

MINISTERIO PUBLICO

Fecha: 29 de setiembre de 1998
De: Unidad de Capacitación y Supervisión
Para: Fiscales del Ministerio Público
Voto N° 796-98 de las 10:30 hrs. del 21 de agosto de 1998. Sala 3ª. Corte Suprema de Justicia.
Exp. 97-000226-022-PE.

TEMA

**CONCILIACIÓN Y SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO A PRUEBA
EN RELACIÓN CON: A) QUIÉN PUEDE CONCILIAR CUANDO
HAY VARIOS OFENDIDOS; B) REQUISITOS PARA APLICAR LA EJECUCIÓN
CONDICIONAL DE LA PENA APLICABLES A LA CONCILIACIÓN**

SUMARIO

- ⇒ *La conciliación y la suspensión del procedimiento a prueba caben cuando quepa la ejecución condicional de la pena, y esta necesidad de la primariedad. Por lo tanto, si no hay primariedad, no es procedente la aplicación de ninguno de los anteriores dos institutos alternativos.*
- ⇒ *Cuando existe pluralidad de ofendidos, cada uno tiene participación en el proceso, en la misma medida de su perjuicio, por lo cual no cabe que la negativa a conciliar por parte de un sujeto, perjudique al imputado si no se llamó al coofendido.*
- ⇒ *En tratándose de persona jurídica ofendida, el representante legal de la misma debe ser convocado a la conciliación, o a la aplicación de cualquier otra medida que deba consultársele.*
- ⇒ *La condición de denunciante no es equiparable a la de víctima. Es esta última la que puede denegar o permitir la conciliación. No el denunciante, si no ha sido víctima.*
- ⇒ *Para determinar la procedencia de la conciliación o la suspensión del procedimiento a prueba, debe estarse a la penalidad dispuesta en abstracto para cada tipo penal; a saber: si el extremo menor de la pena en abstracto es igual o inferior a 3 años, no pudiendo denegarse cuando se acusan delitos en concurso ideal o un delito continuado, sólo porque eventualmente la penalidad en estos supuestos podría ser discrecionalmente aumentada por el juzgador, pues debe estarse al análisis de cada tipo penal individualmente considerado, prescindiendo de las reglas del concurso o del delito continuado.*
- ⇒ *Si para que proceda la conciliación o la suspensión del procedimiento a prueba, es*

necesario, como presupuesto, que proceda la ejecución condicional de la pena, tal como dice la ley, se impone un análisis obligado de los presupuestos de procedencia de este último instituto, de previo a admitir la aplicación de los dos primeros. En tal sentido debe tomarse en cuenta, entre otros: la pena mínima establecida en el tipo penal, el análisis de personalidad del acusado y su comportamiento social, su conducta posterior al hecho, en ella la reparación del daño causado, las circunstancias que rodearon la comisión del ilícito, LA PRIMARIEDAD del sujeto, su adecuación social sin necesidad de ejecutar la pena privativa de libertad.

TRANSCRIPCIÓN DEL VOTO EN LO CONDUCENTE:

“RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO EN LA PRESENTE CAUSA SEGUIDA CONTRA CARV POR EL DELITO DE TENTATIVA DE ROBO AGRAVADO, EN PERJUICIO DE SEMINARIO E.. INTERVIENEN EN LA DECISIÓN DEL RECURSO LOS MAGISTRADOS DANIEL GONZÁLEZ ALVAREZ, PRESIDENTE; JESÚS ALBERTO RAMÍREZ QUIRÓS, MARIO ALBERTO HOUED VEGA, ALFONSO CHAVES RAMÍREZ Y RODRIGO CASTRO MONGE.

