

del ministerio
público de
costa rica

3

- **Legalidad, discrecionalidad y conformidad en el proceso abreviado y en la suspensión del procedimiento a prueba**
- **Facultades de jueces, fiscales y policía en las etapas preparatoria e intermedia del proceso penal costarricense**

COLOQUIO CON

- *Dr. Maximiliano Rusconi*
Fiscal General, Provincia de Buenos Aires, Argentina
- *Dr. Daniel González Álvarez*
Presidente Sala Tercera, C.R.
- *Dr. Fernando Cruz Castro*
Coordinador Tribunal de Casación Penal, C.R.
- *Dr. Alfredo Chirino Sánchez*
Director de la Escuela Judicial, C.R.
- *Lic. Carlos Ma. Jiménez V.*
Fiscal Adjunto de Capacitación, Ministerio Público, C.R.



SUMARIO

	<u>PÁGINA</u>
Presentación	5
Legalidad, discrecionalidad y conformidad en el Proceso abreviado y en la suspensión del procedimiento a prueba.....	7
Créditos.....	7
Participantes	7
Objetivo	8
Metodología seguida en el coloquio	9
Coloquio	9
Facultades y atribuciones de los fiscales, jueces y policía en las fases preparatoria e intermedia del proceso penal costarricense	47
Créditos.....	47
Participantes	48
Objetivo	49
Metodología seguida en el coloquio	49
Coloquio	50

PRESENTACION

*Henos aquí con el tercer número de los **Cuadernos de Estudio del Ministerio Público de Costa Rica**, la cual nace en un momento histórico de especial estima para la institucionalidad costarricense, cual es el vigesimoquinto aniversario del Ministerio Público.*

La Unidad de Capacitación y Supervisión entiende que, decididamente, estos Cuadernos, así como otras publicaciones propias de nuestro interés, se han convertido en herramientas de autoaprendizaje, en un momento en que la coyuntura que vivimos no les permite a todos y cada uno de los representantes de este órgano asumir una capacitación formal, académicamente estructurada, como es lo deseable.

De ahí que esta serie viene a llenar un vacío, justamente cuando más afloran las interrogantes en los operadores jurídicos, debido a la dinámica propia de un nuevo proceso penal construido bajo la línea de la modalidad acusatoria, donde los roles de cada uno de los sujetos procesales comienzan a arrojar los primeros cuestionamientos y oposiciones, germen propio de la corrección de los sistemas procesales.

En esta oportunidad, se ha aprovechado un acontecimiento también apreciable, como es la visita a Costa Rica del señor Fiscal General de la Provincia de Buenos Aires, Argentina, Dr. Maximiliano Rusconi, quien en compañía de figuras señeras de la doctrina y jurisprudencia patrias se han entregado a una conversación coloquial, cuyo propósito principal es ser enviada a los representantes del Ministerio Público en particular, y en general a distintos operadores jurídicos del Poder Judicial, para que se hagan presentes de un modo diferido, que no por ello resulta menos ameno y dialógico, mediante las diversas intervenciones y repreguntas del panel de participantes, compuesto por compañeros estudiosos de la defensa, judicatura y fiscalía.

Vaya, pues, la primera entrega del 2000, esperando con la misma que el proceso de autocapacitación no se detenga, y encuentre en esta publicación un reto al estudio, al coloquio informal entre funcionarios, al análisis de los fundamentos del proceso penal, mucho más importantes que la mera aplicación de sus figuras prácticas, las cuales terminan siendo volubles y pasajeras.

Lic. Carlos Arias Núñez

Fiscal General de la República
San José, Costa Rica, 2000

LEGALIDAD, DISCRECIONALIDAD Y CONFORMIDAD EN EL PROCESO ABREVIADO Y EN LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO A PRUEBA

Créditos

La actividad se desarrolló en la sala de grabación de la Escuela Judicial en San José, Costa Rica, el día 26 de julio de 1999.

Fue organizada por la Unidad de Capacitación y Supervisión del Ministerio Público de Costa Rica y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) mediante su Programa Regional de Justicia; se contó además con la colaboración de la Escuela Judicial por medio de la Dirección y de la Unidad de Audiovisuales.

Participantes:

- Dr. Daniel González Álvarez, Presidente de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia

- Dr. Maximiliano Rusconi, Fiscal General en la Provincia de Buenos Aires, República Argentina
- Dr. Fernando Cruz Castro Coordinador del Tribunal de Casación Penal
- Dr. Alfredo Chirino Sánchez, Director de la Escuela Judicial.

En el panel de preguntas participaron:

- Licda Lilliana García, de la Unidad de Supervisión y Capacitación de la Defensa Pública
- Lic. Rafael Sanabria, Juez Superior Penal
- Lic. Juan Carlos Cubillo, Fiscal del Ministerio Público de Costa Rica.

Objetivo

Obtener un registro de los temas indicados en audio y vídeo y lograr con posterioridad su publicación en la serie “Cuadernos de Estudio del Ministerio Público”.

El material en vídeo será distribuido en todas las Fiscalías del país, se usará en los cursos futuros para la formación de fiscales de reciente ingreso, en la Escuela Judicial y en las bibliotecas del Poder Judicial.

Metodología seguida en el coloquio

Los expositores participaron en una discusión sobre los temas propuestos, abarcando aspectos doctrinarios, legales y prácticos.

Los temas son tratados por separado y en forma de diálogo. A los expositores argentinos y costarricenses los acompaña un conductor costarricense que orienta e interviene en el curso de la discusión de los temas.

El texto siguiente es la transcripción de los registros en vídeo con ligeras modificaciones que evitan el lenguaje coloquial.

Coloquio

Dr. Fernando Cruz: El tema de la legalidad, la discrecionalidad y la conformidad en el proceso abreviado y en la suspensión del proceso a prueba ha suscitado muchos elementos o puntos de discusión porque son institutos nuevos que en alguna medida vienen a quebrar tradiciones jurídicas eventualmente constitucionales.

Un primer tema se refiere a la eficacia de los actos de investigación respecto a la sentencia en el abreviado y la decisión para la aplicación de la suspensión del proceso a prueba. Daniel tiene alguna observación sobre este aspecto.

Dr. Daniel González: Creo que antes sería conveniente agregar, a nivel de información, que hay un proyecto de reforma al Código Procesal Penal que en este momento está planteado a la Corte. Este proyecto pretende darle una mayor participación a

la víctima en estas instituciones. Por un lado, en el proceso abreviado se está pensando en el actor civil y en la suspensión del proceso a prueba se busca que estén satisfechos de alguna manera los intereses civiles de la víctima en caso de aplicarlos; a la vez se busca limitar todos estos mecanismos alternos, para que puedan ser aplicados solamente una vez por un período y que haya una inscripción igual a la de la extinción de la acción penal por la reparación del daño, es decir, más o menos asimilar todos estos institutos alternos a la justicia tradicional que vienen a reducir la mora judicial.

De alguna manera se busca fortalecer la posición de la víctima porque, sobre todo en el caso de la suspensión del proceso a prueba, hemos tenido casos donde el Ministerio Público entra en una negociación con el imputado para suspender el proceso a prueba y hay una víctima que queda totalmente desprotegida.

Actualmente hay una indicación en el sentido de que para la aplicación del procedimiento a prueba deberá formularse un plan de reparación del daño causado, pero no es un requisito esencial, ni siquiera es vinculante la posición de la víctima y en un caso no solo era la víctima sino que era un actor civil pues se había constituido debidamente. Era una malpraxis médica y murió una señora y sus hijos; los representantes legales de los hijos habían planteado la acción civil resarcitoria. No es por este caso que se está haciendo la reforma sino que se está pretendiendo fortalecer la posición de la víctima.

Dr. Maximiliano Rusconi: En esta línea, la fórmula de la suspensión del procedimiento a prueba en el Código Penal argentino, viendo la acción que se regula en el Código Penal es muy parecida en este punto. Hay una fórmula en el sentido de acercarse a la víctima en el ámbito de la suspensión del procedi-

miento que se ha puesto a prueba, pero este consenso con la víctima, la búsqueda de reparación, no es una condición sine qua non para el otorgamiento de la suspensión.

Sin embargo, nosotros estamos trabajando dentro del Ministerio Público con una institución estatal que un poco agrupa a la totalidad de los mediadores en el ámbito de la justicia nacional para que el Fiscal tenga un poco la obligación desde el Ministerio Público -ya que estas cosas pueden resolverse desde el Ministerio Público, aunque no estén en la norma procesal-, de convocar a la víctima y el imputado e intentar buscar la solución del conflicto subyacente. Parece que esto sería muy acorde con toda la tendencia del Código costarricense que es mucho más fuerte a la participación de la víctima en relación con el Código argentino.

Dr. Fernando Cruz: En el Tribunal de Casación se resolvió un caso en que el Juez dijo o afirmó, sin ninguna fundamentación, que no interesaba el criterio de la víctima, probablemente parecido a algún caso de ustedes; era un caso en el que la víctima quería que le devolvieran un automóvil que había entregado -era una apropiación indebida- y le entregaron una carcacha y se discutió si se podía suspender, si era una condición o no para suspender.

Lo trascendental fue que el Tribunal se pronunció en el sentido dicho. De todas formas, aunque no quede condicionado al hecho de que se le repare a la víctima, sí debe el Juez darle una fundamentación para justificar por qué en un caso, en virtud de los objetivos preventivos especiales de rehabilitación que tiene la suspensión, no se justificaría vincularlos al interés de la víctima, pero en otros casos sí.

Consideramos en Casación que en el caso que vengo comentando, en la devolución del auto, sí era una condición muy importante que no solo tenía relación con los objetivos rehabilitadores que tiene este instituto, sino que también, de paso, le servirían a la víctima para resolver su pretensión.

Yo creo que el Juez debe justificar cuando rechaza, dándole un buen sustento, cuando considera que las peticiones de la víctima serían más bien lesivas a los intereses fundamentales del Instituto. Me parece que lo que ha ocurrido en la práctica es que algunos jueces han estimado que lo que diga la víctima es absolutamente irrelevante, y otros también lo han vinculado en forma muy categórica, diciendo que si no se hace un plan de resarcimiento no puede aplicarse el instituto y yo creo que debe quedarse como en un intermedio porque no siempre va a ser posible ese resarcimiento conforme a lo que la víctima pretende.

Pero, bueno, le habíamos planteado a Daniel lo de la eficacia de los actos de investigación respecto a la sentencia en el abreviado y respecto a la aplicación de la suspensión del proceso a prueba.

Dr. Daniel González: El tema de la prueba en el proceso abreviado es un tema delicado. Inclusive, obviamente, la defensa podría pretender -por eso creo yo que el Ministerio Público tiene que tener mucho cuidado- que la investigación no se realice con el propósito de que no se busquen los elementos de prueba que incriminan al imputado, y luego pretender en vía de casación -ya ha ocurrido- una absolutoria después de haber aceptado un procedimiento abreviado, es decir después de haber aceptado una sentencia condenatoria. O sea, se pretende ir a casación y decir que el hecho no se ha demostrado y en consecuencia, no se da, digamos, uno de los presupuestos fundamentales de la

Constitución, cual es la necesidad de que haya una breve demostración de culpabilidad para que una persona pueda ser sometida a una pena privativa de libertad. En consecuencia, hay que tener mucho cuidado, constitucionalmente, para utilizar el instituto del procedimiento abreviado.

En esto nosotros sí hemos dicho que las exigencias probatorias del procedimiento abreviado son diferentes a las exigencias probatorias de un juicio ordinario, por su propia naturaleza, es decir, que no es que no exista ningún elemento de prueba, hay un denunciante, hay un sujeto que se dice víctima de un hecho delictivo, hay algunos elementos de prueba que eventualmente pueden ser utilizados y hay una confesión. El problema no es una confesión en los términos tradicionales, algunos dicen que es forzada y alegan que para obtener un beneficio como lo sería disminuir hasta un tercio la pena, el imputado se ve obligado a aceptar un procedimiento abreviado y aceptar los hechos.

Lo que creo es que hemos sido poco exigentes en la declaración del imputado cuando acepta los hechos. Cuando acepta el procedimiento abreviado hay un acta donde está con su defensor, está el Fiscal, frente al Juez y dice el imputado que acepta el procedimiento abreviado y acepta los hechos. La verdad es que el Fiscal debería ver un poco más, sobre todo si tiene deficiencias probatorias, ser un poco más amplio en la manifestación del imputado y exigir que haya una declaración de aceptación de hechos. Decir, por ejemplo: “Bueno, ¿cuáles son los hechos que usted está aceptando, qué fue lo que usted hizo, cuál fue la conducta que usted realizó?”. Esto para que el sujeto no se limite a decir “acepto los hechos”.

Incluso hemos tenido discusiones en Casación donde la persona dice acepto los hechos y viene a Casación diciendo yo me refe-

ría a los hechos tres y cuatro pero no sabía que también estaba aceptando el hecho uno y el hecho cinco de la acusación y que en consecuencia como eso no quedó claro yo no podía estimar que acepté esos y se me está condenando por esos hechos. Creo que en esto es necesario ser un poco más amplio. Desde luego, repito, la exigencia probatoria en el procedimiento abreviado es menor que en el proceso ordinario y creo que la única manera de constitucionalizarlo es que el Juez verifique, por lo menos, si se dan estas mínimas condiciones probatorias.

Normalmente cuando el imputado acepta el procedimiento abreviado es porque hay elementos de prueba que se van a ventilar en juicio. Difícilmente un defensor con un poquito de criterio va aceptar ir a un procedimiento abreviado si sabe que no hay ningún elemento de prueba que se pueda incorporar al juicio. Por eso también en este sentido hay, digámoles así, una excepción a las reglas de oralidad, pues no hay juicio. En consecuencia, estos elementos de prueba pueden ser perfectamente viables para sustentar el juicio de condena, uniéndolo con la declaración del imputado.

Lo que creo es que esto lo engarza, lo corona, la declaración del imputado, y que es ahí donde está la mayor deficiencia que, por lo menos hasta ahora, hemos tenido en la práctica. No hay aceptación de hechos, o sea, no hay una verdadera declaración del imputado. Simplemente el imputado manifestó su interés en un proceso abreviado y aceptó los hechos. Es muy parca la manifestación y después se ven en problemas probatorios los fiscales y el Tribunal para sustentar la condena.

Dr. Maximiliano Rusconi: De todos modos me parece que no es el mismo problema en relación con la prueba del procedimiento abreviado, me da la sensación de que con la suspensión

del procedimiento a prueba, esta última es una medida que tiene un costo político criminal, una reacción estatal político criminal mucho más débil, en este sentido hasta es posible que uno se enfrente al problema de la situación de debilidad en que siempre está el imputado en el sistema de investigación estatal, de uno muy distinto a como uno lo debería de hacer en relación con el procedimiento abreviado; en este último no hay que perder de vista que significa una bajada del nivel de garantías manifestadas en las formas procesales. Yo creo que el Ministerio Público -y los propios jueces- tienen que ser muy cuidadosos en la utilización del procedimiento abreviado, porque significa el mismo poder estatal con menos garantías, esto sin duda, independientemente de que es indispensable la utilización del mecanismo.

Dr. Daniel González: Es conveniente resaltar la necesidad de que se documente adecuadamente, porque después se ven en problemas los mismos Fiscales, ya sea frente al tribunal de juicio que es el que debe dictar la sentencia y a veces en Casación. Muchas veces no se sabe qué fue lo que discutieron, cuáles fueron las bases, el alcance, la naturaleza de la discusión que se dio.

Sería conveniente que cuando están en la audiencia preliminar, siendo un procedimiento nuevo, que se documente adecuadamente en una acta cuáles son los alcances del convenio al que llegaron con la defensa y el imputado y que quede clara la manifestación de voluntad del imputado.

