

CIRCULAR
FISCALIA GENERAL DE LA REPUBLICA
MINISTERIO PUBLICO

No.
01-99

Fecha: 14 de enero 1999
De: Fiscalía General de la República.
Para: Fiscales Adjuntos, Fiscales y Fiscales Auxiliares de todo el país.
Asunto:

- **RESPUESTAS DE LA COMISIÓN DE ASUNTOS PENALES**
A CONSULTAS FORMULADAS POR DIVERSAS
AUTORIDADES JUDICIALES

DE CONFORMIDAD CON LOS ARTICULOS 1, 13, 14 Y 25 DE LA LEY ORGANICA
DEL MINISTERIO PUBLICO, SE PONEN EN CONOCIMIENTO LAS SIGUIENTES RESPUESTAS
DE LA COMISION DE ASUNTOS PENALES, DE INTERES PARA LOS SEÑORES FISCALES:

OFICIO 196-98

TEMA: *Desestimación. Trámite de la disconformidad e impugnación de la decisión desestimatoria del órgano requirente, por parte de la víctima.*

SUMARIO: *Si el juez ha planteado una disconformidad que no es acogida, su decisión deberá reproducir el criterio fiscal que, de todas maneras, ha de estar debidamente fundado y que finalmente, plasmado en la decisión, podrá ser impugnado por la víctima. Si, por el contrario, el Tribunal en alzada estima improcedente la desestimación, así lo declarará, en el entendido de que la causa regresará al órgano fiscal, que deberá continuar las investigaciones.*

En relación con su nota de fecha 28 de julio de del año en curso, en la cual consulta a esta Comisión sobre la aplicación de los artículos 282, 299 y 142 del Nuevo Código Procesal Penal, me permito informarle lo siguiente:

La desestimación está contemplada, en el nuevo ordenamiento procesal, para los supuestos en que el hecho denunciado no constituya delito o no se pueda proceder -artículo 282- o bien, cuando los elementos de prueba con que se cuente, no sean suficientes

para fundar una acusación, supuesto este último que coincide con el del sobreseimiento provisional -artículo 299-. La solicitud de desestimación, como todo requerimiento del órgano fiscal, debe estar debidamente motivado -artículos 62 y 282-. Aún cuando la desestimación no pone término al proceso, el cual puede reanudarse en cualquier momento, es, en esencia, una decisión que afecta la continuación de las investigaciones y, en consecuencia, las expectativas y

derechos de la víctima, al punto de que puede apelar la decisión que acoja tal pedido. Como necesario correlato, la decisión del juzgador debe estar debidamente motivada. Es una resolución y por ello debe, para ser legítima, contener las razones -motivación de hecho y de derecho, adecuadas, si se quiere, a la naturaleza del tema que se resuelve- que llevan al juez a acogerla, máxime si éste, que ostenta el poder jurisdiccional, puede discrepar del criterio fiscal, planteando la disconformidad, regulada en el artículo 302, si bien, al final prevalece la posición del órgano acusador, al que habrá de adecuarse el juez, sin perjuicio de la apelación que contra tal decisión, puede presentar la víctima.

Es evidente que si el juez ha planteado una disconformidad que no es acogida, su decisión deberá reproducir el criterio fiscal, que, de todas maneras, ha de estar debidamente fundado y que finalmente, plasmado en la decisión, podrá ser impugnado por la víctima. Con mayor razón deberá fundarse la decisión, cuando el juzgador estima procedente la solicitud, pues, aún adecuando a la naturaleza provisional que pueda asignársele a la desestimación, sólo en forma motivada se concibe un ejercicio legítimo del poder jurisdiccional.

El control que en alzada pueda adoptar el Tribunal respecto de una desestimación es tan amplio como la misma apelación lo permite -arts. 431 a 433- y, dentro de esta tesitura es

evidente que una decisión ayuna de fundamento no puede estimarse válida. El Tribunal de apelación no está facultado para sustituir esa decisión, que es propia del juez de la etapa intermedia -que constitucional y legalmente tiene la obligación de fundar sus resoluciones, en este caso, del auto que acoge la desestimación-, al que deberá remitir el proceso para que rectifique el vicio, que, por su propia naturaleza -ausencia de fundamentación-, no puede ser enmendado por el superior, dado que ello implicaría, sin más, dejar a la víctima y a las restantes partes del proceso, sin la posibilidad de impugnar y controlar lo resuelto, derechos frente a los cuales no es dable invocar el principio de celeridad procesal o de saneamiento, si precisamente ellos conducirían a afectar la intervención de las partes, en este caso, de quien, al apelar, invocó el defecto formal (177 in fine, Código Procesal Penal).

Si, por el contrario, el Tribunal en alzada estima improcedente la desestimación, así lo declarará, en el entendido de que la causa regresará al órgano fiscal, que deberá continuar las investigaciones.

Las razones esbozadas en su consulta, respecto a la cantidad de solicitudes de desestimación pendientes, son muy respetables, pero deberán canalizarse por otras vías distintas, no pudiendo de forma alguna incidir en el cumplimiento de los deberes propios del juzgador.

OFICIO 197-98

TEMA: *“Inmovilización registral” de los asientos de inscripción de propiedades en el Registro Público.*

SUMARIO: *Los jueces pueden anotar, mediante mandamiento, la existencia de la causa penal en el asiento de inscripción de la propiedad, como medida precautoria, a fin de evitar que el delito tenga ulteriores consecuencias, así como para asegurar los elementos relacionados con el delito y la eventual restitución que correspondería del inmueble.*

Sobre la materialidad del inmueble en específico, el juez puede adoptar medidas determinadas que podrían, de hecho, implicar una inmovilización, como por ejemplo, la prohibición de venderlo, enajenarlo o de disponer de cualquier forma de él mientras se resuelve el proceso, siempre que se haga motivadamente y según el caso concreto.

En relación con su nota de fecha 22 de julio de del año en curso, en la cual consulta a esta Comisión sobre la legalidad de la medida de "inmovilización registral" de los asientos de inscripción de propiedades en el Registro Público, al ser una medida cautelar no contemplada expresamente por la legislación procesal, me permito informarle lo siguiente:

Cuestiona Usted la posibilidad de que las autoridades penales dispongan la "inmovilización" registral de un inmueble, pues se trataría de una medida cautelar de innegables consecuencias sobre el derecho de propiedad, sin que la misma se encuentre expresamente prevista en la normativa procesal penal.

Ciertamente, las autoridades jurisdiccionales no decretan la "inmovilización" de los asientos registrales de inscripción de bienes inmuebles. Esa facultad la ostenta el Registro Público. Lo que sí pueden hacer los jueces es ***anotar*** la existencia de la causa penal en el asiento de inscripción de la propiedad, anotación que se hace mediante mandamiento expedido al Registro de la Propiedad y ***en el que debe especificarse la naturaleza de la causa y el fondo que en ella se discute para que tal información conste respecto de terceros.***

Esta anotación se utiliza en materia penal, no sólo por ser una medida de precaución y diligencia, a fin de evitar que el delito tenga ulteriores consecuencias, sino también para asegurar los elementos relacionados con el delito y la eventual restitución que correspondería del inmueble, no sólo de hecho, sino jurídicamente (artículos 140, 198, 200, 289 y 468 del Código Procesal Penal) y por aplicación supletoria de las disposiciones del Código Civil, artículo 468 incisos 1) y 2) y numerales 242 y 282 del Código Procesal Civil, que resultan aplicables para los supuestos en que se demanda la falsedad -y por ende, la nulidad absoluta- de la inscripción de un documento que ha dado en apariencia nacimiento a un derecho cuya legitimidad se discute en sede penal. Sería absurdo que tal medida de anotación sea válida dentro de un proceso civil en el cual se discuten intereses meramente patrimoniales y no pueda aplicarse dentro del proceso penal, donde el deber de impedir mayores consecuencias y evitar más daños es mucho más intenso, por la naturaleza de los bienes e intereses jurídicos en juego. Además, las consecuencias de la declaratoria de falsedad de un documento, no sólo están

definidas en el Código Procesal Penal, sino además recientemente han sido definidas por el Código Notarial en sus artículos 126 inciso i) y 128 con serias repercusiones, al lado de las cuales, la medida de anotación incluso podría aparecer insuficiente.