CONSIDERANDO:

I.- Recurso por la forma. En el recurso por vicios *in procedendo* interpuesto por el Lic. Hugo Santamaría Lamicq en defensa del imputado CARV, se acusa la inobservancia de los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, 8 del “Pacto de San José” (Convención Americana sobre Derechos Humanos), 30 inciso j) y 36 del Código Procesal Penal de 1996, y del transitorio IV de la Ley de Reorganización Judicial, N° 7728 del 15 de diciembre de 1997 (que en lo sucesivo se denominará “RJ”), por violación al debido proceso y derecho de defensa. Alega el recurrente que solicitó, como soluciones alternativas al conflicto, la aplicación de la Conciliación entre el imputado CARV y la víctima, que en este caso es el Seminario E., por lo que se debió llamar a su representante legal; y la extinción de la acción penal por la reparación integral del daño causado. Sin embargo, el Tribunal no accedió a ninguna de sus peticiones: a la primera por cuanto quien aparece como denunciante es el testigo AFM (quien manifestó su oposición a conciliar), de manera tal que “...equiparó la condición de denunciante a la de víctima, acarreando tal absurdo un enorme perjuicio al encartado truncando la posibilidad de al [sic] solución alterna indicada”; a la segunda, porque consideró que hubo violencia grave sobre la persona de AFM (en vista de que le causó una lesión que lo incapacitó por una semana), razones por las cuales la defensa solicita que se anule lo actuado y se ordene el reenvío, para que se proceda conforme a derecho.-

Considera la Sala que **el reclamo es de recibo**, por las siguientes razones. Según el transitorio IV de la LRJ: «Durante el primer año de vigencia del nuevo Código Procesal, y no obstante encontrarse en la fase de juicio, serán aplicables a los asuntos que deban

tramitarse conforme al Código de Procedimientos Penales, Ley N° 5377, de 19 de octubre de 1973, las reglas del nuevo Código Procesal relativas a la conciliación, el procedimiento abreviado, el principio de oportunidad, la suspensión del proceso a prueba y la extinción de la acción penal por reparación integral del daño particular o social causado, siempre que estas medidas sean adoptadas antes de que se reciba la declaración del imputado durante el juicio». En el presente caso (según consta en el acta de debate, folios 144 y siguientes), antes de abrir la audiencia del juicio oral, el Tribunal procuró una conciliación entre el imputado y el ofendido AFM, la cual no prosperó ante la negativa de este último a aceptar un arreglo con el acusado. Sin embargo, en esa misma oportunidad, la defensa solicitó que se llamara también a conciliar o a procurar otra solución alternativa, al representante legal del Seminario E., petición a la que no accedió el Tribunal porque: «...de acuerdo con lo que él [AFM] ha manifestado, él conversó con las personas y todos estaban de acuerdo con en [sic] seguir con la causa, porque se entiende que Seminario E. no está interesada en conciliar y además (AFM) es la única persona que aparece en el expediente como denunciante y como interesado en la causa» (folio 144 vuelto). El defensor interpuso entonces recurso de revocatoria -con reserva de casación- contra esa decisión, alegando -básicamente- que AFM no es el ofendido directo del delito acusado, ni representante, ni vocero de la empresa ofendida, de manera que no se puede presumir, ni tener certeza, de que el Seminario E. no quiere llegar a un acuerdo, recurso que fue rechazado por estimar el *a quo* que contra lo resuelto no procede la revocatoria, agregando que el presente caso no admite la suspensión condicional de la pena porque el imputado ya tiene condenatorias anteriores.

EN CUANTO A LA CONCILIACIÓN. Es cierto que la Conciliación no era posible en este caso porque el encartado CARV no tiene la calidad de delincuente primario, requisito exigido para aplicación de la condena de ejecución condicional, en el artículo 59 del Código Penal (cfr. certificaciones de juzgamientos de folios 62 a 63 y 94 a 95). Dicha solución alternativa procede -entre otras hipótesis- en los delitos “que admitan la

suspensión condicional de la pena” (artículo 36, párrafo primero, Código Procesal Penal), condición que también es requerida para la llamada “suspensión del procedimiento a prueba”, en tanto que esta última solución se puede aplicar “*en los casos en que proceda la suspensión condicional de la pena...*” (artículo 25, párrafo primero, *ibidem*). ¿En cuáles delitos es que se admite o procede la suspensión condicional de la pena, a los efectos de aplicar la conciliación o la suspensión del procedimiento a prueba? Sería solamente en aquellos en que el extremo menor de la pena sea igual o menor a tres años de prisión o extrañamiento, como lo son, por ejemplo, el *Rapto impropio* (art. 164), el *Matrimonio ilegal* (art. 176), el *Incumplimiento o abuso de la Patria Potestad* (art. 188), la *Privación de libertad sin ánimo de lucro* (art. 191), la *Coacción* (art. 193) y la *Violación de correspondencia* (art. 196). Para dicha determinación debe estarse a la penalidad dispuesta en abstracto para cada tipo penal.

