



Boletín de Jurisprudencia Penal

Fiscalía Adjunta de Impugnaciones (FAIM)

Tel. 2222-0501 / Fax 2222-0531 / faimpugnaciones@poder-judicial.go.cr

1 Circuito Judicial de San José, de la esquina sureste de la Corte Suprema de Justicia, 100 m. sur y 50 m. este, Av.10, C.21-23. Edificio AFE, 5º piso.

Ministerio Público, Costa Rica



EL PRESENTE BOLETÍN está dirigido a fiscales y fiscalas del Ministerio Público y tiene como finalidad exclusiva el servir de herramienta para fundamentar las intervenciones del Ministerio Público en su gestión de la acción penal. No debe interpretarse que el Ministerio Público necesariamente comparte los criterios jurídicos vertidos en los votos referidos. El **Sumario** es una herramienta que sintetiza el contenido del voto para una rápida elección en cuanto a su utilidad, pero no lo sustituye ni lo modifica. **SE ADJUNTA EL VOTO COMPLETO** con las restricciones establecidas en la ley N° 8968, Protección de la persona frente al tratamiento de sus datos personales, y en el "Reglamento de actuación de la Ley de Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales en el Poder Judicial (Ley No. 8968)" (Circulares N° 193-2014 y 88-2016). Periódicamente se envía una actualización del índice de boletines enviados. Quienes estén interesados en recibir este material pueden enviar una solicitud a la Fiscalía Adjunta de Impugnaciones.

N° **68**
2017

RESOLUCIÓN

Resolución N°: 2017-92
Órgano emisor: Tribunal de Apelación de Sentencia Penal. Santa Cruz
Fecha resolución: 28 de abril del 2017
Recurso de: Apelación penal

DESCRIPTOR / RESTRUCTOR

⇒ **Descriptor:** **Actividad procesal defectuosa**
⇒ **Restrictor:** Derecho del ofendido a conciliar

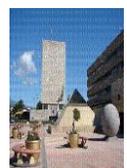
SUMARIO

- El hecho de que el ofendido no haya participado en la audiencia preliminar no significa que estaba impedido de ejercer su derecho a conciliar o llegar a un acuerdo, por lo que no es válido alegar una actividad procesal defectuosa en razón de no haber participado en la audiencia.

EXTRACTO LITERAL DEL VOTO

"No existe ningún dato objetivo, del cual pueda colegirse válidamente, que el ofendido se vio imposibilitado de que la causa se resolviera por medio de una solución alternativa, pues tuvo información precisa sobre sus derechos y a cada audiencia señalada se le convocó personalmente; de tal manera que queda sin sustento el argumento de la juzgadora de que hubo un defecto,

relacionado con su derecho (de la víctima) a que "se le informe sobre las medidas alternativas y las etapas de juicio" (folio 64 vto). Además de que si la juzgadora consideró que existía un defecto en relación con la participación del ofendido en el procedimiento, no se constata manifestación alguna de este, que invocara defectos en su perjuicio. Es claro, que la actividad procesal





defectuosa declarada por la juzgadora, para posibilitar la celebración de una conciliación entre las partes, no tiene sustento legal, lo

cual implica que la audiencia de conciliación se celebró en una fase (la de juicio), donde no era posible llevarla a cabo”.

VOTO INTEGRO N°2017-92, Tribunal de Apelación de Sentencia Penal. Santa Cruz

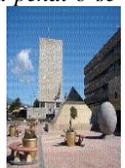
VOTO 92-17 TRIBUNAL DE APELACIÓN DE SENTENCIA PENAL. Segundo Circuito Judicial de Guanacaste, Santa Cruz, a las ocho horas treinta minutos de veintiocho de abril de dos mil diecisiete. **Recurso de apelación** interpuesto en la presente causa número **13-001092-396-PE, seguida** contra **[NOMBRE 001]**, por el delito de **AGRESIÓN CON ARMA**, en perjuicio de **[NOMBRE 002]**. Intervienen en la decisión del recurso los jueces Gerardo Rubén Alfaro Vargas, las juezas María Lucila Monge Pizarro y Cynthia Dumani Stradtman. Se apersonó en esta sede, la licenciada Ligia Lacayo Rosales, en representación del Ministerio Público.