Dr. Fernando Cruz: En la práctica ha habido muchos problemas de ese tipo porque no se ha documentado adecuadamente y el acta no consigna todas las preguntas que el propio Juez debería hacerle: ¿Usted lo hizo bajo su propia voluntad, está seguro,

conoce los hechos?, incluso leer los hechos, por ejemplo En el Tribunal de Casación ha habido numerosos votos también porque los jueces omiten decirle que tiene también derecho de abstenerse a declarar. De tal forma que efectivamente, como dice Maximiliano, hay una disminución de garantías constitucionales que deben compensarse con el cumplimiento de una serie de requisitos de importancia.

Destacaría otro aspecto que en la práctica se ha desdibujado mucho: el Juez admite o rechaza el procedimiento y generalmente no se pronuncia de ninguna manera, y uno de los elementos que yo sí creo que se debe valorar bien es que la prueba tenga por lo menos indicios razonables que justificarían una privación de libertad. Porque la garantía constitucional de que nadie puede sufrir prisión preventiva sin indicio razonable o ser encarcelado arbitrariamente no se ha derogado, de tal forma que el pronunciamiento jurisdiccional podría ser no solo respecto a la prueba.

Es decir, el Juez debe valorar la prueba, y el Fiscal por otra parte, en su libelo de acusación debe justificar básicamente por qué cree que esa persona es la autora responsable del hecho. Es más, el Juez podría rechazar por otras razones. También podría decir que hay un interés social de que este asunto vaya a un juicio oral y público y que estima inconveniente el abreviado. De forma que el juez es un contralor de garantías y de conveniencia y lo mismo cabe decir del Ministerio Público.

Me parece que no se ha tomado en cuenta ese aspecto y la exigencia de que haya una prueba que permita razonablemente deducir que sí puede ser el autor, porque la Constitución nuestra dice “*con demostración de culpabilidad*”, y tampoco me parece que eso se pueda obviar con una presunción de que la simple

aceptación por el imputado resuelva todo el problema de la obligación estatal de probar esa culpabilidad, ello por la forma en que está redactada nuestra Constitución.

Dr. Alfredo Chirino: Yo quisiera, siempre en sincronía con lo que se está discutiendo, señalar otro grave problema que se ha planteado con el procedimiento abreviado, y es que muchos jueces exceptúan también el objetivo de la motivación de la sentencia. Es decir, efectúan y entienden que no deben motivar con el grado de precisión con que se haría en un procedimiento que se cierra con debate.

Esto es grave porque, por supuesto, en ningún momento se ha dicho que las garantías constitucionales del debido proceso, y en concreto sobre la demostración de culpabilidad, se han limitado únicamente al proceso por debate oral, sino que también están en el procedimiento abreviado, en donde se da este tipo de reconocimiento de culpabilidad.

Ahora, si juntamos los dos problemas, el de motivación de la sentencia y el relacionado con la forma en que se llega a esos acuerdos, nos damos cuenta de una grave dificultad que se da en la práctica y es que, probablemente, si muchos procedimientos abreviados hubieran llegado a juicio oral y público, no hubieran terminado en una condenatoria. Esto es un estudio práctico que tendríamos que hacer cuando tenga mayor madurez este Código. Pero si esto es cierto, significa que estamos poniendo en la mesa una gran cantidad de garantías del imputado para obtener un pobre éxito, con la disminución considerable de asuntos que no llegan a debate.

Dr. Maximiliano Rusconi: En realidad el procedimiento abreviado mal manejado puede ser la puerta para que vuelva el mo-

delo inquisitivo -cambiamos confesión por investigación nuevamente-, entonces hay que tener mucho cuidado con esto. La base del proceso tiene que seguir siendo el éxito de la investigación realizada por el Ministerio Público, y esto no puede modificarse por más abreviado que sea el procedimiento.

Dr. Daniel González: Ahí la defensa es la que juega un papel vital en el control, pues no debe aconsejarle a un imputado que asuma el proceso abreviado cuando no hay prueba. Hay también hay otro riesgo, y es que muchas veces los funcionarios judiciales en general, jueces, fiscales, defensores, queremos quitarnos carga de trabajo y esas son fórmulas que nos permiten descongestionar la oficina; de ahí la necesidad de que dicho instituto deba ser utilizado con mucho cuidado.

Pero quisiera retomar un poco algo que decía Fernando Cruz, porque también llevado a un extremo podría ser delicado, y es la potestad del juez de pronunciarse sobre la oportunidad de este tipo de medidas. Me parece que es función fundamentalmente de las partes, más que del Juez; es decir, no es el Juez el que debe valorar la oportunidad de la aplicación de alguna de estas medidas sino las partes; sirva citar como ejemplo la conciliación, el criterio o principio de oportunidad, y algunas de estas otras instituciones; acordémonos de que nosotros los Jueces tenemos una formación inquisitiva, bueno todos tenemos una formación inquisitiva de siglos, y podría existir el riesgo de que pretendamos reducir la aplicación de estos institutos porque no nos parecen o por razones de conveniencia, porque considero que hay una criminalidad muy alta, por ejemplo

Entonces podría decir el Juez: *“No acepto que las partes lleguen a conciliar en este caso porque estimo que es una barbaridad ya que hay mucho robo”*. Por eso el Juez, en relación con

la aplicación de estas medidas, debe verificar más los problemas de legalidad y de constitucionalidad que los problemas de oportunidad, que le corresponden más al Ministerio Público y al resto de los sujetos del proceso, para que no continúe ese Juez inquisitivo interviniendo en la manera como se resuelve el conflicto.

Es retomar la idea de Nils Christie, de que nosotros hemos sido ladrones de conflictos por años; la idea es no pretender todavía seguirlo siendo, incluso frente a instituciones de esta naturaleza.

Dr. Fernando Cruz: Por supuesto, si el Juez, por ejemplo, viera que la prueba es insuficiente para ir a juicio.

Dr. Alfredo Chirino: Hay también otro asunto que se ha venido discutiendo en Costa Rica, en el sentido de *“pensar en clave acusatoria”* o en signo acusatorio. Muchas veces se ha llegado a decir que ninguna parte del proceso puede asumir las condiciones de la otra. Por ejemplo si un Juez tuviera una amplísima competencia para meterse en las tareas de decisión de la Fiscalía o de la defensa sobre determinado procedimiento, evidentemente el Juez estaría aquí asumiendo funciones de otra parte, de otro sujeto procesal que tiene tanto en la Ley como en la Constitución funciones muy concretas que no podrían ser asumidas de esa manera.

Dr. Fernando Cruz: Quizás aquí lo que hace falta es también la parte del Ministerio Público con sus directrices para que les indique a los fiscales en qué casos es viable el procedimiento abreviado, cuál es la política de persecución del Ministerio Público.

El otro comentario que quería hacer es sobre el problema de la conciliación. Quizá el grave problema que tenemos en nuestro sistema de conciliación es que hemos puesto a conciliar al Juez, cuando no es el sujeto indicado para conciliar. Entonces lo hemos puesto a hacer otro rol, a propósito de lo que decía Chirino, otro rol para el que en realidad no está preparado, ni las partes entienden muy bien qué quiere decir el Juez cuando les ordena que concilien.

Dr. Maximiliano Rusconi: Sí, este es un tema central. Generalmente los juristas creemos que somos mejores que el resto de la humanidad para resolver los problemas que no son jurídicos, pero además de que no son problemas jurídicos la visión del jurista a veces más bien los complica. Es importante empezar a incluir en el proceso penal figuras con formación distinta, como la figura del mediador, que empieza a ser muy conocida en América Latina, aunque se mantenga el rol procesal del Juez y esto no se pueda modificar. Digamos que el Fiscal o el Juez puedan acudir a un sujeto acostumbrado a acercar partes en conflicto, me parece que esto es una cosa muy buena. Generalmente los juristas estamos acostumbrados a trabajar el conflicto y no a resolverlo.

Dr. Daniel González: O a resolverlo a nuestra manera.

Hay una pequeña discusión aquí sobre la ley del RAC, de si se puede o no aplicar en lo penal. Tenemos una Ley de Resolución Alternativa de Conflictos, que a nuestro criterio, le es aplicable supletoriamente a la materia penal. Esta ley tiene una serie de reglas y la figura del conciliador también. Estimo que es una ley que complementa el Código Procesal Penal en la materia conciliatoria. Es decir, se le aplica, salvo que haya reglas especiales del proceso penal sobre la conciliación que no estén pre-

vistas en la Ley del RAC. Pero en mi opinión sí lo son, y la figura del conciliador es perfectamente viable.

Dr. Maximiliano Rusconi: Así como llamamos a un especialista en manejo de cuentas bancarias, a un contador o a un economista como peritos especiales podemos llamar a alguien formado en la resolución de conflictos.

Dr. Fernando Cruz: Creo que el contexto es distinto y por eso debieran ser dos sujetos diferentes: uno el conciliador y otro el juez.

Hay un tema adicional que podríamos mencionar que son los alcances y efectos del recurso de casación en el proceso abreviado respecto a lo pactado sobre la pena, que sería la reforma en perjuicio. No se si Daniel o Maximiliano tienen alguna opinión.

Dr. Daniel González: En casación han pasado muchas cosas en relación con este tema de la pena y del proceso abreviado. Tal vez lo más trascendente sería indicar que por lo menos el imputado no puede pretender justificar en casación una pena diferente a la que él mismo ha pactado si no hay condiciones muy especiales que justifiquen hacerlo. Lo que está ocurriendo es un fenómeno muy particular: Pactan una cantidad de pena con el Ministerio Público para la aplicación de un procedimiento abreviado y van a casación a solicitar que casación, ya no las partes, discuta el asunto del monto de la pena que pactaron.

Entonces nosotros lo que hemos dicho es que está bien, que es posible de acuerdo con las reglas del artículo 71 del Código Penal: las condiciones de modo, tiempo y lugar de los hechos, la forma objetiva y subjetiva del hecho punible, por ejem-

plo, que justifique determinar el monto de la pena, que se pone como un techo lo que las partes hayan pactado, que el Tribunal puede imponer una pena menor, por ejemplo Todo esto es perfectamente viable. Pero para que esto sea posible tiene que ocurrir algo especial, es decir, sobre la nada no podría la casación venir a indicar que la pena debió haber sido menor si las partes han pactado una pena mayor, no sé si me explico, por las circunstancias del caso. Entonces el imputado que quiera discutir que la pena debe ser menor que aquella que él mismo aceptó en un procedimiento abreviado, debe tener razones muy concretas para que esto sea así, aunque desde luego, están los poderes abiertos del juez -de acuerdo con la Constitución- que es el que fija el monto de la pena y no las partes, en esto también se decía que estriba una de las razones de inconstitucionalidad del procedimiento abreviado de que se le traslada a las partes la fijación de la pena, o sea, como decía Maximiliano, al proceso abreviado no puede pretendérselo aplicar todas las reglas del proceso ordinario.

Es decir, estamos excepcionando algunas reglas y una de estas es precisamente que por acuerdo de partes se llega, no a imponer un techo de pena, sino a pactar una pena. Es decir las partes lo que hacen es pactar una pena no a poner un techo que eso es lo que a veces entiende la defensa. Por lo menos ese es el punto en discusión, entre muchos, como el ya aclarado sobre el tercio donde no se trata de reducirla a un tercio, como en un momento se pretendió discutir y se llegó aplicar en algunos casos. Bueno la preposición fue lo que vino a aclarar todos los puntos, es en un tercio y no a un tercio.

Dr. Alfredo Chirino: Yo quisiera hacer una contribución sobre la pena en el abreviado. En realidad el abreviado es como una especie de espejo de los otros problemas que tenemos sobre la

justificación y fundamentación de la pena en la sentencia judicial. Y el tema, o la palabra clave aquí es el principio de proporcionalidad. En general la jurisprudencia de la Sala Tercera ha sido sobre este punto muy insistente en los últimos años, en el sentido de señalar que una de las formas de revisar la pena en cualquier tipo de procedimiento, incluyendo en el abreviado, es examinar la proporción entre injusto y pena.

Esto es importante decirlo porque en lo que alegaba al principio de que los jueces creen que están exceptuados de la motivación en los procedimientos abreviados, afectan muy gravemente lo de la pena. Es por eso que la mayor incidencia de casación en procedimientos abreviados ha sido sobre temas de pena. Porque en realidad el litigante en casación lo que está alegando es simplemente que hay una desproporción de la pena aun cuando haya sido aceptada por las partes. Este no es un tema menor.

Es un tema que, creo, tiene una enorme relación con la forma en que estamos haciendo esta fundamentación de la culpabilidad y la pena en el procedimiento abreviado y merece una mejor atención práctica. Pero es interesante, un poco para que Maximiliano conozca también esta tendencia de la jurisprudencia nuestra; en la mayor parte de los casos en que la Sala ha resuelto el tema del procedimiento abreviado ha indicado que efectivamente, aun cuando haya sido admitido por las partes el monto de pena, puede haber desproporcionalidad en relación con el injusto que se reprocha.

Dr. Daniel González: Pero se ha indicado que debe haber razones muy especiales para que lleguen a excepcionarse, porque de otro modo sería desnaturalizar el acuerdo entre el Fiscal y la defensa, porque si no se hace así el acuerdo podría llegar a ser el ponerle un techo a la pena y no la de pactar una pena.

Dr. Alfredo Chirino: Claro, claro.

Dr. Maximiliano Rusconi: Acá pido disculpas si es que tengo algún error en relación con alguna norma de derecho positivo. Conceptualmente me parece que el procedimiento abreviado genera un pacto sobre la pena y en este sentido es un pacto con todas las características; es claro que un pacto en el procedimiento penal resulta ser bastante raro. Uno está pactando, no digo con el diablo, pero está pactando con un sujeto muy poderoso. Me parece que el recurso de casación lo que está abriendo es la discusión sobre la legitimidad de ese pacto y parece que el defensor o el imputado mismo tendrían facultades, sin contradecir su rol, en el sentido de decir: *“Yo pacté, pero la verdad me gustaría que usted evalúe la legitimidad de ese pacto”*. En este sentido el recurso de casación podría ser, conceptualmente, una cosa admisible y no contradictoria.

Dr. Daniel González: De hecho así es, efectivamente.

Dr. Fernando Cruz: Más bien lo que ocurre con la discusión de la disminución del tercio, es que cuando se ha ido a casación, al resolver la nulidad, se puede ir a juicio ordinario, y sin embargo la pena pactada queda subsistente. Por la experiencia que he tenido en los recursos de casación, si yo estuviera en el Ministerio Público no pactaría ningún caso más que cuando proceda la disminución del tercio, porque cuando dejo ese otro techo, al llevarlo luego a un procedimiento ordinario se mantiene el beneficio acordado porque sino sería como una reprimenda entre comillas para aquel que ha recurrido ante casación. Pero la práctica que he visto en muchísimas nulidades, bastantes, en procesos abreviados por falta de fundamentación de la sanción porque el Juez no justifica la imposición del mínimo y no la disminución del tercio que es lo que alega el recurrente, lo

que ocurre es que después el recurrente podría ir al procedimiento ordinario y no le podrían imponer una pena que sea superior a ese tercio de disminución.

Dr. Daniel González: Otro aspecto que también se ha discutido mucho es si la reducción es automática o no. Creo que ya está claro que depende del pacto que hayan realizado las partes en el caso concreto. De que no es el mínimo y un tercio automáticamente. Es decir que la pena se llegue a reducir en todos los casos a un tercio, que el mínimo de la pena sea lo aplicable, sino que puede ser, incluso puede ser la mitad. Digamos, un hecho delictivo sancionado de 6 a 10 años de prisión, en un proceso abreviado podría justificar un pacto de ocho años de prisión. Suponiendo que de acuerdo con las reglas de proporcionalidad, probablemente le hubieran impuesto la pena máxima, digamos en el caso concreto, y que el imputado está tratando de obtener una pena menor; pero la reducción no es automática.