De la misma manera, aunque en sentido contrario, no podría negarse la posibilidad de conciliar o de suspender el proceso a prueba, cuando se acusan delitos en concurso ideal (cfr. arts. 21 y 75) o un delito continuado (cfr. art. 77), sólo porque eventualmente la penalidad en estos supuestos podría ser discrecionalmente aumentada por el juzgador (esto es, cuando dicho aumento implique exceder el límite de tres años de prisión), ya que el ejercicio efectivo de esa facultad requiere la previa realización de un juicio oral. Tampoco deben descartarse estas dos soluciones alternativas cuando lo que la acusación describe es un concurso material de delitos (cfr. arts. 22 y 76), pues bien podría lograrse una conciliación o una suspensión del procedimiento a prueba, parcial o total, respecto a uno o varios de los delitos que así concursan, en atención a la pena que corresponde a cada hecho punible, individualmente considerado.

Una estimación especial requieren aquellos tipos penales que si bien tienen un extremo menor igual o inferior a tres años de prisión, poseen un extremo mayor superior a ese límite, como lo son, por ejemplo los *Homicidios especialmente atenuados* (art. 113 del Código Penal, sancionados con pena de 1 a 6 años de prisión), el *Homicidio culposo* (art. 117 *ib.*, de 6 meses a 8 años), las *Lesiones gravísimas* (art. 123 *ib.*, de 3 a 10 años) o *graves* (art. 124 *ib.*, de 1 a 6 años). En estos casos particulares, en atención al extremo menor de la pena y a los efectos de conciliar o suspender el proceso a prueba, se debe considerar que admiten las dos soluciones alternativas en comentario (siempre que concurren los demás requisitos legales), partiendo de que -en principio- a la culpabilidad del autor correspondería asignar, por lo menos, dicho extremo, puesto que una pena superior a la mínima solamente podría fijarse y fundamentarse adecuadamente -de acuerdo al artículo

71 *ib.*- sobre la base de un juicio oral (a la misma solución, aunque con diverso razonamiento, llega LLOBET, Javier: *Proceso Penal Comentado*, 1ª de., San José-Costa Rica, Universidad para la Cooperación Internacional, Imprenta y Litografía Mundo, 1998, págs. 178 a 179).

La dificultad del tema estriba en que el nuevo Código Procesal Penal subordina la aplicación de la Conciliación y de la Suspensión del proceso a prueba, a un criterio que en realidad fue diseñado para aplicarse tras un juicio oral, en el que se acredite con certeza la culpabilidad del acusado. Pero ante la ausencia de tal presupuesto lógico (el juicio oral), deben entonces hacerse las adecuaciones del caso, respecto a los artículos 59 y 60 del Código Penal. **Por ello es que estiman los suscritos que la determinación de los casos en que procede la ejecución condicional de la pena debe ser fundada entonces a partir de:**

- A) *la penalidad abstracta dispuesta en el tipo penal;*
- B) *el análisis de la personalidad del acusado y su vida anterior al delito en el sentido de que su conducta se haya conformado con las normas sociales, y en el comportamiento posterior al mismo, especialmente en su arrepentimiento y deseo demostrado de reparar en lo posible las consecuencias del acto;*
- C) *el análisis de los móviles, caracteres del hecho y circunstancias que lo han rodeado;*
- D) **QUE SE TRATE DE UN DELINCUENTE PRIMARIO;**
- E) *que de la consideración de estos elementos pueda razonablemente suponerse que el acusado se comportará correctamente sin necesidad de ejecutar la pena. (Destacados no son del original).*