RESULTANDO 1.- Mediante acta de conciliación de las siete horas treinta minutos de diecinueve de octubre de dos mil dieciséis, el Tribunal de Juicio del Primer Circuito Judicial de Guanacaste, sede Liberia, resolvió: *"El Tribunal declara con lugar la actividad procesal defectuosa fundamentando que efectivamente se logra constatar que el ofendido no se hizo presente a la Audiencia Preliminar, que como víctima tiene derecho a una serie de garantías y dentro de ellas a que se le informe sobre las medidas alternas y las etapas de juicio, y que si bien es cierto no es un derecho que tienen las partes, es una posibilidad que contempla el artículo 7 del Código Procesal Penal. Estando de acuerdo las partes, y al permitirlo el tipo penal y ser de limpios antecedentes el imputado, se da por homologado el acuerdo de conciliación por el plazo de un año que corre del 19 de octubre del 2016 al 19 de octubre del 2017 bajo la única condición 1) Se le prohíbe al imputado no perturbar, molestar ni ofender al señor [NOMBRE 002]. Se cierra la audiencia al ser las ocho horas y cinco minutos de diecinueve de octubre de dos mil dieciséis, quedan las partes notificadas de todo lo actuado, los demás argumentos constan en la grabación de DVD el cual es verificado el audio y video. Licda Kathy Abarca Serrano. Jueza de Juicio. (sic).* **2.-** Contra el anterior pronunciamiento, la licenciada Ligia Lacayo Rosales representando al Ministerio Público, interpuso recurso de apelación. **3.-** Verificada la deliberación respectiva de conformidad con lo dispuesto en el Código Procesal Penal, el Tribunal se planteó las cuestiones formuladas en el recurso. **4.-** En los procedimientos se han observado las prescripciones legales pertinentes. *Redacta el juez Alfaro Vargas ; y,*

CONSIDERANDO ÚNICO. La apelante se muestra inconforme con la resolución que homologó en el curso del debate una conciliación. Aduce que la juzgadora en primer término declaró con lugar una actividad procesal defectuosa planteada por la defensa del justiciable, en la cual alegó que su representado no tuvo la oportunidad de acceder a una conciliación en la etapa intermedia, por cuanto el ofendido no asistió a la audiencia preliminar. Indica que la entidad fiscal se opuso a la actividad procesal defectuosa porque en la realización de las actuaciones no hubo quebranto de las normas que rigen el procedimiento ordinario. Por otra parte refiere que

hizo ver que temporalmente ya se había agotado el plazo dentro del cual podía celebrarse un acuerdo conciliatorio. Expresa que el *a quo* sustentó la resolución en que el ofendido, si bien no llegó a la audiencia preliminar, lo cual era su derecho, no se sabe si conocía de la posibilidad de llegar a un acuerdo, como lo hizo finalmente. Estima que la resolución protestada es inválida, en primer término porque durante el procedimiento se observaron las formas procesales exigidas y en segundo lugar porque se prohibió un acuerdo fuera del término que la ley dispone, es decir antes de acordarse el auto de apertura a juicio.