Cosa distinta es que tal medida de anotación sirva de presupuesto para que el Registro Nacional ordene, en atención a la naturaleza de la información anotada, la inmovilización del inmueble, pero ello ya es materia administrativa que tiene sus propias vías de control administrativo y jurisdiccional.

Todo lo dicho ha sido sin demérito de que, sobre la materialidad del inmueble en específico, el juez pueda adoptar medidas determinadas que pueden de

hecho, implicar una inmovilización, como por ejemplo, la prohibición de venderlo, enajenarlo o de disponer de cualquier forma de él mientras se resuelve el proceso, medidas amparadas en los numerales 140, 198 y 200 ya citados que, aunque se refieren los dos últimos al secuestro y decomiso, pueden aplicarse a los inmuebles, que físicamente no pueden decomisarse pero sí son bienes sujetos a las medidas de aseguramiento probatorio y por ello tales disposiciones les resultarían de aplicación, medidas que, adoptadas con la debida motivación y justificando su procedencia en cada caso concreto, no comprometen en forma alguna el principio de legalidad ni el derecho de propiedad.

OFICIO 199-98

TEMA: *Comparecencia de la víctima a la audiencia de conciliación*

SUMARIO: *La incomparecencia de la víctima a la convocatoria de conciliación no implica coersión en su contra y tampoco suspende la continuidad del procedimiento; distinto es si se le convoca como testigo u ofendid, en cuyo caso está obligada a presentarse.*

En relación con su nota de fecha 30 de julio del año en curso, en la cual consulta a esta Comisión sobre la incomparecencia de la víctima a las citaciones judiciales, me permito informarle lo siguiente:

La nueva legislación procesal concede, es cierto, protagonismo a la víctima, que en todo caso lo requiere, para hacer efectivo el derecho a una tutela judicial efectiva. Sus responsabilidades están delimitadas por sus específicas pretensiones dentro del proceso. Al identificársele como tal dentro del proceso e imponérsele de sus derechos, al tiempo de prevenirsele señalar un lugar donde ser

citada y las posibilidades procesales de que goza, queda librado a su entera responsabilidad si ejerce o no las facultades que se le confieren y, dentro de ellas, sin duda alguna está la decisión sobre si concilia o no. Su incomparecencia a la convocatoria para la conciliación no puede traerle consecuencias procesales, menos aún, el ejercicio de la coerción. Como testigo u ofendido, le asiste el deber de comparecencia a las diligencias y actos procesales en que se requiera su participación y en las que sea irrelevante su voluntad, como sería, por ejemplo, el debate. La no asistencia de la víctima a la

diligencia de conciliación no suspende la continuidad del procedimiento.-

Lo dicho obedece a una decisión de política criminal que, como novedad, optó

por rescatar el devaluado y ausente rol que a la víctima se le daba para solucionar un conflicto del que ella era parte esencial, aunque marginada del quehacer procesal.

OFICIO 202-98

TEMA: *Validez de la denuncia formulada ante la policía administrativa*

SUMARIO: *La denuncia ante policía administrativa es excepcional; procede cuando no pueda ser recibida por los órganos competentes; en tal caso es perfectamente válida, pero queda sujeta al trámite de las denuncias ante la policía judicial.*

En relación con su nota de fecha 16 de setiembre del año en curso, en la cual consulta a esta Comisión sobre la validez de la denuncia formulada ante la policía administrativa, me permito informarle lo siguiente:

El Código Procesal Penal en su artículo 278 señala los órganos competentes para la recepción de las denuncias. En defecto de la Policía Judicial y su subsidiaria potestad para recibir denuncias -286 inciso a)-, tal facultad se traslada a la policía administrativa, en forma excepcional, según se norma en el artículo 284 del mismo cuerpo legal, debiendo cumplir con las formalidades que la Constitución Política y el Código procesal prescriben. A lo dicho debe agregarse la disposición adoptada por la Corte Plena, en la sesión 43-97 del 22 de diciembre del año anterior, en ejercicio de las facultades conferidas por el numeral 469 del Código procesal, que señala:

"1) En aquellos lugares donde existan oficinas del Ministerio Público o del Organismo de Investigación Judicial, las denuncias por delito serán recibidas por los funcionarios de esas dependencias con exclusión de los tribunales con

competencia penal. Los funcionarios policiales solamente recibirán la denuncia ante imposibilidad de los fiscales, o por razones de horario; sin embargo, deberán comunicarla dentro del plazo de ley al fiscal que corresponda.

2) *Donde no existan oficinas del Ministerio Público o del Organismo de Investigación Judicial, las denuncias serán recibidas por el Juzgado Contravencional que, de inmediato y por la vía más expedita (facsimil, telegrama, telefonema, etc.), lo pondrá en conocimiento del Ministerio Público.*

3) *Las denuncias recibidas por la policía administrativa, cuando no exista oficina del Organismo de Investigación Judicial, quedan sujetas al trámite establecido para las denuncias formuladas ante la policía judicial".*

En criterio de esta Comisión, no existe inconveniente alguno, sino que, por el contrario, es deseable toda capacitación que pueda darse a los oficiales de la policía administrativa sobre la forma correcta de recibir las denuncias, siempre y cuando su intervención se de en los casos de excepción que tanto el Código como el acuerdo de cita, señalan. Cumplidos ambos

requisitos, la denuncia es perfectamente válida y, en todo caso, siempre puede ratificarse o enmendarse sus errores, aún cuando se trate de delitos de acción pública

perseguidos a instancia privada, como lo señala en específico el párrafo segundo del numeral 17.