De lo que se lleva expuesto, salta a la vista la singular importancia que tiene, desde el inicio del proceso, la correcta calificación jurídica (preceptos jurídicos sustantivos aplicables: tipos penales, concursos, etc.) de la relación precisa y circunstanciada del hecho punible que se atribuya, *de lo cual debe tener particular cuidado el Ministerio Público, no sólo a los efectos de la valoración inicial a que se refiere el artículo 297 del Código Procesal Penal (en los actos iniciales del procedimiento preparatorio, cuando el fiscal puede solicitar la suspensión del proceso a prueba o la conciliación), sino también para formular la acusación principal (art. 303 *ibidem*), alternativa o accesorio (art. 305 *ibidem*) al concluir el procedimiento preparatorio (destacado no es del original). Pero exactamente la misma diligencia deben tenerla los jueces, quienes deben revisar cuidadosamente la exactitud de la calificación jurídica asignada al hecho acusado, advirtiendo cualquier defecto que pudiera conducir a cualesquiera de los dos si-*

güentes errores: proceder impropriamente a una conciliación o suspensión del procedimiento a prueba, o denegar incorrectamente la procedencia de cualquiera de esas soluciones alternativas, en ambos casos -como se lleva dicho- por tomar como premisa una defectuosa calificación jurídica del hecho.

Para finalizar esta parte del análisis, concretamente respecto a la conciliación, debe precisarse que cuando el párrafo primero del artículo 36 del Código Procesal Penal dice que esta procede -aparte de las faltas o contravenciones- en los delitos de acción privada (cfr. art. 19 *ib.*) o de acción pública perseguibles sólo a instancia privada (cfr. art. 18 *ib.*), **debe entenderse que esto es así cuando en esos delitos -de estar sancionados con pena de prisión- también se admita la suspensión condicional de la pena** [en este mismo sentido véase AA.VV.: *La conciliación*, en “**Reflexiones sobre el nuevo Proceso Penal**”, San José-Costa Rica, 1ª ed., Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica y Corte Suprema de Justicia, Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1996, pág. 177).

Conforme a este criterio, en todos los **delitos de acción privada** contenidos en el Código Penal, sí procede la conciliación, pues se sancionan con días multa todos los delitos contra el honor (*Injurias, Difamación, Calumnia, Ofensa a la memoria de un difunto, Publicación de ofensas, y Difamación de personas jurídica*).

De los **delitos de acción pública a instancia privada** contenidos en el Código Penal, admitirían la conciliación los siguientes: las *Lesiones leves* (125); las *Lesiones culposas* (128); los contenidos en la Sección de Abandono de Personas, a saber *Abandono de incapaces y casos de agravación* (142), *Abandono por causa de honor* (143), *Omisión de auxilio* (144); la *Ocultación de impedimento* (para contraer matrimonio, 177); la *Simulación de matrimonio* (178); las *Amenazas agravadas* (140) [es discutible si habría que incluir como delito de acción pública a instancia privada a las amenazas con arma de fuego a que se refiere el artículo 140, pero en todo caso admite la conciliación]; la *Violación de domicilio* (204); la *Usurpación* (225); y los *Incumplimientos del deber alimentario* (185), *del deber de asistencia* (187), *o abuso de la Patria Potestad* (188). La figura de “agresiones sexuales” a que se refiere el artículo 18 del Código Procesal no encuentra correlato en el Código Penal vigente, sino en el artículo 168 del Proyecto de Código Penal, pues con ella se pretende sustituir el actual delito de Abusos deshonestos. Lo mismo cabe decir de las “relaciones sexuales consentidas” (en el Proyecto se denomina así el equivalente al delito vigente de *Estupro*, previsto en el artículo 159 del Código Penal) y del “contagio de enfermedad” (denominación del artículo 151 del Proyecto que corresponde al actual delito de *Contagio venéreo* del artículo 130 del Código Penal).