Por mayoría se declara con lugar el reparo. A) SOBRE LA ADMISIBILIDAD DEL RECURSO. En relación con la admisibilidad del recurso de apelación de sentencia, en este caso, que no está dispuesto expresamente en el numeral 458 del Código Procesal Penal, de manera reiterada y desde el voto 147-2013, esta Cámara ha dispuesto su admisibilidad: *"Lo primero es dilucidar si la resolución contra la que se interpuso el recurso es admisible. El artículo 458 del Código Procesal Penal dispone: "Son apelables todas las sentencias y los sobreseimientos dictados en la fase de juicio y que resuelven los aspectos penales, civiles, incidentales y demás que la ley determina." En principio, la interpretación literal de la norma referida excluye la posibilidad de impugnar el pronunciamiento del Tribunal a quo, pues lo que se recurre es un auto, no una sentencia o sobreseimiento, y no se pone fin al procedimiento por lo que habría que esperar el término de un año y el dictado del sobreseimiento respectivo para verificar la legalidad del convenio. En la norma citada se manifiesta el principio de taxatividad impugnativa, respecto del cual la Sala Constitucional de la Corte se pronunció en una consulta de constitucionalidad que le hiciera la Sala Tercera. Indicó que las normas que regulan la admisibilidad objetiva de las impugnaciones no son inconstitucionales en el tanto se interpreten admitiendo otros supuestos en atención al acceso a una justicia pronta. A pesar de que el fallo de ese Tribunal se dictó cuando el único medio de impugnación de las sentencias penales era el recurso de casación, el tema al que se aludió es el mismo. Indicó el Tribunal Constitucional: "En este sentido, se ha señalado sobre el recurso de casación que no debe ser regulado, interpretado, o aplicado con criterio formalistas –los que hacen de los ritos procesales fines en sí mismos y no instrumentos para la mejor realización de la justicia-, pues de lo contrario se viola la tutela judicial efectiva, consagrada por el artículo 41 constitucional. Además, el artículo 8.2 inciso h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es absolutamente claro e incondicionado en cuanto reconoce como derecho fundamental de todo ser humano, imputado en una causa penal por delito, el de recurrir el fallo para ante un superior, lo cual –como se dijo con anterioridad– también se extiende a la víctima como sujeto del proceso penal, quien disfruta, en términos generales, de la posibilidad de recurrir aquellas resoluciones en que se desestima la causa penal o se*





dicta el sobreseimiento definitivo, en los términos en que se encuentra previsto por los artículos 71 inciso c), 282 párrafo 3º, 315 y 340 del Código Procesal Penal. Ese derecho es incondicionado, en cuanto que la Convención no lo subordina a su desarrollo por la legislación interna ni a ninguna otra condición suspensiva o complementaria; pero también resulta incondicionado respecto del ordenamiento interno cuando este provea la organización institucional y procesal (órgano y procedimientos) necesarios para el ejercicio de ese derecho de recurrir, o, dicho de otra manera, cuando ese ordenamiento no carezca de los medios institucionales y procesales necesarios para que el derecho se ejerza; si no los tuviera, obviamente el recurso no podría ejercerse sin ellos, en cuyo caso la obligación internacional del Estado de respetar y garantizar el derecho, que resulta del artículo 1.1 de la Convención, se traduciría en la de crearlos conforme con el artículo 2º (sentencia N° 282-90). VI.- Sobre los artículos 422 párrafo 1º y 444 del Código Procesal. De conformidad con lo expuesto en los considerandos anteriores, procede analizar si las normas consultadas se adecuan o no al Derecho de la Constitución. Sobre el particular, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia manifiesta que tales disposiciones obedecen al principio de impugnabilidad objetiva, del cual se desprende la línea jurisprudencial en el sentido de que la resolución que acoge la suspensión del proceso a prueba carece por completo de recurso de casación, en cuanto dicho auto no le pone término a la causa, en tanto queda abierta la posibilidad de las partes afectadas de cuestionar la resolución en que se ordena el sobreseimiento definitivo, luego de ser cumplido el término por el que se acordó la salida alternativa. Así, por ejemplo, en sentencia N°0045-99 de las 09:35 hrs. de 15 de enero 1999, ese Órgano Jurisdiccional consideró: 'En la especie, se observa que el Tribunal declaró inadmisibles las impugnaciones, aduciendo que la decisión recurrida carecía de recurso de casación... Ante ese proveído, la quejosa presentó una gestión mediante la que de nuevo solicitaba se tramitara el recurso...Sin embargo el Tribunal, interpretando aquella diligencia como un recurso de revocatoria, lo declaró sin lugar, aduciendo que la misma era extemporánea. Ahora bien la resolución impugnada consiste en un auto que acoge una solicitud de suspensión del proceso a prueba por un período de dos años... Es claro que aunque tal proveído fue dictado por el Tribunal de Juicio, no se trata -por su naturaleza- ni de una sentencia ni de un sobreseimiento, únicos dos supuestos en los que de acuerdo al principio de impugnabilidad objetiva, es posible interponer el recurso de casación (artículo 444 del Código Procesal Penal). Bajo estas consideraciones, el reclamo que ahora se formula es improcedente, pues el fallo contra el que dirige la inconformidad de la gestionante, carece de recurso de casación. Es preciso anotar aquí, que la sentencia de sobreseimiento ordenada al vencimiento del plazo correspondiente al período de prueba dictada por el tribunal de juicio eventualmente puede ser impugnada en vía de casación (artículos 30 inciso j) y 444 ejúsdem). En consecuencia se declara sin lugar el reclamo'. Sin embargo en esta oportunidad ese Órgano solicita que la Sala Constitucional se pronuncie en relación con las normas aludidas, en el tanto, de ser procedente el recurso de casación, no se podrían declarar los vicios reclamados mientras no se venza el término de la suspensión del proceso a prueba, ni se haya dictado el sobreseimiento definitivo correspondiente, todo ello en detrimento de los principios de celeridad y libre acceso a la justicia. Tal argumentación, sin