Dr. Fernando Cruz: Hay otro aspecto que tiene que ver con el destino de los objetos utilizados en la comisión del delito en la suspensión del proceso a prueba y en el abreviado. A mí me parece que en cuanto al abreviado no hay mucho problema, pero sí lo puede haber respecto a la suspensión del proceso a prueba. Este asunto me lo han planteado algunos representantes de la Procuraduría, de que en una suspensión del proceso a prueba devuelven las armas o devuelven los instrumentos, por ejemplo, en un caso de pesca ilegal, porque dicen que no hay sentencia condenatoria.

Dr. Daniel González: Yo lo que creo es que esto lo puede resolver el Ministerio Público en el acuerdo que logre con el imputado y la defensa. Es decir, no es la ley la que lo viene a determinar, porque el decomiso solo se puede ordenar si hay sen-

tencia condenatoria y aquí no hay sentencia condenatoria. Entonces el Ministerio Público no debiera aceptar la suspensión del procedimiento a prueba si no hay un pacto previo en relación con la distribución de los bienes, claro, porque si no prácticamente habría un problema, sobre todo tratándose de actividades ilícitas en perjuicio de la fauna y la flora silvestre, es decir de protección a la naturaleza, donde básicamente lo que están discutiendo es el comiso de los instrumentos con que se cometió el delito. Desde luego si se trata de un barco, probablemente el acuerdo no va a ser el comiso pero si son bienes, armas de cacería o de otro tipo, el Ministerio Público debiera incluir, como parte del convenio que realiza, de las condiciones del plan que se va a formular al Tribunal en relación con el procedimiento de prueba, de qué pasa con los objetos con los que se ha realizado el hecho delictivo.

Dr. Maximiliano Rusconi: La mayor parte de los casos están previstos en el 26 del Código Procesal Penal costarricense.

Dr. Daniel González: Sí, quizá.

Dr. Maximiliano Rusconi: Es posible pensarlo como parte de las condiciones de no portar armas, no conducir vehículo, por ejemplo

Dr. Fernando Cruz: Lo que pasa es que el Ministerio Público en la suspensión del procedimiento a prueba es un poco débil.

Dr. Daniel González: Más limitada.

Dr. Fernando Cruz: De manera que es como una sugerencia al Juez.

Dr. Daniel González: O al Tribunal.

Dr. Fernando Cruz: O al Tribunal. Es débil y no deja de ser una contradicción. Es muy parecido al pago integral de la multa o a la conciliación cuando es una tentativa.

Dr. Daniel González: Hay un tema, perdonen que me salga un poquito, que querían que comentáramos. Es el tema de la prescripción, de la reducción del plazo a la mitad. Es un tema que tiene que ver con todo esto de la investigación, porque se está interpretando el artículo 33 que dice: *“Iniciado el procedimiento, los plazos establecidos en el artículo tras anterior se reducirán a la mitad, y volverán a correr de nuevo a partir de los siguientes momentos...”* Y vienen una serie de momentos, cuatro en total, uno de ellos es la primera imputación formal de los hechos al encausado; b) la presentación de la querrela en la acción privada; c) cuando la realización del debate se suspenda por causa atribuible a la defensa con propósito de obstaculizar el normal desarrollo de aquél y d) el dictado de la sentencia.

Algunos interpretan que siempre que se inicie el procedimiento aun cuando no haya una formal imputación, porque no hay imputado, los plazos se deben reducir a la mitad. La norma no admite ninguna interpretación. El 33 está diciendo que los plazos se reducen a la mitad y vuelven a correr en cuatro supuestos, solo en cuatro supuestos. Si no se da alguno de estos cuatro supuestos, no se reducen a la mitad, continúan corriendo.

De manera que el plazo de prescripción, cuando no hay imputado individualizado es el plazo ordinario, el plazo del artículo 31, y no opera la reducción a la mitad. Para que opere la reducción a la mitad es necesario que se formule una imputación concreta, es decir, que se le reciba declaración a una persona

como imputado de delito. Esa imputación formal es lo que viene a decirle al Estado que ahora cuenta con un plazo reducido a la mitad para tramitar el proceso y llevarlo hasta sentencia si lo quiere llevar hasta sentencia. Lo digo por la doble interpretación que se quiere hacer del 33 del CPP.

Dr. Alfredo Chirino: Esa interpretación tiene lógica además en el sentido jurídico de que la prescripción es una espada de Damocles sobre el órgano requirente, no precisamente sobre el acusado, cuando sale el acusado identificado o ya recibió la imputación tiene sentido que esa prescripción corra como un plazo mortífero para la acción penal.

Dr. Fernando Cruz: Hay un aspecto, que a mi juicio es muy claro, pero en la práctica judicial no se ha venido acatando mucho, que es la preclusión de la etapa para solicitar la aplicación de los procedimientos de suspensión del procedimiento a prueba y del procedimiento abreviado. Algunos Tribunales en la etapa de debate han venido aceptando el procedimiento abreviado o la suspensión del procedimiento a prueba. La norma es clara en que tiene que ser antes de la formulación de la acusación por una serie de razones relacionadas con el instituto, para evitar que se plantee cuando ya está formulada la acusación, pues cuando está formulada la acusación ya hay otras circunstancias que no tienen que ver nada con el efecto preventivo especial o rehabilitador.

Pero aunque las normas son clarísimas, en un caso de casación que el defensor interpuso, el Tribunal de Casación pudo percibir que lo habían hecho en la etapa de debate. Casación anuló, por supuesto, bajo la idea de que hagan el debate y la pena a imponer en el procedimiento nuevo no podrá exceder de la que venía en el abreviado. No creo que los jueces puedan ignorar la

importancia de esa limitación de preclusión, no se Daniel qué opinión tiene.

Dr. Daniel González: Lo que está pasando es que, como siempre, la práctica nos tuerce un poco. El problema fue la cláusula respecto a que a los asuntos viejos que estuviesen en juicio se les podían aplicar estas medidas diferentes digamos, no necesariamente alternas, pero distintas de la justicia ordinaria; los Tribunales de juicio entonces se sienten autorizados para hacerlo también en los procesos nuevos, cuando de acuerdo con el nuevo proceso hay etapas de preclusión para discutir estos temas. Ese es el problema. Son los jueces de juicio que dicen, si lo hacemos en un proceso viejo, porqué no lo hacemos en un proceso nuevo. Creo que esa ha sido la desnaturalización que está ocurriendo.

Si esto llega a casación y tenemos que anular, se da, por lo menos nosotros lo estamos viendo, un proceso sin sentido, porque habría que reponer el procedimiento y terminamos por colocar el proceso en una etapa en que sí podría ser viable la aplicación de estas medidas. Hay que valorar eso también.

Dr. Maximiliano Rusconi: Me parece que no hay discusión posible como está regulado en el Código, o sea, en los dos supuestos. Si uno pensara, de lege ferenda, en el procedimiento abreviado tal discusión cae por su propio peso, pues no hay ningún procedimiento que abreviar cuando se está en el juicio, esto está claro.

En el ámbito de la suspensión del procedimiento a prueba si se pensara en este instituto como uno que tiene como un objetivo la reparación del daño y el contacto con la víctima, quizá incluso hasta iniciado el debate, la suspensión del procedimiento a

prueba coloca a la víctima en un lugar que ni siquiera el debate la coloca, si es que se lo entiende así. En este sentido quizá uno puede pensar en una interpretación amplia de la aplicación de la suspensión del procedimiento a prueba incluso en el juicio, pero nunca en el procedimiento abreviado. De todos modos en el Código está sumamente claro.

Dr. Fernando Cruz: Pero en el caso del procedimiento abreviado, si llega a casación se anula la sentencia, y el debate exige la apertura del juicio; tendrían que hacer el debate pero con una limitación en cuanto a la pena. Porque ese es el caso en que la nulidad tiene un efecto correctivo en la práctica judicial, ya no tanto en función de otros objetivos de la nulidad.

Dr. Daniel González: También nos han pedido que comentemos los alcances del artículo 317 del CPP. Este artículo refiere que dentro del plazo previsto en el párrafo primero del artículo (316), las partes podrán, ya formulada la acusación, solicitar la aplicación del procedimiento abreviado, de un criterio de oportunidad, de la conciliación, por ejemplo

Aquí todavía estamos en el procedimiento intermedio, en la audiencia preliminar. Las normas que señalan que después de formulada la acusación no se podrán aplicar algunos de estos institutos y esta regla del 317 que lo permite, es porque la primera es una discusión a propuesta del Ministerio Público. Es decir que el Ministerio Público no venga diciéndonos, miren yo ya acusé, pero ahora vengo a pedir un criterio de oportunidad, por ejemplo Es como decirle al Ministerio Público, defina, pida la acusación o la salida alterna, en cambio el 317 permite que aun con acusación del Ministerio Público, las salidas se discutan a solicitud de una de las otras partes, lo que eventualmente puede ocurrir en la audiencia preliminar.

Dr. Fernando Cruz: Paso a darle la palabra a los panelistas previo a darles las gracias por contar con su valiosa participación.

Licda. Lilliana García: Gracias. A propósito de lo que ustedes han planteado y con relación al problema de la negociación en el procedimiento abreviado con el Ministerio Público, pregunto: ¿Qué pasa si el Fiscal negocia más allá del mínimo posible. Es decir, más allá del mínimo menos el tercio porque considere que, de acuerdo al principio de proporcionalidad, eso es lo que a él le satisfaría como pena, pero la defensa considera que todavía podría ir hasta el mínimo posible y que entonces se lo debe alegar al Juez?

Resulta que muchos fiscales consideran que es desleal por parte de la defensa llevar esa discusión hacia el Juez -que no ha perdido la obligación de aplicar el principio de proporcionalidad en la pena-, la consideran desleal y entonces rechazan aplicar el procedimiento abreviado si la defensa prácticamente no se compromete con la mano sobre la Biblia a que no va a discutir el monto de la pena. Partimos de que a la defensa le interesa el procedimiento abreviado, pero al fiscal no le está sonando que la pena sea proporcional. La única manera de que el abreviado se pueda aplicar es diciendo: *“Está bien, acepto ese monto que usted me ofrece pero lo voy a ir a discutir ante el juez”*.

Pero los fiscales consideran que eso es desleal y entonces no admiten la aplicación del abreviado: lo rechazan. Eso me lleva a la segunda pregunta.

Si bien es cierto casación -me refiero a la Sala Tercera- ha dicho que no se puede controlar la negativa del Ministerio Público en la aplicación del abreviado, ha abierto la posibilidad de

que se haga, mediante una frase que dice algo así como *salvo que sean razones ilegales o arbitrarias*. Entonces, qué pasa con este primer punto de esa negativa y la posibilidad de que el defensor realmente acuda al Juez para lograr lo que considera pena proporcional y que pasa con esa ausencia de controles sobre la negativa de aplicación del procedimiento abreviado que se ha dicho. Porque ni casación puede controlar ni el Juez puede imponer, entonces en qué quedamos.

La otra pregunta es respecto a la suspensión del procedimiento a prueba y el control del recurso de casación. La duda que tengo es la siguiente: el tribunal de casación en el caso que menciona don Fernando Cruz del vehículo en que se admitió la devolución y aumentó el plazo para la suspensión del procedimiento a prueba, permitió un recurso de casación contra una resolución que solo estaba admitiendo la suspensión del procedimiento a prueba, no estaba dictando el sobreseimiento. La Sala Tercera ha dicho que el recurso de casación solo procede contra el sobreseimiento que se dicte en su oportunidad.

Dr. Daniel González: Era un procedimiento viejo.

Licda. Lilliana García: Pero sigue siendo la misma circunstancia de que no se ha dictado el sobreseimiento, solo la suspensión del procedimiento a prueba. La casación vendría, cierto o no, pregunto, sobre el sobreseimiento, no sobre la resolución que ordena admitir la suspensión del procedimiento a prueba. Estas son mis preguntas, gracias.

Dr. Fernando Cruz: Sobre la primera parte yo quisiera contestarle porque nosotros tuvimos una discusión a propósito de eso, de lo que usted planteaba de la deslealtad procesal. A mí me parece que sí es una deslealtad procesal. Es decir, si se pacta hoy

y acto seguido va e interpone un recurso diciendo, *mire es que yo quiero un tercio menos, entonces no hay pacto*. Eso es una deslealtad procesal. Pero, por supuesto, eso a pesar de que es una deslealtad procesal no releva o le quita al juez el valorar que a lo mejor era una pena inferior. Eso sin duda alguna.

Lo que no me parece es que en la audiencia se dicen unas cosas y luego el defensor interpone un escrito y cambia lo que había pactado en la audiencia. Yo creo que eso realmente, por lo menos desde mi perspectiva, es todo lo contrario a un pacto. Si se pactó, se pactó en esas circunstancias, lo cual no excluye que se pueda disminuir.

Parte del problema viene por la pobreza de la audiencia inicial en que pactan o en que las partes se ponen de acuerdo. Si hubiera una audiencia mucho mejor elaborada y el Juez ahí mismo lo determina, ya no caben esas notas o esas peticiones posteriores, pero yo sí creo que es una deslealtad procesal que en todo caso no elimina la posibilidad de discutirlo y de que pueda disminuirse la pena.

Por eso a mí me parece que la cosa se resuelve muy fácil. Si yo fuera fiscal no pacto nada que no sea con la disminución del tercio y se acabó el problema.

Licda. Lilliana García: Absolutamente de acuerdo, pero los fiscales no lo ven así. Por supuesto, porque nos cierra hasta la oportunidad de casación.

Dr. Fernando Cruz: No, y le voy a decir por qué. La razón es muy sencilla. Casación, a pesar del criterio de algunos, ha considerado que ahí no hay deslealtad procesal. De tal forma que cabe interrogarse qué sentido tiene exponerse a que el defensor,

acto seguido, veinticuatro horas después ponga un escrito, el juez lo valore, y sin audiencia del Fiscal, disminuya el tercio.

Totalmente se desdibuja el sistema de contradicción en la forma en que se debe resolver, porque el Juez resuelve sobre un escrito que la contraparte no conoció. Vea la distorsión que es por una práctica que en el fondo sí es una deslealtad procesal, pero que no tiene trascendencia, en cuyo caso, si fuera Fiscal aplicaría: o el tercio porque el caso lo amerita o todo lo que no merece esa disminución va a juicio ordinario. No sé Daniel, cuál es su opinión.

Dr. Daniel González: Don Fernando dice que el solo pactaría los acuerdos cuando hay reducción del tercio; probablemente lo dice porque no es fiscal.

Licda. Lilliana García: ¿En qué quedan los controles sobre la negativa del Ministerio Público?

Dr. Daniel González: Aquí estamos con algo parecido al ejercicio de la acción penal. Tenemos que acostumbrarnos que esto es competencia, es territorio del Ministerio Público. Es decir, es parte también de lo que decíamos de la tentación de los tribunales de querer intervenir en la política del ejercicio de la acción penal. Esto es parte de la política del ejercicio de la acción penal. Cuándo y en qué casos lo hace y por qué lo hace es tarea del Ministerio Público.

Esa resolución de la Sala, a que se hace referencia, dice que los controles jurisdiccionales no pueden intervenir sobre la negativa del Ministerio Público de no querer aplicar algunos de estos institutos, está haciendo eco de que ahora la responsabilidad del ejercicio de la acción penal y la aplicación de esos institutos pe-

sa fundamentalmente sobre las partes: el Ministerio Público, querellante, víctima, imputado, en los casos en que corresponda cada uno de ellos la manifestación de voluntad para que esto se aplique.