OFICIO 203-98

TEMAS:

- 1) *Comunicación del detenido con sus allegados o con su abogado.*
- 2) *Obligación del OIJ de trasladar reos para entrevista con sus defensores.*

SUMARIO:

- 1) *Si el detenido necesita realizar otra llamada para lograr la comunicación efectiva, debe permitírsele. Para ese propósito, no es razonable denegar al defensor –público o privado- el uso de los teléfonos de las dependencias. Toda otra situación debe manejarse con sentido común, criterios de seguridad y condiciones de la detención.*
- 2) *El traslado de un preso a un Despacho Judicial por parte del OIJ debe ser para practicar alguna diligencia judicial o probatoria (juicio oral, audiencias como la de conciliación, la preliminar, la de medidas cautelares; el traslado para la lectura integral de la sentencia). Para notificaciones ordinarias, el Notificador del Despacho debe trasladarse hasta el centro penal. Es obligación del defensor acudir a los Centros en que estén reclusos sus defendidos. Los choferes no deben mostrar los reos a la prensa.*

En relación con sus notas de fecha 26 y 20 de agosto del año en curso, en las cuales consulta a esta Comisión sobre, 1) Alcances del derecho del detenido a comunicarse con sus allegados y familiares o con su abogado y 2) la obligación de las Oficinas del Organismo de Investigación Judicial de trasladar a los reos para las entrevistas con los defensores públicos, me permito informarle lo siguiente:

1) El derecho del detenido a comunicarse, en forma expedita, con sus familiares, allegados o con su abogado al momento de su detención, consagrado en el numeral 82, incisos b) y c) del Código Procesal Penal, forma parte del conjunto de normas que el legislador ha adoptado para

garantizar y hacer efectiva la vigencia del derecho de defensa -consagrado constitucionalmente y en los diferentes instrumentos internacionales de Derechos Humanos ratificados por nuestro país-, de especial importancia cuando el sujeto es privado de su libertad en los momentos iniciales del proceso. En atención a ello se comprende que el Estado, que ejerce el poder represivo, claramente manifestado en la detención, debe poner a disposición del detenido los medios para que éste haga efectivo esa posibilidad de comunicarse con sus allegados. Tal posibilidad debe permitirse y ejercerse dentro de los límites de lo razonable. Si no ha podido contactarse con persona alguna, es evidente

que no puede negársele la posibilidad de intentar otra llamada. Dentro de esta misma línea, tampoco parece razonable negarle el acceso a la defensa pública o privada para que utilice los teléfonos disponibles en las Delegaciones u oficinas policiales con el objeto de que cumpla con tales cometidos, pues tal uso aparece sobradamente justificado. Cumplidos los objetivos señalados, las demás situaciones que puedan presentarse, deben manejarse con los criterios que la seguridad, el sentido común y la condición misma de la detención, señalen como convenientes.

2) El imputado privado de libertad durante el curso del proceso, se encuentra a la orden de la autoridad jurisdiccional que ha dictado la medida cautelar. Esta autoridad es la responsable de ordenar las variaciones, modificaciones y todo lo relativo al cumplimiento de la disposición adoptada. Dado que la prisión preventiva sólo encuentra justificación en aras de salvaguardar los fines del proceso, puestos en peligro por la libertad del acusado, es razonable que no pueda pensarse en traslados no autorizados y sin la debida custodia de los presos, sólo en atención al pedido de la defensa para poder conversar con su defendido. Las autoridades judiciales en general, están en la obligación de velar por el cumplimiento efectivo del derecho de defensa y deberán prestar toda la colaboración necesaria para que el acusado y su defensor puedan conversar con la más absoluta confidencialidad y en un ambiente de serenidad y confianza. Tales exigencias deben adecuarse -no mermarse- según las circunstancias. Y es evidente que si el imputado está preso, tal medida cautelar no puede desnaturalizarse al extremo de permitir salidas injustificadas o sin autorización del juez que dictó la medida, para fines distintos de aquellos

actos procesales en los que necesariamente deba estar el imputado o desee comparecer. En todo caso, conviene recordar que tal criterio excepcional, en cuanto a la salida de los presos preventivos de los Centros y la participación en esos traslados, de la Sección de Cárceles, Transportes y Citaciones del Organismo de Investigación Judicial han sido restringidas y reglamentadas, tanto por la Corte Plena, en el artículo XXXIX de la Sesión del 6 de diciembre de 1990, como por el Consejo Superior, en los artículos LXXIII de la sesión del 8 de agosto de 1995, publicada en la circular 44-95; XXVIII de la sesión del 12 de abril de 1996, publicado en la circular 8-96 y XXXIX de la sesión del 6 de julio del año en curso, publicado en la circular 62-98, disposiciones todas de las que se desprende que el traslado de un preso a un Despacho Judicial, por parte del personal del Organismo de Investigación Judicial debe obedecer a la necesidad de practicar alguna diligencia judicial o probatoria y, desde luego, el propio juicio oral o las diferentes audiencias que prevé la nueva normativa procesal, como podría ser la audiencia de conciliación, la audiencia preliminar, la audiencia para sustentar las medidas cautelares o bien, el traslado para la lectura integral de la sentencia. Excepcionalmente debe utilizarse ese procedimiento para efectos de notificaciones ordinarias, pues la regla es que sea el notificador del Despacho el que se traslade hasta el Centro o bien que se comisione a la autoridad judicial del lugar para que se practique la notificación. En cuanto a la defensa pública, es criterio de esta Comisión que es obligación del defensor acudir a los Centros en que estén reclusos sus defendidos, para dar efectivo cumplimiento al derecho de defensa y no pretender, por el contrario, que los

acusados sean trasladados hasta sus oficinas para tal fin, con el riesgo que ello implica para la seguridad y para la medida cautelar dictada y el proceso mismo y, en este mismo sentido se pronuncian una serie de directrices internas del Departamento de Defensores Públicos. En dichos Centros o bien, en las oficinas regionales del Organismo de Investigación Judicial, según sea el caso, deben garantizarse todas las condiciones necesarias para que acusado y defensor puedan entrevistarse en un

ambiente de estricta confidencialidad, como lo señala el numeral 109 del Código Procesal Penal, sin que ello implique descuidar las necesarias normas de seguridad, pues entre ambos debe darse un sano y razonable equilibrio (en este sentido, artículo XLVIII de la sesión del Consejo Superior, del 17 de marzo de 1994). Cabe recordar que no deben mostrar a los reos a la prensa por parte de los conductores.-

OFICIO 204-98

TEMA: *Protección de los derechos de terceros de buena fe, respecto de bienes o instrumentos que provengan de la actividad ilícita del tráfico de drogas o conexas.*

SUMARIO: *El inciso 2, art. 6 del acuerdo entre Centroamérica y República Dominicana sobre prevención y represión del lavado de dinero y actividades relacionadas con el tráfico ilícito de drogas y conexas, podría rozar con los principios de razonabilidad y proporcionalidad e implicar una lesión al derecho constitucional de propiedad, pues a dicho tercero se le exige, además de comprobar la buena fe, haber hecho todo lo posible para que sus bienes no sean utilizados en las actividades perseguidas. Esta exigencia es desproporcional, pues quien no conoce de la actividad ilícita tampoco podría evitarla. La sanción de pérdida de derechos legítimamente adquiridos por actuar negligentemente, en el caso de entidades financieras, por ejemplo, sería desmedida.*

En relación a la Solicitud de Informe o Traslado de Documentos N° 141-98, me permito manifestarle que la Comisión de Asuntos Penales rinde el informe que se le solicita sobre el proyecto de Ley: **“Aprobación del acuerdo entre Centroamérica y República Dominicana para la prevención y la represión de los delitos de lavado de dinero de activos, relacionados con el tráfico ilícito de drogas y delitos conexos, suscrito el 6 de noviembre de 1997”** (Expediente Legislativo N° 13130) en los siguientes términos:

El proyecto de Acuerdo, en líneas generales, se enmarca dentro de los lineamientos trazados por la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, conocida como la Convención de Viena, en especial, en su finalidad de promover la cooperación entre los Estados para prevenir, investigar y sancionar el tráfico de drogas y la legitimación de capitales provenientes de esa actividad. A su vez, coincide con los postulados de la recién promulgada Ley Sobre Estupefacientes, Sustancias

Psicotrópicas, Drogas de Uso No Autorizado y Actividades Conexas, número 7786 del 30 de abril de 1998, publicada en el Alcance No. 15 de la Gaceta No. 93, del 15 de mayo del año en curso.

