

**UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE LAS
AMÉRICAS**

INSTITUTO DE ESTUDIOS DE POSGRADO

**MAESTRÍA EN DERECHO CON ÉNFASIS EN DERECHO
PENAL**

**LA ESPECIFICIDAD DE LOS DELITOS FUNCIONALES Y
LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS ALTERNAS AL
PROCESO PENAL**

BRYAN CASTRO CERDAS

SAN JOSÉ, JULIO 2020

CONTENIDO

.....	
CARTA DE TUTOR.....	ii
CARTA DEL LECTOR	iii
CARTA DE FILÓLOGO.	iv
TABLA DE CONTENIDOS.	1
1.1 Tema.....	3
1.2 Problema.....	3
1.3 Justificación del tema y el problema.....	3
1.4. Objetivos.....	5
1.4.1 Objetivo General.	5
1.4.2 Objetivos Específicos.....	6
CAPÍTULO 2 MARCO DE REFERENCIA	7
2.1 Sistema Penal	7
2.1.1 Características y principios del sistema penal costarricense.....	7
2.1.2 Los principios de legalidad y oportunidad en el derecho procesal penal.	9
2.1.3 Interpretación de la ley procesal penal.....	12
2.2 Delitos Contra los Deberes de la Función Pública.....	18
2.2.1 Regulación normativa nacional e internacional.	19
2.2.2 Principales características	21
2.2.3 Bien jurídico tutelado.....	23
2.1.4 El concurso de delitos	25
2.3 Las Medidas Alternas al Proceso Penal en el Sistema Normativo Vigente.....	28
2.3.1 La regulación normativa de la suspensión de proceso a prueba.	28
2.3.2 La regulación normativa de la conciliación.	33

2.3.3 La regulación normativa de la reparación integral del daño.....	37
CAPÍTULO 3 MARCO METODOLÓGICO.....	41
3.1 Selección de método.....	41
3.2 Técnica utilizada.....	41
3.3 Población.....	42
CAPÍTULO 4 ANÁLISIS DE RESULTADOS.....	44
4.1 La aplicación de las salidas alternas en la Jurisdicción Penal de Hacienda.....	44
4.2 Origen de las diversas interpretaciones sobre los requisitos para la aplicación de las salidas alternas, en la en la Jurisdicción Penal de Hacienda.....	57
4.3 Implicaciones prácticas de las diversas interpretaciones sobre los requisitos para la aplicación de las salidas alternas, en la en la Jurisdicción Penal de Hacienda.....	63
CAPÍTULO 5 CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	74
CAPITULO 6 PROPUESTA.....	85
Bibliografía.....	90
APÉNDICES.....	93
Apéndice 1. Declaración Jurada.....	1
Apéndice 2. Consentimiento informado de personas entrevistadas.....	2
Apéndice 3. Transcripción de entrevistas a profundidad.....	3
Apéndice 4. Circular del Ministerio Público número 10-ADM-2019.....	4

CAPÍTULO 1 INTRODUCCIÓN

1.1 Tema

La especificidad de los delitos funcionales y la aplicación de las medidas alternas al proceso penal.

1.2 Problema

¿De qué manera las diversas interpretaciones de los tribunales de justicia y los lineamientos de persecución fiscal, en la aplicación de las medidas alternas al proceso penal en delitos funcionales, a partir de la entrada en vigencia del Código Procesal Penal el 1 de enero de 1998 al 2019, han repercutido en la aplicación y el análisis interpretativo de dichas soluciones?

1.3 Justificación del tema y el problema

El propósito de esta investigación cualitativa con diseño fenomenológico se centra en conocer de qué manera han repercutido las diversas interpretaciones sobre los requisitos para la procedencia de las medidas alternas, en la aplicación práctica de dichas medidas, en relación con los operadores de derecho y casos que se tramitan en la jurisdicción penal de Hacienda desde la entrada en vigencia del Código Procesal Penal el 1 de enero de 1998 al 2019. Para lograr ese propósito se analizarán: criterios doctrinales, los emitidos por algunos tribunales de justicia, los lineamientos del Ministerio Público y la manera como aplican los operadores del derecho las medidas alternas en casos de delitos funcionales, desde la inclusión en la normativa procesal penal a la actualidad. Se da especial énfasis a los casos en que exista un concurso de delitos; sea este material, ideal o se acusen delitos continuados.

El tema de los concursos se considera de gran importancia debido a que la conciliación y la suspensión de proceso a prueba, dentro de sus requisitos, contienen aspectos que implican las posibles penas que se pueden imponer en determinados casos. Así, para la aplicación de estas medidas se requiere analizar si, en el caso en concreto, aplica la condena de ejecución condicional de la pena, que a su vez impone como requisitos de su aplicación que se trate de un delincuente primario y que la pena a imponer sea menor de tres años de prisión o extrañamiento.

Desde la inclusión de las medidas alternas al proceso penal en la legislación costarricense, se han dado varias interpretaciones a la manera como debe entenderse ese requisito -que permita

la ejecución condicional de la pena- cuando se trata de casos donde exista un concurso de delitos. Por ejemplo, la Sala Tercera, mediante la resolución número 796-1998, del 21 de agosto de 1998, indicó que no podría negarse la posibilidad de conciliar o de suspender el proceso a prueba, cuando se acusan delitos en concurso ideal o un delito continuado, por el solo hecho de que, de acuerdo con estos delitos, el juez podría aumentar la pena de manera discrecional, y aceptar incluso la posibilidad de aplicar ambas salidas alternas en casos de concurso material.

Sin embargo, en el año 2019, al analizar el tema de los concursos en relación con la aplicación de suspensión proceso a prueba, la Fiscalía General en la circular administrativa 10-ADM-2019 consideró que debe interpretarse de manera que al realizar un análisis ex- ante o pronóstico de la penalidad que abstractamente podría aplicarse para el caso concreto, la sumatoria de las penas mínimas de cada delito permita la ejecución condicional de la pena, es decir que sea menor de tres años.

Al respecto señaló la Fiscalía General (2019) “Se debe presentar recurso de apelación, en los casos donde en la aplicación de los concursos, se violente el requisito de legalidad, ya que la posible pena a imponer, tomando en cuenta las reglas concursales, supera los tres años” (p.8).

En esa misma circular, pero en relación con la conciliación, para la Fiscalía General ese requisito debe interpretarse, a diferencia de la Suspensión del Proceso a Prueba, en cada delito de manera independiente, es decir, sin hacer un análisis ex ante de la posible pena a imponer, de acuerdo con las reglas de los concursos. De esta manera, si cada delito acusado lo permite, procederá la conciliación. Según la Fiscalía General (2019), “Dada la redacción del artículo citado, basta que cada delito de manera individual en su pena mínima abstracta admita la ejecución condicional de la pena, para que se pueda aplicar la conciliación, siendo innecesaria la valoración de los concursos” (p.18).

Sin embargo, contrario a lo anterior, la Sala Constitucional (2000a) sostuvo que se debe valorar ex ante el caso en concreto y determinar si una vez examinado el caso y sus circunstancias, el delito atribuido admitiría la suspensión condicional de la pena. Al respecto, se señaló: “Así el Juez está legitimado para "ex ante", establecer si se dan las circunstancias que autorizan la suspensión condicional de la pena”

También se abordará lo relacionado con la aplicación de la reparación integral del daño en delitos funcionales, que según la interpretación de la Fiscalía General se puede aplicar en atención a los bienes jurídicos que tutelen e independientemente de la cantidad de delitos o la penalidad máxima de estos. Al respecto, señala la Fiscalía General (2019) “indistintamente de la cantidad de delitos e incluso prescindiendo de un análisis ex ante de la pena a imponer, es posible pactar una reparación para la totalidad de delitos que tengan contenido patrimonial” (p.14).

Sin embargo, esa misma circular da cuenta de que en la Fiscalía Adjunta de Probidad, Transparencia y Anticorrupción, existió una postura imperante respecto a la imposibilidad de reparar un bien jurídico como la probidad, aunque algunos delitos por su naturaleza pluriofensiva también protegen el patrimonio estatal.

Esta posición incluso se refleja en resoluciones de la Sala Tercera de la Corte, como por ejemplo la resolución N°01087-2010 del 15 de octubre del 2010, en la que una mayoría considera que en el caso de los delitos pluriofensivos, donde además de la probidad se tutela un bien jurídico patrimonial por ejemplo peculado, es posible aplicar la reparación integral del daño. Pero un magistrado salvó su voto, indicando la imposibilidad de aplicar esta salida alterna en atención a que el bien jurídico que estos tutelan no posee propiamente una naturaleza patrimonial.

Como se puede apreciar, son varias y muy diversas las interpretaciones y las formas en que se aplican los requisitos para la procedencia de medidas alternas en casos de concurso de delitos y tratándose de delitos funcionales, por lo que conviene conocerlas y analizarlas en relación con la naturaleza, objetivos y principios que las regulan. Esto a su vez nos permitirá planear una propuesta fundamentada para su aplicación, que englobe cada uno de los aspectos apuntados, con el propósito de contribuir en la construcción de una interpretación más estable y uniforme, que brinde seguridad jurídica. Pero también con la idea de evitar que se deniegue o permita la aplicación de una u otra medida, violentando algún principio del derecho penal o que, de alguna manera, se impida que estas alcancen sus objetivos.

1.4. Objetivos

1.4.1 Objetivo General

Determinar de qué manera han repercutido las diversas interpretaciones sobre los requisitos para la procedencia de las medidas alternas en la aplicación práctica de dichas medidas,

en los casos que se tramitaron en la Jurisdicción Penal de Hacienda desde el 1 de enero 1998 a 2019.

1.4.2 Objetivos Específicos

1. Identificar las interpretaciones que se han dado a los requisitos para la aplicación de medidas alternas al proceso penal en delitos contra los deberes de la función pública, principalmente en relación con la posible pena a imponer y el bien jurídico tutelado.
2. Conocer la opinión de los operadores del derecho de la Jurisdicción Penal de Hacienda, a fin de determinar cómo aplican e interpretan los requisitos para la procedencia de medidas alternas al proceso penal y cómo influyen los concursos de delitos y el bien jurídico tutelado.
3. Profundizar a nivel práctico sí la aplicación por parte los operadores del derecho de la Jurisdicción Penal de Hacienda, coincide con normativa, la naturaleza, los principios y objetivos de las medidas alternas al proceso penal.

CAPÍTULO 2 MARCO DE REFERENCIA

2.1 Sistema Penal

Para comprender el tema objeto de estudio, es de gran importancia comprender el sistema penal costarricense, ya que, como se verá más adelante, los fines, características y principios de este sistema determinan la forma como se estructura el proceso penal. Es importante recordar que con la entrada en vigencia del código procesal de 1996 se establece un sistema penal mixto predominantemente acusatorio.

2.1.1 Características y principios del sistema penal costarricense

La principal característica del sistema penal acusatorio es el desdoblamiento de la función acusadora asignada al fiscal, quien es el encargado de ejercer la acción penal, mientras que la función decisoria le corresponde al juez. Esta característica es diferente en los sistemas inquisitivos, donde más bien existe una concentración de funciones y corresponde al juez investigar y juzgar sobre el mismo hecho.

Instaura un proceso desformalizado, en el sistema acusatorio interesa más la justicia material que la justicia formal, diferente en el sistema inquisitivo en el que se da gran importancia a los formalismos. Además, el sistema acusatorio es público, tanto para las partes como para terceros, mientras el sistema inquisitivo conserva un alto nivel de secretismo.

El sistema acusatorio es oral, lo que significa que casi todas las audiencias se realizan de forma oral y pública, bajo las reglas que derivan del principio de inmediación, en tanto el sistema inquisitivo promueve un proceso predominantemente escrito. Además, los controles que se potencian en el sistema acusatorio son los horizontales (alegatos y conainterrogatorios), diferentes al sistema inquisitivo en donde los controles son verticales (recursos).

Este sistema está basado en principios, siendo de gran importancia el **Principio Acusatorio**, que es el eje central de este modelo y, básicamente, refiere la existencia de un órgano acusador que pertenece al Estado (Ministerio Público), pero que no tiene las funciones de juzgar, contrario a lo que sucedía con el juez de instrucción. Al Ministerio Público le corresponde realizar la investigación y ejercer la acción penal pública, pero es al juez quien tiene la competencia de juzgar.

Como se nota, este principio se materializa en las diversas fases del proceso penal, desde la fase inicial o de investigación a cargo del órgano acusador que únicamente es vigilada por el juez cuando los actos de investigación vulneren derechos fundamentales, como en el caso de intervención de las comunicaciones o allanamientos, entre otras. Sin embargo, el juez que participa de esta fase no es el juez al que le corresponde resolver en definitiva el caso.

El resultado de la investigación será presentado por el fiscal al juez de etapa intermedia, en caso de que sea un requerimiento acusatorio, el juez tiene la obligación de verificar que se cumplan todos los requisitos legales para remitir el caso a juicio. Si se cumplen los requisitos legales, el caso ingresará a la etapa más importante del proceso, que es el juicio.

En la etapa de juicio se materializan plenamente todos los principios que rigen el proceso penal, ya que el imputado será juzgado en un debate oral y público (**Principio de la Publicidad**), por un juez que no tiene dentro de sus funciones la producción de la prueba, siendo esta la función de las partes (**Principio de imparcialidad del juez**), donde existe igualdad entre partes y cada una de ellas podrá hacer su alegatos e intervenciones (**Principio de contradicción**). El juzgador va a tener contacto directo con la prueba recibida y con las alegaciones que sobre esta realicen las partes (**principio de inmediación**), en una misma audiencia o en audiencias sucesivas, sin interrupciones, de manera que debe existir la mayor proximidad entre el momento en que se recibe toda la prueba, las partes formulan sus argumentaciones y conclusiones, los jueces deliberan y dictan sentencia (**Principio de concentración**). Además, es el mismo juez que recibe la prueba y los alegatos en juicio al que le corresponde dictar sentencia (**Principio de identidad física del juzgador**), basado en el valor que él asigne a los elementos de prueba siempre expresando en la sentencia las razones por las cuales asigna un determinado valor a una prueba (**Principio de libre valoración de la prueba o sana crítica**). Adicionalmente, una vez que el proceso penal llega a la sentencia, esta es la forma como se resuelve el conflicto puesto en conocimiento de los jueces.

O como lo define Binder (2014), es el acto judicial por excelencia, que determina o construye los hechos a la vez que construye la solución jurídica para esos hechos, “solucionando” o, mejor dicho “redefiniendo” el conflicto social de base, que es reinstalado de un modo nuevo en el seno de la sociedad. (p. 269).

Al ser este acto procesal el más importante (por los efectos jurídicos que produce), la sentencia puede ser revisada, sea de manera total o parcial, por medio de los recursos o medios de

impugnación de la sentencia (apelación y casación). Una vez finalizada esa etapa de control sobre el fallo, este adquiere firmeza, es decir obligatoriedad, sea condena o absolutoria, y se inicia la fase de ejecución de sentencia. Dicha sentencia es firme, para efectos de seguridad jurídica y atendiendo al principio de cosa juzgada, por lo que en principio no puede ser revisada, sin embargo, existen una serie de circunstancias en las que se puede revisar la sentencia firme, que en nuestra legislación procesal están contenidos en el numeral 408 y siguientes del código procesal penal.

2.1.2 Los principios de legalidad y oportunidad en el derecho procesal penal

De acuerdo con el principio acusatorio, le corresponde al Ministerio Público como órgano acusador realizar la investigación y ejercer la acción penal pública; además dentro de los principios estructurales del proceso penal se encuentra el principio de legalidad procesal que impone al Ministerio Público el deber de ejercer la acción penal en todos los casos en que tenga conocimiento de la posible comisión de un hecho punible, sin que pueda cesar, suspenderse o interrumpirse. Este principio es considerado, por algunos, un resabio del sistema inquisitivo. Para Bovino, Lopardo y Rovatti (2016),

Se trata de un sistema de persecución, estructurado y fundado en principios autoritarios y perimidos, que obliga a los órganos estatales, predispuestos a tal fin, a intervenir frente a todo hecho punible y que impone la sanción penal de privación de libertad como la respuesta única e inevitable frente al comportamiento punible (p 31).

En nuestro país este principio se deriva de los artículos 16, 22 y 62 del código procesal penal, según Lobet (2012),

El inicio y persecución de los delitos de acción pública, salvo la excepción de los delitos de acción pública a instancia privada, deben ser llevados aun sin denuncia de la víctima del delito e incluso en contra de la voluntad de la misma (p. 105).

Como se desprende de lo anterior, el principio de legalidad genera que la persecución penal sea obligatoria y sin diferenciación alguna de los casos penales, lo que a su vez satura el sistema y evita que la política de persecución penal sea racional. Generalmente se inclina a perseguir los delitos de baja complejidad que generalmente son cometidos por personas de los grupos sociales más bajos, dejando fuera delitos complejos como la criminalidad económica o política.

Sin embargo, el proceso acusatorio, consciente de esa realidad, plantea la necesidad de darle un tratamiento particular a aquellos casos que admitan algún grado de acuerdo entre las partes, y así, poder destinar los recursos hacia aquellos casos cuya solución se pueda lograr a través de la realización del juicio oral. Según Rúa y González (2017),

La instalación del sistema acusatorio supuso el abandono del principio de legalidad procesal (mediante el cual se concebía la necesidad de investigar todos los casos que ingresaban al sistema) y la adopción del principio de oportunidad (que, a través de un conjunto de facultades discrecionales, le otorga al Ministerio Público la posibilidad de tomar decisiones político criminales en relación a los casos que va a decidir investigar o aplicar una salida alternativa) (p. 101).