Los tribunales, en el caso concreto del procedimiento abreviado, no pueden exigirle al Ministerio Público que vaya a un procedimiento abreviado en un caso concreto, porque quien debe valorar las razones de oportunidad para determinar si se aplica o no el procedimiento abreviado es el Ministerio Público y desde luego que también el imputado y la defensa, pero no el Tribunal.

Cuando la Sala indicó que no es posible incursionar en estos controles, y dijo que salvo que el Ministerio Público se haya sustentado en criterios arbitrarios, es pensando en la posibilidad de que haya razones inconstitucionales, que haya dicho, por ejemplo, no vamos a aplicar ningún procedimiento abreviado a nicaragüenses, a propósito de la xenofobia. O no vamos a aplicar el procedimiento abreviado a los evangélicos, a los católicos, que serían razones totalmente inconstitucionales. En estos casos podríamos eventualmente anular el proceso y ponerlo en condiciones en que ese instituto sea aplicable, pero no podríamos forzar al Ministerio Público a hacerlo. El Ministerio Público tendría que valorar nuevamente la situación y determinar con razones constitucionales, con criterios de oportunidad, si acepta o no acepta ir a la aplicación de un proceso abreviado, pero no puede el Tribunal obligarlo a actuar. Al final de cuentas el asunto compete al Ministerio Público.

Dr. Maximiliano Rusconi: Un poco para revisar el problema en consonancia con la situación del procedimiento a prueba. En

la suspensión del procedimiento a prueba la negativa del Ministerio Público no tiene ese rol.

Dr. Daniel González: No, no.

Dr. Maximiliano Rusconi: Esto parece un poco contradictorio. O sea, cuando la solución final es que en el caso procede la suspensión del proceso a prueba no es vinculante el dictamen del Ministerio Público en cuando a su negativa. Y sin embargo si le damos ese rol en el abreviado; me parece que esto es un poco contradictorio.

Dr. Daniel González: Debo decirle que en la suspensión del procedimiento a prueba, no al Ministerio Público sino a la víctima, se le está trasladando una potestad casi vinculante. En ese proyecto de reforma que refería antes, se pretende fortalecer la posición de la víctima en la suspensión del proceso a prueba pensando también en el asunto de sus intereses, de manera que manifieste su voluntad y que sea la víctima la que pueda vincular.

Dr. Fernando Cruz: Tiene la palabra el Licenciado Rafael Sanabria.

Lic. Rafael Sanabria: Siempre insistiendo en esto de la eventual arbitrariedad del Ministerio Público en el procedimiento abreviado. ¿Qué hacemos, cómo controlamos? O no hay control, según lo que estamos escuchando, cuando el Ministerio Público simplemente dice no; es decir, rechaza el procedimiento abreviado. No se puede hacer nada. Por ejemplo en algunos casos dicen, en drogas no vamos a pactar nada, pero dicen que no, simplemente porque no quiero, pero sobre eso ya escuchamos un poco. Me interesa más bien qué hacemos cuando ya es-

tamos en la fase de juicio y por alguna causa justificada el imputado no pudo acudir a la audiencia preliminar para tratar una suspensión del procedimiento a prueba o incluso para negociar el procedimiento abreviado. ¿Podría el tribunal de juicio en estos casos obviar el problema de la etapa procesal ya precluida?

Dr. Daniel González: Bueno, tal vez antes una observación. El artículo 8 de la Ley Orgánica del Ministerio Público señala que los representantes del Ministerio Público *formularán motivada y específicamente sus requerimientos, dictámenes y conclusiones*. Es decir, ellos están en la obligación de indicar las razones. Es cierto que se discutió el tema del no por el no, digamos que el Ministerio Público simplemente diga no, como en el caso que se menciona de drogas. Esto fue algún rumor que en algún momento se esparció. Nosotros lo confirmamos con el Fiscal General pidiéndole que nos indicara cuáles eran las razones y no era cierto. Yo no descarto que eso sea posible. Es posible que el Ministerio Público diga, en agresiones domésticas no vamos a aplicar, digamos, la conciliación. ¿Por qué? Bueno, por razones de política institucional, nacional, qué sé yo, como un acto racional, justificado, digamos de por qué en ciertos supuestos, en relación con ciertos hechos delictivos no aplica esta institución, pero sí está obligado a fundamentar las peticiones. Ahora, la trascendencia procesal de que no fundamente sus peticiones casi no tiene mayor consecuencia, porque no podemos exigirle al Ministerio Público de que lo haga de cierta manera. Nada más que eventualmente pueda ocasionar una nulidad.

Ahora, el segundo problema que Sanabria planteaba, ¿cuál era?

Lic. Rafael Sanabria: Cuando justificadamente el imputado no ha llegado a la audiencia preliminar, qué hacemos si estamos en

juicio y el fiscal está de acuerdo en aplicar un procedimiento abreviado o una suspensión del proceso a prueba, por ejemplo.

Dr. Daniel González: Yo lo que creo es que habría que verificar lo que dice el imputado, no me gustaría decirle que aquí se pueda llegar a autorizar eso, porque sería una manera muy fácil, entonces todos tendrían un legítimo impedimento para no aplicar esas instituciones en su momento debido.

Sobre la audiencia preliminar hay una norma que señala que el imputado si quiere participa o no, sea, su participación no es del todo necesaria en esta audiencia. Y no es solamente en ese acto que el imputado podría llegar a negociar con el Ministerio Público o con la víctima, dependiendo del instituto que quiera aplicarse o pedirle al tribunal que se pronuncie en relación con la aplicación de alguna institución. Es cierto que el Código le da ciertas oportunidades procesales para que por lo menos lo haga si lo quiere hacer, pero eso no significa que solo ahí lo puede hacer, él lo pudo haber hecho durante toda la investigación.

En cualquier momento antes de la audiencia preliminar pudo haber formulado una petición en el sentido de que deseaba que se le aplicara el abreviado o la suspensión del proceso a prueba. Entonces, tendríamos que llegar a la conclusión de que tuvo el impedimento total de acercarse al tribunal o al Fiscal que practicó toda la investigación durante todo ese tiempo para decir por qué razón no se pudo llegar a aplicar en fases anteriores al procedimiento y no solamente en el procedimiento a prueba. Por eso a mí me parece que sería un portillo muy fácil para burlar estas razones de preclusión.

La razón básica por la que se puso estas cláusulas de preclusión fueron, no pensando tanto en la víctima, sino pensando más en la descongestión de los tribunales. Es decir, si lo que se pretende es, por un lado, resolver el conflicto de manera distinta, sin costo para los ciudadanos, sin un costo que deban pagar todos los costarricenses para que se realice un juicio ordinario, lo lógico es que esto se realice en cierta fase del procedimiento. Si nosotros lo disparamos a otra fase del procedimiento se desnatura totalmente y se convierte en beneficio para el imputado.

Dr. Maximiliano Rusconi: No es ilegítimo que el Ministerio Público formule algún criterio de política criminal que tengan que ver con algún tipo de delito. Lo que sería muy bueno es que esto fuera transparente, conocido, incluso a través de alguna instrucción del Fiscal General, de modo que los fiscales del Ministerio Público puedan estar sometidos a esa instrucción. Incluso sería bueno que se conozca y se discuta esa decisión político-criminal.

Dr. Fernando Cruz: De todas maneras la lógica del sistema se desnatura y se trastorna tanto con todos los nuevos institutos -lo cual me parece positivo- que ya no es sospechoso que un Fiscal quiera ir a debate para que alguien pueda ser sometido al juicio ante los jueces con su defensa. ¿A usted le puede parecer sospechoso que el Fiscal no justifique por qué quiere ir a un juicio ordinario conforme a todas las reglas del debido proceso? Vea como nos vamos metiendo en un laberinto, que si no vemos las perspectivas filosófico-jurídicas de los fundamentos, finalmente acabamos sospechando de lo que es ordinario y lo que es absolutamente legítimo.

Lic. Rafael Sanabria: Hay un último punto que quería tratar porque es muy importante y ya ha estado en discusión en algún

caso en el Tribunal de Casación. Es el problema de la acción civil resarcitoria en el procedimiento abreviado que al principio trató don Daniel. ¿Qué impedimento existe para que se realice el juicio única y exclusivamente sobre la acción civil resarcitoria en el caso de que ya esté acordado el aspecto penal?

Dr. Daniel González: Mi opinión es totalmente contraria. Creo que el problema más grave está en que el procedimiento abreviado es incompatible con la acción civil resarcitoria si no hay un pacto con el actor civil.

Por eso, en mi criterio, al igual que decía Maximiliano, muchos requisitos se pueden poner en la negociación, basta que el Ministerio Público lo asuma como política institucional, lo hemos sugerido varias veces, que el Ministerio Público no debiera aceptar ningún proceso abreviado donde hay acción civil resarcitoria si no se indemniza a la víctima, ese es nuestro criterio. El Ministerio Público no lo está haciendo porque ha aceptado procedimientos abreviados existiendo acción civil sin negociar con la víctima, obligándola a ir a un juicio civil ordinario de varios años para obtener un resarcimiento.

En el proyecto de ley antes mencionado, se indica que no se puede aplicar el proceso abreviado si el actor civil no manifiesta su voluntad de ir a un procedimiento abreviado, lo que significa que si quieren excepcionar el juicio ordinario entonces tómenlo en cuenta como un sujeto procesal. Porque vea usted la barbaridad que ocurre, y me parece a mí que es una barbaridad del Ministerio Público aceptar ir a un procedimiento abreviado dejando totalmente desprotegido a uno de los sujetos, como es precisamente la parte actora civil.

Creo también que se desnaturaliza la institución del procedimiento abreviado pretendiendo ir a un juicio civil penal, es decir, de seguir con la acción civil resarcitoria por vía ordinaria.

Dr. Fernando Cruz: Tiene la palabra el Licenciado Juan Carlos Cubillo.

Lic. Juan Carlos Cubillo: Muchas gracias. Uno de los presupuestos de la suspensión del proceso a prueba y de la conciliación es precisamente que procede en los casos en que proceda la suspensión condicional de la pena.

Respecto a los casos en que procede la suspensión condicional de la pena, hemos encontrado en la jurisprudencia nacional dos criterios. Uno que señala que hay que hacer una valoración prima facie sobre si al imputado se le suspendería la pena en caso de una sentencia condenatoria, y en el caso de la tentativa cual sería la pena a imponerle.

También se encuentra la otra tesis que señala que debe hacerse una estimación en abstracto del monto de la pena, en este caso de acuerdo al 59 del Código Penal, que debe ser el monto mínimo de tres años.

Me gustaría que comentaran un poco sobre esas posiciones; inclusive, algunos compañeros hemos conversado el tema y hemos considerado que en algunos casos sería buena una reforma legislativa para señalar en cuáles delitos procede la suspensión del proceso a prueba y la conciliación, y no dejarlo a que sea una interpretación jurisprudencial. Nos hemos encontrado con casos donde han estado involucrados mil ochocientos millones de colones y en estos casos procede cualquiera de los dos insti-

tutos. De ahí que me gustaría que se comentara el punto, y si la solución sería una reforma legislativa.

Dr. Fernando Cruz: Don Daniel ¿usted desea referirse?

Dr. Daniel González: Ha habido dos criterios en la Sala. Yo mantengo una posición de minoría. La mayoría ha estimado que en el caso de la tentativa no cabe la aplicación de estas instituciones, es decir, cuando el mínimo de la pena prevista para el tipo penal no admita la suspensión condicional de la pena. En estos casos, la mayoría de la Sala estima que no hay posibilidad de aplicar estas instituciones.

En mi opinión debe hacerse una valoración para determinar si en el caso concreto sería o no aplicable la condena en ejecución condicional, de acuerdo con la posible pena que habría que imponer con base en los parámetros del artículo 61, es decir de proporcionalidad, a lo que se hacía referencia Chirino. Yo creo, que si el caso, de acuerdo con las condiciones objetivas y subjetivas del hecho punible, ameritaría la aplicación de una condena de ejecución condicional en el caso de serle aplicada una pena, si sería posible aplicar anticipadamente alguna de estas instituciones, pero esto es un criterio de minoría, la mayoría estima que no.

A mí me parece que hay una contradicción en el criterio de mayoría porque cuando el tipo penal tiene una pena que va de tres a diez años, ¿quién garantiza que le van a imponer el mínimo? Porque, si lo admiten en estos casos, me parece a mí que cuando la pena va de tres a diez años sí es admisible la aplicación de estos institutos porque en caso de imponérsele tres años de prisión sí sería factible la condena de ejecución condicional. Lo que se está haciendo es una valoración indicando que es posible

que le apliquen a este sujeto una pena de tres años de prisión porque si fueran consecuentes con ese principio de la tentativa tendrían que rechazarlo en todos los casos en que la pena máxima, el extremo mayor de la pena, sea mayor a tres años de prisión.

Me parece que, siendo más congruente, lo que hay que hacer es examinar si le sería o no aplicable la condena de ejecución condicional, pero esto es un criterio de minoría. La mayoría estima no es aplicable en la tentativa, cuando el mínimo de la pena es más de tres años de prisión, aun cuando sería posible aplicar una pena menor a tres años y además en sentencia aplicarle la condena de ejecución condicional.

Dr. Fernando Cruz: Yo tengo un criterio distinto, aunque coincido con Daniel. Yo creo que la norma tiene una trampa terrible, pues depende de que se admita la suspensión condicional de la pena. Entonces, aquí me parece que debíamos evitar una cuestión que también se planteó un poco en la solución del proceso abreviado y es que estamos tratando de valorar hechos y circunstancias que debieran valorarse en un debate. Anticipadamente hacemos un esfuerzo, entonces los vicios del proceso escrito lo estamos incorporando por la fórmula que él tiene.

Aparte de eso hay otro elemento que me parece todavía más difícil y es cuando dejamos una fórmula tan amplia “*todos los que admitan la ejecución condicional de la pena*”, estamos privatizando todos los delitos de acción pública que admitan esto y no hemos valorado delito por delito cuál es la conveniencia o no de ello, porque por la conciliación el caso concreto se comporta como un delito de acción privada.

Yo me inclino más por una fórmula que sea delito por delito, de modo que haya que valorar: esto es delito, se justifica una conciliación o no, lo que en el fondo significa privatizar la acción porque aquí no tiene ninguna intervención el Ministerio Público, de ninguna manera, y no debiera ser, porque sería inconsistente. De tal forma que la fórmula de, *cuando se admita la suspensión condicional de la pena* habría que entenderla objetivamente, que es más o menos como creo que lo entiende Daniel en gran medida, y no entrar a hacer una serie de distinciones que nos llevan a fallos que en el punto no son muy consecuentes.

Creo que en el fondo la conciliación es una manera de declarar como de acción privada algunos delitos, de tal manera que debiera valorarse delito por delito. Usted puso un caso, yo le voy a poner otro en que hay que inhabilitar a un funcionario. ¿Cómo se justifica una inhabilitación? No podemos, tal vez habría que valorar si se justifica una conciliación cuando hay una inhabilitación. O si se justifica en algunos delitos contra bienes indeterminados, yo creo que la fórmula es político-criminalmente inadecuada y entonces le dimos un efecto que fue más allá de lo que originalmente se planeó.

Dr. Alfredo Chirino: Salvo que la función político criminal de la suspensión del proceso a prueba sea otra, y que sea como ustedes lo han expuesto antes, de una función de prevención especial. Porque si es en esa dirección, la condena de ejecución condicional en el Código nuestro ha sido mal interpretada siempre. Porque lo que implica la condena de ejecución condicional es siempre un pronóstico del posible resultado de una pena de corta duración y del cumplimiento de una serie de condiciones de libertad. Del tal manera que aquí hay evidentemente una fuerte estructura de prevención especial. Ahora, si se tras-

lada esto como un requisito de la suspensión del proceso a prueba, eso significa que la suspensión del proceso a prueba tiene también como base estructural la prevención especial.