De esta manera el único delito de acción pública perseguible a instancia privada del Código Penal donde no procede la conciliación sería el de Violación, con uso de violencia corporal o intimidación, cuando la persona ofendida sea mayor de 15 años y no se halle privada de razón o esté incapacitada para resistir (cfr. artículos 18 inciso a) del Código Procesal Penal y 156 del Código Penal), porque al estar sancionado con prisión de 10 a 16 años no admite la ejecución condicional de la pena. Aceptar la conciliación en este último delito resultaría un contrasentido, no sólo porque no admite la ejecución condicional de la pena, sino porque además es evidente la desproporción cuantitativa que existe entre el extremo menor de este delito y el de cualquier otro que sí admita la ejecución condicional (la diferencia es de siete años de prisión, en el menor de los casos, tomando como punto de comparación un delito cuyo extremo menor sea de tres años). Además sería ilógico admitir la conciliación únicamente en el supuesto indicado y no así en las otras formas posibles de cometer el mismo delito, conductas a cuyo disvalor se asigna la misma penalidad.

EN CUANTO A LA EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL POR LA REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO CAUSADO.

Sin embargo, sí resulta posible en este caso procurar la extinción de la acción penal por la reparación integral del daño causado, “*siempre que -dice el artículo 30 inciso j) del Código Procesal Penal- la víctima o el Ministerio Público lo admitan*” (el subrayado es suplido), para lo cual debe hacerse la siguiente precisión. Atendiendo a las circunstancias de modo, tiempo y lugar de la conducta atribuida al encartado, constitutiva -según la acusación- del delito de tentativa de Robo agravado, si el acusado intentó apoderarse ilegítimamente de bienes que son propiedad del Seminario E., donde AFM se desempeñaba como guarda, resulta claro que en este caso hay dos víctimas: una es AFM (por la herida que le causó el acusado) y otra es el propietario de los bienes que aquel intentó sustraer de la soda, que aparentemente es el Seminario E., pues en este tipo de delitos resulta posible que el sujeto pasivo del delito y el damnificado sean personas diferentes, puesto que pueden ser objeto de apoderamiento ilegítimo, por parte de terceros, las cosas que se hallan en poder del arrendatario, del depositario y aun de los sirvientes, del mismo modo que en la Estafa, por ejemplo, pueden ser personas diferentes las que toman la disposición patrimonial perjudicial y las que sufren la lesión en su patrimonio. En el presente caso, según lo acusado, el guarda AFM sufrió sobre sí una lesión física por parte del encartado, mientras que para el Seminario E. se produjo un peligro o lesión sobre la disponibilidad material de sus bienes. *Cada una de estas víctimas podría disponer, cuando así lo autorice alguna de las solucio-*

nes alternativas permitidas por la ley, únicamente respecto a lo que a ellas concierne. En el presente caso, no consta que AFM tenga poder para tomar una decisión de ese tipo a nombre del Seminario E. y mal hizo el Tribunal al suponer que éste no tiene interés alguno en llegar a un acuerdo reparatorio con el imputado. En este punto no debe perderse de vista que por disposición legal expresa: «Los tribunales deberán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, en procura de contribuir a restaurar la armonía social entre sus protagonistas» (artículo 7 del Código Procesal Pe-

nal). Este deber no solo compete al Tribunal de mérito, sino también a esta Sala de Casación, pues en procura de contribuir a restaurar la armonía entre el imputado CARV, el ofendido AFM y el Seminario E. (a través de su representante), procede anular totalmente la sentencia impugnada, debiendo proseguirse con el procedimiento.

POR TANTO:

Se declara con lugar el recurso por la forma. Se anula la sentencia y se ordena el reenvío al competente para que prosiga con el procedimiento”.

COMENTARIO

Este voto hace un valioso análisis sobre la procedencia de algunas tipologías penales según se trate de conciliación, suspensión del procedimiento a prueba o reparación integral del daño, y sus conclusiones permiten una enriquecedora discusión sobre tópicos imprevistos en la aplicación de salidas alternativas. No obstante, caben dos acotaciones de interés:

Primera: La presente jurisprudencia no indica expresamente si al imputado no primario le cabe la aplicación de la conciliación, como se venía admitiendo hasta la fecha, y más bien da a entender que no procede dicho instituto al reincidente. Esto se obtiene de la ilación del voto, al cual es necesario adicionar un esfuerzo de integración así: “ (...) concretamente respecto a la conciliación, debe precisarse que cuando el párrafo primero del artículo 36 del Código Procesal Penal dice que esta procede (...) debe entenderse que esto es así cuando en esos delitos (...) también se admita la suspensión condicional de la pena”; “...estiman los suscritos que la determinación de los casos en que procede la ejecución condicional de la pena, debe ser fundada a partir de (...) D) Que se trate de un delincuente primario”; de donde se desprende concretamente que, para aplicar la conciliación o la suspensión del procedimiento, el imputado debe ser primario.