Se podría decir que el principio de oportunidad es la contracara del principio de legalidad. Para Bovino, Lopardo y Rovatti (2016),

surge como la opción práctica según la cual cuando se toma conocimiento de determinados hechos punibles, puede no iniciarse o suspenderse la persecución penal por razones de conveniencia, de utilidad o de asignación de recursos, en un claro sentido contrario a la regla general del principio de legalidad procesal. (p. 37).

En nuestro país el principio de oportunidad opera como una excepción a la regla general de legalidad procesal, por esta razón se puede prescindir de la persecución penal pública solo en los casos establecidos en la ley. El ejemplo más claro es el contenido en el artículo 22 del código procesal penal, referente a los criterios de oportunidad basados en la insignificancia del hecho, el testigo de la corona, la pena natural y otros.

Sin embargo, estos criterios de oportunidad no son suficientes para revertir o paliar la saturación del sistema que se genera como un problema práctico de la aplicación del principio de legalidad procesal, más aún si se toma en cuenta que, en la práctica, son pocas las ocasiones en las que el Ministerio Público solicita la aplicación de un criterio de oportunidad basado en los supuestos establecidos en el numeral 22 del Código Procesal Penal.

Por lo anterior, resultan necesarios otros mecanismos análogos a la oportunidad que sean opuestos al principio de legalidad procesal, que sirvan como un tratamiento diferente al conflicto social que genera un delito y que permitan a la víctima obtener reparación por la ofensa recibida,

sin la tradicional intervención punitiva estatal. Para Bovino, Lopardo y Rovatti (2016), “la oportunidad como principio se funda en un modo autónomo en el principio de ultima ratio, y ello permite que el análisis sobre la alegada oposición al principio de legalidad procesal no sea necesaria” (p. 47).

Así las cosas, el principio de última ratio es útil para racionalizar la persecución penal obligatoria, y su aplicación supone la creación de instrumentos alternativos que deben ser utilizados antes de la intervención violenta de la pena, principalmente la pena de prisión. Entre estos instrumentos están aquellos orientados a reducir la actividad procesal acudiendo a soluciones alternativas a la pena. Tales mecanismos, según Bovino, Lopardo y Rovatti (2016), “no solo reducen la carga de trabajo de la justicia penal, sino que, además, permiten atender otros intereses, como, por ejemplo, el derecho de la víctima a obtener la reparación del daño ocasionado por el hecho punible” (p 49).

Las salidas alternas como la conciliación, la suspensión del proceso a prueba y la reparación integral del daño, son mecanismos que permiten instrumentalizar el principio de oportunidad al ser excepciones al principio de legalidad procesal, ya que estas suponen que no se deba cumplir con todas las etapas del proceso penal para lograr la solución jurídica del caso. Así se hace posible la resolución del conflicto en las fases iniciales del proceso penal y antes de la realización del debate. Este tipo de mecanismos, según el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales [INECIP] (2016), “responden a una finalidad común: solucionar pacíficamente el conflicto, evitar la estigmatización del imputado y racionalizar la carga de trabajo del sistema de administración de justicia (p. 26).

Es decir, los objetivos de las salidas alternas se centran en la búsqueda de respuestas de mayor calidad, que satisfagan a las partes sin que sea necesaria la intervención violenta del estado y, por otro lado, provocar una descongestión en el sistema penal que permita al Ministerio Público y sus órganos auxiliares la persecución de delitos graves y complejos, lo que a su vez permitirá devolverle la credibilidad a la respuesta punitiva del sistema penal. Para Rúa y González (2017),

Estos dos objetivos centrales parten de un presupuesto teórico conceptual: el reconocimiento de que en una sociedad democrática se deben gestionar los conflictos de modo tal de dejar solo la pena penal para los hechos más graves y significativos (principio

de ultima ratio), asumiendo que el conflicto primario que subyace a un caso penal es el que involucra a las partes, esto es, víctima e imputado, y no al Estado. La infracción a la norma y los intereses del Estado son parte de un conflicto secundario que, solo en determinados casos, podrá tener igual o mayor entidad que el conflicto primario y bloquear, de ese modo, la posibilidad de que las partes puedan arribar a un acuerdo (por ejemplo, delitos contra la vida, actos de terrorismo, etc.) (p. 122).

Consideran estos autores que la regulación normativa de los acuerdos preparatorios y de la suspensión condicional del procedimiento no puede ir por fuera de estos principios. Incluso que la regla debiera ser que todos los hechos son susceptibles de acuerdo entre las partes y, excepcionalmente, se inhiba la posibilidad de acuerdo entre las partes cuando exista un interés público prevalente (p. 122).

2.1.3 Interpretación de la ley procesal penal

Otro aspecto que se debe analizar para abarcar el problema planteado, es la forma como se debe interpretar la ley procesal, sobre esto el artículo 2 del código procesal penal es claro al establecer que la interpretación debe ser restrictiva. Sin embargo, del mismo artículo se extrae que las interpretaciones extensivas y analógicas están permitidas cuando favorezcan el ejercicio de una facultad conferida a quienes intervienen en el proceso penal o la libertad del imputado. Para Mora (1996), “Los derechos de las partes no pueden coartarse con interpretaciones extensivas de las disposiciones legales que a ellos se refieren” (p. 33). Según Castillo (2008),

El vigente código procesal penal establece en el artículo 2 determinadas reglas de interpretación, referentes únicamente a las “disposiciones legales que coarten la libertad personal o limiten el ejercicio de poder o un derecho conferido a los sujetos del proceso”. Respecto a esas disposiciones, deben interpretarse restrictivamente y se prohíben la interpretación extensiva y analógica si no favorecen la libertad del imputado ni el ejercicio de una facultad conferida a quienes intervienen en el proceso (p. 128).

Así las cosas, cualquier otra disposición procesal penal que no tenga ese carácter excepcional (coarten la libertad o limiten el ejercicio de poder o un derecho), admite la interpretación incluso analógica, por lo que es importante determinar en qué casos es necesaria la interpretación y qué tipo de interpretación se puede hacer de la norma procesal penal.

Según Castillo (2008), La labor de interpretación es también necesaria cuando el texto legal es (aparentemente) claro y entendible. Lo anterior porque es necesario asegurar la transición de la regla abstracta a la especie práctica. Sin interpretación de la ley no puede haber resolución de casos ni jurisprudencia. (p. 140).

De acuerdo con lo anterior, la ley requiere ser interpretada para ser aplicada, además, el ordenamiento jurídico establece los métodos de interpretación que son permitidos incluso para el derecho penal, así el artículo 10 del código civil dispone:

Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas.

Cuando el artículo 10 establece que las normas se interpretarán “*según el sentido propio de sus palabras*”, está refiriéndose a la interpretación gramatical. Si la norma es clara en cuanto al significado de las palabras, la norma debe interpretarse conforme al significado y para ello se puede recurrir al significado en el diccionario. Pero cuando por la imprecisión y/o el doble significado de las palabras, no se puede identificar el sentido del texto, es necesario recurrir a otros métodos de interpretación, que el mismo artículo 10 del código civil describe en el siguiente orden:

Interpretación sistemática, lógica o lógica-sistemática: Aparece en la ley civil con la frase; “*en relación con el contexto*”, para algunos autores puede interpretarse la ley en relación con el conjunto de leyes a que pertenece y con todo el ordenamiento jurídico. El punto de partida de este tipo de interpretación es la unidad del ordenamiento jurídico y su plenitud hermética. Según el artículo 5 de la ley orgánica del Poder Judicial;

Los tribunales no podrán excusarse de ejercer su autoridad o de fallar en los asuntos de su competencia por falta de norma que aplicar y deberán hacerlo de conformidad con las normas escritas y no escritas del ordenamiento, según la escala jerárquica de sus fuentes.

De acuerdo con Bartholomeyczik (1971), citado por Castillo (2018), “La exigencia de realizar una interpretación sistemática más que un principio particular de interpretación jurídica, es una máxima general de la hermenéutica” (p. 142).

Interpretación histórica: Se identifica en la ley civil con la frase: “*los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas*”. Con este método de interpretación se analiza, no solo el texto y el contexto de la norma, sino que sus antecedentes históricos (ej. la exposición de motivos), a partir de los cuales el intérprete trata de establecer la intensión del legislador al crear la norma.

Interpretación teleológica objetiva: Según la norma civil sobre interpretación, las normas se interpretarán *atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de ellas*, lo que, a diferencia de la interpretación histórica, no considera solamente la voluntad subjetiva del legislador al momento de creación de normas, sino que toma en cuenta la voluntad objetiva de la ley.

Según Kramer (1998), citado por Castillo (2018), “Este método parte del supuesto de que el sistema jurídico internamente es un sistema consistente de decisiones valorativas y que representa, por tanto, un sistema “teleológico” o “axiológico” de principios jurídicos” (p. 143).

Como ya se expuso, se puede utilizar la interpretación analógica en los supuestos que favorezcan el ejercicio de una facultad conferida a quienes intervienen en el proceso penal o la libertad del imputado. Con tal situación hay que ser cuidadosos, máxime en los procesos de partes con intereses contrapuestos, pues generalmente reconocer una facultad a una de las partes implica restricción de alguna facultad o derecho a la otra. Según Castillo (2008),

La analogía puede definirse como la aplicación extensiva de los principios extraídos de la ley, a casos que son jurídicamente semejantes a los decididos en la ley, es decir, iguales en lo esencial a ellos en todo aquello que sea decisivo para fundamentar una resolución (p. 111).

La analogía es aplicable cuando existe una laguna en la ley, es decir que el operador del derecho tiene una situación fáctica que sí está regulada en la ley y otra que no está regulada, pero considera que se le puede aplicar a la no regulada el criterio valorativo que aplicó el legislador al regular la situación fáctica que es semejante. Si existe una regulación legal cerrada, no existe laguna legal que requiera ser llenada mediante interpretación analógica.

En ese mismo sentido lo ha indicado la Sala Tercera, al señalar que el propósito del principio de interpretación restrictiva de las normas es otorgar seguridad jurídica a las personas sometidas al proceso penal. Además, que a pesar de que existen medios empleados para la

interpretación de la norma procesal como: gramatical, histórica y lógico sistemática, estas no pueden utilizarse para interpretar normas que coarten la libertad personal o limiten el ejercicio de un derecho. Para la Sala Tercera (2001),

Al tratarse de la interpretación de normas procesales que coarten la libertad personal o limiten el ejercicio de un derecho, toda esa gama de posibilidades choca con la prohibición expresa y literal que recoge nuestra normativa procesal, al proscribir la interpretación extensiva y la analogía en los casos antes dichos, inclinándose más bien por la interpretación restrictiva. Esta última tiende a limitar los alcances de la norma (“achicar” sus efectos) con el fin de estarse a lo más favorable a la libertad, excluyendo incluso la sanción. Este sería el sentido más acorde con el diseño de nuestro actual sistema procesal penal, de corte marcadamente acusatorio y en el cual se le reconocen amplias garantías y derechos a las partes en general y a la defensa del imputado en particular, limitándose así el ejercicio del ius puniendi por parte de los órganos estatales encargados de administrar justicia”.

Interpretación conforme a la Constitución Política: La interpretación en materia procesal penal debe estar orientada hacia las normas de la constitución, lo que significa que cuando existe duda sobre el alcance de un precepto jurídico debe interpretarse de modo tal que la interpretación se mantenga dentro del ámbito de la constitución. La Sala Constitucional (2002), en relación con este tipo de interpretación refirió:

Ahora bien, en este contexto es necesario recordar que la finalidad última de la interpretación constitucional es potenciar la actuación práctica del ordenamiento constitucional, lo cual –se ha dicho– entraña expandir al máximo la fuerza normativa de la Constitución y la interpretación de todo el ordenamiento jurídico (incluyendo la ley de esta jurisdicción) en consonancia con ella misma. En otro nivel, sea al estudiar un caso concreto para darle solución, este propósito se traduce en elegir entre todas las posibles respuestas aquella opción que resulte más correcta desde la perspectiva constitucional. Aplicada al caso concreto, la interpretación constitucional correcta debe fortalecer en la mayor medida posible la actuación de los valores, las normas y los principios íncitos en el parámetro de constitucionalidad. Y en esta labor, se constituyen como norte indiscutible de la interpretación constitucional, los principios pro homine y pro libertatis. El principio pro

homine postula que el derecho debe interpretarse y aplicarse siempre de la manera que más favorezca al ser humano. De esa forma, se ha dicho que "...el sistema de libertad que garantizan los derechos fundamentales, deja fuera del alcance de la acción del Estado, ya sea por medio de la ley, de la actividad administrativa o de los tribunales de justicia, una esfera intangible de libertad, la cual no puede ser tocada por ninguna autoridad, porque es el hombre, no la sociedad, quien tiene dignidad y los consiguientes derechos y libertades fundamentales." En efecto, el ser humano es el fin último de las normas jurídicas, y no meramente un destinatario de ellas, de tal modo que estas –y especialmente las que consagran derechos fundamentales–, deben interpretarse en la forma en que más favorezcan a la persona humana. El principio pro libertatis, por su parte, prescribe que los derechos fundamentales deben interpretarse del modo más amplio posible. Por consiguiente, debe interpretarse extensivamente todo lo que maximice y restrictivamente todo lo que limite libertad de los individuos.

Sobre el principio pro homine, de acuerdo con Pinto (2009), citado Bovino, Lopardo y Rovatti (2016), “[a] la luz del criterio pro homine, que informa todo el derecho de los derechos humanos debe acudirse a la norma más amplia, o a la interpretación extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos”. En efecto, el principio pro homine es inherente al derecho internacional de los derechos humanos, por lo que resulta de aplicación para todos los tribunales incluyendo los que conocen de materia penal, de acuerdo con este, se tendrá que dar prevalencia a la norma o interpretación que más derechos reconozca al ser humano.

En ese sentido, por ejemplo, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990, en su regla 2.3 establecen:

A fin de asegurar una mayor flexibilidad, compatible con el tipo y la gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente y la protección de la sociedad, y evitar la aplicación innecesaria de la pena de prisión, el sistema de justicia penal establecerá una amplia serie de medidas no privativas de la libertad, desde la fase anterior al juicio hasta la fase posterior a la sentencia. El número y el tipo de las medidas no privativas de la libertad disponibles deben estar determinados de manera tal que sea posible fijar de manera coherente las penas (el subrayado es propio).

Muchos de instrumentos internacionales de derechos humanos establecen la obligación de preferir la interpretación menos restrictiva o de preferir aquella que otorgue mayor protección de los derechos de las personas, por ejemplo, el artículo 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

Debemos tener presente que el régimen de derechos fundamentales está compuesto, además de las garantías y derechos previstos en la Constitución, por los que contienen los tratados e instrumentos de derecho internacional, esto en virtud de lo establecido en el artículo 48 de la Constitución Política en concordancia con el artículo 1 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, según los cuales estas garantías y derechos regulados en los tratados e instrumentos de derecho internacional, poseen valor superior a la constitución cuando conceden más derechos y mejores garantías. Así fue reconocido por la Sala Constitucional (1995):

Sobre esto debe agregarse que en tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 Constitucional tiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional. Al punto de que, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución (vid. sentencia N° 3435-92 y su aclaración, N° 5759-93) (El subrayado es propio).

En resumen, el artículo 2 del código procesal penal y propiamente el principio de interpretación restrictiva de las normas, es un límite impuesto al operador del derecho por parte del legislador, que tiene como propósito evitar excesos que afecten las garantías fundamentales de todas las partes en el procesal penal, debido a que le prohíbe ir más allá de las consecuencias que se derivan del texto de la respectiva norma. Esta norma interpretativa tiene respaldo y fundamento no solo en la Constitución Política sino en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Pero no puede significar un límite al momento de reconocer una facultad o derecho a una de las partes sin perjuicio de la otra o un derecho común a las partes, situaciones donde el

intérprete puede utilizar los métodos de interpretación que considere necesarios para averiguar el sentido de la norma interpretada, siempre acudiendo a la interpretación extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos. Por último, corresponde agregar que, para Castillo (2008), “En la labor de interpretación vale *el principio del sincretismo*, conforme al cual el juez puede utilizar uno, dos, o todos los métodos conjuntamente” (p. 147).

En lo que corresponde al presente trabajo, este desarrollo respecto de las formas y métodos de interpretación resulta útil y necesario, pues la posibilidad de acudir a diferentes soluciones alternativas, según lo establecido por nuestro ordenamiento procesal penal, debe considerarse como una potestad procesal, razón por la cual estas reglas de interpretación les resultarían aplicables.

2.2 Delitos Contra los Deberes de la Función Pública

Como parte de los esfuerzos legislativos en la lucha contra la corrupción y en el fomento de la probidad y la transparencia en el funcionamiento de la Administración Pública, en el año 2004 fue promulgada la Ley N° 8422 denominada “Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función Pública”, con la finalidad, como señala su artículo 1°, de “prevenir, detectar y sancionar la corrupción en el ejercicio de la función pública”.

Asimismo, la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública vino a materializar el compromiso adquirido por nuestro país ante la comunidad internacional, con motivo de la suscripción por Costa Rica, el 29 de marzo de 1996, de la Convención Interamericana contra la Corrupción, instrumento en el que se planteó la necesidad de dictar normativa interna que viniera a coadyuvar en el combate a la corrupción. Ya desde vieja data se planteaba el problema que representa la corrupción para la estabilidad de la sociedad, particularmente por su capacidad de debilitar instituciones y comprometer el desarrollo sostenible de todo el Estado y el mantenimiento del imperio de la ley.