Y si eso es así todo el análisis a priori que se hace antes de aplicar la suspensión del proceso a prueba es precisamente un diagnóstico de prevención especial. Precisamente por esa razón es que el legislador, pienso, lo dejó libre, lo dejó abierto, porque un listado de delitos donde se puede aplicar implicaría que el legislador a priori también, decide cuáles de esos delitos podrían tener un pronóstico políticocriminal de atención especial mucho más favorable a quien comete esos delitos que a otros, independientemente de la gravedad del daño del bien jurídico, como el caso que usted nos citó del delito de mil ochocientos millones de colones. El mismo caso de mil ochocientos millones de colones como una pequeña cortada estaría dentro de la misma bolsa. De tal manera que la decisión político criminal de un listado de delitos puede tener la misma suerte lastimosa que la del listado de delitos para impedir el acceso de la policía para aplicar las intervenciones telefónicas. Estos listados de artículos siempre son muy peligrosos.

Dr. Fernando Cruz: Yo creo que este coloquio ha sido muy interesante para mí y para los que hemos estado aquí, espero así haya sido. Los temas, aunque se quedaron algunos por tratar, han sido muy productivos y esta documentación, que se va a difundir, puede servir para plantear más inquietudes, pero por lo menos queda documentada la posición de los que hemos intervenido. Muchas gracias a la Escuela Judicial y a su Director por el apoyo dado a esta actividad.

Dr. Alfredo Chirino: Y gracias a usted por estar con nosotros.

FACULTADES Y ATRIBUCIONES DE LOS FISCALES, JUECES Y POLICIA EN LAS FASES PREPARATORIA E INTERMEDIA DEL PROCESO PENAL COSTARRICENSE

Créditos:

La actividad se desarrolla en la sala de grabación de la Escuela Judicial en San José, Costa Rica, el día 26 de julio de 1999.

Fue organizada por la Unidad de Capacitación y Supervisión del Ministerio Público de Costa Rica y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) mediante su Programa Regional de Justicia; se contó además con la colaboración de la Escuela Judicial por medio de la Unidad de Audiovisuales.

Participantes

- Dr. Daniel González Álvarez, Presidente de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.
- Dr. Maximiliano Rusconi, Fiscal General en la Provincia de Buenos Aires, República Argentina.
- Dr. Fernando Cruz Castro Coordinador del Tribunal de Casación Penal.
- Lic. Carlos María Jiménez Vásquez, Fiscal Adjunto de la Unidad de Capacitación y Supervisión del Ministerio Público.

En el panel de preguntas participaron:

- Licda. Lilliana García, de la Unidad de Supervisión y Capacitación de la Defensa Pública.
- Lic. Rafael Sanabria, Juez de juicio.
- Lic. Juan Carlos Cubillo, Fiscal del Ministerio Público de Costa Rica.

Objetivo

Obtener un registro de los temas indicados en audio y vídeo y lograr con posterioridad su publicación en la serie “Cuadernos de Estudio del Ministerio Público”.

El material en vídeo será distribuido en todas las fiscalías del país, se usará en los cursos futuros para la formación de fiscales de reciente ingreso, en la Escuela Judicial y en las bibliotecas del Poder Judicial.

Metodología seguida en el coloquio

Los expositores participan en una discusión sobre los temas propuestos, abarcando aspectos doctrinarios, legales y prácticos.

Los temas son tratados por separado y en forma de diálogo. A los expositores argentinos y costarricenses los acompaña un conductor costarricense que orienta e interviene en el curso de la discusión de los temas.

El texto siguiente es la transcripción de los registros en vídeo con ligeras modificaciones que evitan el lenguaje coloquial.

Coloquio

Dr. Fernando Cruz: El primer tema se refiere a la facultad de jueces, fiscales y policía en la fase preparatoria e intermedia. Quizá uno de los aspectos más importantes del nuevo proceso son estas facultades y relaciones entre estos sujetos -policía, fiscales y jueces- y la forma distinta en que se han planteado en las fases preparatoria e intermedia.

La primera gran interrogante que surge en relación con el juez es en cuanto al ejercicio de la acción penal.

Creo que en esto se produjo una transformación muy significativa con relación con la discusión que se había dado en Costa Rica anteriormente, sobre si el juez podía o no intervenir respecto al ejercicio del poder requirente del Ministerio Público. En este caso se planteó la hipótesis en el sentido de qué ocurre cuando el juez estima que hay un delito y el fiscal considera que el hecho es atípico.

El Código Procesal Penal anterior daba una solución distinta, pero me parece que en el nuevo hemos abordado una mayor definición del poder requirente. El Dr. González expondrá su criterio sobre ello y qué transformaciones o trascendencia ve sobre ese cambio.

Dr. Daniel González: Lo primero que habría que indicar en relación con este tema que está planteando don Fernando, es que con el nuevo código se viene a visualizar, como el mismo lo señala, un poder de parte del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal, más autónomo que con el Código anterior.

El problema que ocurría, si hacemos una comparación con lo que ocurría en el sistema anterior, muy rápidamente, era que el juez de instrucción intervenía en toda la actividad requirente del Ministerio Público. Porque en la fase inicial prácticamente la acusación se llegaba a fundamentar, la acusación entendiéndola como tal, el requerimiento de elevación a juicio, tanto en el auto de procesamiento como en el auto de elevación a juicio. De tal manera que el juez de instrucción anterior intervenía no solo en la acusación como tal sino incluso definiendo qué tipo de hechos son los que se iban a acusar. Cómo, hasta dónde alcanzaba la acusación, no solo daba la calificación jurídica y determinaba si había o no viabilidad para celebrar el juicio, sino que intervenía en la forma y la manera directa de cómo se acusaba.

Tanto es así que en el proceso penal anterior, antes de la declaración indagatoria había que leerle al imputado tanto el requerimiento del Ministerio Público como el auto respectivo del Juez de Instrucción, y esta simbiosis, digamos con el Código anterior y el actual hace que todavía tengamos una gran tentación los jueces de la materia penal de intervenir en la actividad requirente. Creo que con el nuevo código se viene a moldear una separación total de las funciones de acusar y de juzgar.

Al juez lo que le compete nada más es verificar si se dan o no los supuestos necesarios para que haya un juicio -una especie de probabilidad que justifique la apertura a juicio-, pero no le corresponde determinar cómo acusa el Ministerio Público, qué acusa el Ministerio Público, qué hechos incluye, cómo los describe sino que esto pasa a ser responsabilidad exclusiva del fiscal correspondiente. En la audiencia preliminar de la etapa intermedia, el juez no puede estar verificando si la acusación está o no bien redactada, si comprende o no todos los hechos. Eso, repito, es una responsabilidad exclusiva del Ministerio Público.

Será éste quien determine si amplía o no amplía la acusación. Si está o no está bien y eventualmente el que reciba las consecuencias de una mala actuación, de un mal ejercicio de la acción penal. Lo mismo podríamos decir en relación con el querellante, es decir, toda la actividad del querellante.

Dr. Fernando Cruz: Perdoná Daniel pero tal vez para puntualizar un poco. En el viejo sistema el auto de procesamiento dictado por el Juez se convertía en la esencia de la acusación, facilitándole al Agente Fiscal la acusación. Ahora el Fiscal debe crearla íntegramente, entonces yo creo que sí, efectivamente, confirmando lo que estás diciendo, ahora es mayor la responsabilidad del fiscal porque el fiscal tiene que crear la acusación. Antes, con todos los defectos que eso tenía, se basaba en el auto de procesamiento, incluso, doctrinalmente era necesario que hubiera coherencia entre auto de procesamiento y acusación.

Dr. Daniel González: Efectivamente, es cierto. Por eso digo que la tentación es muy grande al haberse modificado el Código Procesal, y ahora al haberse excluido dentro de la función jurisdiccional la función de revisar la acusación, revisarla en el sentido de redacción, en ese sentido, porque al juez sí le compete, aquí sí que ejerce el control jurisdiccional sobre la acusación para determinar si es viable o no es viable. Si hay bases o no suficientes para estimar como probable que hay un sujeto que realizó una conducta, que hay elementos de prueba que justifican eventualmente llevar la causa a juicio, por lo menos hay un grado de probabilidad de que el sujeto sea autor responsable de un hecho delictivo. Pero esa es la función del juez, ya no más el que interviene, como ocurría con el proceso anterior, en que con el auto de elevación a juicio el juez venía a corregir incluso hasta el requerimiento de elevación a juicio, es decir, el juez y el Tribunal Superior cuando conocía en alzada la apelación, por

ejemplo, de la defensa, sobre el auto de elevación a juicio venían a ampliar hechos.

Lo que siempre he dicho es que la función del juez frente a la actividad requirente del Ministerio Público, y desde luego frente a la del querellante en delito de acción pública, es similar a la función que tiene ese mismo juez frente a una querrela privada.

Es decir, el juez no interviene en la redacción, en la manera como la parte redactó la querrela privada, sino que esto es un problema atribuible a la parte, igual no puede intervenir en la redacción de la acusación.

Las deficiencias que él note implican que el Juez podría no llevar el asunto a juicio por una mala o defectuosa redacción o porque el hecho no es típico, por ejemplo. Su control va a estar destinado a eso pero no a decirle al Fiscal cómo tiene que redactar la acusación, y menos al querellante.

Dr. Fernando Cruz: Maximiliano, qué criterio le merece esto que hemos conversado.

Dr. Maximiliano Rusconi: Me da la sensación de que la gran discusión sobre la investigación a cargo del Ministerio Público se manifiesta en el respeto al principio acusatorio en dos instancias que son centrales, o sea, el conflicto que se pueda producir en la relación entre Juez-Ministerio Público al momento de inicio del caso, y al momento de la elevación de la causa a juicio.

En este sentido el artículo 282 del Código Procesal Penal de Costa Rica no resuelve o no da una respuesta expresa al conflicto que se plantea cuando el juez estima que hay delito y los fiscales estiman que es atípico, como sí lo daba en el último párra-

fo el artículo 252 del Código Modelo que en ese caso regula lo que se llamó el Acuerdo de Fiscales donde subía de nivel la decisión dentro del Ministerio Público manteniéndose el principio acusatorio en el sentido de que el Ministerio Público regulaba el caso y ahora, de todos modos, esto si no me equivoco, me parece que no tiene una regulación expresa.

Sin embargo la situación es muy similar al Código argentino, donde tampoco hay una resolución expresa al problema.

En la Argentina se intentó solucionar el problema con la aplicación analógica del artículo 347 del Código argentino que es el que regulaba el conflicto en la elevación del caso a juicio. Sin embargo el problema es que la solución no es mala desde el punto de vista de la técnica judicial, pero esta solución del 347 es lo menos acusatorio que yo puedo imaginar porque regula el acuerdo dentro del Poder Judicial, o sea la Cámara de Apelaciones es el órgano que regula tal situación.

En el caso del 302 del CPP costarricense la solución sería la aplicación analógica del 302. Esto podría dar la solución, o sea, regular el acuerdo del fiscal dentro de la estructura del Ministerio Público, manteniendo un control porque es importante llevar un control en este sentido, pero mantiene la decisión porque un Ministerio Público que formula política criminal, debe ser un Ministerio Público que tenga en su seno la decisión acerca de cuándo hay un caso investigable. A mí me parece que la solución podría ir por la aplicación analógica del 302.

Dr. Fernando Cruz: Sí, yo creo que sí, porque si no sería inconsistente con todo el planteamiento del sistema. Habría que buscarle una solución que en todo caso no significa forzosamente una mayor irrepresión.

Dr. Daniel González: Para hacer esta distinción también se tomó en cuenta si podía o no ser recurrible la resolución, es decir, es la opción que se da en relación con la desestimación y la diferencia de la disconformidad en relación con la acusación o la apertura a juicio es precisamente esa, ante la imposibilidad en el caso de la apertura a juicio de que pueda ser apelable.

Es decir, en el caso de la desestimación, la víctima eventualmente podría inclinar la decisión si estima que hay elementos de prueba suficientes para llevar adelante la acción. Y con la intervención del juez ejerciendo el control como una manera de función jurisdiccional. Mientras que en el caso de la disconformidad que se plantea en el 302 el problema es distinto porque es, en general, sobre una fase en que ya está completa la investigación. Una fase en que ya la intervención es más definida que en el caso de la desestimación y por eso se le da esta opción de que sea el Ministerio Público, la posibilidad que el Juez pueda reprocharle al Ministerio Público que no formula la acusación y eventualmente que sea un superior del Fiscal el que venga a resolver el problema.

Lic. Carlos María Jiménez: Planteo un aspecto meramente práctico que ya ha ocurrido bastantes veces. El fiscal que tiene a cargo la investigación estima, en la valoración inicial -y también ha ocurrido en la valoración final- que el hecho denunciado o investigado es atípico. El juez de la etapa preparatoria también está de acuerdo, se le comunica a la víctima y esta apela, siendo que el tribunal de alzada estima que sí hay tipicidad, que sí constituyen delito los hechos denunciados.

Con lo que nos hemos encontrado los fiscales en relación con este aspecto es que el superior del fiscal está de acuerdo con la atipicidad que estimó el fiscal auxiliar. Es decir que el hecho es

atípico, sin embargo, hay una decisión jurisdiccional, en alzada, que dice que el hecho es delito.

Entonces nos encontramos prácticamente entre la espada y la pared, es decir, mi superior fiscal está de acuerdo conmigo en que el hecho es atípico pero hay una disposición jurisdiccional que dice que el hecho es típico y ya la investigación la tenemos terminada, o bien, está en sus inicios es decir, tenemos que seguir con la investigación, pedir sobreseimiento o bien acusar, estimando el Ministerio Público que el hecho es atípico. Este mismo problema se da cuando el fiscal con aprobación del superior estima que el hecho es atípico pero hay querellante y se debe tomar declaración al imputado porque el órgano jurisdiccional estima que el hecho sí es típico.

Eso es uno de los temas del momento que estimo vale la pena referirse. ¿Qué hace el fiscal en tales casos?

Dr. Daniel González: Yo creo que la diferencia que existe entre la desestimación y digamos una resolución que se produzca al final de la investigación, está precisamente en el momento en que se puede solicitar.

La desestimación es, digámoslo así, una actuación inicial cuando se estima que el asunto no merece siquiera una investigación, que es algo atípico y resulta que sobre esto se formula un recurso de apelación y decide un órgano jurisdiccional. En este sentido, lo único que está vinculando al Ministerio Público es hacer una investigación, es decir, el órgano jurisdiccional le estaría indicando al Ministerio Público como órgano encargado del ejercicio de la acción penal, que debe investigar.

Si el Ministerio Público investiga y continúa su posición de que no hay un hecho delictivo sino que la conducta es atípica, entonces si podríamos llevar la gestión a un procedimiento intermedio donde finalmente es el Ministerio Público el que toma la decisión, porque la disconformidad tiene que resolverse precisamente ante el propio Ministerio Público y será este quien al final de cuentas tenga que tomarla.

Acordémonos que aquí lo que se hace es fortalecer el principio *ne procedat iudex ex officio*, es decir, el órgano jurisdiccional no va a poder actuar de oficio, como podía en el sistema inquisitivo si no es con base en una acusación de la víctima o del Ministerio Público. Al final es el mismo Ministerio Público el que toma la decisión. Es decir, la única vinculación que se puede indicar para el Ministerio Público en relación con la revocatoria de la desestimación es que investigue, que profundice la investigación, y probablemente si esto se produce es porque el órgano jurisdiccional ha encontrado algunos elementos que podrían hacer viable la denuncia, o sea, la que se está formulando de un posible hecho delictivo.