duda conduce a esta Sala a determinar que dichas normas no violan el Derecho de la Constitución, siempre que se interpreten, a la luz del artículo 41 de la Constitución Política y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que **también procede el recurso de casación a favor de la víctima contra el auto que ordene la suspensión del procedimiento a prueba. Lo anterior por cuanto, de admitirse una interpretación contraria a la que se expone en este pronunciamiento, en forma injustificada se obliga al recurrente –en este caso la víctima– a esperar el vencimiento del plazo por el cual se adoptó la medida alternativa a efecto de plantear los reclamos que estime pertinentes en defensa de sus derechos, vulnerándose en consecuencia su derecho a la justicia pronta y el principio de celeridad, cuando pudo requerir su revisión anticipadamente, en el momento oportuno. Nótese que lleva razón el Órgano Consultante cuando afirma respecto del imputado que: "resultaría inaceptable que luego de transcurrido ese término, y que el acusado haya cumplido con todas las condiciones impuestas, en sede de casación se llegue a determinar que –desde un inicio– la resolución que ordenó la aplicación del instituto alternativo incorporaba vicios de forma o fondo que la hacían improcedente (con todos los perjuicios que ello implicaría a las partes), siendo que ello pudo haberse definido sin necesidad de esperar el transcurso del referido plazo".** Tales motivos obligan a este Tribunal Constitucional a interpretar los artículos 422 párrafo 1º y 444 del Código Procesal de la manera referida, a fin de admitir el recurso de casación por parte de la víctima contra el auto en que se ordena la suspensión del procedimiento a prueba, todo ello en estricto apego al Derecho de la Constitución" (destacado se suple, voto 8591-2002). La posición de la Sala Constitucional (vinculante según el artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional), aunque se refiere a un procedimiento en el que se aplicó la suspensión del proceso a prueba, es evidente que comparte elementos con el procedimiento de conciliación, en el tanto los acuerdos estén sujetos a plazo. En criterio de esta Cámara, es admisible el recurso de apelación contra la resolución del Tribunal de Juicio que homologa una conciliación; pues además del principio de justicia pronta y celeridad referidos en la jurisprudencia constitucional, debe agregarse el de razonabilidad, en tanto estimar inadmisibles un recurso como el interpuesto, es obligar a las partes a esperar el cumplimiento del plazo para reclamar los vicios que pudiera contener el acuerdo conciliatorio. Al respecto, amén de los principios constitucionales citados, el análisis sistemático de las normas del Código Procesal Penal determina la admisibilidad formal del recurso. En los numerales que regulan la actividad procesal defectuosa (artículos 175 a 179) se dispone que quien conozca un vicio del procedimiento deberá protestarlo de inmediato y procurar su saneamiento, pues con el transcurso del tiempo el acto podría convalidarse y surtir efectos jurídicos. Entratándose de resoluciones, sus defectos se atacan a través del recurso correspondiente; en este caso, si la resolución que homologó la conciliación contiene alguno, no tiene sentido obligar a la parte a esperar el vencimiento del plazo, para reclamarlo, con el consecuente perjuicio para las partes, pues incluso pueden haber invertido tiempo y dinero en el cumplimiento de tales planes. Es decir, el acuerdo pese a que una de las partes estima contraria el ordenamiento jurídico, surtió efectos" (en el mismo sentido los votos 12-15, 3015. 202-15, 225-16 y 234-16). **B) SOBRE EL VICIO RECLAMADO.**