Tal situación se agrava con el auge de las organizaciones criminales y la necesidad de legitimar dinero y así dar apariencia lícita a bienes producto de actividades criminales. Esta necesidad de legitimar o blanquear dinero podría implicar la corrupción de funcionarios, desmejorando así los servicios públicos y el deterioro de la sociedad. Por consecuencia, esta corrupción debe ser combatida y reforzar los medios para dar una mayor eficacia a la lucha contra los actos de corrupción. La corrupción dejó de ser un problema aislado para cada estado,

se convirtió en un fenómeno transnacional que afecta a todo el planeta, lo que a su vez exige que los Estados posean suficientes herramientas legales para prevenir y combatir la corrupción tanto nacional como transnacional.

La responsabilidad del funcionario público es una derivación de un ejercicio ético, responsable y transparente en la Función Pública, de modo que como mecanismos para mejorar la tramitación de los procesos en casos de corrupción Costa Rica ha optado por tomar acciones dirigidas a mejorar el mecanismo de denuncia de actos de corrupción, solicitar con motivo a lo estipulado a la ley 8422 declaración jurada patrimonial, fortalecimiento de los Órganos de Control Superior, capacitación de los funcionarios públicos, acceso a la información y cooperación técnica, entre otras acciones para combatir eficientemente actos contra los deberes de la función pública.

2.2.1 Regulación normativa nacional e internacional

Los delitos contra los deberes de la función pública se ubican en el título VI del Código Penal y en la ley N°8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la función pública.

Según el artículo 1 de la ley contra la corrupción, son aquellos que sancionan la corrupción en el ejercicio de la función pública. A fin de determinar qué se debe entender por la función pública podemos acudir al artículo 2 de la ley N°8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la función pública, dicho cuerpo normativo no define qué es la función pública, sino que define quién la ejerce; es decir el servidor público.

“Artículo 2°—Servidor público. Para los efectos de esta Ley, se considerará servidor público toda persona que presta sus servicios en los órganos y en los entes de la Administración Pública, estatal y no estatal, a nombre y por cuenta de esta y como parte de su organización, en virtud de un acto de investidura y con entera independencia del carácter imperativo, representativo, remunerado, permanente o público de la actividad respectiva. Los términos funcionario, servidor y empleado público serán equivalentes para los efectos de esta Ley.

Las disposiciones de la presente Ley serán aplicables a los funcionarios de hecho y a las personas que laboran para las empresas públicas en cualquiera de sus formas y para los entes públicos encargados de gestiones sometidas al derecho común; asimismo, a los apoderados, administradores, gerentes y representantes legales de las personas jurídicas que custodien,

administren o exploten fondos, bienes o servicios de la Administración Pública, por cualquier título o modalidad de gestión”.

En cuanto al tema de la corrupción, podemos acudir a la definición del artículo 3 de la ley contra la corrupción y los artículos 1.5 y 1.11 del reglamento a dicha ley. En estos artículos encontramos algunas conductas de los denominados actos de corrupción o corruptelas, a manera de resumen podríamos decir que los actos de corrupción son aquellos en los que el funcionario violenta los deberes de la función pública, específicamente el deber de probidad.

Además de los instrumentos antes indicados, conviene indicar que gran parte de la regulación que se dio en nuestro país es concordante con la convención de Naciones Unidas contra la corrupción, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 31 de octubre de 2003 y vigente a partir del 14 de diciembre de 2005. En nuestro país, dicha convención fue aprobada por la Asamblea Legislativa mediante Ley N°8557 del día 29 de noviembre del 2006 y ratificada por ley N°33540 del 9 de enero de 2007.

Más recientemente, en el mes de junio de 2019 nuestro país aprobó la ley N°9699, denominada “Responsabilidad de las personas jurídicas sobre cohechos domésticos, soborno transnacional y otros delitos”, con el objetivo de ajustar su normativa interna a las exigencias de la OCDE y así cumplir con los requerimientos para su aceptación como un país miembro de esta organización. Adicionalmente, tenía el propósito, tal y como se menciona en la exposición de motivos, de ajustar el ordenamiento jurídico costarricense a los requerimientos más actuales en materia de combate de la corrupción, que exige la incorporación de mecanismos que permitan perseguir y castigar de manera efectiva, proporcional y disuasoria los delitos de corrupción cometidos por las personas jurídicas que afectan gravemente los intereses colectivos nacionales e internacionales.

Esta norma responde al cumplimiento de Costa Rica de las obligaciones adquiridas a través de la suscripción de los principales tratados internacionales en materia anticorrupción, como la Convención Interamericana contra la Corrupción, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, y la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE el 15/05/2017.

2.2.2 Principales características de los Delitos contra la Función Pública

Una de las principales características de los delitos contra los deberes de la función pública es que deben ser conocidos en la Jurisdicción Penal de Hacienda y la Función Pública, creada por ley número 8275 (rige desde el 17 de mayo de 2003), que tiene su sede en el II Circuito Judicial de San José, y le corresponde conocer y resolver, definitivamente, entre otros, sobre los delitos contra los deberes de la función pública. La forma como se debe aplicar se encuentra en las reglas prácticas para la implementación de la Ley de la Jurisdicción Penal de Hacienda y la Función Pública, según la circular N°36-2003 de Corte Plena y en las Circulares N°10-2003 y N°19-2004 de la Fiscalía General de la República.

Respecto al tema objeto de la presente investigación, es importante indicar que la mayoría de los delitos contra los deberes de la función pública, debido a las penas con que se sancionan, admiten la aplicación de las salidas alternas, pues el extremo inferior de la pena generalmente es de 3 años o menos. Esto excepto la corrupción de jueces tipificado en el artículo 351 del código penal y el soborno transnacional regulado en el artículo 55 de la ley contra la corrupción.

En relación con la prescripción de los delitos, se aplica lo establecido en la norma general. Sin embargo, el artículo 62 inciso a) de la ley contra la corrupción establece que, una vez interrumpida la prescripción, los plazos fijados en el artículo 31 del Código Procesal Penal volverán a correr por un nuevo período, sin reducción alguna.

Además de las penas previstas para cada delito, se faculta al juez para que se imponga la pena de inhabilitación, esto de acuerdo con los artículos 365 del código penal y 59 de la ley contra la corrupción. También existe un delito que establece la inhabilitación con pena conjunta a la prisión, es el caso del delito de cohecho propio tipificado en el numeral 348 del código penal.

En su mayoría son delitos especiales propios, eso quiere decir que solo pueden ser cometidos por las personas funcionarias públicas y demás sujetos equiparados, sin embargo, a nivel jurisprudencial existe una interpretación ampliativa que ha sostenido que son posibles las coautorías cuando sujetos particulares actúan conjuntamente con funcionarios públicos, ya que así lo permite el artículo 49 del código penal sobre la comunicabilidad de circunstancias.

El bien jurídico tutelado de estos delitos son los deberes de la función pública, específicamente el deber de probidad. Sin embargo, algunos delitos son considerados

pluriofensivos y lesionan otros bienes jurídicos. De ahí por ejemplo que se haya discutido si algunos de estos delitos tienen además un contenido patrimonial, y por lo tanto es aplicable la figura del delito continuado o la salida alterna de reparación integral del daño.

En relación con el objeto material de la acción es muy diverso, por ejemplo en el peculado (artículo 354) el objeto de la acción recae en la protección y conservación de dineros o bienes públicos; en el delito de nombramiento ilegal (artículo 337) el objeto de la acción recae en la legalidad y transparencia de las proposiciones y nombramientos de los servidores públicos. En las negociaciones incompatibles (artículo 347) el objeto de la acción recae en la objetividad, imparcialidad, credibilidad y transparencia de los procesos de negociación y contratación estatales; en el incumplimiento de deberes (artículo 332), el objeto de la acción típica recae en el oportuno, eficiente y eficaz cumplimiento de las funciones públicas.

Los delitos contra los deberes de la función pública son en su mayoría delitos dolosos, a excepción de la facilitación culposa de sustracciones, tipificado en el artículo 362 del código penal.

En los delitos contra los deberes de la función pública, quien representa a la víctima, que es el estado, es la Procuraduría General de la República (artículos 16 y 38 CPP y artículo 2 de la ley Orgánica de la PGR), la institución o persona jurídica afectada directamente, esto en los casos en que estas instituciones tengan personaría jurídica propia (ej. Junta de Protección Social, Banco Nacional, Municipalidades, entre otros) o la Contraloría General de la República (artículos 35 y 36 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República).

Los delitos contra los deberes de la función pública son delitos Económicos, esto atendiendo la definición de derecho penal económico que toma en cuenta la vulneración al orden económico como bien jurídico mediato de protección. Esto por cuanto los delitos de corrupción sancionan conductas que transgreden bienes jurídicos colectivos o supraindividuales de la vida económica, que trascienden los intereses jurídicos individuales. Además, los delitos de probidad cumplen con las siguientes características;

- No pertenecen a la tipología dogmática tradicional del Derecho Penal, ya que se encuentran regulados en leyes especiales.

- Afectan el orden público económico, pues de manera directa o indirecta, siempre la puesta en peligro a estos bienes jurídicos supraindividuales será una afectación al orden económico.
- Los tipos penales que protegen los deberes de la función pública se encuentran estructurados como tipos penales en blanco (ej. fraude de ley) y en abundantes elementos normativos (ej. Enriquecimiento ilícito).
- A nivel procesal, son delitos de difícil prueba, por la complejidad de los hechos objeto de investigación.
- Usualmente son realizados a través o en beneficio de una empresa (ej. Legislación o administración en provecho propio, falsedad en la recepción de bienes y servicios contratados, pago irregular de contratos administrativos, tráfico de influencias).

2.2.3 Bien jurídico tutelado

Antes de precisar el bien jurídico tutelado en los delitos funcionales, conviene indicar qué se debe entender por bien jurídico. Para Sánchez y Rojas (2009):

La vida en sociedad requiere la protección de ciertas zonas e intereses individuales y de ciertos límites de relación entre sujetos y de relación entre el poder estatal y los sujetos. Los bienes jurídicos fundamentales son entonces aquellos intereses humanos relevantes de las personas, en tanto sujetos sociales que requieren de protección pena (p. 17).

Dichos autores mencionan los bienes jurídicos supraindividuales, considerando que en esta perspectiva, el concepto de bien jurídico se vuelve etéreo; no se protegen ya intereses humanos concretos, sino instituciones sociales o “unidades funcionales de valor”, en el caso del funcionalismo sistémico radical. De esta forma, el derecho penal asume la protección de funciones de seguridad, de mantenimiento de estándares y roles social. Para Creus (2011),

Comúnmente el tipo no designa literalmente el bien jurídico protegido, sino que este viene consignado expresamente en los rubros de los títulos y capítulos en que se agrupan las figuras delictivas (“delitos contra el honor”, “contra la libertad”, “contra la seguridad común, etc.), pero muchas veces la “modalidad” del bien jurídico que efectivamente se protege con la imposición de la pena, tiene que ser determinada por el intérprete acudiendo a un procedimiento de conjugación de las expresiones literales de los rubros de

los títulos y capítulos, que forman la Parte Especial, en el “sentido” de la acción descriptiva de un determinado tipo (p. 194).

A fin de determinar cuál es el bien jurídico protegido por los delitos tipificados en el título XV del Código Penal y en la ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la función pública, se observa que el título XV se denomina “DELITOS CONTRA LOS DEBERES DE LA FUNCIÓN PÚBLICA”. Para Molina (2009), se pueden entender los deberes de la función pública como “un conjunto de un conjunto de deberes, principios y obligaciones que deben cumplir y respetar en todo momento las personas funcionarias públicas y demás sujetos equiparados a esa condición, con ocasión del ejercicio de cargos públicos” (p. 4).

Por su parte ley N° 8422 contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la función pública, en su artículo 3, establece qué debe entenderse como el deber de probidad. Al respecto señala:

Deber de probidad. El funcionario público estará obligado a orientar su gestión a la satisfacción del interés público. Este deber se manifestará, fundamentalmente, al identificar y atender las necesidades colectivas prioritarias, de manera planificada, regular, eficiente, continua y en condiciones de igualdad para los habitantes de la República; asimismo, al demostrar rectitud y buena fe en el ejercicio de las potestades que le confiere la ley; asegurarse de que las decisiones que adopte en cumplimiento de sus atribuciones se ajustan a la imparcialidad y a los objetivos propios de la institución en la que se desempeña y, finalmente, al administrar los recursos públicos con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia, rindiendo cuentas satisfactoriamente.

De lo anterior se puede concluir que el bien jurídico protegido por los delitos funcionales son los deberes de la función pública, la probidad se resume en que el funcionario público tiene la obligación de orientar su gestión a la satisfacción de un interés público.

El deber de probidad como bien jurídico tutelado de estos delitos ha sido reconocido por la Sala Tercera en varios votos, por ejemplo: en relación con el delito de negociaciones incompatibles (resolución N°01354-2010 del 24 de noviembre del 2010), prevaricato (resolución

N°2013-000881, del 12 de julio del 2013) y falsedad en la declaración jurada (resolución N°00877-2011 del 22 de julio del 2011).

Incluso la Sala Tercera, mediante voto 2012-1204, de las once horas y veintiséis minutos, del diecisiete de agosto del dos mil doce, estableció la inaplicabilidad del delito continuado, a la figura del peculado, precisamente por tratarse este último de una figura en la que convergen otro tipo de bienes jurídicos diversos a los estrictamente patrimoniales, tales como el deber de probidad.

2.1.4 El concurso de delitos

De mucha importancia para la presente investigación es el tema de los concursos de delitos, debido a que, como se verá más adelante, para la aplicación de la conciliación y la suspensión de proceso a prueba se debe tomar en cuenta el quantum de la pena, ya que estas medidas alternas establecen dentro de sus requisitos aspectos relacionados con la procedencia de la condena de ejecución condicional (artículo 59 código penal), que a su vez establece un límite de pena de tres años para su aplicación.

Cuando una persona realiza una sola conducta que encuadra en un tipo penal no existe mayor inconveniente, pues basta con verificar que la pena fijada en abstracto para el delito sea igual o menor de tres años de prisión o extrañamiento y el imputado cumpla con las otras condiciones requeridas para la aplicación de conciliación o la suspensión del proceso a prueba. Pero es frecuente que un mismo imputado realice una conducta penalmente relevante que puede ubicarse en dos o más tipos penales, o puede realizar una cantidad de actuaciones que pueden encajar en idénticos supuestos de hecho o en varios. Por esta razón resulta indispensable analizar el tema de los concursos de delitos y cómo inciden estos en la pena a imponer en un caso concreto.

Para aplicar correctamente los concursos se debe determinar si estamos ante una unidad de acción, para efectos del presente trabajo se tomará en cuenta el criterio ontológico normativo. Según Sánchez y Rojas (2009),

Para saber si hay una o varias acciones, debemos partir del concepto final de acción, al que se añade el enjuiciamiento jurídico-social, mediante los tipos penales correspondientes. Por ello, deben analizarse tanto la finalidad concreta trazada por el

autor, factor final (el plan de autor), como el tipo penal que corresponde, que deben ser interpretado, desde el punto de vista social, factor normativo” (p. 489).

Lo anterior es relevante ya que, de acuerdo con el artículo 21 del código penal, existe *concurso ideal* cuando se presenta una unidad de acción y pluralidad de delitos. Es decir, el imputado realizó una sola acción jurídico-penal que infringe varias disposiciones legales o varias veces la misma disposición. Así, se llama concurso ideal homogéneo si se trata de una misma acción que infringe varias veces la misma ley penal, y concurso ideal heterogéneo si una sola acción u omisión lesiona varias disposiciones legales que no se excluyen entre sí.

Para efectos de imponer la pena en el caso de concurso ideal, se debe recordar que solo debe aplicarse una pena que, según el artículo 75 del código penal, es la que corresponde al delito más grave, pudiendo ser aumentada por el juez. Para Sánchez y Rojas (2009),

La pena del delito más grave que se debe fijar en el concurso ideal, es la que corresponde al caso concreto, según los parámetros sancionatorios previstos en la delincuencia más severamente reprimida y no el monto mayor dispuesto en abstracto para esa ilicitud (p. 508).

Por su parte el *concurso real o material*, según el artículo 22 del código penal se da cuando un mismo agente realiza varias acciones o hechos, cada uno constitutivo de un delito autónomo, los cuales deberían ser juzgados en un mismo proceso. En este caso habrá tantos delitos como acciones jurídico-penales realice el imputado, también puede ser homogéneo cuando la pluralidad de acciones independientes sean realizadoras del mismo tipo penal, o heterogéneo, cuando la pluralidad de acciones independientes configure diversos tipos penales.

Para efectos de imponer la pena en el caso del concurso material, se realiza lo establecido en el artículo 76 del código penal, según el cual, deben aplicarse las penas correspondientes a todos los delitos cometidos “no pudiendo exceder del triple de la mayor y en ningún caso de cincuenta años de prisión”.

El concurso real retrospectivo: Se presenta cuando fueron juzgados varios delitos distintos, atribuidos a un mismo imputado en procesos diferentes, así es necesario aplicar la limitación de pena establecida en el artículo 76, según la cual deben aplicarse las penas

correspondientes a todos los delitos cometidos sin exceder del triple de la mayor y en ningún caso la pena podrá ser mayor de cincuenta años de prisión.

Es decir que el concurso real retrospectivo es aplicar las reglas del concurso material a casos juzgados de manera separada pero que debieron ser conocidos de manera conjunta, de esta manera la pena consistirá en la suma de todas las penas que se imponen por cada uno de los hechos delictivos, con la limitante ya indicada.

El *delito continuado* regulado en el numeral 77, según Sánchez y Rojas (2009), “Para la existencia del delito continuado, se requiere que los delitos cometidos sean de la misma especie; afecten bienes jurídicos patrimoniales y persigan en su ejecución una misma finalidad, mediando entre ellos homogeneidad en la ejecución y proximidad temporal” (p. 553).