No creo que sea antojadiza, digamos, que frente a una solicitud de desestimación un órgano jurisdiccional se empecine en que sí hay un hecho si no es porque sea muy discutible el tema, de modo que amerite una profundización, o porque sea posible la realización de alguna actividad probatoria que podría justificar la formulación de una acusación.

Dr. Fernando Cruz: Es que esto permite dividir bien las aguas para que el sistema sea acusatorio. Aun en el supuesto de que no hubiera una imposibilidad de resolverlo objetivamente, por principios se resuelve. Es decir, siempre el superior del Fiscal va a decir la última palabra, porque además la jurisprudencia,

entre comillas, o los antecedentes de cómo interprete el Ministerio Público el ejercicio de la acción, los tiene que indicar el Ministerio Público, no pueden ser los jueces los que le digan al Ministerio Público cómo deben ejercerla.

Lic. Carlos María Jiménez: Muchas veces el problema deviene no por falta de investigación, sino que se deriva de un criterio jurídico; es decir, esto constituye delito ¿sí o no? Se han dado muchos casos a este nivel.

Derivado de este tema está el asunto de qué pasa con el juez de la etapa preparatoria que estima, al igual que el fiscal auxiliar, que el hecho es atípico.

Dr. Fernando Cruz: Un juez que dijo que era atípico.

Lic. Carlos María Jiménez: Que era atípico y por ende desestima, le comunican a la víctima, la víctima recurre y en alzada se estima que el hecho es típico. ¿Qué hace el Ministerio Público, porque el superior del Fiscal también dijo que el asunto era atípico. Pero bueno la hipótesis que se discute ahora es, *bueno, este Juez ya dijo que era atípico ¿podrá conocer en las actuaciones subsiguientes?*

Dr. Fernando Cruz: No puede porque ya él cerró la jurisdicción. Es decir ya dijo que no podía conocerlo la jurisdicción.

Dr. Daniel González: Yo no sería tan tajante, es decir, diría que sí tenés razón cuando el juez haya hecho razonamiento de fondo, es decir que haya calificado la conducta y por el fondo diga esto no es constitutivo de delito, lo que podría ser asimilable al sobreseimiento; eso sería una razón que podría justificar separarlo del conocimiento de la causa a posteriori. Pero si el

juez decide que las razones para desestimar son que no encuentra viables algunos otros razonamientos o bien aspectos procesales (por ejemplo, que no hay instancia o que la persona que instó no es la adecuada para hacerlo) y desestima porque no hay instancia, este Juez no tendría ningún problema para continuar con el conocimiento de la causa, aunque luego venga el superior y diga que sí hay instancia.

Dr. Fernando Cruz: El problema es si él ha dicho que es atípico.

Dr. Daniel González: Desde el punto de vista sustantivo, digámoslo así.

Lic. Carlos María Jiménez: Vuelvo sobre el asunto porque sigue el problema sin resolverse que es el caso inicial. ¿Qué pasa cuando alzada dijo sí es delito y el Ministerio Público dijo no es delito? ¿Qué hace el Ministerio Público con el legajo? ¿Qué hace con el asunto? Porque lo engaveta o requiere un sobreseimiento aun por razones ya no de tipicidad, sino por falta de prueba. Lo que quiero enfocar es lo siguiente: Si en alzada se dijo que el asunto constituía delito, no estamos hablando de falta de prueba, pues ya se dijo *esto es un delito*. Pero si el Ministerio Público dice *aquí no hay delito*, ¿qué hacemos con esa denuncia, qué hacemos con ese asunto? ¿Se lo deja el Ministerio Público, lo engaveta? Porque algo tendrá que resolver el órgano jurisdiccional y el órgano jurisdiccional ya dijo que hay delito. A mí como Fiscal me están obligando a requerir algo. Si hago un requerimiento que desvincule al imputado del proceso entonces me voy a topar con un problema, porque no es cuestión de prueba, es un asunto de criterio en cuanto a la tipicidad. Si no acuso, ¿qué hago con la denuncia, con el legajo?

Dr. Maximiliano Rusconi: Yo creo que el Código es muy claro en lo que signifique control sobre la elevación a juicio, en realidad sobre el período de sobreseimiento. En los casos de inicio de investigación me da la impresión que el Código lo tiene resuelto expresamente.

A mí me parece que un modelo acusatorio solo funciona en la medida en que ningún otro poder, más allá del Ministerio Público de Costa Rica tenga una relación institucional muy fuerte con el Poder Judicial. El modelo acusatorio solo funciona en la medida en que los fiscales no reciban instrucciones externas, digamos que los representantes del Poder Judicial no le indique a un representante del Ministerio Público lo que tiene que hacer.

Me parece que la solución tiene que ser generar un control pero dentro del Ministerio Público, control que puede estar motivado por la presentación de la misma víctima. Incluso sería bueno que esto se dé antes de opinar. En algunos casos eso está resuelto precisamente en el Código de Costa Rica, sin necesidad de que el Fiscal consulte con la víctima. Pero me da la sensación de que es necesario mantener la tendencia a que se resuelva siempre dentro del Ministerio Público.

Los recursos no solucionan el problema porque generan este conflicto. Cuando la alzada opina que sí hay delito ¿qué va a hacer el Ministerio Público, un Ministerio Público que en principio está organizado jerárquicamente, digamos que va a hacer con una decisión del Poder Judicial que está indicando que hay delito? Esto rompe el modelo acusatorio. Creo que no hay una solución expresa en la etapa del comienzo del caso, así que estaría siempre favorecer, dentro del margen de la ley, una interpretación de este tipo.

Dr. Daniel González: Al final de cuentas siempre la decisión le toca al Ministerio Público porque si más avanzado el proceso puede tomar esa decisión, con mayor razón al inicio. Por eso es perfectamente viable la aplicación digamos analógica, sin embargo, a mi sí me parece, esto es un rango inquisitivo, la intervención, primero la apelación, la figura de la apelación en lugar del control de la acusación que se realiza por parte del Juez en relación con el sobreseimiento, cualquier otra actuación de procedimiento, de disconformidad, pero esta, la aparición de una apelación en relación con la desestimación es típicamente un control inquisitivo. Ahora, lo que sí debemos tener claro es que al final de cuentas siempre es el Ministerio Público el que va a tener que tomar la decisión de si acusa o no acusa, porque no se puede llevar adelante el proceso si no hay acusación, de la víctima querellante o del Ministerio Público, de manera que siempre es al Ministerio Público a quien le compete el tomar la decisión final sobre la acusación, aun cuando haya una discusión inicial sobre si se desestima o no.

A mí lo que me parece es que la indicación del Tribunal no es que acuse, es decir, la revocatoria de la solicitud de esa desestimación no es que el Juez le está diciendo al Ministerio Público que acuse, porque eso no lo puede hacer, lo que podía hacer es decir que investigue, que profundice, creo yo que en esos términos es que habría que entenderlo, que recabe mayor información sobre el tema para luego tomar otra decisión que al final de cuentas será del Ministerio Público.

Dr. Fernando Cruz: Retomando un poco esto, dentro de las posibilidades de que se mantengan vicios antiguos o costumbres, producto de la práctica judicial, yo no sé si en la práctica de la audiencia de la etapa intermedia se han encontrado que el Tribunal anule la acusación, y qué pasa en esos casos.

Lic. Carlos María Jiménez: Tengo conocimiento de algunos casos donde se dio e incluso tenemos casos en donde el Tribunal de la audiencia intermedia, no a pedido de parte, sino de oficio, ordena prueba para mejor resolver, óigase bien, prueba para mejor resolver en la audiencia preliminar.

Dr. Fernando Cruz: ¿Ha habido casos en que anula?

Lic. Carlos María Jiménez: Por falta de fundamentación, a mí me parece que no debería de anular, debería de rechazar la acusación, pero no anular diciendo que hay falta de fundamentación. Esto de la fundamentación es otro tema, como dice don Fernando Cruz, *es otro temazo*, este asunto de la fundamentación de la acusación.

Dr. Fernando Cruz: El problema es que tiene que ver con el poder requirente. Cuando el Tribunal anula la acusación está desconociendo las reglas de la actividad procesal defectuosa y está desconociendo también los requisitos de la acusación, porque eso se puede solventar ahí mismo en la audiencia.

Lic. Carlos María Jiménez: Así debería ser.

Dr. Fernando Cruz: Pero, por lo menos puede ocurrir. Porque en la práctica todavía está muy arraigada la idea de que la acusación es algo sobre lo que el Tribunal puede intervenir; ahora Daniel mencionaba que el Tribunal no podía ni siquiera sustituir la redacción, pero si la redacción es incorrecta por vicios, el Fiscal lo debe resolver.

Lic. Carlos María Jiménez: Tuvimos un caso en donde el Tribunal planteó que en una denuncia se mencionaba a otro sujeto como sospechoso y en el requerimiento acusatorio el Ministerio

Público no hacía ninguna referencia a esa otra persona que había entrado como sospechosa en la denuncia. Decía que en ese requerimiento acusatorio, el Ministerio Público no estaba diciendo que pasó con aquel otro que fue denunciado. Podría verse eso como parte del control jurisdiccional o más bien un exceso en el control jurisdiccional. En este caso concreto había mediado un pacto con el sujeto, sin embargo, el Tribunal llevó a tal encajonamiento que el Fiscal tuvo que hacer toda una explicación del por qué la otra persona no estaba incluida en la pieza acusatoria.

Dr. Fernando Cruz: ¿Se habrán dado casos en que rechazan la acusación?

Lic. Carlos María Jiménez: Yo conozco que sí, muy poquitos, pero sí sé que algunos jueces han rechazado acusaciones porque no está bien claro cuál es el hecho acusado.

Dr. Fernando Cruz: Pero se entiende la dinámica de eso.

Lic. Carlos María Jiménez: Mas que todo porque no se cumplía con todos los requisitos para el control efectivo de la acusación, creo que es otro tema que tenemos pendiente. ¿Qué es lo que el Juez debe controlar, aparte de lo que es el derecho sustantivo? Ha habido casos, muy pocos, pero yo creo que cada mes que pasa se va mejorando esa situación.

Dr. Maximiliano Rusconi: De todas formas es una duplicación del control; es más razonable sostener esa discusión en la audiencia preliminar, donde se genera el control de la acusación en toda su magnitud. Para un modelo acusatorio es importante tener clara la importancia político-criminal de someter a juicio a una persona, ahí sí se da todo el espacio procesal suficiente, pe-

ro la reproducción de estos niveles de control parece que va en contra de la técnica propia del Código.

Dr. Fernando Cruz: Hay otro tema dentro de esta visión de la competencia de jueces, fiscales y policías en relación con los asuntos de investigación policial, los actos de investigación fiscal y los que son actos genuinamente jurisdiccionales tanto en el modelo costarricense como en el derecho comparado.

Yo no sé, Maximiliano, si sobre esto se ha producido alguna polémica o hay grandes lineamientos en la experiencia argentina para dividir las aguas y que cada uno de los sujetos tenga muy claro el ámbito de investigación y la trascendencia de los actos de investigación.

Dr. Maximiliano Rusconi: En Argentina, desde el punto de vista del modelo legislativo, del modelo procesal, estamos un paso atrás de lo que sucede en Costa Rica. Seguimos, en el ámbito federal, más allá de la experiencia y la historia provincial, seguimos con la investigación a cargo de la policía y un fiscal que no sabe bien cuál es su rol, no sabe tan siquiera cuál es el lugar que le corresponde en el proceso penal.

En este sentido me parece que este es el tema central, ahí se juega el gran porcentaje de lo acusatorio en un modelo procesal.

Me parece que así como hay una tendencia a llevar las reglas del proceso penal a la ejecución de la pena y a abandonar la tendencia administrativista de la pena, también hay una tendencia a llevar las reglas del proceso penal a las investigaciones preliminares.

El proceso penal tiene que recolonizar el espacio de las investigaciones preliminares que hoy en día, por imperio de un modelo de juez instructor que nunca pudo hacerse cargo históricamente de la investigación real en los procesos, es un espacio que se ha dejado demasiado a la policía; en este sentido ese juego de relaciones depende muy fuertemente de cómo se define el rol de los fiscales, no solo en el Código sino en la actividad práctica.

Me parece que ahí el que era adolescente deja de serlo, ya que ahora el que aparece en la escena con un poder inusitado, y que tiene que darse cuenta que tiene este poder, es el Fiscal. Entonces me da la sensación de que aunque el Código resuelve muy claramente que la investigación está a cargo del Ministerio Público, ello no es tan claro al momento de distinguir funciones.

Estimo que cada vez que se hace mención a las facultades de investigación, con algunas frases genéricas que se atribuyen a la policía, al juez o al fiscal, no hay un esfuerzo por conceptualizar procesalmente el rol de cada uno. Me parece que la cuestión va a depender mucho de cómo asuma el fiscal este rol de investigación.

El fiscal ya no es más un sujeto que tenga que juntar actas o papeles, sino que es un investigador y esto significa en realidad comenzar en el mismo momento que comienza la policía, no tiene que aparecer más tarde que la policía. Esto requiere un modelo de organización del Ministerio Público muy distinto del que estamos acostumbrados en América Latina. Me parece que estos son los ejes globales de esta relación.

Dr. Fernando Cruz: No sé si Daniel recordará algún aspecto dentro de la reforma o de la discusión jurisprudencial que pun-

tualice un poco este tema, el cómo converge en la investigación.

Dr. Daniel González: Tiene razón Maximiliano. Yo creo que desde el punto de vista legislativo no hay una clara separación de cuáles son las funciones o potestades de uno y otro, respecto de los tres sujetos: policías, fiscales y jueces, pero yo sí creo que hay una tradición, por la aplicación del Código de Procedimientos anterior, que ha tendido a que siempre sea un juez. Nosotros hemos estado más del lado de la investigación jurisdiccional que de la investigación policial propiamente dicha, y lo que de alguna manera se está intentando, es trasladándole algunos actos al Fiscal y a la policía sin la presencia del juez y eso ha costado aquí en Costa Rica. Ha costado al extremo de que hay una discusión sobre si el Fiscal puede o no puede realizar una actividad procesal que podríamos calificar de definitiva, es decir, los actos definitivos e irreproducible tienen toda una connotación doctrinaria de que requieren, para ser practicados, de un procedimiento especial, la autorización del juez, por ejemplo, porque van a tener incidencia probatoria en el juicio.

Hay una regla general que señala que toda la actividad probatoria realizada en la investigación no rige para la fase de juicio; sin embargo, hay unas excepciones donde se establece -y es donde viene el esfuerzo legislativo- que son precisamente actividades procesales que puede realizar, con carácter definitivo algunas de ellas, la policía o el Ministerio Público en su caso, o ambos, dependiendo del tipo de actividad probatoria. Digo yo que es definitiva e irreproducible aunque no sea calificada -desde el punto de vista doctrinario- como tal; ejemplo es el caso del comiso que ocurre a diario en la actividad policial, cuando la policía está realizando una diligencia preventiva en un parque para determinar si hay o no trasiego de drogas, no requiere de

una autorización jurisdiccional o una notificación previa a las personas involucradas para decidir “*voy a decomisar esta droga*” y sin embargo ese acto pasa a ser prácticamente irreplicable y va a tener incidencia probatoria dentro del proceso.

Dr. Fernando Cruz: Lo mismo los reconocimientos.

Dr. Daniel González: En el caso de los reconocimientos, que es previsible, podría hasta notificarse, podría hasta llamarse al defensor. Pero en el caso de un comiso donde, por ejemplo, ni siquiera se tiene visualizado un imputado, o el caso típico del individuo que viene ingresando al país con droga en la maleta y el policía aduanero, o quien realiza el registro, detecta que en la maleta hay droga, bueno, ahí no hay un juez. Ese acto no se practicó con las formalidades de un acto definitivo e irreproducible y sin embargo va a tener incidencia probatoria.