Conviene, no obstante, hacer algunas observaciones: El inciso 2 del artículo 6 del Acuerdo, podría rozar con el principio de razonabilidad y proporcionalidad, además de que podría a su vez implicar una lesión al derecho de propiedad, pues si bien pretende este numeral, dejar salvos los derechos que los terceros de **buena fe** hayan adquirido sobre los bienes o instrumentos que provengan de la actividad ilícita del tráfico de drogas o conexas a esta, una vez comprobada esa buena fe y además, comprobado que no puede imputársele ningún tipo de responsabilidad penal por ese hecho delictivo, se le exige que haya hecho todo lo razonable para impedir el uso ilegal de los bienes, a efectos de que no pierda sus derechos, legítimamente adquiridos. Esta última exigencia, comprobadas los dos presupuestos inicialmente contemplados por la norma, resulta excesiva y hasta contradictoria, pues no podría demandarse a quien no conoce ni participa de ninguna forma en la legitimación de capitales, que haga lo posible para evitar el uso ilícito de los bienes, productos e instrumentos, porque se parte de que desconoce tal posibilidad y además, se le impondrían exigencias más allá de lo razonable, en contravención a lo establecido por el párrafo segundo del artículo 28 de nuestra Constitución Política. La única lectura posible de este inciso, será aquella que armonice con los principios anteriores. Debe señalarse que esta objeción se hace aún cuando la misma exigencia se contempla en el inciso e) del artículo 88 de la Ley Sobre Estupefacientes, Sustancias

Psicotrópicas, Drogas de Uso No Autorizado y Actividades Conexas, para el cual también han de valer las consideraciones hechas. Podría solventarse la situación, en los supuestos en que se trate de personas o entidades que, por la naturaleza de sus actividades, están obligados a cumplir y verificar ciertos controles -entidades financieras, por ejemplo-, controles que ha omitido en forma negligente y aún así, de todas maneras la sanción de pérdida de los derechos legítimamente adquiridos, resultaría desmedida. La posibilidad que contempla el numeral 9 del Acuerdo, para que se apliquen medidas cautelares sobre bienes que se encuentran en nuestro territorio, pero vinculados al delito de lavado de dinero o tráfico de drogas cometido en otra jurisdicción, debe entenderse que puede hacerse **dejando salvos los derechos que hayan adquirido los terceros de buena fe**, en los términos del artículo 6 y con las objeciones hechas a este numeral. El párrafo segundo del artículo 15, debe interpretarse en el sentido de que la responsabilidad allí aludida es la penal y, en consecuencia aplicable únicamente a los empleados funcionarios, directores propietarios u otros representantes autorizados de las entidades de intermediación financieras o que realicen estas actividades y que, actuando como tales, participen en los delitos de lavado de dinero o de tráfico de drogas y no a las entidades mismas, como parece desprenderse de su redacción. En todo caso, la agravante de la pena señalada en este artículo no es aplicable si así no se dispone en la Ley que regula la materia en nuestro país. En el inciso e) del artículo 17 del Acuerdo, debe corregirse la palabra "pausas" por la de "pautas", a fin de dotar de sentido y fuerza a lo allí dispuesto.

TEMA: Acceso al sumario por parte del profesional en Derecho.

SUMARIO: *el solo hecho de que el abogado solicite el expediente para sacar fotocopias, demuestra su legítimo interés. Incluso, el ser abogado debidamente incorporado al Colegio hace, por sí, que tenga un interés legítimo, pues le liga la ética profesional. Su acceso no debe circunscribirse únicamente a lo que el Fiscal le diga, sino que debe tener acceso a toda la información disponible. De otro modo, las limitaciones al acceso del expediente podrían constituirse en una barrera al libre ejercicio de su profesión.*

En relación con su nota 8661-98 del 10 de julio del año en curso, me permito manifestarle que la Comisión de Asuntos Penales rinde el informe que se le solicita sobre los alcances del numeral 295 del Código Procesal Penal, en los siguientes términos:

A juicio del licenciado Pacheco Mena, el artículo 295 del Código Procesal Penal únicamente faculta al Fiscal para **informar verbalmente** al abogado **no apersonado** al proceso, sobre las constancias de la causa y las pruebas existentes, sin permitirle acceder a la documentación y a las pruebas que a ese momento se tengan recopiladas, con el objeto de preservar la privacidad de las actuaciones. Sólo en caso de que se haga acompañar por una de las partes o aporte la correspondiente autorización por escrito tendrá acceso directamente a las constancias que hubiere. El Consejo Superior ha resuelto que todo abogado, por el hecho de serlo, se presume con interés legítimo para tener acceso al expediente.

Esta Comisión comparte la preocupación del licenciado Pacheco Mena, en aras de preservar la privacidad de las actuaciones del proceso penal. Sin embargo, su posición resulta excesiva

desde que ya la propia jurisprudencia constitucional ha zanjado de alguna manera el tema de la legitimación de los profesionales en derecho para revisar y conocer la información de un expediente penal, labor que, en atención a la amplísima gama de posibilidades que un caso judicial presenta para un abogado y, en particular, dentro del esquema del nuevo proceso penal, lejos de verse reducida, tiende a diversificarse y ampliarse, por lo que mal se haría negando a éste el acceso a las constancias y documentación del proceso, solución que resulta más perjudicial que los eventuales y por demás fortuitos efectos nocivos que ello podría traer a las investigaciones en curso. Las partes, en el amplio sentido que pregona la nueva legislación procesal penal, tienen derecho a buscar en la forma más libre posible, la asesoría legal que deseen; dentro de este esquema, resultan muchas las razones por las cuales un profesional solicite el acceso a la documentación del proceso, sin que puede llegarse a extremos como solicitarle una autorización del cliente, que puede si acaso haberlo buscado casualmente o sin haber adquirido compromiso alguno, pues debe partirse del hecho de que la sólo profesión, ejercida

dentro de los límites de la ética profesional, legitima al abogado que invoque el interés legítimo para acceder a la información allí documentada, para variados efectos, siendo el más simple de ellos, la decisión sobre representar o no los intereses de alguna persona dentro de la causa -imputado, demandado civil, víctima, damnificado, etc- y en este sentido se orientan los artículos 243 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 18 de la Ley de Notificaciones, Citaciones y otras Comunicaciones Judiciales. Así es como se valora el interés legítimo del abogado compareciente, no pudiendo interpretarse que aún cuando se constate ese interés, se circunscriba su acceso únicamente a lo que el Fiscal le diga, sino que debe tener acceso a toda la información disponible y a juicio de esta Comisión, sólo esa lectura resulta acorde con nuestro marco constitucional:

"(...) Si bien es cierto que el abogado no presentó ningún escrito acreditando su interés, esta Sala considera y como ya lo indicó en otro asunto, que sólo el hecho de solicitar el expediente para sacar fotocopias, demuestra su legítimo interés. Incluso considera este Tribunal y para que sirva en el futuro, que sólo el hecho de ser abogado debidamente incorporado al Colegio, hace por sí, que tenga un interés legítimo y que actúe conforme a lo dispuesto por el artículo 195(...)" (Sala Constitucional, 3984-92, de las 15:27 hrs. del 15 de diciembre de 1992);

"(...) Lo cierto es que en el ejercicio de la abogacía, un profesional en derecho en aplicación del derecho de defensa debe tener acceso a los expedientes judiciales, ya sea a efectos de estudiar de inicio un proceso para determinar si toma o no la defensa del mismo o para estudiar y fundar las diligencias que debe plantear en ejercicio de la defensa de un cliente.