De esta manera, para estos autores se requiere una triple unidad: unidad del ilícito objetivo de las acciones (homogeneidad en el modo de comisión); unidad del resultado típico (lesión al mismo bien jurídico) y, por último, unidad del ilícito personal de la acción (unidad del dolo o la misma finalidad) (p. 563).

Sobre su penalidad, el artículo 77 refiere que se aplicará la pena prevista para el delito más grave, aumentada hasta otro tanto, según la Sala Tercera (1991) “haciendo referencia a la pena establecida por la ley y no a la pena aplicada en concreto”. Es decir, que para fijar la penalidad de un delito continuado se toma como parámetro la pena abstracta (en sus límites inferior y superior), se duplica y una vez realizada esta operación, el Tribunal fija la sanción correspondiente, ubicándola en las nuevas dimensiones.

El *concurso aparente de normas*, para Sánchez y Rojas (2009), se presenta cuando “una misma acción parece calzar en varios tipos penales que protegen un mismo bien jurídico, o cuando varias acciones penales entran en diversos tipos penales que protegen distintos bienes jurídicos, pero relacionados entre sí” (p. 567).

Según el artículo 23, este concurso aparente (ya que en realidad no existe), se resuelve aplicando primero el principio de especialidad (la ley especial prevalece sobre la general), lo que según Creus (2001) “ocurre, por ejemplo, en los delitos en que hay relaciones de tipos básicos a derivados (los homicidios calificados desplazan al homicidio simple) o de tipos específicos respecto de tipos más genéricos” (pp. 279-280). Esto quiere decir que se aplica el tipo especial

porque tiene todos los elementos típicos de otro más general y añade elementos adicionales más precisos al hecho o al autor.

El principio de consunción, descrito en nuestro código como “la que contiene íntegramente a otra se prefiere a esta”, para Castillo (2010), “en los casos de consunción un delito se comete antes, durante o después de otro delito, normalmente más grave, que contiene el contenido injusto y culpable del delito que lo acompaña” (p. 597).

Según este autor, para que haya un hecho impune en relación con el hecho punible posterior “se requieren tres condiciones: primera, la presencia de dos acciones punibles que se desarrollan sucesivamente en orden cronológico; segunda, que estas acciones representen grados o estadios de ofensa aun mismo bien jurídico; y la tercera, que ellas se encuentre en relación de medio a fin” (p. 597).

El principio de subsidiariedad, según nuestro código penal “aquella que la ley no haya subordinado expresa o tácitamente a otra, se aplica en vez de la accesoria”. Sobre este principio, según Creus (2011), “el delito considerado subsidiario se aplica en cuanto no se dé el tipo de otro distinto, que se refiera a acciones de la misma naturaleza” (p. 280).

La subsidiariedad puede ser expresa, cuando el legislador mismo se encarga de señalarla (como, por ejemplo, cuando se indica: “siempre que el hecho no esté sancionado con pena mayor”), o puede ser tácita, si debe deducirse de la ley.

2.3 Las Medidas Alternas al Proceso Penal en el Sistema Normativo Vigente

2.3.1 La regulación normativa de la suspensión de proceso a prueba

La figura de la suspensión del proceso a prueba se encuentra regulada en nuestra normativa procesal penal en los artículos 25 al 29, 30 inc. F), 34, 80, 291, 297 inciso e), 299 (párrafo segundo), 302, 317 inciso c, 319, 389 inciso e), 437 y 444 del Código Procesal Penal. Sin embargo, previo a analizar los requisitos para su aplicación, conviene definir este instrumento, así como indicar su naturaleza y los fines que persigue. Para Marino (1993),

La Suspensión del procedimiento a prueba es un instrumento procesal que detiene el ejercicio de la acción penal a favor de un sujeto imputado por la comisión de un ilícito,

quien se somete, durante un plazo, a una prueba en la cual deberá cumplir satisfactoriamente con ciertas y determinadas obligaciones legales e instrucciones que le imparta el tribunal para el caso concreto, a cuyo término se declara extinguida la acción penal, sin consecuencias jurídico-penales posteriores. Si se transgrede o cumple insatisfactoriamente la prueba, el tribunal previa audiencia que se concede al imputado, tiene la facultad de revocar la medida y retomar la persecución penal contra él” (p. 29).

En relación con su naturaleza, considera Houed (2007) que:

Por el hecho de otorgarse la suspensión del proceso a prueba, no desaparecen los elementos que configuran el delito por el cual aquella se decretó, pues su efecto se circunscribe únicamente sobre la determinación de la punibilidad, la cual queda bloqueada u obstaculizada de modo provisorio o definitivo si es que se cumplen las condiciones fijadas en el plazo concedido (artículos 26, 27 y 28 del CPP). Lo anterior permite afirmar que dicho instituto viene a conformar una **nueva forma de extinción de la acción penal**, como expresamente lo establece el artículo 30 inciso f ibid (pp. 72-73).

Aunque también acepta que se trata de una institución bifronte, ya que se manifiesta como instauradora de un principio de oportunidad en el ejercicio de las acciones penales, por cuanto le otorga al Ministerio Público, al juez y a la víctima la capacidad para decidir acerca de la pretendida paralización del juicio o de su persecución.

Además, sobre el tema de su naturaleza, conviene hacer énfasis en que **no constituye un derecho fundamental para el imputado**. Así, la Sala Constitucional (2000b), señaló, asimismo, que “no existe un derecho fundamental al procedimiento abreviado, suspensión del proceso a prueba o ejercicio del criterio de oportunidad”.

Sobre los fines de la suspensión del proceso a prueba Houed (2007), considera que son varios, entre ellos:

Una reasignación eficiente de los recursos del sistema penal de acuerdo con criterios razonables y controlables de persecución penal, disminuir la criminalización secundaria y evitar el etiquetamiento formal de la persona condenada por el sistema penal, un relevante descongestionamiento del sistema judicial, además que persigue propiciar la solución del

conflicto social e interpersonal provocado por el hecho delictivo, ya que procura lograr la reparación que los daños han causado a sus víctimas (p. 32).

El artículo 25 del código procesal penal establece los requisitos que debe cumplir un caso para que se pueda aplicar esta salida alterna. Al respecto, dicho numeral señala:

Artículo 25.- Procedencia. Cuando proceda la suspensión condicional de la pena o en los asuntos por delitos sancionados exclusivamente con penas no privativas de libertad, el imputado podrá solicitar la suspensión del procedimiento a prueba siempre que, durante los cinco años anteriores, no se haya beneficiado con esta medida ni con la extinción de la acción penal por la reparación del daño o la conciliación. Para tales efectos, el Registro Judicial llevará un archivo de los beneficiarios.

No procederá la medida en los delitos dolosos, cuando el hecho se haya cometido por medio de fuerza en las cosas o violencia sobre las personas. La solicitud deberá contener un plan de reparación del daño causado por el delito, a satisfacción de la víctima de domicilio conocido, y un detalle de las condiciones que el imputado está dispuesto a cumplir, conforme al artículo siguiente. El plan podrá consistir en la conciliación con la víctima, la reparación natural del daño causado o una reparación simbólica, inmediata o por cumplir a plazos. Si efectuada la petición aún no existe acusación, el Ministerio Público describirá el hecho que le imputa.

Para otorgar el beneficio son condiciones indispensables que el imputado admita el hecho que se le atribuye y que la víctima manifieste su conformidad con la suspensión del proceso a prueba [...]

Como se desprende de lo anterior, se puede aplicar la suspensión de proceso a prueba cuando **proceda la suspensión condicional de la pena** y el imputado no se haya beneficiado con la suspensión de proceso a prueba ni con la extinción de la acción penal por la reparación del daño o la conciliación **durante los cinco años anteriores.**

Sobre el primer requisito se debe entender que la norma hace referencia a la condena de ejecución condicional, beneficio regulado en el artículo 59 y 60 del código penal que circunscribe la aplicación de ese beneficio a la verificación de aspectos objetivos y subjetivos del caso en concreto. Dentro de los aspectos objetivos se debe verificar que en abstracto la **penalidad del**

tipo tenga un mínimo de pena inferior o igual a tres años de prisión o extrañamiento y que se trate de un delincuente primario.

Mientras tanto, en los aspectos subjetivos se debe verificar el análisis de la personalidad del acusado y su vida anterior al delito en el sentido de que su conducta se haya conformado con las normas sociales, y en el comportamiento posterior al mismo, especialmente en su arrepentimiento y deseo demostrado de reparar en lo posible las consecuencias del acto; el análisis de los móviles, caracteres del hecho y circunstancias que lo han rodeado y que de la consideración de estos elementos pueda razonablemente suponerse que el acusado se comportará correctamente sin necesidad de ejecutar la pena.

Además, la solicitud debe contener un plan de reparación del daño causado por el delito, a satisfacción de la víctima de domicilio conocido (sea una persona física, representante de la institución directamente afectada, Procuraduría General de la República o la Contraloría General de la República). También es indispensable que el imputado admita el hecho que se le atribuye y que la víctima manifieste su conformidad con la suspensión del proceso a prueba. No procede la suspensión de proceso a prueba en delitos con violencia sobre las personas o fuerza sobre las cosas.

Respecto a la presente investigación, es importante indicar que la manera como se ha interpretado que debe aplicarse la suspensión del proceso a prueba en los casos en los que se acusan contra un mismo imputado varios delitos cometidos en concurso, cuando la pena a imponer según el concurso exceda los tres años de prisión o extrañamiento.

De la revisión de algunos fallos de los tribunales de justicia y de los lineamientos generales para la aplicación de medidas alternas en delitos funcionales del Ministerio Público, se desprende que es posible aplicar la suspensión del proceso a prueba en casos de concurso de delitos, siempre y cuando se cumpla con el requisito de que la pena abstracta a imponer para los delitos en concurso no supere los tres años. Se puede aplicar esta salida alterna de manera parcial o total, respecto a uno o varios de los delitos que concursan, en atención a la pena que corresponde a cada hecho punible, individualmente considerado.

Para ilustrar lo anterior, si en un caso se acusa contra un mismo imputado la comisión de tres delitos de abuso de autoridad en concurso material, al realizar la adecuación de la pena. Conforme dicho concurso se obtiene:

El delito de abuso de autoridad, según el numeral 338 del código penal, se sanciona con prisión de tres meses a dos años, aplicando las reglas del concurso material (artículos 22 y 76 del código penal), la pena a imponer sería de nueve meses. Como se aprecia en este ejemplo, la sumatoria de las penas mínimas de cada delito permite la ejecución condicional de la pena (menor de tres años), y por lo tanto verificados los otros requisitos sería posible aplicar la suspensión del proceso a prueba.

Pero la situación es diferente cuando se acusa contra un mismo imputado la comisión de dos delitos de concusión en concurso material. Al realizar la adecuación de la pena conforme dicho concurso se obtiene:

El delito de concusión, según el numeral 355 del código penal, se sanciona con prisión de dos a ocho años, aplicando las reglas del concurso material (artículos 22 y 76 del código penal), la pena a imponer sería de cuatro años. Como se aprecia en este ejemplo, la sumatoria de las penas mínimas de cada delito no permite la ejecución condicional de la pena (es mayor de tres años) y, por lo tanto, en este ejemplo no sería posible aplicar la suspensión del proceso a prueba.

La Sala Tercera (1999) indica:

El propio artículo 25 del Código de rito dispone que la suspensión del proceso a prueba podrá acordarse “en los casos en que proceda la suspensión condicional de la pena...”, a diferencia de lo estipulado en el artículo 36, respecto de la conciliación, donde la ley no se refiere a casos, sino a delitos, lo que ha dado pie a algunas discusiones doctrinales (ver: LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, Proceso Penal comentado, UCI, San José, 1998, p. 178, nota 2).

Y más recientemente esa la misma Sala Tercera (2011) señala:

Es decir, para determinar si cabe conceder el beneficio de ejecución condicional o la suspensión del proceso a prueba, es necesario mirar a la pena impuesta o la pena posible a imponer en el proceso penal que se piensa suspender, lo cual implica la totalidad de la sanción posible en la causa en cuestión. Ello significa que lo determinante es la pena

total impuesta en ese proceso (para otorgar el beneficio de ejecución condicional) o que se puede imponer en el proceso (para suspenderlo a prueba). Como se dijo, en ambos casos, lo relevante es la totalidad de la pena.

Misma consideración tiene la Fiscalía General, según la circular administrativa 10-ADM-2019, que dispone que para aplicar la suspensión de proceso a prueba debe interpretarse de manera que al realizar un análisis ex- ante o prognosis de la penalidad que abstractamente podría aplicarse para el caso concreto, la sumatoria de las penas mínimas de cada delito permita la ejecución condicional de la pena, es decir que sea menor de tres años (p. 8).

Sin embargo, de la lectura de dicha circular pareciera que los jueces de etapa intermedia de la Jurisdicción Penal de Hacienda que conocen sobre estos asuntos, han aplicado esta salida alterna a casos, basta que en cada delito independiente se pueda anticipar una pena inferior a los tres años, lo que según la fiscalía se da porque confunden los requisitos de la suspensión del proceso a prueba con los de la conciliación (que por su redacción permite hacer un análisis por delito y su pena mínima) (p. 8).

2.3.2 La regulación normativa de la conciliación

Por su parte la conciliación se encuentra regulada principalmente en el artículo 36 del código procesal penal, numeral que establece los requisitos para su procedencia. Pero antes de analizarlos es importante definir qué es la conciliación en materia procesal penal. Sobre el concepto de conciliación, según Trejo, Miguel A. y otros (1994), citado por Chaves (2011),

Consiste en el acuerdo entre partes que resuelven desistir de su actitud litigiosa, por renunciaciones recíprocas. Como acto, representa un cambio de punto de vista, de pretensiones y propuestas, de composición entre las partes que discrepan. Como procedimiento, la conciliación se integra por los trámites y formalidades de carácter convencional o de imposición legal, para posibilitar un acuerdo entre quienes tienen planteado un problema jurídico o un conflicto económico. Como acuerdo, representa la fórmula de arreglo concertado por las partes (p. 741).

En ese mismo sentido, de una manera sencilla Salazar (2003) refiere: “En todas sus modalidades la conciliación constituye una forma de llegar a un acuerdo entre varios para dar solución a un conflicto” (p. 104). Para Chaves (2011),

En suma, resulta ser la conciliación una de las mejores formas de solución del conflicto ocasionado por el hecho delictivo, puesto que se reintegra la participación que corresponde, a los verdaderos protagonistas del conflicto (imputado y víctima), pero sin que un interesado directo en el mantenimiento y restauración de la armonía social, como lo es el estado, quede al margen, sino que también participa en la resolución de la controversia, mediante la actuación preponderante de sus tribunales (p. 756).

Para los efectos del presente trabajo se van a analizar los requisitos de procedencia en relación con los delitos de acción pública, pero conviene indicar que la conciliación es posible en las faltas o contravenciones, en los delitos de acción privada, de acción pública a instancia privada y en los asuntos por delitos sancionados, exclusivamente, con penas no privativas de libertad. Sobre los delitos de acción pública el artículo 36 establece que:

En los delitos de acción privada, de acción pública a instancia privada, los que admitan la suspensión condicional de la pena, procederá la conciliación entre la víctima y el imputado, en cualquier momento hasta antes de acordarse la apertura a juicio.

Por ello se extrae su primer requisito, sea que se trate de delitos que admitan la suspensión condicional de la pena. Además, se requiere que, durante los cinco años anteriores, el imputado no se haya beneficiado de la conciliación, de la suspensión del proceso a prueba o de la reparación integral del daño.

Del texto legal se extraen otros requisitos que debe vigilar el juez para homologar el acuerdo conciliatorio. Para Salazar (2003), estos requisitos son: La voluntariedad, que el autor define como la existencia de un acuerdo de voluntades de llegar a un arreglo sobre lo discutido, que además debe ser libre e informada. La igualdad, que en la conciliación se debe equiparar las desigualdades de hecho y poner a las partes en un plano de igualdad jurídica. La sede del acuerdo, sobre este requisito no se establece ningún lugar o sede especial pero sí que deben de participar todos los interlocutores a quienes compete la decisión (pp. 138-154).

Como se mencionó, uno de los requisitos que se debe cumplir para la procedencia de la conciliación es que se trate de delitos que admitan la suspensión condicional de la pena, de la revisión de algunos fallos de los tribunales de justicia y de los lineamientos generales para la aplicación de medidas alternas en delitos funcionales del Ministerio Público. Se desprende que en

la aplicación de la conciliación, el tema de los concursos pareciera no ser importante, ya que basta con que se verifique que cada delito tenga en abstracto una penalidad con un mínimo de pena inferior o igual a tres años de prisión o extrañamiento. Es decir, que si la pena que corresponde a cada hecho punible, individualmente considerado, es igual o menor de tres años de prisión, se podría aplicar la conciliación.

Así las cosas, tomando el ejemplo antes mencionado, tanto en el caso de los tres delitos de abuso de autoridad cometidos en concurso material (cuya pena a imponer sería de nueve meses), como en el caso los dos delitos de concusión en concurso material (con pena a imponer de cuatro años), sería posible aplicar la conciliación.

Según la Sala Tercera (1999),

El propio artículo 25 del Código de rito dispone que la suspensión del proceso a prueba podrá acordarse “en los casos en que proceda la suspensión condicional de la pena...”, a diferencia de lo estipulado en el artículo 36, respecto de la conciliación, donde la ley no se refiere a casos, sino a delitos, lo que ha dado pie a algunas discusiones doctrinales (ver: LLOBET RODRÍGUEZ, Javier, Proceso Penal comentado, UCI, San José, 1998, p. 178, nota 2) (El subrayado es propio).