Por eso la discusión que se ha hecho aquí entre nosotros, es más bien respecto a quitarle la investigación al Juez, porque nosotros somos muy judicialistas, creemos que donde está el juez hay respeto de garantías fundamentales; creo que esa es una idea que también hay que empezar a quebrar. No necesariamente donde está el juez hay respeto de garantías generales o individuales, también el fiscal y el policía deben ser responsables del cumplimiento de garantías fundamentales, aunque sean sujetos que lleguen a asumir el rol de partes dentro del proceso.

Por eso es que hay amplias facultades para las partes de impugnar estos medios probatorios que realiza tanto el Ministerio Público como la policía, de esta actividad que es prácticamente definitiva y que sí va a tener incidencia probatoria, porque la discusión que nosotros hemos tenido sobre este tema debe ser puntualizada, no podríamos asumir en abstracto la regla general

de que toda la actividad procesal, en cualquier sentido, sea a favor o en contra del imputado, deba ser realizada frente a un juez, ya que eso es prácticamente imposible, ni tampoco cerrarnos a que toda la actividad probatoria que el Fiscal o la policía puedan realizar, sea sin control jurisdiccional.

Por eso yo creo que la regla es ir señalando cuáles son los casos, cuándo es previsible la intervención jurisdiccional y cuándo es posible confiar o desconfiar.

En todo caso, como esto va dirigido fundamentalmente a fiscales, creo que es conveniente el consejo que yo siempre les he dado: si es posible llamar a un juez y un defensor, llámenlo. Yo como juez voy a confiar más plenamente en una prueba que ha sido realizada con la participación de todos los sujetos procesales que aquella que ha sido realizada solo por uno de ellos, ya que el poder de convencimiento que voy a tener de un elemento probatorio va a ser mayor en la medida en que en su práctica o realización haya participado la defensa y eventualmente el juez, pero sobre todo, la defensa.

Dr. Fernando Cruz: Sobre eso hay mucha tela que cortar. Partiendo de que el allanamiento sí es un asunto que corresponde al Juez, lo mismo la intervención telefónica, a partir de ahí hay muchas diligencias que son una zona gris; por ejemplo, el allanamiento. Va el juez y realiza el allanamiento y llevan un defensor; me parece que a veces puede ser hasta contraproducente, porque la presencia del defensor parece legitimar la actuación del juez.

Hemos llegado a tal extremo que ya no es suficiente que el juez sea el que controle la legalidad, la constitucionalidad del acto, sino que tiene que ir ad hoc el defensor por si acaso. A mi juicio

eso no corresponde a los defensores. Podrían producirse hechos que el defensor no puede controlar por la magnitud de la diligencia y legitimaron toda la actuación porque iba el defensor.

A mí me parece que si el Juez va a una diligencia, que no sea para recabar una actuación o alguna manifestación del imputado, es suficiente que sea solo el juez.

Recuerdo el caso de unos contables de la Corte, que llevaron una gran cantidad de defensores, para qué, si todavía no estaban defendiendo a nadie. Entonces eso que decía Daniel, no es solo que hace falta el Juez, es que además al juez queremos agregarle el defensor y el fiscal. En estos casos yo no veo que el defensor cumpla mucha función ya que en una diligencia de allanamiento es el juez el que controla la constitucionalidad de ese acto.

Lic. Carlos María Jiménez: Hace poco hubo un voto de la Sala Tercera, el número 533-99 de mayo. En este caso el tribunal de juicio había declarado inadmisibles como prueba un levantamiento de huellas latentes realizado por la policía judicial, alegando que no había estado presente el juez, ni el defensor, ni el fiscal; decía el tribunal que para eso la Corte les había dado bipper, para que se comunicaran y estuvieran todos ahí, en el momento en que la policía levantara el acta. Esto lo dijo un tribunal colegiado. La Sala dijo que no era así la cosa y casó la sentencia.

Dr. Fernando Cruz: Si, es una materia muy flexible porque si la policía tiene un protocolo de actuación muy técnico y bien sustentado, las actuaciones que no son de garantía constitucional exigible, podrían ser realizadas solo por la policía, y podrían tener plena legitimidad.

Lic. Carlos María Jiménez: Lo mismo la cuestión respecto al reconocimiento policial fotográfico, reconocimiento fotográfico cuando no está individualizado el sospechoso. ¿Es necesario que esté el defensor? ¿Es procesalmente necesario que esté? ¿Qué opina sobre esto, don Daniel?

Dr. Daniel González: Bueno, la Sala de Casación ya se ha pronunciado en el tema y ha dicho que la identificación no es un reconocimiento. Simplemente es una identificación, ver en los archivos policiales los ficheros para determinar cuál es la persona a la que se refiere el denunciante, a la que se le atribuye cierta actuación y ver los ficheros fotográficos de la policía, esto no es un reconocimiento, desde luego, también está el reconocimiento fotográfico en sede policial y la Sala ha dicho que este tiene validez siempre y cuando haya garantías de que el acto se realizó por lo menos con ciertos mínimos requerimientos pero que no tiene la validez de un reconocimiento de personas, porque no ha sido realizado con las garantías que establece el código.

Lo que hemos dicho en la Sala, es que esto es apenas una especie de mero indicio, de que la persona se está refiriendo a un sujeto concreto, es decir, el testigo o el denunciante se está refiriendo a determinada persona y que la policía identifique como tal a través de un reconocimiento fotográfico y que eso es todo, no tiene la validez de un reconocimiento realizado en sede jurisdiccional pero que sí, en virtud del principio de libertad probatoria, si no hay ninguna prohibición. Es más, hay una norma en la Ley Orgánica del Organismo de Investigación Judicial, que señala la posibilidad de que ellos realicen ese tipo de actuaciones y esa norma está vigente. Dentro de las potestades de la policía costarricense está el realizar reconocimientos fotográficos y es que resulta obvio que tenga esa potestad. Imagínese

que habría que hacer si tuviésemos que esperar a llevarlo a proceso, habría que llevar una gran cantidad de personas a proceso de no haber un fichero policial para identificar eventualmente a un sujeto a quien se le esté atribuyendo una conducta determinada.

Dr. Maximiliano Rusconi: Yo quiero hacer dos reflexiones. Independientemente de la tradición que había del juez investigando, yo no sé si cuando hablamos de un juez investigador, estamos diciendo lo mismo de lo que significa hoy en día, en los ingresos del siglo XXI, un fiscal investigando.

Me da la sensación de que no se trata más de la tradición del rol del juez a cargo de la investigación.

Yo me imagino un juez investigando de un modo muy distinto de lo que uno dice cuando dice investigación jurisdiccional. Por más que haya una tradición judicialista muy fuerte, en definitiva, lo que estamos diciendo es un juez a cargo, dueño de una investigación desde el punto de vista de algunas facultades procesales, pero sin embargo, la que efectivamente investiga es la policía.

Creo que si la investigación a cargo del fiscal significa sacar al juez de donde estaba y poner en su lugar un fiscal, entonces no ganamos nada, en tal caso quizá prefiera al juez.

En realidad el cambio es el fiscal investigando y eso significa asumir funciones -incluso- que no gustan a las corporaciones del Ministerio Público de América Latina, que es ver al fiscal, a veces, en la calle investigando. Eso no está mal, o por lo menos, que haya algunos fiscales cumpliendo ese rol.

Este es un comentario que quería hacer, y el otro es que me da la sensación de que les son muy importantes los anticipos jurisdiccionales de prueba, los que también son un riesgo muy fuerte -más allá de la necesidad de que exista un riesgo para la importancia del juicio oral- es un riesgo también de formalización de la instrucción que hay que asumir con mucho cuidado, por ello estimo que es importante mantener una interpretación restrictiva hacia el espacio de los anticipos de prueba.

Dr. Daniel González: Es cierto, nuestro juez de instrucción en realidad nunca fue un verdadero investigador. Era un investigador de escritorio, al que le llevaban todo prácticamente para que él realizara lo que ya la policía le traía, o sea, reciba estos testigos, vaya a este lugar y verifique, ya nosotros verificamos, prácticamente para que comprobara lo realizado. Crean que la presencia del juez es garantía y que como era un juez, no era un fiscal, eso es lo que da garantía. Ese es un error y el otro es creer efectivamente de que quitamos uno para poner al otro.

Yo sí creo, sin caer en el extremo de asumir que ahora el fiscal es un investigador policial (porque también algunos fiscales prácticamente querían sentirse policías y pensaban que ellos iban a sustituir la labor policial). Tampoco es esa la situación; pero sí el fiscal en la calle, investigando.

No lo hemos logrado aquí en Costa Rica, desgraciadamente por una serie de razones. Pienso que los fiscales están -en mi opinión- complicando lo que debe ser la investigación y se preocupan mucho de llevar todo escrito, o sea escritura, sobre todo en lo que se refiere a declaraciones de testigos. Realizan actas, y ahora peor, porque antes con el juez de instrucción, lo hacía un escribiente, es decir un auxiliar del juez, ahora es el fiscal el que personalmente realiza eso como parte de su labor cotidiana

y esto aparte de haber saturado la investigación no produce ningún beneficio; realmente no se encuentra ningún mérito el que antes haya sido un escribiente del juez de instrucción el que recibiera la prueba y ahora sea el fiscal.

En el caso de testigos, el fiscal pudo haber llamado por teléfono a esa persona o buscar otros mecanismos, o ir a la calle a interrogarlo como lo hace el policía, es decir, en los mismos términos que lo hace un policía, sin levantar actas, desde luego esto con la excepción de la prueba para la aplicación de medidas cautelares, pero ahí sí estamos ya ante otra situación. Veo que es un tema que quieren discutir.

Lic. Carlos María Jiménez: Quiero reflexionar sobre este asunto de la formalización que ha habido de la investigación. Hay varios factores que han incidido en eso, y seguirán incidiendo. Uno de los factores más fuertes que hay es que los jueces exigen muchas formalidades, y no solo porque los fiscales quieran hacerse las cosas más complicadas. Por ejemplo, cuando vamos a la audiencia preliminar nos exigen que los asuntos estén documentados, casi que probados. Cuando se solicita una medida cautelar en casos de crimen organizado los jueces quieren ver hasta la información confidencial que dio el informante que se ha acogido a un criterio de oportunidad por disociación criminal. Ya ha habido problemas con eso.

Creo que en esto aun hay mucho que dilucidar y estimo que quizás la mitad de la actividad de los fiscales podría dejar de hacerse pero también cuando uno conversa con los compañeros fiscales y uno va a las audiencias preliminares, o a las audiencias para resolver medidas cautelares, es terrible lo que pasa con lo jurisdiccional, o sea el mundo jurisdiccional no acepta, no hay una confianza en la labor de la policía ni del fiscal, quie-

ren que todo esté documentado y hasta han llevado a la audiencia a los testigos para verificar lo que asevera el fiscal.

Dr. Fernando Cruz: Hay que partir del supuesto de que lo que diga el fiscal es creíble, ese es un supuesto sobre el cual funciona el principio de oralidad y de legalidad porque, si no, entonces volvemos al sistema viejo.

Lic. Carlos María Jiménez: Claro, eso es lo que ha pasado y no solo lo que dice don Daniel. Yo diría que hay un segmento que el Ministerio Público puede y debe corregir a lo interno, pero hay otro gran segmento que obedece a factores externos, y cuando hablo de factores externos estoy hablando propiamente del área jurisdiccional, que exige una serie de formalidades que impiden que los fiscales puedan recurrir a la desformalización de la investigación.

Por ejemplo, el tema de la prisión preventiva: los jueces quieren ver la denuncia, quieren ver qué es lo que han dicho los testigos y qué es lo que hay en el legajo de investigación, cuando lo que tienen que resolver es la procedencia, desde el punto de vista del proceso o del sujeto que está siendo involucrado si procede la medida cautelar solicitada, y preponderantemente, sobre si se cumplen o no los requisitos para la prisión preventiva. Pero no, en ese momento quieren saber si hay evidencia sobre el fondo del asunto, si hay prueba para someter a alguien a juicio aun y cuando aun no se haya formulado la acusación.

Dr. Daniel González: Pero es que -no es que estoy defendiendo a los jueces- si el primer presupuesto para la aplicación de la medida cautelar es que haya bases suficientes para estimar como probable que el imputado realizó un hecho delictivo, es normal que el juez pretenda corroborar ese dato.

Lic. Carlos María Jiménez: ¿Informaciones confidenciales también?

Dr. Daniel González: No, no. Me estoy refiriendo a la comprobación necesaria para determinar si un sujeto ha realizado un hecho delictivo o no, porque ese es el primer presupuesto, lo que antes era procesamiento. El primer presupuesto debe verificarlo el juez y que tiene que demostrarlo el fiscal.

Yo creo que en esto los jueces asumimos calenturas ajenas, porque como hemos sido jueces de instrucción estamos acostumbrados a que somos los responsables totales de la aplicación de las medidas cautelares. Eso depende mucho de la actividad de las partes, sobre todo del Ministerio Público. La gran queja que hay de la opinión pública en relación con la aplicación de medidas cautelares es que los jueces somos muy liberales, yo creo que la responsabilidad hay que trasladarla también un poco, a veces, al Ministerio Público. Hay ocasiones en que el juez es el que funciona inadecuadamente, pero a quien le compete acreditar si hay o no bases para estimar como probable que un sujeto ha realizado una actividad ilícita es al fiscal y tiene que llevarle esto al juez para que este decreta lo pedido y luego, tomar en consideración las otras razones procesales, es decir, la presunción de fuga, la obstaculización de la investigación, por ejemplo.

Dr. Fernando Cruz: Si el juez exige pruebas por escrito, entonces, el fiscal recibe mensajes contradictorios, porque por un lado le dicen: *mire la investigación es informal*, pero el juez, cuando llegan a medidas cautelares, dice: *ah no, yo necesito las pruebas por escrito, con declaraciones*. Entonces sí es importante llegar a un límite, a una solución intermedia.

Me parece que el juez tiene que creer en lo que dice el fiscal, si el fiscal miente comete una gravísima falta profesional, pero él debe decirlo y decir: *estos son los informes pero son informes que no son con declaraciones firmadas*; pero si el juez tiene esa cultura anterior, los mensajes son contradictorios. Si le exigen documentación en un caso, el fiscal en una próxima lo que hace es decir, *bueno, voy a llevarlo todo documentado*.

Una observación sobre los informantes confidenciales. Me parece que lo último que debe hacer y lo que nunca debe hacer el fiscal es fundar una prisión preventiva en el dicho de un informante. Eso no se debe mencionar nunca. Su petición de medida cautelar debe fundarse en hechos objetivos que no tengan nada que ver con el informante.

Dr. Maximiliano Rusconi: Estoy totalmente de acuerdo con esto último. Si creo que, de todos modos, el juez de garantías tiene que asumir gran parte del espacio de informalidad que se le permite definitivamente al fiscal. Ahí el diálogo tiene que funcionar bajo las pautas que fija el Ministerio Público, en ese sentido coincido con Fernando porque, si no, estamos cambiando el paradigma de actuación a los fiscales y esto hace que después todo el mundo diga, *bueno fantástico, el legajo es informal, no hace falta que uno vuelque en actas todo*, pero si al mismo tiempo, después, para solicitar una medida trascendente como una medida cautelar se requiere un grado de formalización, entonces ahí tenemos un problema. También coincido en que ninguna medida cautelar puede estar sustentada en este tipo de informaciones confidenciales que no aparecen jugando un rol absolutamente claro.

Dr. Fernando Cruz: Bueno, ahora vamos a tener la participación de profesionales muy distinguidos, la Licenciada Lilliana

García de la Unidad de Capacitación de la Defensa Pública; el Licenciado Rafael Sanabria Rojas, Juez del Tribunal de Casación Penal y el Licenciado Juan Carlos Cubillo, Fiscal del Ministerio Público de Costa Rica.