Por ello, los expedientes judiciales siempre deben estar al alcance de los abogados y partes de los procesos, a fin de no violentarles su derecho a la defensa. Claro está que el derecho de examinar un expediente, sus atestados y pruebas, no puede ser irrestricto. Sin desconocer que existen algunas limitantes, que un Juez puede argumentar legítimamente, en el caso bajo examen, al recurrente se le indicó que sí se le permitiría el examen del expediente, al menos en dos ocasiones y, finalmente, sin justificación alguna, se le indicó que ya había sido trasladado a otra oficina. En otras palabras, no mediaron en la actuación de los recurridos circunstancias procesales muy calificadas, puesto que no se lo expresaron así al recurrente, sino, más bien, una contradicción entre lo que le expresaban y lo que finalmente hicieron."(Sala Constitucional, 3154-95, de las 15:09 hrs. del 16 de junio de 1995. El destacado es suplido);

"(...) Para resolver el fondo de este asunto, es necesario analizar lo dispuesto por el artículo 195 del Código Procesal Penal. Dicho artículo dispone que tendrán acceso al expediente, las partes y los abogados que tengan algún interés legítimo. Este acceso restringido al expediente se da, al igual que en la Ley sobre el Registro Judicial de Delincuentes, con el propósito de salvaguardar la honra y reputación de quienes por una u otra razón han sido o están siendo juzgados por la comisión de delitos (...). Como ya se indicó supra, cualquier abogado puede consultar un expediente penal siempre que acredite que tiene un interés legítimo, lo que deberá valorar la autoridad judicial en cada caso"; (Sala Constitucional, 2850-96, de las 16:06 hrs. del 12 de junio de 1996. El destacado es suplido)

Para efectos de salvaguardar el deber de reserva de las actuaciones y controlar cualquier exceso o perjuicio a las investigaciones o a los derechos mismos de los involucrados, que puede darse por una fuga de información inconveniente o hecha de mala fe, pueden buscarse otras alternativas, como por ejemplo, dejar constancia en el expediente, del nombre y calidades del abogado que solicita el acceso al expediente, como una forma además de vincularlo al deber de reserva que le asistiría, medidas razonables si se consideran los intereses que la privacidad de las actuaciones buscan proteger. Pero circunscribir el acceso del abogado "no apersonado", pero que evidentemente acredita un interés legítimo, aunque sea

sólo su dicho, a una breve **información verbal** que le dé el Fiscal, excede los límites de razonabilidad y podría rozar con los derechos de los involucrados a buscar una adecuada defensa de sus intereses y una tutela judicial efectiva, en los términos anotados por la jurisprudencia constitucional (en especial, en las sentencias 1331-90 de las 14:30 hrs. del 23 de octubre de 1990; 563-91 de las 14:24 hrs. del 20 de marzo de 1991; 2850-96 de las 16:06 hrs. del 12 de junio de 1996; 3370-97 de las 15:48 hrs. del 18 de junio y 4822-97 de las 9:50 hrs. del 22 de agosto, ambas de 1997 y 2200-98, de las 10:54 hrs. del 27 de marzo del año en curso), así como constituirse en un límite injustificado al ejercicio de la profesión.

OFICIO 206-98

TEMA: *Forma de notificar a la víctima.*

SUMARIO: *Siempre que la víctima pida ser informada, su obligación no es más que dar a conocer su domicilio en forma suficiente para ser localizada. Nada impide que pueda señalar lugar dentro del perímetro, o indicar un número de teléfono o fax. También deben utilizarse los mecanismos de coordinación entre autoridades judiciales entre sí y de éstas con las autoridades administrativas, además del apoyo de los equipos de localización y citación de personas.*

En relación con su nota 10616-98 del 27 de agosto del año en curso, me permito manifestarle que la Comisión de Asuntos Penales rinde el informe que se le solicita sobre la forma de notificar a la víctima, en los siguientes términos:

El nuevo proceso penal regula los derechos de la víctima a conocer la información del proceso y conocer sus posibilidades procesales de intervención. Pero se le reconocen primariamente, sin formalismos de ninguna especie, por el

sólo hecho de ser víctima, sin perjuicio de que, una vez que decida tener una participación más formal, deba constituirse en querellante, si lo desea, o se conforme con el ejercicio de la acción civil resarcitoria. Tal intervención implica ingresar formalmente al proceso como parte y, en consecuencia, seguir las formalidades que a estas se les exigen, entre ellas, señalar un lugar dentro del perímetro judicial donde escuchar y recibir notificaciones. Pero a la víctima el Código

no le exige más que dar a conocer su domicilio, en forma suficiente para ser localizada cuando resulte pertinente según la ley o sea necesario a los fines del proceso. Nada impide que la víctima pueda señalar un lugar que esté dentro del perímetro, o facilite un teléfono o número de fax donde recibir las comunicaciones. Pero esa no es su obligación, pues se rescata su protagonismo, libre de formalidades, por el sólo hecho de ser víctima. Ciertamente que esta situación puede ocasionar trastornos a la forma tradicional

de manejar el proceso y las comunicaciones a las partes, pero deben utilizarse los mecanismos de coordinación entre autoridades judiciales entre sí y de éstas con las autoridades administrativas, además del apoyo de los equipos de localización y citación de personas que ya se tienen, para solventar esas dificultades, que encuentran sentido desde que buscan reconocerle a la víctima sus derechos. Se aclara que todo esto es así sólo cuando la víctima haya manifestado ser informada.

OFICIO 207-98

TEMA: *Autorización para destruir la prueba en análisis de laboratorio.*

SUMARIO: *Para proceder a la destrucción del indicio, el perito debe solicitar la autorización que corresponda, en cada caso, a la autoridad correspondiente, la cual deberá determinar si solicita, a su vez, autorización de las partes.*

En relación con su nota 11930-98 del 30 de setiembre del año en curso, referida a la gestión del entonces Jefe del Departamento de Medicina Legal, para que todas las solicitudes de dictámenes contengan la frase "*En caso de considerar la necesidad de practicar análisis de laboratorio, queda autorizada la alteración o destrucción de los indicios*", la Comisión de Asuntos Penales se permite

rendir criterio negativo, pues se estima que tal situación deben plantearla los peritos en cada caso, solicitando la autorización que corresponda al Juez o a la autoridad que ordenó la práctica del examen, para que sean estos o quien corresponda los que valoren la situación y extiendan la autorización pertinente, incluso poniéndola en conocimiento de las partes si fuere del caso.