En ese mismo sentido, la Sala Tercera (2011) refirió:

Mientras que, en la conciliación, a lo que debe mirarse es a la pena de cada uno de los delitos o contravenciones, porque lo que se concilia es cada uno de ellos. De ahí que el artículo hable en plural, para definir si alguno de ellos es posible de ser conciliado, sin detrimento de que otros discutidos en el mismo proceso no lo sean. Por consiguiente, el argumento esgrimido por el Ministerio Público al responder el emplazamiento es equivocado, pues no se puede dar el mismo tratamiento a la conciliación de un hecho investigado que a la suspensión de un proceso o al otorgamiento del beneficio de ejecución condicional (aunque tengan en común que la pena posible es determinante para dictaminar su viabilidad), ya que en los dos primeros casos, la pena es la global, en tanto que en la conciliación la pena es la correspondiente a cada uno de los delitos que se examina conciliar.

Siguiendo el criterio anterior, el Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago (2019) resolvió:

Esta Cámara comparte el criterio expuesto por la Sala de Casación Penal, pues se trata de una interpretación acorde con lo dispuesto por el artículo 2 del Código Procesal Penal, que ordena interpretar restrictivamente las disposiciones legales que coarten la libertad personal o limiten el ejercicio de un poder o un derecho conferido a los sujetos procesales. En este caso, interpretar que cuando el artículo 36 del Código de rito dispone que la conciliación procede en los delitos "... que admitan la suspensión condicional de la pena" en realidad habla de aquellos casos en que proceda la condena de ejecución condicional establecida por el artículo 59 del Código Penal, constituye una interpretación analógica, prohibida expresamente por el ordenamiento jurídico en el referido artículo 2 del Código Procesal Penal, toda vez que conlleva la consideración de un análisis ex ante de la pena a imponer, cuando la norma no concede dicha facultad al juzgador, ni tampoco resulta posible realizarlo por el momento procesal en el que normalmente se genera la posibilidad de conciliar en el proceso penal (audiencia preliminar).

Misma consideración tiene la Fiscalía General, según la circular administrativa 10-ADM-2019, que dispone:

Debido a la redacción del artículo de cita, se puede conciliar indistintamente la cantidad de delitos contenidos en la acusación o la relación de hechos, ya que, a diferencia de la Suspensión del Proceso a Prueba, el artículo establece que "en delitos que admitan la suspensión condicional de la pena y en aquellos con penas no privativas de libertad" de lo que se interpreta que basta con que cada delito independientemente reúna alguna de esas condiciones (p. 16).

Sin embargo, algunos operadores del derecho e incluso la Sala Constitucional consideran que para otorgar la conciliación el tribunal debe tomar en cuenta la pena en abstracto, pero también hacer un análisis del caso en particular a fin de determinar si sería viable esa suspensión de pena. Al respecto la Sala Constitucional (2000a) señaló: "Así el Juez está legitimado para "ex ante", establecer si se dan las circunstancias que autorizan la suspensión condicional de la pena, pues solo en ese caso podría homologar la conciliación acordada por la víctima y el imputado".

De acuerdo con lo anterior, en la actualidad existe casi un consenso en considerar que para aplicar la conciliación en los delitos contra los deberes de la función no se requiera hacer un análisis de la penalidad a imponer (concursos de delito), basta que cada delito la permita, indiferentemente del bien jurídico tutelado por los delitos contra la probidad.

2.3.3 La regulación normativa de la reparación integral del daño

La reparación integral del daño es definida por Salazar (2013) como: “restituirle al perjudicado la totalidad del daño causado, el que puede ser material, físico, moral o de cualquier naturaleza”. Para dicho autor el elemento integral significa total (p. 158). En igual sentido la Sala Tercera (2010a) refirió:

El vocablo “integral” solo puede interpretarse conforme al significado que se le asigna en la lengua española, lo que implica que, a juicio de la Sala, no es posible acudir a vías hermenéuticas amplias para admitir como reparaciones integrales aquellas que no serían sino simbólicas. En efecto, si el legislador creó medidas alternas separadas y distinguió con claridad la reparación integral del daño y la conciliación, algún motivo ha de existir para diferenciarlas. Admitir que el imputado que pretenda favorecerse con la reparación integral (en la hipótesis que se examina, es decir: cuando ya otro acusado reparó integralmente el daño), haga una de mero carácter simbólico (v. gr.: una disculpa), llevaría a una mera ficción y a otorgarle efectos de reparación integral a lo que, como salta a la vista, no es otra cosa que un acuerdo conciliatorio.

La reparación integral del daño es una causal de extinción de la acción penal que se encuentra regulada en el artículo 30 inciso j) del código procesal penal, que al respecto indica;

Artículo 30.- Causas de extinción de la acción penal. La acción penal se extinguirá por las causas siguientes...

j) La reparación integral a entera satisfacción de la víctima, del daño particular o social causado, realizada antes del juicio oral, en delitos de contenido patrimonial sin fuerza en las cosas ni violencia sobre las personas y en delitos culposos, siempre que la víctima o el Ministerio Público lo admitan, según el caso.

Esta causal procede siempre que, durante los cinco años anteriores, el imputado no se haya beneficiado con esta medida ni con la suspensión del proceso a prueba o la conciliación. Para tales efectos, el Registro Judicial llevará un archivo de los beneficiarios.

Para que proceda la reparación integral del daño, se requiere que, **durante los cinco años anteriores, el imputado no se haya beneficiado** con esta medida ni con la suspensión del proceso a prueba o la conciliación. Y muy importante es la necesidad de asentimiento de la víctima o del Ministerio Público.

Para Issa (2011),

La reparación del daño debe ser aceptada libremente por la víctima del hecho, es decir, por el titular del bien jurídico penalmente tutelado y en los supuestos en que no exista víctima o víctimas individualizables entra a jugar la actuación del Ministerio Público dado que el artículo 38 CPP da el poder para asentir o admitir la reparación del daño en aquellos casos en que el delito afecte intereses colectivos o difusos (p. 784).

Para Salazar (2003)

El artículo 30-j establece claramente que es el Ministerio Público el representante de los intereses colectivos o de naturaleza social, sin embargo, consideramos que no es suficiente ni claro ese criterio, especialmente porque el artículo 38 CPP le otorga a la Procuraduría General de la República la representación de Intereses difusos.

Sin embargo, este autor consideró que si la Procuraduría General de la República está apersonada como parte (querellante o actor civil), se requiere también de su asentimiento para que proceda la reparación integral del daño.

Como se puede apreciar, esta salida alterna se puede utilizar **en delitos de contenido patrimonial** sin fuerza en las cosas ni violencia sobre las personas y en delitos culposos. Para efectos de la presente investigación es relevante indicar qué se entiende por delitos de contenido patrimonial y a la vez establecer qué ocurre cuando nos encontramos ante delitos pluriofensivos como el peculado, cuyo bien jurídico tutelado son los deberes de la función pública, pero además protegen el patrimonio estatal.

Para Salazar (2003) cuando la norma se refiere a delitos contra el patrimonio,

No necesariamente define a aquellos que se encuentran dentro del capítulo de delitos contra la propiedad o el patrimonio, pues dentro de estos hay delitos pluriofensivos como la extorsión o el secuestro, que aunque afecten el patrimonio también involucran otros bienes jurídicos como la libertad en cuyo caso no podría pensarse en una forma de reparación por no poder catalogarse como un delito de naturaleza estrictamente patrimonial.

En relación con el delito de peculado y la posibilidad de aplicar la reparación integral del daño, el Tribunal de Casación Penal (1999) señala que: “En el caso del peculado, además de tutelar los deberes de la función pública protege el patrimonio estatal, pero el rector es el primero por lo que no podría clasificarse como delito de carácter patrimonial”. En dicha sentencia incluso el Tribunal indicó:

De este modo, los hechos atribuidos a Chamberlain y Abarca no son susceptibles de resolver por la reparación integral del daño, igual que no puede aplicarse esta alternativa del proceso penal a delitos cometidos contra las instituciones públicas. Dos son los criterios para tal aseveración: (i) la naturaleza del sujeto pasivo (daño particular o social [interés colectivo o difuso]) y (ii) el bien jurídico tutelado por los delitos de contenido patrimonial”.

Para la Fiscalía General, según la circular administrativa 10-ADM-2019, es posible aplicar la reparación integral del daño en delitos pluriofensivos, es decir, aquellos que además de los deberes de la función pública protegen el patrimonio. Esto por cuando dentro de los requisitos para la aplicación no se prevé que se trate de delitos exclusivamente de contenido patrimonial sino que tengan contenido patrimonial. Además el mismo artículo establece la posibilidad de reparar el daño social causado.

En ese mismo sentido lo indicado en voto de mayoría por Sala Tercera (2010b),

Como bien lo apunta el a quo, esta Cámara en diversas oportunidades se ha referido al contenido patrimonial del delito de peculado, indicándose: “... “A los fines del Derecho

Penal, forman parte del patrimonio no solo los derechos reales, sino también las obligaciones. También es elemento integrante del patrimonio, al menos en sentido jurídico penal, la posesión, que es una relación fáctica que liga al sujeto con una cosa” (Muñoz Conde, Francisco. Op. cit., pág. 213). “Por delito de contenido patrimonial se entiende aquél cuyo dolo directo de primer grado está dirigido a afectar patrimonio particular o estatal, comprendiendo no solamente los delitos de la delincuencia tradicional en contra de la propiedad (por ejemplo, el hurto), sino también delitos como el de peculado y de defraudación fiscal...” (Sala Tercera, número 1998-00816, de las 09.05 horas, del 28 de agosto de 1998). En relación con la reparación integral del daño se ha afirmado: “...Conforme a ello, debido a su contenido de naturaleza patrimonial, nuestra ley procesal posibilita la aplicación de la reparación integral del daño aun tratándose del delito de peculado, por lo que esta Sala no advierte ningún yerro en el fallo en relación a este punto...” (Sala Tercera, número 1999-01293, de las 09.25 horas, del 15 de octubre de 1999).

En esa misma resolución, el Magistrado Chinchilla Sandí salvó su voto al considerar que no es posible aceptar una reparación integral del daño en el delito de peculado debido a que su bien jurídico no posee propiamente una naturaleza patrimonial.

CAPÍTULO 3 MARCO METODOLÓGICO

3.1 Selección de método

El problema objeto de estudio se plantea desde el contexto procesal penal de la aplicación de medidas alternas en los delitos funcionales, razón por la cual se abordará el problema desde el método de enfoque cualitativo, por considerar que es el adecuado para realizar la investigación. El método utilizado es definido por Hernández, Fernández y Baptista (2014) como aquella investigación que “se enfoca en comprender los fenómenos, explorándolos desde la perspectiva de los participantes en un ambiente natural y en relación con su contexto” (p. 358).

Algunas de las características que distinguen a este método, según Hernández, Fernández y Baptista (2014), son “proporciona profundidad a los datos, dispersión, riqueza interpretativa, contextualización del ambiente o entorno, detalles y experiencias únicas.” (p.16)

El diseño es fenomenológico y se define, según Hernández, Fernández y Baptista, como aquel diseño cuyo “propósito principal es explorar, describir y comprender las experiencias de las personas con respecto a un fenómeno y descubrir los elementos en común de tales vivencias.” (p. 493).

3.2 Técnica utilizada

Dentro del método cualitativo se pueden utilizar varias técnicas, para efectos de este trabajo se trabajará con las técnicas siguientes: la entrevista a profundidad o abierta, estudio de casos tipo, propiamente casos judiciales resueltos (jurisprudencia) y otros criterios emitidos por otros operadores del derecho.

Se ha seleccionado la entrevista a profundidad como la técnica más apropiada para el estudio debido a la especificidad del problema a solventar, además de que lo que se pretende es que los diversos operadores del derecho que intervienen en la resolución de estos casos, indiquen cómo aplican las interpretaciones que existen sobre el tema. A partir de ahí, se busca establecer la forma como las diversas interpretaciones inciden en la práctica, de manera que mediante estas entrevistas se pueda indagar sobre este aspecto, el cual se considera que no ha sido explorado.

Se entiende por entrevista como “una reunión para conversar e intercambiar información entre una persona (el entrevistador) y otra (el entrevistado) u otras (entrevistados). En el último caso podría ser tal vez una pareja o un grupo pequeño como una familia o un equipo de manufactura” (Hernández, Fernández y Baptista, 2014, p. 403).

En cuanto al análisis de casos, para Hernández, et al. (2014), se puede definir como los estudios que al utilizar los procesos de investigación analizan profundamente una unidad holística para responder al planteamiento del problema, probar hipótesis y desarrollar alguna teoría (p. 164). Para este último caso se hace la aclaración de que se aplicará esta técnica para la resolución de casos judiciales, por ende, se harán las adaptaciones necesarias tomando en consideración la naturaleza del mismo.

Con el marco teórico referencial se pretende ampliar el conocimiento acerca del tema planteado, de forma tal que, al realizar las entrevistas se recolecten datos de calidad que permitan convertirlos en información esencial para la investigación. Se pretende correlacionar los datos de entrevistas, las diversas interpretaciones sobre el tema y la información de marco teórico, para emitir eventuales conclusiones de la investigación.

3.3 Población

Para el caso de las entrevistas a profundidad se consideró aplicar la entrevista a profundidad a una muestra de expertos, entre los que destacarán al menos, un fiscal de la Fiscalía Adjunta de Probidad, Transparencia y Anticorrupción, un juez penal del Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública, un funcionario de la Procuraduría General de la República, un funcionario de la Contraloría General de la República, un defensor Público o particular especialista en temas de delitos funcionales. Debido a su especialidad se explorará su conocimiento de los diversas interpretaciones que existen sobre los requisitos para la aplicación de medidas alternas y la manera como estas inciden en la aplicación práctica.

En cuanto a estos expertos, deben ser profesionales con al menos cinco años de experiencia profesional en el trámite de causas relacionadas con delitos contra los deberes de la función pública.

La técnica de análisis de casos incluirá el estudio de la mayor cantidad posible de los criterios emitidos al respecto, y se seleccionarán algunos casos judiciales resueltos con medidas

alternas en el Juzgado Penal de Hacienda y la Función Pública. Estos casos se seleccionarán de acuerdo con lo manifestado por los entrevistados en cuanto refieran que en determinado asunto existió una implicación práctica relacionada con la interpretación de los requisitos de dichas medidas.

Finalmente, no se puede dejar de tomar en cuenta que “conforme se avance en el estudio se pueden agregar otros tipos de unidades o reemplazar las unidades iniciales, puesto que el proceso cualitativo sobre el que se basa el trabajo propuesto, es más abierto y está sujeto al desarrollo del estudio” (Hernández, Fernández y Baptista, 2014, p. 382).

CAPÍTULO 4 ANÁLISIS DE RESULTADOS

Este apartado permite entrelazar las categorías de análisis, relacionadas con la aplicación de las salidas alternas al proceso penal en los delitos funcionales, a partir de la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, y de qué manera las diversas interpretaciones sobre algunos de sus requisitos han influido en su aplicación.

Así mismo, se verterá la información, la perspectiva, las experiencias comunes y diversas de las personas entrevistadas en cuanto a dichas medidas alternas y su aplicación en la Jurisdicción Penal de Hacienda, lo que permitirá hacer el respectivo análisis y dar a conocer los principales hallazgos que facilitarán la respuesta al problema y objetivos de investigación.

4.1 La aplicación de las salidas alternas en la Jurisdicción Penal de Hacienda

Como se indicó anteriormente, una de las características de los delitos funcionales es que deben ser conocidos en la Jurisdicción Penal de Hacienda y la Función Pública, creada por ley número 8275, que tiene su sede en el II Circuito Judicial de San José, y le corresponde conocer y resolver, definitivamente, entre otros, sobre los delitos contra los deberes de la función pública.

La forma como debe funcionar esa jurisdicción se encuentra en las reglas prácticas para la implementación de la Ley de la Jurisdicción Penal de Hacienda y la Función Pública, según la circular N°36-2003 de Corte Plena y a nivel de la fiscalía en las Circulares N°10-2003 y N°19-2004 de la Fiscalía General de la República.

Según la circular 36-2003 de Corte Plena, le corresponde al Juzgado Penal y al Tribunal de Juicio del Segundo Circuito Judicial de San José asumir por recargo el conocimiento de asuntos contra los deberes de la función pública, circular en la que también se designó a la Fiscalía de Delitos Económicos, Corrupción y Tributarios (hoy llamada Fiscalía de Probidad, Transparencia y Anticorrupción) y a la Defensa Pública del Segundo Circuito Judicial de San José asumir los asuntos de dicha jurisdicción.

Unido a lo anterior, las circulares N°10-2003 y N°19-2004 de la Fiscalía General de la República establecen que le corresponde a cada fiscal de la circunscripción territorial donde haya ocurrido el hecho contra los deberes de la función pública, iniciar y practicar la investigación preparatoria, vigilada por el juez de la Jurisdicción Penal de Hacienda en cuanto a los actos de

investigación que vulneren derechos fundamentales, como en el caso de intervención de las comunicaciones o allanamientos, entre otras.

Además, es el fiscal de la fiscalía territorial el que confecciona el requerimiento conclusivo, sea acusación, sobreseimiento o desestimación. Una vez realizados los actos conclusivos, el fiscal deberá trasladar el asunto a la Fiscalía de Probidad, Transparencia y Anticorrupción, con el fin de que a partir del momento en que el fiscal especializado de la Fiscalía de Probidad, Transparencia y Anticorrupción dé el visto bueno a su requerimiento conclusivo, sea este el que asuma el conocimiento de la causa.