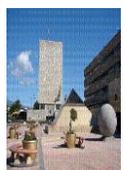
En el voto 225-16 de esta Cámara de apelación de sentencia, se consideró que si el tribunal de sentencia, en la fase de juicio constataba un defecto en las etapas anteriores del proceso, que determinara la imposibilidad de que las partes pudieran acceder a una solución alterna al debate, declararía la existencia de actividad procesal defectuosa y ordenaría el cumplimiento del acto incumplido o la corrección del defecto, retro trayendo efectos a la etapa anterior en la cual ocurrió el defecto. En ese momento no se consideraron los supuestos que llevaron al tribunal de juicio, a declarar la actividad procesal defectuosa, en tanto el Ministerio Público en su momento no se opuso a la declaratoria de la misma, ni reclamó que la resolución del tribunal en ese sentido tuviera algún defecto. Se trae a colación este pronunciamiento, porque de igual manera sigue considerando este tribunal, que no es posible acceder a las soluciones alternas al juicio, en el debate, si procesalmente se dispuso una limitación temporal, tal cual el caso de la conciliación (artículo 36 del Código Procesal Penal, en su párrafo primero). Esta posición se expresó también en el voto 234-16, en los siguientes términos: *"No alcanza duda alguna sobre la limitación temporal que el artículo 36 del Código Procesal Penal dispone para que las partes puedan acceder a la conciliación como solución alternativa al juicio; la cual puede procurarse hasta antes de acordarse el auto de apertura a juicio. Tampoco existe duda alguna, que en este asunto se produjo un acuerdo conciliatorio con posterioridad a haberse ordenado la apertura a juicio. Sin embargo es criterio de esta Cámara que si se alega la existencia de alguna actividad procesal defectuosa, el tribunal de juicio puede declarar la existencia del vicio y reponer el acto omitido, retro trayendo los efectos del procedimiento anterior al auto de apertura a juicio, pues no resulta viable devolver el asunto a una etapa precluida"*. En el presente caso, hubo una declaratoria de actividad procesal defectuosa por parte del *a quo*, lo que en tesis de principio implica, que el tribunal de juicio, tenía el deber de enmendarlo, retro trayendo los efectos a la etapa intermedia, momento en el cual se adujo por la defensa del justiciable que se produjo el vicio. Hasta aquí, podría decirse que se trata de un supuesto idéntico al que se conoció y resolvió mediante el citado voto 225-16, sin embargo, por lo que se dirá se trata de un supuesto diferente. En el recurso del Ministerio Público se alega que el tribunal de sentencia, declaró con lugar una actividad procesal defectuosa que no existió, porque todas las formas fueron cumplidas debidamente. Ante este reproche, se revisó la tramitación de la causa en su etapa preparatoria e intermedia y concluye la mayoría de esta Cámara que lleva razón la fiscalía y no existió defecto alguno que lesionara derechos de las partes y que determinaran que debía cumplirse una actuación omitida. Se tiene que el procedimiento se inició en virtud de un informe policial (folios 1 y 2), posteriormente el ofendido presentó la denuncia (folios 8 a 11). En este punto es importante destacar que desde ese momento el ofendido recibió toda la información sobre los derechos que como víctima le asistían, entre ellos los derechos procesales de participación en los diferentes actos del proceso, para lo cual sería convocado. Una vez formulada la acusación la misma le fue puesta en conocimiento (folio 24); luego fue convocado personalmente a un primer señalamiento de audiencia preliminar (folio 29), la cual no se celebró porque el imputado no fue ubicado en el domicilio que había señalado (según el acta de folio 32 el ofendido no asistió); posteriormente fue citado a un segundo señalamiento de audiencia preliminar (folio 39), la cual se