OFICIO 208-98

TEMA: *Autoridad encargada de repatriar reos.*

SUMARIO: *Tales diligencias les corresponden a los respectivos Ministerios de Justicia de los países involucrados; en nuestro país, específicamente a la Dirección General de Adaptación Social.*

En relación con su nota 9465-98 del 30 de julio del año en curso, me permito

manifestarle que la Comisión de Asuntos Penales rinde el informe que se le solicita

sobre la repatriación de JGSR, costarricense sentenciado en Italia y que cumple pena de prisión en Florencia, en los siguientes términos:

Nuestro país, comprobada la nacionalidad del señor JGSR, puede, como Estado Administrante, en los términos de la Convención sobre la Transferencia de Personas Sentenciadas, Estrasburgo, 21 de marzo de 1983, ratificada por Costa Rica mediante Ley 7749 del 23 de febrero de 1998, gestionar su transferencia a nuestro territorio para que cumpla aquí su condena. Sin embargo, para que ello sea viable, deben cumplirse los requisitos señalados en los numerales 2, 3 y 4 de la Convención, verificada la suscripción del Convenio por el Estado sentenciante.-

En principio, las diligencias deben tramitarse, de conformidad con lo que establece el artículo 5 de la Convención, entre los respectivos Ministerios de Justicia de cada Estado. Para nuestros efectos, se ha emitido recientemente el **Reglamento a la Convención Sobre Transferencia de Personas Sentenciadas, Decreto Ejecutivo No.27259-J, del 7 de julio de 1998, publicado en la Gaceta No.180 del Miércoles 16 de setiembre último.** En él se designa a la *Dirección General de Adaptación Social* del Ministerio de

Justicia como la Autoridad Central competente para tramitar la transferencia de las personas sentenciadas y es ante esa autoridad ante quien debe tramitarse lo correspondiente y presentar todos los requisitos que la Convención y el Reglamento detallan, entre los que cabe destacar la doble incriminación; la necesidad de que el fallo sea **definitivo** y que la persona sentenciada manifieste su consentimiento, para lo cual habrá de coordinarse con la representación consular o diplomática correspondiente. La verificación del cumplimiento de estos y los restantes requisitos, así como las solicitudes y/o envío de la documentación respectiva, corresponde realizarlos a la Dirección General de Adaptación Social y de esa forma se iniciarán las gestiones para verificar el consentimiento de las autoridades competentes del Estado sentenciante.

En atención a lo expuesto y, en especial, al Reglamento recientemente emitido, es criterio de esta Comisión que las presentes diligencias deben trasladarse para su pronta resolución a la Dirección General de Adaptación Social, para lo cual deben cumplir con todos los trámites establecidos, como por ejemplo la consulta al Juez de la Pena.

OFICIO 209-98

TEMA: *Pliego de peticiones de la Asociación de Fiscales y ex.Fiscales de Costa Rica (ANAFI)*

SUMARIO:

- 1) *La actual carga laboral de los Fiscales, en razón de la disponibilidad, sería si no mayor, al menos equiparable a la del juez penal, por lo que en justicia debe buscarse una paridad en cuanto al reconocimiento del plus por el rubro de disponibilidad. El porcentaje por disponibilidad debe ser revisado.*

- 2) *En realidad, dada la posición expuesta en cuanto a la necesidad de ajustar y actualizar el monto que actualmente se reconoce por disponibilidad, tomando como base un promedio fijo de horas extraordinarias para hacer del plus salarial un rubro competitivo y justo, el problema del "exceso" de labores en cumplimiento de la disponibilidad quedaría de esa forma resuelto.*
- 3) *Es necesario realizar un estudio sobre las necesidades de personal en el Ministerio Público, que permita definir en forma más cierta el porcentaje en que tal planilla necesita ser reforzada*
- 4) *En cuanto a las instalaciones del Ministerio Público, hay que esperar el criterio que al respecto emita la Comisión de Construcciones.*

En relación con sus notas 10320-98 y 11869-98 del 18 de agosto y 25 de setiembre del año en curso, me permito manifestarle que la Comisión de Asuntos Penales rinde el informe que se le solicita sobre el pliego de peticiones presentado por la Asociación de Fiscales y exFiscales de la República, al Poder Judicial para que se reconsideren determinados acuerdos adoptados en cuanto al pago de disponibilidad y para que se analicen ciertas propuestas de mejora a las condiciones laborales de los Fiscales, en los siguientes términos generales, esta Comisión considera que, en efecto, la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento procesal penal ha implicado no sólo un cambio normativo, sino, por supuesto institucional, que ha afectado en mayor escala al Ministerio Público, en cuanto ha implicado una profunda reorganización administrativa y funcional. En este entendido, se han trasladado a los fiscales, labores protagonices en la investigación preliminar que antes no tenía tan específicamente definidas, al tiempo que se le ha asignado la dirección funcional de la Policía Judicial. El cambio del rol en el Fiscal si bien no implica que éste se convierta en agente policial, si comprende la realización de labores "de campo", que

además se extienden a toda hora del día, según el deber de disponibilidad que ha debido ser aparejado al cargo y que, en muchas ocasiones, no necesitan del auxilio del juez, por lo que la carga laboral podría estimarse que, en razón de la disponibilidad, sería si no mayor, al menos equiparable a la del juez penal, tanto de hecho, como necesariamente, desde el punto de vista laboral, por lo que en justicia debe buscarse una paridad en cuanto al reconocimiento del plus por el rubro de disponibilidad. Conocemos el criterio externado y acogido por el Consejo Superior (artículo XX, sesión del 21 de mayo del año en curso), basado en la opinión del Departamento de Planificación, según la cual, el plus que por disponibilidad se paga a los jueces penales, es mayor que aquel que se reconoce a los fiscales, en atención a que estos últimos pueden turnarse los roles de disponibilidad entre más compañeros, mientras que los jueces no. En consecuencia, Planificación ha estimado que el número de horas efectivas de disponibilidad del juez es mayor que el del fiscal y ello justifica la diferencia. Sin embargo, el juez penal tiene, por decirlo así, un rango menor de cobertura dentro del turno, pues debe actuar en los anticipos jurisdiccionales de

prueba y en la aplicación de medidas cautelares en las horas de disponibilidad, mientras que el fiscal puede realizar teóricamente muchos más actos procesales en ese lapso sin que necesite el aval ni la participación del juez, de modo que en esas condiciones, las labores a realizar serían mayores para el fiscal, circunstancia que compensa de alguna manera el criterio de "horas efectivas" en que se basa Planificación para justificar la diferencia entre juez penal y fiscal y que, para esta Comisión, debe eliminarse.

2.- Según la definición que esta Comisión ha dado de lo que se entiende por disponibilidad, es la obligación del funcionario de estar plenamente localizable, a fin de atender cualquier eventualidad que se presente. En el resto del sector público, para personal que debe tener ese tipo de obligaciones -médicos, por ejemplo-, que no sólo deben estar disponibles para consultas o llamadas telefónicas, sino que, eventualmente, deban acudir al Centro hospitalario a realizar algún tipo de intervención, el cálculo del beneficio de disponibilidad se efectúa actuarialmente y estadísticamente de tal forma, que se calcula sobre una base promedio de horas extraordinarias laboradas, porque es un hecho que, dentro de la disponibilidad, se realizan labores, fueran de la jornada ordinaria y, para no causar un trastorno con ambos rubros -independientes- el cálculo de la disponibilidad considera un porcentaje fijo de horas extraordinarias laboradas, como presunción, de modo que tal incentivo o plus salarial compensa en realidad, las labores y responsabilidades que tal disponibilidad lleva aparejada -y que, en la generalidad de los casos, van más allá del estar simplemente localizable-, convirtiéndose así en un monto

competitivo y justo (en este sentido pueden consultarse las sentencias 228-97 y 138-97 de la Sala Segunda, así como 1055-93 de la Sala Constitucional). Tal posición debería ser considerada a efectos de fijar el porcentaje de disponibilidad que, a juicio de esta Comisión, debe ser revisado.