Una vez que el asunto pasa la etapa preparatoria e ingresa a la fase intermedia, es asumido por funcionarios judiciales (jueces, fiscales y defensores) especializados en materia de delitos funcionales, o por lo menos esa fue la intención con la entrada en vigencia de la Ley de la Jurisdicción Penal de Hacienda y la Función Pública y de las Reglas Prácticas para la Aplicación de la Ley de Jurisdicción Penal de Hacienda y de la Función Pública.

Por lo tanto, en la audiencia preliminar, que es el momento procesal oportuno y en el que usualmente se discuten las medidas alternas al proceso penal en los casos por delitos contra los deberes de la función pública, participan: un juez del Juzgado Penal de Hacienda, un fiscal de la Fiscalía de Probidad, Transparencia y Anticorrupción, el imputado y su defensor que podría ser un defensor público de la Defensa Pública del Segundo Circuito Judicial de San José o defensor particular, los representantes de la querrela y de los intereses civiles del estado como víctima (sea un representante de la Procuraduría General de la República, un representante de la Contraloría General de la República o del órgano o ente del estado que tenga personería jurídica que le permita actuar en esa calidad, y en ocasiones la víctima del delito (una persona física o jurídica).

Como se desprende de lo anterior, las audiencias preliminares y posteriores etapas del proceso penal son asumidas, en principio, por personal especializado en materia de delitos funcionales. Lo anterior prevé o debería suponer una aplicación uniforme de los requisitos de las diversas salidas alternas en el proceso penal.

Sin embargo, en la presente investigación se ha determinado que funcionarios que representan la misma parte procesal, o funcionarios de un mismo despacho, mantienen diferentes criterios sobre los requisitos para la procedencia de las diferentes medidas alternas, e incluso se

pudo evidenciar que estos criterios han variado a lo largo del tiempo, aunque no han existido reformas sustanciales a la regulación normativa de estas salidas alternas. Esto ha resultado evidente en el caso de las soluciones alternativas en relación con el concurso de delitos y el bien jurídico tutelado, según lo expresado con anterioridad.

Aplicación de la conciliación en la Jurisdicción Penal de Hacienda

Desde la regulación normativa de la conciliación en el Código Procesal Penal de 1998 al día de hoy, pocos han sido los cambios en cuanto a los requisitos para su aplicación. Se observa que desde la primera versión del artículo 36 del Código Procesal Penal, se estableció que la conciliación procede *“En las faltas o contravenciones, en los delitos de acción privada, de acción pública a instancia privada y los que admitan la suspensión condicional de la pena...”*.

Se hace énfasis en este aspecto *“los que admitan la suspensión condicional de la pena”*, ya que desde vieja data existían sentencias de los tribunales superiores (Sala Tercera, resolución N°01294-1999), que estimaban que era posible aplicar la conciliación a los delitos independientemente del concurso de estos, siempre y cuando cada delito en su pena individual lo permitiera.

Sin embargo, se logró identificar que los fiscales de la Fiscalía de Probidad, Transparencia y Anticorrupción por muchos años mantuvieron una posición según la cual, en los delitos contra los deberes de la función pública, no era posible aplicar la conciliación debido a que el bien jurídico tutelado (la probidad), no era susceptible de ser reparado. Así se desprende de las entrevistas realizadas a los profesionales que litigan o resuelven asuntos en dicha jurisdicción.

Representante de la PGR: *Con relación a la conciliación en delitos funcionales inicialmente hubo una interpretación que estableció en la fiscalía y de paso una vez le digo que yo fui fiscal por muchos años, dentro de las labores que realicé, estuve destacada en la Fiscalía de Probidad, Transparencia y Anticorrupción entonces conozco de mi propia mano, por así decirlo así, lo que le estoy comentando, que se decía que en la conciliación no se podía aplicar a delitos funcionales al igual que la reparación integral del daño, porque no había, se violentaba el deber de probidad”* (Entrevista N° 2).

Fiscal: *“No, en realidad en la Fiscalía de Probidad, antes de que se hiciera esta labor, digamos de reestructuración de las medidas alternas que se hizo a mediados del 2018 y*

entró en vigencia en el 2019 si no me equivoco, con la anterioridad a esto las medidas alternas en probidad eran bastante restringidas, especialmente la conciliación, ya que se partía de la idea de que los deberes de la función pública y la probidad como, como entendidos como el bien jurídico de los delitos de corrupción no son reparables” (Entrevista N°3).

Además, en esa fiscalía existió otro criterio referente a los casos en que se acusaba un concurso de delitos y la imposición de la pena de acuerdo con los concursos, superaba los tres años de prisión (requisito de la ejecución condicional de la pena). Según dicho criterio no era posible pactar una conciliación en esos casos.

Representante de la PGR: *“...no se permitía en casos en que había concursos porque donde decía la norma, en el artículo 36 ejecución condicional de la pena, tenía que hacerse una prognosis o un análisis ex ante y que entonces no se podía aplicar la conciliación, esta interpretación varió en el año 2017-2018 si mal no recuerdo”* (Entrevista N°2).

Defensor público: *“Pero esta ya ha venido superándose, porque con esta circular que le hablé al principio, que establece montos y cantidades de dinero a pagar por diferentes tipos penales y en aplicación de las medidas alternas, esa circular dice que, en delitos, o sea que en casos de concurso material siempre y cuando se aplique conciliación, si está de acuerdo el Ministerio Público, en que se aplique esa medida alterna, esto cambió desde hace un año y resto”* (Entrevista N°1).

Según los entrevistados esta situación cambió a partir de la circular 10-ADM-2019, y la posición de la Fiscalía General es que se puede conciliar indistintamente de la cantidad de delitos acusados, ya que el artículo que regula la conciliación establece que procede *“en delitos que admitan la suspensión condicional de la pena”*, de lo que se interpreta que basta con que cada delito independientemente reúna esa condición.

Esta última posición es la que comparten otros operadores del derecho que desarrollan sus funciones en la Jurisdicción Penal de Hacienda, y que consultados sobre el tema indicaron:

Defensor público: *“Sí claro que sí, porque la conciliación no se aplica con el máximo de la pena sino con el mínimo de la pena, aun cuando existan delitos en concurso material.*

Hablando del concurso material, específicamente tenemos que cada delito prescribe en forma independiente, significa que cada delito debe ser tratado en forma independiente, de tal manera que venir a asumir o presumir que esta persona en juicio va ser condenada por dos delitos en concurso material que en razón de eso no se le va aplicar el beneficio de ejecución condicional, sería adelantarnos a un esquema de condena que no tenemos al frente, no sabríamos que podría pasar. ¿Qué pasa si por ejemplo de esos tres delitos en concurso material hay dos prescritos?, entonces hay dos prescritos queda solo uno y por ese sí podría conciliar” (Entrevista N°1).

Representante de la CGR: “Yo considero personalmente, en algunos casos sí se podría, por decirlo así valorar, esto en cuestión de que tengamos en cuenta, tomando en consideración el estado de salud de los imputados. En los casos de delitos funcionales hay unos que ya son adultos mayores tienen una edad considerable, este, y sabemos que los procesos penales son muy, muy largos, no sabemos si a la persona se le va poder aplicar una condena, en algún momento pueda cumplirla o por cuestiones de salud no va poder, por eso como te digo para un resarcimiento social podríamos no ser tan formalistas para buscar un resarcimiento social y sobre todo al estado, la imagen del estado. Si vos me decís, contrarrestar el papel con la norma en sí no le vería salida, tendría que decir no, no se podría aplicar, ya la cantidad de pena se aplica a los años que son, pero yo considero que en algunas ocasiones sí se lograría algo mejor para el sistema, la sociedad y el estado aplicando esa medida” (Entrevista N°4).

Sin embargo, aún existen en el Juzgado Penal de Hacienda grupos de jueces con diferente criterio respecto a la aplicación de la conciliación en hechos acusados en concurso de delitos y la pena a imponer eventualmente superaría los tres años, para algunos jueces es posible su aplicación y otros que consideran que no es posible. Incluso de la entrevista a una jueza de dicho despacho, se evidencia que esta división de criterio también existe a nivel del Tribunal de Juicio de la Jurisdicción Penal de Hacienda (cuando resuelven en alzada dichos asuntos).

Jueza: “Bueno, en ese tanto primero le voy a indicar que existen 2 posiciones que yo conozco aquí en el juzgado, y es que para algunos resulta procedente y para otros no resulta procedente, eso en realidad y a grandes rasgos varía mucho también de los criterios que se emitan por parte del tribunal de alzada, verdad, porque inicialmente

cuando se empezaron a rechazar por ese tema en particular, verdad, porque la sumatoria pues superaba los 3 años, cuando se iba al Tribunal de Apelación algunos jueces del tribunal tenían criterio de que era procedente y otros tenían el criterio de que no era procedente...” (Entrevista N°5).

Representante de la CGR: “En la práctica depende del juez que esté en la audiencia, ahora son un poco más, qué te digo, más restrictivos a la hora de aplicar eso.” (Entrevista N°4).

A partir de lo expresado por dichos profesionales, se puede rescatar que, a pesar de que el texto de la norma no ha cambiado en relación con las circunstancias en que se puede aplicar una conciliación, sí han variado mucho las interpretaciones en cuanto a la naturaleza del delito (bien jurídico tutelado) y número de los delitos (concurros) en que es procedente la aplicación de esta salida alterna. Esto permite concluir que la interpretación de los requisitos para la aplicación de la conciliación en la Jurisdicción Penal de Hacienda no ha sido uniforme desde la inclusión de esta salida alterna a la normativa procesal penal, y en la actualidad tampoco existe un consenso sobre la manera como deben interpretarse los requisitos.

A manera de ejemplo, tomando como base las opiniones dadas por los entrevistados, si en la actualidad estos fueran las partes y juez en una audiencia preliminar que se realiza en un caso donde se acusan dos delitos de peculado en concurso material, en el que se cumplen todos los demás requisitos para la aplicación de la conciliación, en dicha audiencia las partes estarían de acuerdo en la aplicación de la conciliación y el juez homologaría el acuerdo.

Pero la situación podría cambiar si un juez diferente al entrevistado y con otro criterio, respecto a ese punto, dirige dicha audiencia. Además, en años anteriores al 2019, los fiscales se opondrían a la aplicación de ese mecanismo de diversificación de la reacción penal, ya sea en atención a la naturaleza del delito (bien jurídico tutelado) o al número de los delitos (concurros), lo que podría significar un obstáculo para que las partes accedieran a este mecanismo.

Aplicación de la suspensión del proceso a prueba en la Jurisdicción Penal de Hacienda

A diferencia de la conciliación, en el caso de la suspensión del proceso a prueba sí sufrió un cambio de redacción, desde su regulación normativa en el código procesal penal en 1998. En

la primera versión del artículo 25 del código procesal penal, se indicaba que “En los casos en que proceda la suspensión condicional de la pena, el imputado podrá solicitar la suspensión del procedimiento a prueba...”.

Pero, sobre este punto específico el texto de la norma cambió a partir de la reforma introducida mediante Ley N°8146 de 30 de octubre del 2001, desde ese momento a la actualidad el texto dice: “Cuando proceda la suspensión condicional de la pena o en los asuntos por delitos sancionados exclusivamente con penas no privativas de libertad, el imputado podrá solicitar la suspensión del procedimiento a prueba...”

No obstante, al igual que con la conciliación, existen diferentes interpretaciones cuando se trata de aplicar la suspensión del proceso a prueba en los casos en que se acusen delitos en concurso y de acuerdo con las reglas del concurso, la penalidad a imponer excede los tres años de prisión (requisito de la ejecución condicional de la pena).

Al respecto los profesionales entrevistados fueron consultados sobre su posición en cuanto a la posibilidad de aplicar la suspensión del proceso a prueba en los casos antes mencionados, de sus respuestas se evidenció la diversidad de criterios que sostienen las partes y los jueces respecto a ese punto. Por un lado, el representante de la Procuraduría General de la República y el representante de la Contralora General de la República, así como el fiscal, consideran que no es procedente su aplicación.

Fiscal: “*En este caso ya no sería posible y esto es porque la ley así lo establece, verdad, nosotros cuando nos abocamos a esta tarea tratamos, bueno no tratamos, más bien de forma estricta nos apegamos a la norma y a lo que podría interpretarse adecuadamente de ella...*” (Entrevista N°3).

Representante de la PGR: “*En mi criterio no es posible aplicarla si es con base, como le dije anteriormente en el mismo efecto de la ley, el artículo 25 es muy claro en que se aplica la suspensión del procedimiento a prueba, cuando procede la ejecución condicional de la pena, los requisitos son: que sea una pena menor a 3 años, que sea delincuente primario y este, prácticamente. En este caso la suspensión del procedimiento a prueba depende de que pueda proceder esa suspensión condicional que, en ese sentido,*

este, si lo ha ido delimitando tiene que haber una un análisis ex ante o prognosis” (Entrevista N°2).

Representante de la CGR: *“NO, igual te lo contesto, formalmente no, que podría obtenerse alguna, algo provechoso talvez sí, pero formalmente no se puede, a como esa opción, igual lo pulsearía en una audiencia”* (Entrevista N° 4).

Sobre ese mismo punto, otras partes entrevistadas consideraron que sí es procedente su aplicación en los casos ya indicados.

Defensor público: *“Yo considero al igual como le decía para la conciliación o como le decía para la suspensión del proceso a prueba, que esa es una interpretación, digamos decir que no se puede, es una interpretación que no tiene un asidero jurídico, porque la suspensión del proceso a prueba pese a que regula diferentes requisitos de admisibilidad, al final de cuentas es un acuerdo entre las partes y tiene que respetarse lo que las partes decidan en su conflicto, porque de lo contrario de nuevo sería arrebatarse el conflicto a la víctima y el Ministerio Público decidir por ella, pues al día de hoy con las nuevas doctrinas y la nueva legislación digamos en protección de los intereses de la víctima, no es válido”* (Entrevista N°1).

En relación con la posición de la jueza penal entrevistada, nos manifestó que a su criterio sí se podía aplicar la suspensión del proceso a prueba en el supuesto mencionado, pero tanto ella como otros entrevistados dejaron ver que, respecto a este punto, existe un criterio diferente a lo interno del Juzgado y Tribunal de la Jurisdicción Penal de Hacienda:

Juez: *“Exactamente, sí, sí y porque uno dice en el caso y otro dice en los delitos, volvemos a lo mismo, o sea para mí resulta ser exactamente lo mismo, simplemente si yo quiero ser restrictiva o si soy un juez muy restrictivo, digo no aquí es la sumatoria porque es en cada delito, pero al final de cuentas, esa prognosis depende también de los hechos y se están acusando hechos no calificaciones jurídicas entonces entramos como en ese círculo vicioso de, de la interpretación, que al final ¡día! todos quedamos con la posición que, que se ha mantenido, porque lo aquí lo hemos conversado y o sea quedamos en lo mismo, unos dicen no es que dice los delitos y yo es cada uno de los delitos, y otros no, pero es que, o sea van a analizar cada hecho y van a determinar si se*

acredita o no, entonces es como esa discusión y al final no se llega como a, a conciliar una sola posición sino se siguen manteniendo esas dos”. (Entrevista N°5).

Representante de la PGR: “Sí efectivamente, en el Juzgado Penal de Hacienda dependiendo del juez cambia el criterio, hay algunos jueces que tomaron las sentencias de la Sala Tercera que hablaba de la conciliación porque inclusive en las sentencias no hay distinción, hubo una si mal no recuerdo como del 2003 que hablaba indistintamente de los 2 conciliación y la suspensión del procedimiento a prueba y después tomaron esa sentencia y como habla de las 2, entonces dijeron que sí se podía aplicar la situación del procedimiento a prueba, pero las últimas sentencias han reflejado que es distinta la redacción cuando procede a la suspensión y requiere de un análisis ex ante. Pero de que había diferentes interpretaciones en el juzgado penal de Hacienda sí lo habían como tantos jueces habían”. (Entrevista N°2).

Representante de la CGR: “¡Mire! cuando alguna, en algunos casos que te digo, me parece que en la práctica sí lo he logrado al menos en un caso que fueran digamos, varios delitos de peculado y aun así se aplicó la suspensión del proceso a prueba, en conciliación como te digo ha sido más difícil, en la suspensión sí. Como te digo dependiendo del juez que lo vea.” (Entrevista N°4).

Defensor Público: “Existen diferentes criterios con respecto a cómo resolver asuntos de la jurisdicción penal de hacienda, no solo en cuanto al tema de los concursos, que es ya de por sí un tema áspero porque, porque es un tema yo diría que no tiene mayor posibilidad de interpretación, sin embargo existe interpretación. Y también con el tema de las medidas alternas que le decía al principio algunos jueces dicen que lleva razón el Ministerio Público y otros jueces dicen que no lleva razón el Ministerio Público y admito el arreglo a pesar, a pesar de que el Ministerio Público se está oponiendo, y a pesar de que sabe que su resolución va ser apelada, entonces al no existir esa especialidad, al seguir existiendo la cantidad de jueces interinos, al seguir existiendo nula formación, óigase bien, nula formación de parte de la Escuela Judicial en esta materia de delitos funcionales creo que vamos a continuar con el mismo problema ¿verdad? En el sentido que unos dicen sí y otros dicen no y esto por supuesto trae un gravísimo riesgo al sistema institucional porque entonces la persona depende de si va a juicio o no, o si le admiten o

no una medida alterna, depende del juez, imagínese qué grave que es eso... en el Tribunal de Juicio se refleja lo mismo... Entonces esta situación de que un juez dice hoy, estoy de acuerdo con el Ministerio Público debió haberse tomado en cuenta su manifestación y su posición, estamos en presencia de un delito, varios delitos en concurso material que este se puede presumir que en juicio sería condenado y que se le va imponer una pena superior a tres años y por tanto no se puede aplicar el beneficio de ejecución condicional, en razón de eso no se cumple con los requisitos fundamentales para aplicar las medidas alternas. Hoy un juez dice eso y mañana otro juez dice otra cosa no tenemos un solo criterio, no existe una unificación jurisprudencial sobre eso” (Entrevista N°1).