Segunda: En su último razonamiento, indica el voto que sí es procedente –en el caso concreto– la reparación integral del daño (30:j CPP) en un robo con violencia sobre la víctima, en que el guarda del lugar es herido y resulta con incapacidad de 1 semana. Para ello la Jurisprudencia hace un desdoblamiento entre el bien jurídico afectado por la herida (lesiones) y el bien jurídico puesto en peligro por el desapoderamiento (robo), indicando que cada infracción es “negociable” por sí, separadamente.

Este criterio podría no compartirse porque:

- a) En las acciones del robo agravado hay una relación de medio a resultado: se ejerce violencia para lograr el desapoderamiento, y por ello no pueden disccionarse o desdoblarse artificialmente las acciones, obteniéndolas separadamente, pues estaríamos construyendo una pluralidad delictiva con visos de concurso, siendo que el tipo penal ya construyó una unidad típica al prever la duplicidad de acciones en un solo molde típico, al que denominó “robo”, distinguiéndolo del “hurto” donde el resultado es el mismo (desapoderamiento), pero sin el ingrediente violencia.
- b) Hubo violencia sobre la persona, lo cual técnicamente impide la aplicación de la reparación integral del daño (30:j CPP)
- c) Lo que debió discutirse es si una herida que ocasiona una semana de incapacidad es “violencia grave”, o si el parámetro de temporalidad (secuela) no debe considerarse aisladamente de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se produjo la vio-

lencia; luego se entraría a analizar la aplicación de la reparación del daño, por su procedencia tanto técnica o "de forma" (norma jurídica) como "de fondo" (valor social del hecho).

En el caso que nos ocupa, al desdoblarse las acciones se podría llegar al siguiente resultado: el guarda no admite la reparación de su daño, y el Seminario E. sí admite la reparación de su desapoderamiento tentativo (invaluable, por lo demás, si no hay daños asociados al intento de desapoderar, que no corona), con lo cual se arriba a un resultado procesal diferente: que se pueda hacer reparación del daño ocasionado por un delito patrimonial aun cuando se ejerció violencia grave sobre las personas.

Por eso, lo que debe discutirse es cuándo la violencia se vuelve grave, si se determina que la violencia ejercida en el caso particular no lo es, cabe la reparación integral del daño, sin necesidad de separar las acciones artificialmente, para luego pasar a definir cómo se va a reprochar al individuo su acción no remitida (si se aplica otra salida o se va a juicio), y "qué cantidad de perdón" (o de reproche) le cabe al imputado si habiendo pluriofensividad de sujetos, uno perdona y el otro no. ¿Se produce un "litisconsorcio pasivo necesario" de la acción penal? ¿El perdón otorgado por uno impide el castigo pedido por el otro? ¿O, como bien resuelve esta sentencia, el castigo solicitado por uno no impide el perdón del otro? La unicidad de la acción penal, y la unicidad de los hechos que desembocan en el tipo penal, no permiten separar "causas".

Podría afirmarse que, en la especie, el pago del daño "disminuye" el reproche, en el sentido de los artículos 60 y 71 del Código Penal, o bien, "abona" a la acción civil, pero no puede considerarse que "el señor perdona el sufrimiento de su vasallo" como una "manus" que tendría el propietario de los bienes respecto del cuidador (léase depositario, tercero tenedor, arrendatario o cualquiera que posea por interpósita mano). En consecuencia, habría que bastantear otras salidas alternativas si el guarda no admite la aplicación de la reparación del daño, o admitir algún instituto diferido en que el Ministerio Público pueda hacerlo con presencia del ofendido. Si no cupiera alguno de ellos, y hubiese que ir a juicio, será la sentencia de los jueces la que determine el grado de reproche de una acción donde cada ofendido tomó camino diferente.