3.- Otro de los puntos objetados por la Asociación, se refiere a la aparente negativa del Departamento de Personal para el reconocimiento del pago de horas extras a los fiscales. Según lo acordado por Corte Plena en el artículo XXI de la sesión del 19 de enero de este año, acogiendo el criterio de esta Comisión, se reconocería el pago de horas extraordinarias a los funcionarios de la materia penal que hubieren terminado su jornada o tiempo de disponibilidad y deban continuar atendiendo asuntos que no puedan ser asumidos por el funcionario que le sustituye en el rol, siempre que tal funcionario tenga derecho a tal reconocimiento. En realidad, dada la posición expuesta en cuanto a la necesidad de ajustar y actualizar el monto que actualmente se reconoce por disponibilidad, tomando como base un promedio fijo de horas extraordinarias para hacer del plus salarial un rubro competitivo y justo, el problema del "exceso" de labores en cumplimiento de la disponibilidad quedaría de esa forma resuelto. Los demás casos en que se solicite el pago de horas extraordinarias se deberán realizar según lo dispone la legislación laboral personal en el Ministerio Público, que debe complementar el realizado durante los seis primeros meses de vigencia de la nueva legislación, para que abarque el primer año y permita definir en forma más cierta el porcentaje en que tal planilla necesita ser reforzada, para que se cumpla con el principio de tutela judicial efectiva.

Finalmente, en cuanto a las instalaciones del Ministerio Público, es conveniente

esperar el criterio que al respecto emita la Comisión de Construcciones.

OFICIO 215-98

TEMA: *Conciliación penal en materia de menores.*

SUMARIO: *Por ser un asunto que debe resolverse jurisdiccionalmente, y no siendo pacíficas las opiniones al respecto, la Comisión se limita a tomar nota de la preocupación por el tema. Lo propio es que se formule otra consulta facultativa a la Sala Constitucional para que se pronuncie sobre los alcances del art. 155 del Código de la Niñez y la Adolescencia.*

En relación con su nota 12994-98 del 23 de octubre del año en curso, en la que nos ponen en conocimiento la nota suscrita por la Licda. Marlene Gómez Calderón quien se pronuncia por la inaplicabilidad de la conciliación en asuntos penales en los cuales hayan menores involucrados, esta Comisión estima que debemos limitarnos a tomar nota, pues se trata de un tema polémico que debe ser resuelto en sede jurisdiccional. Existen al respecto diversos criterios jurídicos, recientemente la Sala

Constitucional mediante el voto 7115-98 se pronuncia en forma parcial sobre el tema, y estimamos que lo propio es que se formule otra consulta facultativa a ese alto Tribunal para que determine los alcances de la constitucionalidad del artículo 155 del Código de la Niñez y Adolescencia.

Se adjuntan los informes rendidos por el Ministerio Público, Defensa Pública, y el voto 7115-98 de la Sala Constitucional.-

OFICIO 226-98

TEMAS:

1. *Legajos de investigación*
2. *Desestimación y sobreseimiento*
3. *Archivo fiscal*
4. *Reparación integral del daño*

SUMARIO:

1. *El legajo de investigación debe contener elementos de prueba susceptibles de incorporarse al debate, pero también actuaciones esenciales que permitan comprobar el respeto al debido proceso. Entre otras, la declaración del imputado, solicitud fiscal para el tránsito a la fase intermedia, actas de notificación, nombramiento de defensor y semejantes. Deben evitarse los detalles innecesarios que entranen la administración de justicia penal, si tales exigencias no son sustanciales ni esenciales al proceso.*
2. *Es cuestionable solicitar la desestimación después de haber intimado cargos. Si el fiscal estima, iniciada la investigación, que no hay delito, la intimación de cargos sería un acto arbitrario, y lo que procede es la*

desestimación, la cual es una salida procesal para casos sencillos, en los que no ha habido gran injerencia en los derechos del denunciado. Si ya hubo intromisión de derechos fundamentales, deben aplicarse la garantías de la defensa y posteriormente solicitarse el sobreseimiento.

3. *El archivo fiscal se aplica cuando no se ha podido individualizar al imputado, siempre que exista un hecho delictivo que imputar, pues si no hay delito que perseguir se aplica la desestimación aunque no haya responsable individualizado. El expediente se archiva en el MP.*
4. *Para aplicar la reparación integral del daño, el MP debe hacer una descripción fáctica que permita al juez saber si efectivamente ha habido una reparación integral. Es deber del MP corroborar que se cumplan las condiciones legales para que proceda la reparación.*

1.- **En cuanto a los legajos:** El nuevo Código Procesal Penal establece, con claridad, la forma en que han de documentarse las diligencias de importancia dentro de la investigación preparatoria en el llamado "legajo de investigación" -art. 275-, en el que habrán de constar todos aquellos documentos, actas, actuaciones procesales y aquellos elementos de prueba susceptibles de ser incorporados al debate como prueba. Como forma de documentar las actuaciones y pruebas relevantes dentro de la investigación, es consecuente que sea en este mismo legajo en el que se contenga la solicitud fiscal e, ineludiblemente, **para los casos en que tal acto sea indispensable**, la declaración del acusado. Por lo demás, la nueva legislación también habla claramente del *legajo de medidas cautelares*, en especial por la previsión que se hace para la recepción de prueba que las sustente -art.242-. En cuanto a la querrela y la acción civil resarcitoria, nada se prevé expresamente, aún cuando resultaría conveniente su documentación en legajos independientes, aunque si se unifican, siempre que consten y sea factible su distinción, nada impide que así se tramiten. La diferente forma de tramitación de los asuntos, siempre que se cumpla con lo legalmente previsto, no puede incidir en el

respeto al principio de justicia pronta y cumplida y de tutela judicial efectiva. La actuación de las autoridades judiciales en general debe orientarse al respeto y puesta en vigencia de tales principios, evitando detenerse en detalles innecesarios que lejos de facilitar, entran la labor de administrar justicia, sobre todo cuando no parten de exigencias sustanciales y esenciales del proceso. Para esta Comisión en el legajo de investigación deben agruparse no sólo los documentos y demás elementos de prueba susceptibles de incorporarse como tales al debate, sino aquellas actuaciones esenciales -actas de notificación, nombramiento de defensor, declaración del acusado- que permitan comprobar el respeto al debido proceso y además, debe contener la solicitud fiscal para el tránsito a la fase intermedia, sin que en ello exista problema alguno.