A partir de estas opiniones, se puede inferir que son muy variadas las interpretaciones en cuanto al número de los delitos (concurros) en que es procedente la aplicación de esta salida alterna.

Siguiendo con el ejemplo anterior, si se realizara una audiencia preliminar en un caso donde se acusan dos delitos de peculado en concurso material, en el que se cumplen todos los demás requisitos para la aplicación de la suspensión del proceso a prueba, tomando como base las opiniones dadas por los entrevistados y suponiendo que fueran las partes y juez que asumen dicha audiencia, en ese caso las partes no estarían de acuerdo en la aplicación de la suspensión del proceso a prueba y eso evitaría que se aplicara este mecanismo de diversificación de la reacción penal.

Aplicación de la reparación integral del daño en la Jurisdicción Penal de Hacienda

Regulada en el artículo 30 inciso j) del código procesal penal, desde su primera versión establece que la reparación integral del daño procede “en delitos de contenido patrimonial sin grave violencia sobre las personas o en delitos culposos, siempre que la víctima o el Ministerio Público lo admitan, según el caso...”. No obstante, existen diferentes interpretaciones cuando se trata de aplicar la reparación integral del daño en los delitos contra los deberes de la función pública, principalmente atendiendo a la naturaleza del bien jurídico “la probidad”.

Según lo informado por los entrevistados, antes de los lineamientos generales para la aplicación de medidas alternas en delitos funcionales (circular administrativa número 10-ADM-2019), en la Fiscalía de Probidad, Transparencia y Anticorrupción existió una posición según la

cual no era posible la aplicación de la reparación integral del daño debido a que estos delitos protegen como bien jurídico la probidad, por tanto no pueden ser catalogados como delitos de contenido patrimonial.

Representante de la PGR: *“Sí de hecho, en la Fiscalía de Probidad tuvieron ese criterio hay sentencias de Sala Tercera que son contradictorias, en donde se dice que no se puede aplicar la reparación integral del daño y otras que dicen que sí se puede aplicar, sin embargo si usted observa en la estructura de esta norma procesal, usted puede determinar que ese requisito de exclusivo contenido patrimonial no está en la ley, y al ser una interpretación de esa manera sería una interpretación extensiva que violenta el artículo 2 en ese sentido. Entonces ya inclusive la fiscalía enmendó ese error de interpretación que no tenía basamento legal y por supuesto es una interpretación, pero no es lo que dice la interpretación literal de la norma y está superado con la circular”* (Entrevista N° 2).

Para todas los entrevistados, aquella posición que refería la imposibilidad de reparar el daño en los delitos contra los deberes de la función pública, aún en aquellos pluriofensivos, que además del bien jurídico la probidad, protegen el patrimonio, quedó superada y en la actualidad todos consideran que es posible aplicar dicha salida alterna en ese tipo de delitos (que protegen además el patrimonio).

Fiscal: *“Bueno, en cuanto a los delitos esto dependería de que tengan un contenido patrimonial como lo establece la norma y esto pues será algo que se tenga que determinar en la investigación. Puede ser por ejemplo un peculado, puede ser una concusión, pero de repente también podemos citar algunos artículos de la ley 8422 como la influencia contra la Hacienda pública, que si no me equivoco está en el artículo 57, porque genera o tiene un contenido patrimonial, tiene un efecto que puede ser cuantificable y de esta manera es que solamente en aquellos delitos en los que exista contenido patrimonial podríamos aplicar este instituto”* (Entrevista N°3).

Representante de la PGR: *“Cuando el artículo 30 inciso j habla de la reparación de la satisfacción de la víctima del daño particular o social causado, el daño social es característico de los delitos funcionales, en este caso por supuesto que sí se puede hacer una reparación integral del daño, y usted me va a decir, pero es que la norma habla de*

que realizada antes de juicio en delitos de contenido patrimonial sin violencia ni fuerza o delitos culposos, yo le diría, sí, eso dice la norma, pero la norma no dice que (...). La norma dice en delitos de contenido patrimonial y en delitos funcionales, en alguno no en todos los delitos funcionales pero en la mayoría, hay contenido patrimonial por ser delitos pluriofensivos, si bien es cierto que el bien jurídico que se tutela en preponderancia, por decirlo así público, igual por ejemplo en un peculado en una malversación o en pago irregular de contratos administrativos o en una influencia en contra de la Hacienda pública hay una afectación patrimonial o podría haberla, y en ese sentido entonces la reparación integral de daño podría aplicarse de manera legítima” (Entrevista N° 2).

Representante de la CGR: “Conozco las dos, como te digo, este, en cuanto a la primera, bueno, es que si son de contenido patrimonial ese tipo de delitos pero hay que ver que, bueno los delitos funcionales son delitos pluriofensivos, no solo es, no solo puede ser la situación patrimonial que pueda haber causado generado, sino muy importante también yo no sé si en una mayor relevancia el deber de probidad, los deberes de la función pública, que es muy amplio y hay que definir bien qué son. Entonces si uno hace ese enfoque y le da mayor relevancia al deber de probidad en sí, podemos hacer privar este para la aplicación de la reparación integral del daño, también es difícil y también prevalece la otra posición, como te digo al menos la posición mía es más abierta, que se podrían hacer cualquier tipo de reparación o medida alterna en este tipo de casos” (Entrevista N°4).

Defensor público: “Lo que dice el código procesal penal es que no se podrá aplicar la reparación integral del daño en aquellos delitos de, no más bien se podría aplicar la reparación integral del daño en aquellos delitos de contenido patrimonial pero no dice exclusivamente. Entonces existe una interpretación en contra de los intereses del imputado y del mismo debido proceso al señalar que en los delitos funcionales no se puede aplicar la reparación integral del daño, pero digo eso partiendo de una interpretación que va en contra de la forma de cómo debe interpretar el derecho procesal penal siempre a favor del imputado. Si es en contra de los derechos del imputado es una interpretación ilegal que es lo legal interpretar en donde haya alguna falencia o alguna

cosa que no esté clara pero siempre a favor del derecho del imputado, el derecho del imputado y el derecho de la víctima es sobre todo poder pactar un acuerdo, si es su derecho pactar un acuerdo entonces no debería existir ninguna resistencia o posición en la reparación integral del daño (Entrevista N°1).

Sin embargo, para la jueza penal entrevistada, esta salida alterna no se puede aplicar en los delitos contra los deberes de la función pública, principalmente por la naturaleza del delito y su bien jurídico. Es clara en indicar que, si le plantearan una gestión de este tipo, la rechazaría. Lo anterior fue confirmado por las partes, que incluso manifestaron que tras conocer este tipo de posiciones de algunos jueces no volvieron a proponer este tipo de medidas alternas cuando ellos o ellas participaban de las audiencias preliminares.

Juez: “Es que ahí se torna complicado, le voy a decir que en mi caso no me han gestionado esa petición propiamente en esos delitos, pero si parto del supuesto, es que también habría que entrar como a analizar porque la reparación sí señala expresamente que sería únicamente para los delitos de contenido patrimonial, ahí partiríamos que los de probidad no necesariamente afectan pues el patrimonio de una entidad como tal, sino también este el deber de probidad o los deberes de la función pública. Entonces en ese tanto como le digo no me han gestionado ninguna petición en particular, pero en términos muy generales pues se partiría que había que entrar como a analizar esa, si efectivamente es pluriofensivo o no” (Entrevista N° 5).

Representante de la CGR: “Primero lo valoramos entre las partes, o sea que no estamos seguros de que nos fuera a acoger el juez y de hecho me parece que en su momento el juez había manifestado que no procedía en esos delitos... Sí, en realidad como te digo, mejor no nos la jugamos planteando una reparación integral y buscamos otra medida, por conocimiento a esa reticencia al menos a su aplicación, sé que una vez al menos lo intentamos y lo valoramos, pero al final de cuentas nos fuimos por otra medida, una suspensión del proceso a prueba (Entrevista N° 4).

A partir de lo dicho por litigantes y la jueza de la Jurisdicción Penal de Hacienda, se puede extraer que a pesar de que el texto de la norma no ha cambiado en relación con los delitos en que es aplicable la reparación integral del daño (de contenido patrimonial), sí han variado

mucho las interpretaciones en cuanto a la naturaleza (bien jurídico tutelado) de los delitos en que es procedente la aplicación de esta salida alterna.

Siguiendo con el ejemplo de la audiencia preliminar realizada en un caso donde se acusan dos delitos de peculado en concurso material, en el que se cumplen todos los demás requisitos para la aplicación de la reparación integral del daño, tomando como base las opiniones dadas por los entrevistados y suponiendo que fueran las partes y juez que asumen dicha audiencia, en esa audiencia las partes estarían de acuerdo en la aplicación de la reparación integral del daño, pero la jueza no admitiría su aplicación y eso evitaría que las partes resuelvan el conflicto mediante este mecanismo de diversificación de la reacción penal.

A manera de cierre de este apartado, se puede indicar que, a pesar de que los profesionales que realizan sus funciones en la Jurisdicción Penal de Hacienda son, en su mayoría, especializados en la materia de delitos funcionales, los criterios que estos tienen sobre cómo deben interpretarse los requisitos para la procedencia de las medidas alternas varían aún dentro de una misma institución o despacho, y han cambiado con el transcurso del tiempo.

4.2 Origen de las diversas interpretaciones sobre los requisitos para la aplicación de las salidas alternas, en la Jurisdicción Penal de Hacienda

Como parte del proceso de investigación, se realizaron una serie de entrevistas a profundidad, en las que los profesionales entrevistados hicieron referencia a las causas que originaron las diversas interpretaciones sobre los requisitos para la aplicación de las salidas alternas en la Jurisdicción Penal de Hacienda.

Una de las causas, según los entrevistados, es la existencia de órdenes o lineamientos de los jefes de las instituciones respectivas, en especial aquellos que por la naturaleza y regulación normativa de los puestos que ejercen, deben seguir los lineamientos de estos jefes (ej. Fiscal, representante de la CGR y de la PGR). Algunos de estos lineamientos son verbales, por ejemplo, respecto la posición que mantuvo al inicio la Fiscalía de Probidad, Transparencia y Anticorrupción, según la cual, en los delitos contra los deberes de la función pública no era posible aplicar la conciliación debido a que el bien jurídico tutelado (la probidad) no era susceptible de ser reparado. Para los entrevistados, esta posición tuvo su origen en una disposición del fiscal adjunto de esa fiscalía para los años precedentes a 2018, pero desconocen el fundamento de tal posición.

Representante de la PGR: *“Básicamente la interpretación provenía del otrora fiscal adjunto J.C.C. que era el fiscal que creo, o que estaba desde la creación de la Fiscalía de Probidad, él era el que tenía ese lineamiento, esa directriz, no era una directriz por escrito. De hecho, yo durante el tiempo que estuve en la fiscalía desde el 2012 si mal no recuerdo o 13 siempre insistí de que tenía que tenerse una circular por lo menos, por o por lo menos una directriz a lo interno, para poder unificar esas interpretaciones, que definitivamente iban en contra de los intereses de los imputados y sin ningún tipo de razón lógico jurídica”* (Entrevista N° 2).

Fiscal: *“No recuerdo en este momento Bryan, y me inclino a decir que no, no había una norma escrita, una circular o en algo que particularmente que obstaculizara estas medidas, era una tónica digamos establecida por las jefaturas que como es lo normal en esta fiscalía, los fiscales auxiliares que atienden estas audiencias o vistas solicitaban el visto bueno de las jefaturas, y fue ahí donde se fue decantando esta línea conservadora por llamarlo de alguna forma, que prohibió a los fiscales auxiliares realizar este tipo de medidas. Pero que yo recuerde en este momento se me dificulta ubicar algún documento o algún, alguna norma escrita que estableciera esa restricción”* (Entrevista N° 3).

En el mismo sentido, indicaron los entrevistados respecto a la forma como se trata el tema en la Procuraduría General de la República y la Contraloría General de la República, quienes señalaron que no existen lineamientos definidos por el jerarca. Sin embargo, para poder aceptar alguna medida alterna se requiere que lo apruebe el superior jerárquico del órgano o ente correspondiente.

Representante de la CGR: *“Formalmente no, en realidad, uno como aplicador, bueno como fiscalizador en la Contraloría, debe contar con el visto bueno cuando se trata de la aplicación de las medidas alternas, con el visto bueno del despacho contralor, o sea de la Contralora General de la República, en cada caso, porque te digo, la representación de la Contraloría General la tiene la Contralora, por la misma ley orgánica ella puede delegar la resolución de los procesos a la División Jurídica y por tanto a los fiscalizadores. Sin embargo, para la aplicación de medidas alternas se deben exponer a la Contralora General y esta debe manifestar su autorización para poder aplicar alguna*

medida en el caso específico, como te dijo formalmente, además de la norma en sí no hay directrices ni nada, además de la autorización de la contralora” (Entrevista N°4).

Representante de la PGR: *“Las medidas alternas solo requieren de la aprobación del superior jerárquico, sea del Procurador General o de la Procuradora General Adjunta por el artículo 20 de la ley orgánica de la procuraduría, y entonces cualquier medida requiere, que por ley se requiere que ellos den el visto bueno, porque como le mencioné el mandato que nosotros tenemos es en representación del estado y para poder conciliar o someter al estado a alguna medida alterna se requiere la venia” (Entrevista N°2).*

En el caso de los fiscales de la Fiscalía de Probidad, Transparencia y Anticorrupción, en la actualidad deben apegarse, según el principio de unidad y jerarquía, a los lineamientos generales para la aplicación de medidas alternas en delitos funcionales de la Fiscalía General (circular administrativa 10-ADM-2019).

Fiscal: *“En conjunto con otras compañeras de esta fiscalía o que en algún momento trabajaron en esta fiscalía, trabajamos en un instrumento que posteriormente fue ratificado mediante una circular de la Fiscalía General de la República en la que se recogen este tipo de teorías que vengo explicando” (Entrevista 3).*

Por su parte, la Procuraduría General de la República está trabajando en la confección de lineamientos escritos, mientras que la Contraloría General de la República sigue dependiendo de las instrucciones verbales del jerarca de ese ente.

Representante de la PGR: *“En la procuraduría, los procuradores sí tienen independencia de criterio. Sin embargo, ya se está trabajando en un borrador de un protocolo para tener ciertos lineamientos para actuar” (Entrevista 2).*

Otra causa de las diversas interpretaciones, son los diversos criterios dados por los tribunales superiores y que los litigantes y jueces utilizan como orientadores para fundamentar su posición.

Representante de la PGR: *“Esta interpretación varió en el año 2017-2018 si mal no recuerdo, 2018 de hecho. Y se consideró con base en la jurisprudencia de Sala Tercera e inclusive en jurisprudencia constitucional que se podía aplicar la conciliación porque la redacción del, del artículo 36 hacía referencia a delitos no a los hechos propiamente*

dichos, entonces el tipo penal permitía en sus extremos menor y máximo la admisión de la suspensión constitucional de la pena. Entonces se decía que sí podía aplicar la conciliación y esa es la, la consideración o interpretación que se está aplicando actualmente con base a una circular de Fiscalía General que fue emitida si mal no recuerdo a principios del 2019” (Entrevista N° 2).

Jueza: “Pues usualmente uno revisa o comenta los fallos que emiten tanto el tribunal de alzada como la Sala Tercera. Sin embargo, eso lo tiene que entrar a analizar también uno con la interpretación que uno vaya a realizar y con la convicción que uno tenga de que es lo adecuado para resolver, porque sabemos que ninguno de esos dos criterios es vinculante si no es simplemente orientador, propiamente ante la Sala Tercera pues tiende a unificar. Ello no significa que cuando emitan algún criterio se debe aplicar sí porque sí, sino también es la tarea de interpretar y de ir como entrelazando pues esa normativa con la finalidad no solamente en miras de beneficiar a un imputado es que también estamos con miras a beneficiar a la parte ofendida (Entrevista N° 5).

Sobre este aspecto, mediante la presente investigación se logró identificar que los criterios de los tribunales superiores no son uniformes en cuanto a la forma como deben interpretarse los requisitos para la procedencia de las salidas alternas en el caso específico de los delitos contra los deberes de la función pública.

Por ejemplo y como se analizó en detalle en el aparatado de las medidas alternas al proceso penal en el sistema normativo vigente, propiamente en lo referente a la reparación integral del daño, el Tribunal de Casación Penal (resolución 243-f-99) consideró que, en el caso del peculado, además de tutelar los deberes de la función pública protege el patrimonio estatal, pero el rector es el primero, por lo que no podría clasificarse como delito de carácter patrimonial. Se indica que el delito de peculado no es susceptible de ser resuelto con una reparación integral del daño, igual que no puede aplicarse esta alternativa del proceso penal a delitos cometidos contra las instituciones públicas.

Por su parte, la Sala Tercera (resolución n°1087-2010) indicó;

En relación con la reparación integral del daño se ha afirmado: “...Conforme a ello, debido a su contenido de naturaleza patrimonial, nuestra ley procesal posibilita la

aplicación de la reparación integral del daño aun tratándose del delito de peculado, por lo que esta Sala no advierte ningún yerro en el fallo en relación a este punto...” (Sala Tercera, número 1999-01293, de las 09.25 horas, del 15 de octubre de 1999).

Sin embargo, en esa misma resolución el Magistrado Chinchilla Sandí salvó su voto, al considerar que no es posible aceptar una reparación integral del daño en el delito de peculado, debido a que su bien jurídico no posee propiamente una naturaleza patrimonial.

