-

cias, no sirven como elemento de prueba para incorporar al proceso por lectura, pero las recibimos como si fueran verdaderas declaraciones y eso es lo que cuenta.

Ustedes pueden entrevistar por teléfono al testigo, indicándole *"Mire, yo quiero saber qué es lo que usted sabe del hecho"*, y ponerlo ahí en el apunte que ustedes quieran hacer de la entrevista; es que casi que los estamos haciendo como declaraciones, identificándolo personalmente. La entrevista es un sondeo y se lo pueden hacer otras personas, no tienen que ser ustedes personalmente cuando estén imposibilitados por la cantidad de trabajo, salvo casos muy delicados y selectivos.

Desde luego, en la medida en que transmita una información para efecto de plantear la acusación, para saber qué fue lo que ocurrió, para tomar una posición sobre el caso, y esto lo pueden hacer informalmente, vean el procedimiento que utilizan los policías, algo parecido cuando hacen un informe policial, donde ponen *"Entrevistamos a fulano, a Pedro y Pablo, nos dieron tal y cual razón..."*, etc.

TEMA XI: ACTOS DEFINITIVOS E IRREPRODUCIBLES Y RECONSTRUCCIÓN DE HECHOS

-Don Daniel, una consulta en cuanto a la reconstrucción de hechos. ¿Es la reconstrucción de hechos un acto definitivo e irreproducible que afecte derechos fun-

damentales? ¿Puede el Fiscal solicitarla al Juez como un anticipo jurisdiccional de prueba? Si no es así ¿debe realizar el Fiscal este medio probatorio o es propiamente el señor Juez?

-DGA: Depende del caso. La reconstrucción de los hechos puede verificarse por varias razones, una de ellas es porque haya versiones encontradas y se necesite ubicar un lugar en relación con las versiones. Si es así, esto no es un acto irreproducible; es reproducible: en cualquier momento se puede repetir. Se puede convocar a las partes para que vengan y digan en qué posición estaba, cuál era el lugar donde se encontraba, y puede realizarlo perfectamente un Fiscal. Depende del tipo de prueba, o sea, depende de qué es lo que esperan ustedes con el resultado de esa diligencia. Por lo general es repetible; la reconstrucción es como una inspección, con un agregado: la versión de los testigos, de los involucrados en el asunto.

Ahora, yo sí les digo una cosa: todas las veces que ustedes puedan, permitan la presencia del Defensor en estos actos; es mucho mejor. No tanto en las declaraciones, porque tienen que repetirse, pero sí en este tipo de actos es preferible. O sea, si yo como Fiscal tengo la opción de llamar a las partes o pedirle al Juez que practique el acto, preferiría hacerlo si tengo duda de si va a ser o no irreproducible por el tipo de información. Podría ser irreproducible si se realiza inmediatamente después del hecho y hay todavía evidencia que pueda ser examinada en la misma reconstrucción, por ejemplo residuos, huellas, etc. Por ejemplo: en la escena del crimen o en un homicidio culposo en que se justifique realizar esta diligencia muy poco tiempo después de los hechos, y se vaya a extraer de la diligencia alguna información que va a ser irrepetible; en es-

te caso sí tendría que ser solicitada al Juez por el procedimiento de actos definitivos e irreproductibles.

TEMA XII: LA PRIMARIEDAD ES NECESARIA PARA APLICAR LA CONCILIACIÓN

-¿Concretamente, la primariedad es requisito para aplicar la conciliación?

-DGA: Bueno, ya hay una resolución de la Sala que se refiere a eso.

-Aquí la tengo, pero nosotros creemos que no pusieron el huevo. Quisiéramos que quede en actas.

-¿Que no lo pusimos...?

-No, sino el criterio concretamente: ¿se debe ser primario o no para que se le aplique la conciliación ?

-DGA: Se está indicando expresamente, en contra del criterio de algunos jueces lo siguiente: la norma hizo una distinción para efecto de la conciliación que no hace la suspensión del proceso a prueba. En el proceso a prueba se dice que "el caso" admita la condena de ejecución condicional, véase que dice "el caso", y en el otro artículo -36 CPP- dice que "el delito" admita la condena de ejecución condicional. Por esta distinta terminología entre "el caso" y el "delito" se quiere hacer una diferencia y se dice que al

hablarse del "caso" está refiriéndose a las condiciones objetivas y subjetivas del hecho punible, y cuando dice "el delito" solo se está refiriendo a las condiciones objetivas y no a las condiciones del sujeto que realizó el hecho.

Discrepamos de esta tesis, porque en realidad la norma exige que "el delito" admita la condena de ejecución condicional, y el delito no la admite cuando el sujeto tiene una condenatoria anterior. Son dos razones básicas para que en un delito se admita la condena de ejecución condicional: que el imputado no tenga juzgamientos y que el hecho esté sancionado con determinada pena. Bueno, se dan otras condiciones que casi no exigimos, digamos: el arrepentimiento, el deseo demostrado de reparar en lo posible el daño, etc. Que en una conciliación es evidente, porque el sujeto está dispuesto a conciliar con la víctima, la indemnización normalmente se da, por estar dirigida a reparar en lo posible el daño. Por eso digo que este requisito está saldado.

Pero sí hay una resolución en donde nosotros lo decimos expresamente, donde se requiere que el sujeto reúna todas las condiciones que establece la ley para la condena de ejecución condicional. Algunos Jueces no comparten esto. Yo lo que les decía es que serán ustedes, los Fiscales, los que tendrán que hacer valer, porque si el Juez lo admite y el Fiscal está de acuerdo no hay problema, porque nadie va a reclamar. Al defensor le interesa que se concilie, al imputado también en el caso que tenga juzgamientos; de modo que si el Fiscal está de acuerdo y el Juez o el Tribunal lo acepta, todo listo, se aplica. El problema se presenta cuando el Fiscal se opone, y cuando formula Recurso de Casación para impugnar la irregularidad procesal.

-¿Entonces efectivamente se aplicaría lo mismo a la suspensión del procedimiento a prueba?

-DGA: Sí. En la suspensión del procedimiento a prueba sí es necesario. En ese voto dice que el caso es que se quiso hacer una distinción entre el procedimiento a prueba y la conciliación, y se indica que como en uno se decía "el delito" y en el otro "el caso", en uno sí era necesario que el sujeto fuera primario mientras que en el otro no. Pero es que en ambos casos se está haciendo referencia a la condena de ejecución condicional, y en ambos los requisitos son esos.