Les damos la palabra para que formulen sus observaciones sobre lo que han podido escuchar de los que hemos intervenido con tanta extensión en este foro.

Licda Lilliana García: Gracias. Bueno en realidad hay dos temas o aspectos sobre los que me interesa tener su opinión.

Un primer punto se refiere a la función del juez respecto al control de la acusación, y eso relacionado con una pregunta que dirigió usted, don Fernando, respecto de si los jueces en la etapa intermedia están anulando. Dice don Daniel González que se excluye de la facultad del juez el decir cómo se escribe la acusación en cuanto a términos de contenido de la misma, pero se establece que las partes -y en esto, en particular la defensa- puede objetar defectos formales o sustanciales de la acusación. En la práctica, mi opinión es que ha pecado más bien de pasividad el juez con respecto a esos controles que sí se establecen en el Código respecto a los requisitos sustanciales o formales de la acusación.

La pregunta, en un primer punto es, ¿cómo delimitar hasta dónde no debe el juez inmiscuirse y separarlo de lo que es el poder requirente del Ministerio Público, sobre todo respecto a la labor de control del mérito de la acusación? Porque es una decisión muy grave tener que someter a juicio público a una persona ¿Cómo delimitar esa obligación de control frente a la pasividad de no inmiscuirse en la relación de la acusación? Lo

veo muy difícil, esa es una primer pregunta, ¿cómo delimitar esos dos aspectos?

Dr. Daniel González: Bueno, efectivamente tiene razón. Yo creo que no hay una absoluta claridad de hasta adonde puede o no puede llegar el juez. Lo que sí es claro y eso está definido por lo menos desde el punto de vista legislativo, es que el juez no puede intervenir en la manera como el fiscal hace la acusación.

Cuando una de las partes le reclama que hay vicios formales de redacción en una acusación, como muy bien lo señalaba Carlos María, lo que tiene que hacer el juez sería, eventualmente, si no se describe ahí la realización de un hecho delictivo, es rechazar la acusación, pero no puede pretender decirle al fiscal, mire, usted tiene que redactarla de esta o de esta otra manera.

Yo insisto mucho en poner el ejemplo de la querrela privada. Las potestades que tiene el juez de decirle al querellante privado respecto de cómo hacer su acusación son las mismas que tiene el juez en relación con la acusación del Ministerio Público, lo que pasa es que no estamos en un sistema estrictamente acusatorio, en el sentido de que los jueces no debemos intervenir sobre la manera en que el Ministerio Público realiza la acusación. Nuestra función, en el caso de los delitos de acción pública, como jueces, sería verificar si se dan o no se dan estos vicios formales, si no los hay pues entonces sí, decidir si hay suficiente base para determinar una apertura a juicio.

Incluso lo que puede hacer el juez es excluir ciertos hechos, eso es una potestad que el juez puede tener en relación con el contenido de una acusación porque estime que puede resolver dictando un sobreseimiento en relación con unos hechos y en rela-

ción con otros declarando la apertura a juicio, pero lo que no puede hacer, que si hacíamos antes, es intervenir en cómo el fiscal realiza y formula la acusación.

Licda Lilliana García: Lo que ha pasado en gran parte en las audiencias preliminares es que los jueces consideran que no pueden entrar al fondo del asunto, y ellos por el fondo consideran el mérito mismo de la investigación, entonces ¿dónde queda ese control? Pues tampoco pueden entrar a ver la correcta calificación jurídica porque la misma es provisional y será definitiva hasta la sentencia firme, pero si hay una errada calificación jurídica ¿por qué no la puede advertir el juez eventualmente a la fiscalía? ¿Qué es lo que pasa en la práctica? Una de dos, o admiten todas las solicitudes de apertura a juicio sin ningún control y luego los jueces de juicio son los que entran en un conflicto porque puede haber disconformidad o discrepancia, o el juez anula y se regresa a etapas anteriores del proceso cuando considera que hay defectos.

Rara vez, por lo menos en lo que yo he oído en la defensa pública, el juez resuelve el punto como corresponde, como ustedes lo están diciendo ahora. Entonces ¿qué se hace en la audiencia preliminar? Se objetan los defectos formales y después, por escrito, se resuelve: o cabe auto de apertura a juicio o se señalan los errores, los vicios y se regresa el proceso a etapa anterior. Pero la oportunidad al fiscal para que en la audiencia preliminar corrija los defectos formales, hasta donde yo tengo conocimiento, no se ha dado, ¿era a eso a lo que usted se refería sobre la actividad procesal defectuosa en cuanto a que se permitiera corregir los defectos de la acusación en la propia audiencia preliminar?

Dr. Fernando Cruz: Si, a eso me refería, lo que pasa es que seguimos arrastrando la cuestión de lo escrito. La resolución debe darse ahí, de una vez, porque de todas maneras, como decía Daniel, el tribunal no redacta la acusación, solo la admite o la rechaza, total o parcialmente. Es más, el código es muy claro en eso, pero no postergar, ya que efectivamente una mala calificación podría tener trascendencia, pero en realidad en la audiencia preliminar el juez la desestima o dicta un sobreseimiento. No hay de otra, porque la nulidad para volver a la etapa anterior es lo que casualmente el código prohíbe en la actividad procesal defectuosa. Yo creo que eso lo que hace es volver a rémoras antiguas en el tema de las nulidades.

Dr. Daniel González: Un comentario respecto a los controles sobre el contenido de la acusación. La manera en que se redacta la acusación es una facultad trasladada al propio Ministerio Público y a la víctima; de ahí la necesidad de ese traslado a la víctima, de que se le ponga en conocimiento la acusación para que complete, para que llegue y corrija cualquier error que observe, o deficiencia u omisión que considere que contiene la acusación del fiscal. Esto yo pienso que se le traslada a las partes, es una responsabilidad de ellas.

Ahora Lilliana sí tiene razón, si los jueces están haciendo eso que usted dice, en realidad si tiene razón, ahí hay una inconveniente actuación del órgano jurisdiccional, no hay control.

Dr. Fernando Cruz: Para poder completar, para darle la palabra al licenciado Sanabria, por limitaciones de tiempo, para que usted nos plantee lo que estime más importante de todas las inquietudes que probablemente han surgido.

Lic. Rafael Sanabria: Lo más importante es la discusión acerca de que estando en un sistema de corte acusatorio tenga el control sobre si el fiscal acusa o no en el instituto de la desconformidad. He revisado bastante el tema y ahora que los he escuchado me parece que hay una solución al problema y es eliminar del todo el artículo 302 del CPP que establece el control del juez hacia la gestión del Ministerio Público e incluir dentro del 300 la comunicación de la desestimación a la víctima. Esto es para que la víctima, si quiere constituirse como querellante, lo haga a su debido tiempo, porque don Daniel nos comentaba que el problema de la desestimación lo vemos al principio de la investigación pero es que también está al final, está contemplado ahí en una norma, en el 299 del CPP, que es al final de la investigación. Una de las posibilidades y pareciera que sí causa problema eso de que el juez del tribunal de juicio conociendo en alzada le diga a un fiscal que no quiere acusar, acuse, o aquí tiene estos delitos. En un sistema acusatorio, si el juez no tiene acusación o no tiene querrela, no tiene que meterse más en el asunto. Me gustaría tal vez escuchar la opinión de don Daniel o don Fernando sobre el particular.

Dr. Fernando Cruz: Me parece que lo que plantea es un problema de reforma legal pero partiendo de la idea de que el Ministerio Público es uno, la oposición del juez permite conocer el criterio de mayor jerarquía del Ministerio Público respecto a la interpretación de lo que considera el ejercicio de la acción penal.

Desde ese punto de vista no se le puede calificar como una cuestión inquisitiva. Podríamos determinar la solución que usted plantea, pero lo que creo es que en el fondo, no queda la posibilidad de que la instancia de mayor jerarquía del Ministerio Público se pronuncie y diga *bueno, es la definición de un tema*

controversial y doy la palabra definitiva. En último término yo no creo que lesione mucho la imparcialidad del juez, es un criterio que el juez externa pero que hay que llevarlo a la instancia única y definitiva del Ministerio Público.

La norma en cuestión me parece sana, partiendo de la idea de que estamos frente a un sujeto en el que se impone siempre - con limitaciones y alteraciones- el criterio de la jerarquía o del que está en la cúpula del Ministerio Público. No sé si Maximiliano tiene alguna opinión al respecto.

Dr. Maximiliano Rusconi: Estoy totalmente de acuerdo con la cuestión selectiva.

Dr. Fernando Cruz: Juan Carlos, ¿qué es lo que va a plantear?

Lic. Juan Carlos Cubillo: Respecto a lo que veníamos señalando de cuáles son los actos que puede realizar el fiscal sin la presencia de un juez, nosotros los fiscales tenemos muy claro que vienen a ser los que no son actos únicos e irreproductibles. Yo quisiera, si es posible, que ustedes nos puedan dar una definición y un límite respecto a cuando es que se debe llamar a un defensor, pues más bien hay un problema de confianza de la labor que nosotros estamos haciendo en nuestras investigaciones. Entonces, que nos definan un límite cuando es precisamente que se debe llamar a un defensor cuando estamos investigando, porque podríamos pensar que es cuando el imputado ya está individualizado o cuando ya se le ha nombrado su defensor y que en ese caso, llamemos al defensor, ya sea público o privado, para que esté controlando la actuación que se está realizando, pero el problema es que, en muchos casos o en algunas jurisdicciones existen defensores públicos de turno, entonces prácticamente no solamente tiene que ir el fiscal a hacer la diligencia, sino

que también hay que llevar a un defensor que más bien lo que viene a hacer es como a legalizar lo que se están haciendo el fiscal y el juez. La pregunta en concreto es si se puede definir un límite: cuándo debemos comunicarle al defensor para que asista a esos actos que nosotros estamos realizando o debe comunicársele en todas las actuaciones.

Dr. Daniel González: Yo no creo que en este tema se pueda hablar en forma tajante, siempre, cualquier indicación que se haga, sería omisa o peca de excesiva. Esto es algo parecido al problema de la prueba ilícita, que nos digan cuál es la prueba ilícita y cuando la prueba es lícita. Depende de una serie de circunstancias del caso concreto para determinar cuándo es necesaria la presencia del defensor.

Son cosas diferentes, por ejemplo, el caso de la investigación en la que no haya todavía un sujeto individualizado y que no se haya nombrado un defensor, porque en este caso, cuando ya hay un sujeto individualizado y ya se ha nombrado un defensor, si se va a realizar una actividad eventualmente debiera ser notificado. La regla o principio que debiera seguir el fiscal en la investigación es que entre mayor participación tenga la defensa, más transparente va a ser su actividad y más confianza va a generar lo que él vaya a realizar. No es que legítima o no legítima.

Aquí comento lo que decíamos antes en relación con algunas actuaciones de campo, y esto lo digo porque lo veo en los noticiarios: hay, por ejemplo, un homicidio culposo, y veo tal cantidad de funcionarios, no sé como es posible que haya jueces, fiscales y (varios a veces) defensores, por algo que antes sin mayor problema lo realizaba un juez. Veo que se nos está yendo un poco la mano sobre la manera en como realizar las actuaciones y como aprovechar al máximo los recursos. Creo que en

esto, será el tiempo, cuando haya confianza en la actividad probatoria que realiza el fiscal, que vendrá a consolidar una actuación en uno u otro sentido.

Yo no podría decirle no lo lleve nunca o llévelo siempre, yo creo que eso depende de muchas circunstancias.

El otro supuesto: el defensor público de turno. Hay una regla prevista para cuando no hay un imputado individualizado. Hay actuaciones, incluso diligencias de allanamiento en las que va un defensor público sin que sepa hacia adónde va, ya su sola presencia, el hecho de que vaya un defensor público, permite que el fiscal pueda sentirse más satisfecho de que la actividad probatoria que él va a generar ahí va probablemente a ser tomada en mayor consideración de acuerdo con las reglas de la sana crítica que si lo hubiera realizado solo con la policía.

Ese es un problema que tiene que valorar el fiscal. Yo creo que al fiscal le conviene que haya un defensor, salvo que esté falseando la información. Es decir, la presencia de los sujetos del proceso es lo que le conviene, ya que eventualmente el avisarle anticipadamente al defensor podría dar al traste con la prueba, como podría ocurrir en el caso de un allanamiento para determinar si en un lugar hay o no hay droga, o están los objetos provenientes del delito para decomisarlos, o se presume que ahí está el imputado que se busca, por ejemplo. Así que eventualmente avisarle al defensor implica pues prácticamente echar a perder la diligencia que se pretendía realizar, por lo menos con la espontaneidad que se requería, por eso dependerá del caso, no se pueden dar reglas absolutas. Yo no sé si ustedes coinciden conmigo, pero es difícil encontrar un límite claro, pienso que hemos utilizado inadecuadamente los recursos, creo que hay un exceso de participación más bien en alguna actividad que no es

muy trascendente y que estamos utilizando recursos en forma inadecuada.

Dr. Fernando Cruz: Yo creo que el principio que debe aplicarse es que *“ni tanto que queme al santo, ni tan poco que no lo alumbré”*, pero poco le ayudo yo a alguien al decirle eso, porque lo dejo en el criterio de cada uno. En principio me parece que si va el juez de garantías es suficiente. Si la policía maneja la evidencia técnicamente no va a surgir ninguna duda sobre el tema.

Si yo fuera defensor y me llevan a un allanamiento no me haría ni pizca de gracia, porque al final de cuentas, voy como uno más para legitimar eventualmente actos de investigación y me deja en una posición de compromiso, aparte de que todavía no soy defensor de nadie, porque ese es un acto que constitucionalmente le corresponde al juez. Hay otros actos en que sí, me parece que el principio es todo acto que signifique el ejercicio de derechos del imputado o que lo incrimine, o que él tenga opción de hacer o no hacer, por supuesto que hacen necesaria presencia del defensor.

Yo no creo que en el allanamiento se necesite, porque con el mismo razonamiento yo diría ¿por qué cuando le intervienen el teléfono a un sospechoso no le notifican al defensor que se está escuchando la conversación? Cualquiera me diría que eso es inimaginable, pues lo mismo pasa con el allanamiento.

La naturaleza del allanamiento y la naturaleza jurídica de la intervención es muy similar: ¿por qué va a ir un defensor al allanamiento y entonces en la cuestión de la intervención telefónica se necesita un defensor de planta para que esté legitimando por el otro teléfono, diciendo sí, esta es verdaderamente la voz del

intervenido, aunque yo ni lo conozco ni soy su defensor? Yo creo que hemos confundido, hemos llegado a los extremos y por eso creo que *estamos quemando al santo*.

Dr. Maximiliano Rusconi: La ventaja de lo que significa que la instrucción penal preparatoria sea desformalizada significa que lo que se produzca durante la investigación penal, salvo excepciones, no tiene virtualidad probatoria en forma inmediata, por lo menos, o no condiciona desde el punto de vista probatorio la evolución del proceso. La ventaja que otorga esto es que el fiscal tiene las manos más libres para actuar y a mí me parece, hasta gracioso, que los fiscales se preocupen -ya tienen mucho de qué estarse preocupando- porque esté presente un defensor ya habiendo un juez de garantías que tiene que estar pensando exclusivamente en estas cosas, un juez muy fuertemente vinculado y comprometido con el nivel garantista de la investigación penal preparatoria; me parece que con eso alcanza y sobra. Actualmente, los fiscales bastante tienen con el hecho de asumir en forma muy protagónica la investigación de los delitos, en ese sentido, me parece que hay bastante para preocuparse antes de que un defensor esté o no.

Dr. Fernando Cruz: Bueno señores, muchas gracias por su participación.