2.- **En cuanto a la desestimación y el archivo fiscal:** La desestimación, definida en el numeral 282 del CPP y reiterada en el numeral 299, procede cuando, luego de realizadas las diligencias de investigación, se concluye que el hecho no constituye delito, no se pueda proceder o los elementos de prueba reunidos son insuficientes para fundar la acusación. Este último supuesto coincide además con aquellos del sobreseimiento provisional o

definitivo. Toda noticia criminis o denuncia puede dar lugar a la realización de diligencias de investigación, si bien en algunos casos del sólo estudio de la denuncia puede excluirse la existencia de algún delito. La realización de esas diligencias no puede ser el parámetro para definir si procede o no determinada solicitud, pues en principio, toda denuncia debe seguir esa actividad de investigación, aunque mínima. Si luego de ellas el Fiscal concluye que no se está en presencia de delito alguno, es criterio de esta Comisión que no es necesario el nombramiento de defensor ni la intimación de cargos al acusado, porque éstos, según se concluye, no constituyen delito, de donde resulta que la intimación -de ser exigida en todos los casos como requisito previo de la desestimación- sería improcedente y podría constituir incluso un acto arbitrario. Nada impide -es más es lo usual- que la desestimación se solicite sin haber intimado al denunciado, aún cuando haya habido contactos e intercambio de información con él, pues de todas maneras tal gestión no le causa perjuicio alguno. Debe cumplirse, eso sí, con el trámite de notificación de tal acto a la víctima que, por el contrario, si podría estimar vulneradas sus pretensiones y por ello tiene derecho a cuestionar la decisión, si bien es sabido que la desestimación no produce cosa juzgada. Por el contrario, sí resulta cuestionable la posibilidad de solicitar la desestimación cuando ha habido intimación, pues tal acto implica ya la "formalización" de cargos y el derecho del imputado a un pronunciamiento jurisdiccional que resuelva el fondo de su situación y ponga fin al proceso. Por ello, si se está en los supuestos de insuficiencia de prueba, y ha habido intimación del acusado, lo procedente sería bien la

solicitud de sobreseimiento provisional, si faltan elementos de prueba que incorporar o bien el definitivo, cuando esté agotada la investigación, decisión que también procede cuando no se está en presencia de delito alguno o se tiene certeza de que el acusado no lo cometió, que el hecho no se adecua a una figura penal, media causa de justificación o inculpabilidad o se ha extinguido la acción penal. De una interpretación amplia del numeral 309 incluso puede pensarse que para solicitar el sobreseimiento no es necesaria la intimación del acusado, no obstante que circunscritos a los temas de interés para la consulta, esta Comisión estima que para solicitar la desestimación no es necesaria la intimación del imputado, pues tal decisión implica, por el contrario, la ausencia de mérito alguno para proseguir las investigaciones, bien por no estar frente a delito alguno que perseguir, bien porque los elementos reunidos resultan insuficientes. El derecho de defensa no es lesionado pues ningún perjuicio ni menoscabo ha sufrido, de modo que retrotraer el proceso a la fase de investigación, únicamente para cumplir con la intimación en nada variaría el estado de cosas, ni mejoraría la situación de la persona investigada, que ya tendría todo el derecho a esperar y exigir una resolución jurisdiccional que defina el fondo de su situación, perdiendo así sentido la previsión legislativa que autoriza solicitar la desestimación. Debe acotarse no obstante lo dicho, que la intimación del acusado es un requisito esencial para el respeto de sus derechos y la efectivización de sus posibilidades de defensa. La desestimación es una salida procesal para casos sencillos y en los que realmente ha habido poca injerencia en los derechos del denunciado. Los casos que sí han

significado intromisión de los derechos fundamentales del denunciado, por su sola naturaleza -necesariamente debe haber al menos indicio comprobado de estar en presencia de un delito-, deben llevar aparejada la intimación y la garantía de defensa del imputado, para que controle y verifique la legalidad de tales actuaciones, lo que finalmente daría pie para otro tipo de solicitud fiscal, si se concluye luego de la investigación, que no hay elementos suficientes para acusar formalmente y pasar a la fase de juicio. En cuanto al archivo fiscal, procede cuando no se haya podido individualizar al imputado, no obstante que tal requisito debe leerse dentro del contexto de la existencia de un hecho delictivo que perseguir, faltando únicamente individualizar al acusado, es decir conocer su identidad y, en consecuencia la forma de localizarlo y allegarlo a la causa. Se archiva el expediente en el Ministerio Público, porque la causa es susceptible de continuar una vez que se logren nuevas luces sobre tal individualización. Véase incluso que es posible realizar diligencias probatorias y anticipos jurisdiccionales de prueba en estos casos -art. 294-, apersonando al proceso a un defensor público que vigile los intereses del eventualmente responsable. Es criterio de esta Comisión que el archivo fiscal procede cuando se tengan indicios comprobados de estar en presencia de un delito, no obstante no ha sido posible individualizar al autor del hecho. Si está claro que no existe delito que perseguir, lo que procede es solicitar la desestimación de la causa, aunque resulte que aún no hay un responsable individualizado.

3.- **Sobre la reparación integral del daño**: Como causal de extinción de la acción penal, forma parte del elenco de soluciones alternativas que incorpora la

nueva normativa, con un rango limitado de aplicación. Es un hecho que la dirección para su aplicación, una vez comprobada la concurrencia de los presupuestos de hecho, la lleva la víctima, que es la que debe darse por "*reparada integralmente*". Es deber del Ministerio Público corroborar que se cumplan las condiciones legales para que tal reparación sea procedente, objetando ante el juez de la etapa intermedia los acuerdos a que hayan llegado víctima y acusado, que pretendan incluirse en esta causal sin reunir los requisitos legales. No obstante, si el Ministerio Público verifica el cumplimiento de los mismos, nada impide que traslade la solicitud de extinción de la acción penal al juez. Para ello, ineludiblemente debe relatar, en forma clara, precisa y circunstanciada, el hecho atribuido al acusado, para que el juez tenga delimitado el cuadro fáctico -el objeto procesal- sobre el que se negocia la reparación integral, a fin de verificar jurisdiccionalmente que se está dentro de los casos en que resulta procedente. Esta descripción fáctica es pues, indispensable, si bien puede no constituir formalmente la imputación, si el Ministerio Público, luego de su exposición, manifiesta la voluntad de las partes, la forma en que la víctima ha sido reparada y su satisfacción libremente emitida. Con estos atestados, el juez puede convocar a la audiencia preliminar o bien allegar a la víctima para corroborar su consentimiento y efectiva reparación. El juez en el nuevo ordenamiento procesal tiene muchas posibilidades para desarrollar su labor de garante de los derechos fundamentales de las partes y para asegurar la legalidad del proceso, posibilidades que incluso pueden no estar previstas expresamente en la legislación, pero que la iniciativa del juez, respetuosa siempre de los derechos de todas las partes

intervinientes, puede solventar. En criterio de esta Comisión, nada impide al Ministerio Público, cuando esté conforme, trasladar la solicitud de las partes para que se verifique la extinción de la acción penal por la reparación integral del daño, siempre que acompañe a tal gestión, una clara descripción de los hechos atribuidos y su

conformidad para tal solución, si bien ésta, cuando exista víctima individualizada, no es necesaria., aunque garantiza el control de legalidad que debe ejercer también el órgano fiscal, sobre la marcha del proceso – arts.63, 180 del CPP-. El juez también tiene que verificar el cumplimiento de los requisitos de la Acción Penal.

LAS ANTERIORES INSTRUCCIONES DEBEN SER ACATADAS DE INMEDIATO, A EFECTO DE CREAR Y MANTENER LA UNIDAD DE ACCION E INTERPRETACION DE LAS LEYES EN EL MINISTERIO PUBLICO.

LOS FISCALES ADJUNTOS DEBERAN VELAR PARA QUE LAS MISMAS SEAN CONOCIDAS Y APLICADAS POR LOS FISCALES ADSCRITOS A SU FISCALIA.

Lic. Jorge Segura Román

FISCAL GENERAL ADJUNTO
MINISTERIO PUBLICO

cc: Arch. UCS-MP
Depto. Planificación, Sección Estadística