celebró sin su comparecencia y se decretó el auto de apertura a juicio. No existe ningún dato objetivo, del cual pueda colegirse válidamente, que el ofendido se vio imposibilitado de que la causa se resolviera por medio de una solución alternativa, pues tuvo información precisa sobre sus derechos y a cada audiencia señalada se le convocó personalmente; de tal manera que queda sin sustento el argumento de la juzgadora de que hubo un defecto, relacionado con su derecho (de la víctima) a que *"se le informe sobre las medidas alternas y las etapas de juicio"* (folio 64 vto). Además de que si la juzgadora consideró que existía un defecto en relación con la participación del ofendido en el procedimiento, no se constata manifestación alguna de este, que invocara defectos en su perjuicio. Es claro, que la actividad procesal defectuosa declarada por la juzgadora, para posibilitar la celebración de una conciliación entre las partes, no tiene sustento legal, lo cual implica que la audiencia de conciliación se celebró en una fase (la de juicio), donde no era posible llevarla a cabo. Es importante acotar, que las soluciones alternas al juicio, son expectativas o posibilidades y no derechos de las partes, que se deben ejercer dentro del marco legal que los regula. La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en el voto 7378 de 14:47 horas de 06 de mayo de 2009, determinó que la limitación temporal establecida en el Código Procesal Penal, para acceder a la conciliación no tiene roces con la Constitución Política. Es claro que la posición expresada por la mayoría de esta Cámara, es que ese límite temporal, puede ser rebasado cuando se determine que hubo una imposibilidad cierta y justificada, para las partes de acceder en las fase correspondientes a la solución alternativa. En consecuencia por mayoría se declara con lugar el recurso interpuesto. Se anula la resolución recurrida.

POR TANTO Se declara con lugar el recurso de apelación interpuesto. Por mayoría se anula la resolución recurrida. La jueza Monge Pizarro salva el voto, declarando sin lugar el recurso interpuesto. **NOTIFÍQUESE. GERARDO RUBÉN ALFARO VARGAS. MARÍA LUCILA MONGE PIZARRO. CYNTHIA DUMANI STRADTMANN, JUEZ Y JUEZAS DE APELACIÓN DE SENTENCIA**

Voto salvado de la jueza Monge Pizarro

Discrepo del criterio de mayoría, por las siguientes razones. Por ser el nuestro un Estado constitucional y democrático de derecho, todo juez de la República se encuentra no solo obligado a aplicar la ley, sino que por encima de ello está principalmente vinculado al Derecho de la Constitución, el cual está conformado tanto por las normas y principios del propio Texto Constitucional, como por las que derivan y contienen los instrumentos internacionales de derechos humanos. Si bien es cierto un juez ordinario no puede declarar la inconstitucionalidad de las normas, sí tiene el deber de interpretarlas y aplicarlas conforme a los principios y reglas supremas que rigen el actuar de todo el aparato estatal. La Sala Constitucional ha señalado que no forma parte del debido proceso el tener acceso irrestricto a las medidas alternas al juicio, y que por ello el legislador puede establecer requisitos y oportunidades procesales para acordarlas, no obstante, es claro que sí integra el debido proceso el derecho de las partes a ser oídas y a intervenir en los actos procesales, formular las peticiones y observaciones, así como ofrecer prueba de su teoría del caso. Asimismo, se ha reconocido ampliamente el derecho





de participación de la víctima del delito en el proceso, por ser una parte protagónica del conflicto subyacente, a quien se le ha lesionado o puesto en peligro un bien jurídico, que no puede ser expropiada por el Estado; de ahí que el Código Procesal Penal establezca como principal fin del proceso la resolución del conflicto surgido a consecuencia del hecho ilícito, en procura de contribuir a restaurar la armonía social entre las partes y en especial y los derechos de la víctima (artículo 7 del Código Procesal Penal). La Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delito y abuso de poder, efectuada en la Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985, establece en el punto 7: *"Se utilizarán, cuando proceda mecanismos oficiosos para la solución de las controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación a favor de las víctimas."* La Declaración de Viena sobre la delincuencia y la justicia frente a los retos del siglo XXI, acordada en la Asamblea General de Naciones Unidas 55/59 de 4 de diciembre de 2000, por su parte dispone: *"Alentamos la elaboración de políticas, procedimientos y programas de justicia reformativa que respeten los derechos, necesidades e intereses de las víctimas, los delincuentes, las comunidades y demás partes interesadas."* También se dictó la Declaración de principios sobre una justicia restaurativa en el Derecho Penal por parte del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, reunión de expertos en justicia restaurativa, celebrada en Ottawa, Canadá del 29-10-01. En agosto de 2002, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas adoptó una resolución convocando a los Estados Miembros que están implementando programas de justicia restaurativa a hacer uso de un conjunto de principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal. En el año 2005, la Declaración del décimo primer Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y el Trato de Delincuentes instó a los Estados miembros a reconocer la importancia de desarrollar aún más políticas, procedimientos y programas de justicia restaurativa que incluyan alternativas a los procesos judiciales. El Consejo de la Unión Europea en la Decisión marco del Consejo de la Unión Europea relativa al Estatuto de la víctima en el proceso penal de 15-03-01 señaló: *"Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida. 2. Los Estados miembros velarán porque pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpaado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales."* Nuestra Norma

Fundamental prevé en el artículo 41 el derecho de toda persona a acudir a las leyes para encontrar reparación en las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales, debiendo hacerseles justicia pronta, sin denegación. Ahora bien, es claro que el artículo 36 del Código Procesal Penal establece como momento procesal oportuno para acordar una conciliación, *"hasta antes de acordarse la apertura a juicio"*. Esa es la regla general, pero como toda norma la misma debe ser interpretada conforme a los principios y normas del Derecho de la Constitución referidas y además de forma restrictiva en cuanto se limite un poder o derecho conferido a los sujetos del proceso (artículo 2 del Código Procesal Penal). Así las cosas, si las partes del proceso no tuvieron una posibilidad real de negociar una medida alterna, ya sea porque existió una actividad procesal defectuosa, porque no se dieron en su momento las condiciones necesarias, o bien porque una de ellas no se presentó a la audiencia preliminar, que es la oportunidad donde por excelencia es posible pactar las soluciones alternas, siendo las partes clara y detalladamente informadas de ese derecho y sus alcances, pues nada obsta para que esto pueda realizarse superado el plazo que prevé la norma, dado que por encima de su literalidad, se encuentran los derechos fundamentales de la víctima y de las partes a intervenir y ser escuchadas en el proceso. Véase que incluso en este caso, la notificación para la audiencia preliminar se le realizó al padre del ofendido (folio 39 vuelto) y no personalmente a él, por lo que se ignora si efectivamente estaba debidamente informado de tener que presentarse a dicha audiencia preliminar. El criterio negativo del Ministerio Público, si bien debía tomarse en consideración por la juzgadora, no era determinante para homologar el acuerdo conciliatorio, por tratarse de un delito de agresión con arma, en el que imputado y ofendido conciente y voluntariamente decidieron no continuar con el juicio y acogerse a una salida alterna, evitándose así el tener que someterse a un juicio oral y público, evitando una eventual condena privativa de libertad y otorgándole a la víctima un resarcimiento. Debe aunarse a lo anterior, que a pesar de que algún sector de la sociedad aboga por la aplicación de más penas, más cárcel y más represión, en un Estado democrático de derecho, la aplicación del derecho penal debe ser la *ultima ratio*, y si se opta por hacer uso del mismo, la sanción privativa de libertad es de carácter excepcional, debiendo optarse por otras respuestas que resulten menos lesivas para la convivencia social, proporcionales y más acordes con el fin último de la pena, que es la reinserción social del individuo. Por lo expuesto, declaro sin lugar el recurso de apelación planteado por la Fiscalía. Lucila Monge Pizarro.