Los entrevistados también hicieron referencia a los diversos métodos de interpretación de la norma procesal penal, como fuente de los diversos criterios que existen al momento de su aplicación a los casos por delitos contra los deberes de la función pública.

Por ejemplo, en relación con la suspensión del proceso a prueba, el Ministerio Público y la Procuraduría General de la República, sostienen que conforme la interpretación literal o gramatical de las normas, no es posible aplicar esta salida alterna en los casos en que se acusen varios delitos en concurso y la penalidad de esos delitos en conjunto supere los tres años.

Fiscal: *“Más bien de forma estricta nos apegamos a la norma y a lo que podría interpretarse adecuadamente de ella, de forma que en la propuesta en ningún momento sugirió alguna reforma legal, porque no nos competía en ese momento. Esto quiere decir que nosotros no venimos con estos instructivos a tratar de interpretar de una forma extensiva la norma ni para bien ni para mal, sino interpretarla armónicamente”* (Entrevista N° 3).

Represente de la PGR: *“Sí, porque como le digo la letra de los artículos, o sea la interpretación literal y la redacción de los artículos es distinta, uno habla de delitos que admitan la suspensión y el otro habla cuando procede a la suspensión constitucional de la pena, o sea en el caso concreto de cuando proceda entonces se aplica la, la suspensión condicional de la pena”* (Entrevista N° 2).

Sobre el mismo tema, el juez y el defensor mantienen la posición de que en estos casos sí es posible aplicar una suspensión del proceso a prueba y fundamentan su posición en la interpretación lógico-sistemática e histórica.

Juez: *“La cuestión de interpretación, nos guste o no, es una cuestión meramente subjetiva y algunos se van a apegar estrictamente a lo que dice la, la frase o el párrafo en sí y otros*

van a hacer ese contraste con, bueno es que tengo que analizar toda la normativa en conjunto, no puedo analizar esta, este, esta frase de forma aislada sino tengo que tratar de entender, bueno cuál fue la idea del legislador y por qué en unos sí y en otros no” (Entrevista N° 5).

Defensor público: *“Yo considero al igual como le decía para la conciliación o como le decía para la suspensión del proceso a prueba, que esa es una interpretación, digamos decir que no se puede, es una interpretación que no tiene un asidero jurídico, porque la suspensión del proceso a prueba pese a que regula diferentes requisitos de admisibilidad, al final de cuentas es un acuerdo entre las partes y tiene que respetarse lo que las partes decidan en su conflicto, porque de lo contrario de nuevo sería arrebatarse el conflicto a la víctima y el Ministerio Público decidir por ella. Pues al día de hoy con las nuevas doctrinas y la nueva legislación digamos en protección de los intereses de la víctima, no es válido”* (Entrevista N°1).

Finalmente, algunos refirieron que a pesar de que lo esperable en la Jurisdicción Penal de Hacienda es que los jueces sean especializados en la materia, lo cierto del caso es que en el juzgado penal y en el tribunal de juicio algunos jueces carecen de especialización y experiencia en el trámite de estos delitos.

Defensor Público: *“Una de las cosas que yo he peleado durante muchos años es que la competencia de la jurisdicción penal de hacienda se elimine este y que no sea exclusivamente en el Segundo Circuito Judicial y sino que la competencia para conocer de estos tipos penales sea a nivel nacional al igual que cualquier otro tipo penal, porque le digo esto dentro de este circuito judicial que es competente específico en todo el país para conocer de esta materia, al día de hoy lamentablemente no existe especialidad de ningún juez, ni juez de garantías, ni juez de etapa intermedia , ni juez de etapa de juicio, ni tampoco de jueces del tribunal de apelación. Es decir, no existe una especialidad de los jueces, de tal forma que un juez que hoy está nombrado en Los Chiles y que ha tenido tantos años de estar nombrado allá, mañana lo nombran en este circuito judicial y tiene que resolver asuntos de penal de hacienda, no existe ninguna especialidad y no por el hecho de que el compañero esté en Los Chiles es menos o es más no, es por el asunto de si ha tenido alguna trayectoria conociendo este tipo de delitos”* (Entrevista N°1).

Jueza: *“También depende, porque como vienen jueces como por nombramientos muy cortos, entonces, es que son muchas las variables, pero básicamente la constante es la misma, unos opinan que sí y otros opinan que no”* (Entrevista N°5).

4.3 Implicaciones prácticas de las diversas interpretaciones sobre los requisitos para la aplicación de las salidas alternas, en la Jurisdicción Penal de Hacienda

Como se expuso en los apartados precedentes, a lo largo del tiempo y aún en la actualidad, las partes y jueces que participan de las audiencias preliminares que se realizan en la Jurisdicción Penal de Hacienda, han asumido posturas e interpretado de diversas maneras los requisitos para la aplicación de las medidas alternas en los casos en los que se acusan delitos contra los deberes de la función pública.

Esta situación ha generado que la aplicación a lo largo del tiempo no sea uniforme y actualmente dependa del criterio del juez o litigante que asuma la audiencia preliminar en que se pretenda aplicar alguna de estas salidas alternas, lo que según los profesionales entrevistados se ha traducido en algunos problemas que generan inseguridad jurídica y desigualdad, e impiden, incluso, que en la actualidad se apliquen algunas de estas salidas alternas.

Implicaciones prácticas de las diversas interpretaciones sobre los requisitos para la aplicación de la conciliación

La interpretación que existía en la Fiscalía de Probidad, Transparencia y Anticorrupción antes de la circular administrativa 10-ADM-19, respecto a la aplicación de la conciliación, según la cual, debido al bien jurídico tutelado (probidad) no era posible pactar una conciliación en ningún caso que se tramitara en la Jurisdicción Penal de Hacienda por delitos contra los deberes de la función pública, hizo que antes de dicha circular la conciliación quedara prácticamente en desuso.

Representante de la PGR: *“En el caso de la conciliación por supuesto que sí hubo afectaciones, hubieron muchos imputados que tuvieron que llegar a juicio con víctimas desinteresadas que no querían venir a declarar, que se oponían porque no tenían interés en la causa y que no se solucionó en audiencia preliminar por estas posiciones, estas interpretaciones que habían con relación con los requisitos legales para poder aplicar una, una conciliación”* (Entrevista N°2).

Fiscal: *“Estas restricciones que establecieron las jefaturas de forma oral mayoritariamente, fueron ciertamente hasta reciente fecha un obstáculo para acceder estas medidas. Y al ser un obstáculo para estas medidas generó a su vez algunos problemas prácticos que podría citar, como por ejemplo: La prolongación excesiva de procesos penales con las dificultades que esto acarrea, como por ejemplo en la gestión de la prueba, porque ya los testigos no recuerdan, porque los testigos fallecen, porque los testigos ya dejan de ser ubicables, ya no quieren colaborar, porque la prueba se extravía, porque el depósito de objetos destruye pruebas después de cierto tiempo sin comunicarle a los despachos, porque las causas prescriben, porque las partes pudieron llegar a un acuerdo que favorecía a todos que incluso podría generarle beneficios al estado, pero al no acceder a estas medidas más bien se invierte este beneficio. Pero esta vez se convierte en un perjuicio patrimonial, porque empezamos a desarrollar un proceso penal de más de una década, que implica salarios, que implica gastos operativos y al final el resultado es de impunidad, entonces se podría decir que todos estos problemas prácticos o problemas de la práctica del Ministerio Público se generaban en cierta medida por la negativa a permitir estas medidas alternas”* (Entrevista N°3).

Como se extrae de lo dicho por los entrevistados, el problema práctico más relevante que generó esta posición de la Fiscalía de Probidad, Transparencia y Anticorrupción fue el desuso de la conciliación en los delitos contra los deberes de la función pública, lo que se mantuvo hasta que la Fiscalía General emitió la circular administrativa 10-ADM-19.

Con la emisión de la circular de la Fiscalía General antes mencionada, se dio una apertura para la aplicación de la conciliación en la mayoría de los delitos contra los deberes de la función pública, incluso en concurso y sin importar el número de estos, siempre y cuando la pena de cada delito individualmente considerado no supere los tres años de prisión (requisito para otorgar la ejecución condicional de la pena), lo que es una posición compartida por las otras partes.

Sin embargo, como ya se analizó, persisten diversas interpretaciones en el Juzgado y Tribunal Penal de Hacienda, ya que algunos jueces consideran que no es posible aplicarla cuando se acusan delitos en concurso y la sumatoria de las penas para el caso concreto supera los tres años de prisión. Tal interpretación, según todos los entrevistados, genera afectación a las partes principalmente en su derecho de solución del conflicto y en especial a las víctimas al no poder

obtener un resarcimiento por el daño causado y al proceso en general, al afectar los principios de solución de conflictos y justicia pronta y cumplida.

Representante de la PGR: *“Sí, en el caso de la conciliación, si se hace esta prognosis, se vulnera por supuesto el derecho del imputado a poder acceder a una medida alterna, que tenemos que recordar que el código del artículo 7 pretende que se solucionen los conflictos sociales. Si en este caso un imputado pueda someterse a una conciliación difícilmente va poder someterse a una medida distinta, porque las características de las otras 2 son más restrictivas y en consecuencia está condenado a hacer, a aceptar un procedimiento especial abreviado o ir a juicio, por ello si se violentan los derechos de los imputados, por su puesto primario, de acuerdo con los requisitos del artículo 60 de la suspensión condicional de la pena código penal. Pero en, en el supuesto que usted me está preguntando, me parece que sí hay una afectación y también por supuesto en, en los casos de delitos funcionales que es lo que estamos conversando se violenta la posibilidad de que la víctima obtenga un resarcimiento por el daño ocasionado con base en un delito en vista de que a pesar de que la fiscalía no representa al estado como víctima, no tiene incidencia en las negociaciones desde el punto de vista material, únicamente con el valor de la legalidad. Pues afecta por supuesto porque se oponen a una medida de conciliación, por ejemplo y apelan y hay jueces que tienen distinto criterio al, al de, las otras partes que estuvieron acuerdo, pues no se podría hacer la medida alterna que quebranta esta posibilidad de solucionar el conflicto de manera efectiva, rápida, e evitando ir a un juicio”* (Entrevista N°2).

Fiscal: *“Sí, considero que sí lo vulnera, en tanto este genera una interpretación nuevamente que no tiene mayor sustento y que viene a perjudicar o hacer nugatorio una gama de posibilidades para que las partes arreglen su conflicto. Hay que recordar que el conflicto no es el estado, el estado se encarga del conflicto, pero el conflicto es de las partes y si la ley le permite a las partes llegar a un acuerdo para solucionar ese conflicto de una forma pacífica, no debe el operador de derecho, no debe el Ministerio Público, interponerse en esa voluntad de forma ilegal por lo que sí siento que trastoca los principios y los derechos de las parte”* (Entrevista N°3).

Juez: *“Es que a mí me parece que sí afecta o vulnera la posibilidad que tienen las partes de acceder a esa justicia pronta y cumplida, al final de cuentas, entregamos a población lo que predica tanto la justicia restaurativa, que al final el conflicto es de las partes, que al final el Ministerio Público que si bien es cierto tiene la tarea de, de la persecución penal, pues también tiene que facilitar y tener una posición también que venga no solamente a responder a una estadística del Ministerio Público sino también a colaborar para que la parte ofendida pues, pues tenga una resolución de su de su situación, verdad”* (Entrevista N°5).

Representante de la CGR: *“Este, si hablamos de derechos de las partes talvez, lo que podría, desde la posición de la víctima y el imputado, sí, porque esta es una forma extraordinaria de darle fin a un proceso penal, pero sobre todo al imputado que puede terminar con una restricción de la libertad. Pero como te digo en algunos casos podría valorarse intereses superiores, en cuanto a la víctima, al estado, los procesos penales son muy costosos en muchos sentidos para todas las partes, la víctima también podría ver fallidos sus intereses de llegar alguna medida alterna”* (Entrevista N°4).

Defensor público: *“Sí me parece que vulnera no solo los derechos del imputado, sino que mayormente vulnera el derecho de la víctima, y además no solo dentro de la legislación nacional sino internacional, porque si revisamos por ejemplo la convención americana de derechos humanos o el pacto de San José, pues ahí se releja una existencia de derechos y garantías propias de la víctima que se refieren a una participación activa dentro del proceso penal”* (Entrevista N°1).

Como dato relevante aportado por la Fiscalía de Probidad, Transparencia y Anticorrupción, según los registros sobre la aplicación de la conciliación, en el año 2018, de las 131 audiencias preliminares realizadas, solo en 18 se llegó a una conciliación, como se muestra a continuación.

Tabla 1. Número de conciliaciones (Conc) en el año 2018.

2018	Ene.	Feb.	Mar.	Abr.	May.	Jun.	Jul.	Ago.	Set.	Oct.	Nov.	Dic.
Aud.	05	18	12	25	13	08	23	07	03	07	02	08

prelim												
Conc	2	-	-	2	3	2	2	2	1	1	1	2

Mientras tanto, en el año 2019 de las 135 audiencias preliminares realizadas se llegó a una conciliación en 12 oportunidades, como se muestra en la siguiente tabla.

Tabla 2. Número de conciliaciones (Conc) en el año 2019.

2019	Ene.	Feb.	Mar.	Abr.	May.	Jun.	Jul.	Ago.	Set.	Oct.	Nov.	Dic.
Aud. preliminar	07	14	19	16	18	13	06	06	12	17	04	03
Conc	1	-	2	2	1	2	-	-	1	2	1	-

Lo anterior refleja que por lo menos en los dos últimos años, el uso de la conciliación como mecanismo de diversificación de la reacción penal es poco en relación con los casos que llegan a etapa intermedia, y siguen su camino hacia la etapa de juicio.

Implicaciones prácticas de las diversas interpretaciones sobre los requisitos para la aplicación de la suspensión del proceso a prueba

Como ya se indicó, aún en la actualidad existen operadores del derecho que sostienen la imposibilidad de aplicar la suspensión del proceso a prueba en causas en que se acusen delitos en concurso y de acuerdo con las reglas del concurso, la penalidad a imponer excede los tres años de prisión, criterio que se observa en resoluciones de la Sala Tercera (ya mencionadas en el presente trabajo), y en los lineamientos generales para la aplicación de medidas alternas en delitos funcionales de la Fiscalía General.

Para el juez y el defensor público entrevistados, esta posición que mantienen algunos jueces del Juzgado y Tribunal Penal de Hacienda, los miembros de la PGR y los fiscales de la Fiscalía de Probidad, Transparencia y Anticorrupción, impide que la suspensión de proceso a

prueba se aplique a casos en que las partes están dispuestas a resolver el conflicto de manera anticipada y sin recurrir a un contradictorio.

Defensor público: *“A mí me parece que la conciliación y la suspensión del proceso a prueba con circulares como las que tiene ahorita el Ministerio Público para este tipo de delitos, están siendo vulneradas como institución y están siendo, al ser vulneradas están violentando el debido proceso y el debido proceso es un derecho fundamental de las partes, tanto de la víctima como del imputado... ¡sí claro! Cuando usted ve que la Corte Suprema de Justicia ha invertido millones de millones de colones para una justicia restaurativa, cuando usted ve que en la justicia restaurativa no se lleva un solo caso de materia delitos funcionales o penal penas de hacienda, pero pese a eso la dirección que está dando la corte es, debemos aplicar con mayor oportunidad las medidas alternas para la solución del conflicto adecuada, que además trae como consecuencia el que el sistema cambie porque se aminorar un poco la cantidad de casos que llegan a juicio, entonces usted se da cuenta que estas interpretaciones efectivamente vulneran el sistema”* (Entrevista N°1).

Juez: *“Es que al final violenta o afecta, por decirlo de alguna manera menos tajante, la posibilidad de acceder a una medida alterna, que hasta se podría pedir en una, este, en una audiencia temprana, porque si mantener la posición restrictiva pues simplemente el asunto usted sabe que en la mayoría de los casos tendría que irse a juicio y estamos hablando de muchísimo tiempo que transcurre entre la interposición de la denuncia y hasta la resolución ya con un fallo en firme”* (Entrevista N°5).

Como dato relevante aportado por la Fiscalía de Probidad, Transparencia y Anticorrupción, según los registros sobre la aplicación de la suspensión del proceso a prueba, en el año 2018 de las 131 audiencias preliminares realizadas, solo en 28 oportunidades se resolvió aplicando una suspensión del proceso a prueba.

Tabla 3. Número de suspensiones de proceso a prueba (SPP) en el año 2018.

2018	Ene.	Feb.	Mar.	Abr.	May.	Jun.	Jul.	Ago.	Set.	Oct.	Nov.	Dic.
Aud.	05	18	12	25	13	08	23	07	03	07	02	08

prelim												
SPP	3	2	2	7	2	1	2	-	2	4	1	2

Mientras tanto, en el año 2019, de las 135 audiencias preliminares realizadas se aplicó una suspensión del proceso a prueba en 18 oportunidades.

Tabla 4. Número de suspensiones de proceso a prueba (SPP) en el año 2019.

2019	Ene.	Feb.	Mar.	Abr.	May.	Jun.	Jul.	Ago.	Set.	Oct.	Nov.	Dic.
Aud. preliminar	07	14	19	16	18	13	06	06	12	17	04	03
SPP	2	2	3	2	2	-	-	1	2	2	1	1

Lo anterior refleja que el uso de la suspensión del proceso a prueba como mecanismo de diversificación de la reacción penal es poco en relación con los casos que llegan a etapa intermedia, y siguen su camino hacia la etapa de juicio.

Implicaciones prácticas de las diversas interpretaciones sobre los requisitos para la aplicación de la reparación integral del daño

La interpretación existente en la Fiscalía de Probidad, Transparencia y Anticorrupción antes de la circular administrativa 10-ADM-19, respecto a la imposibilidad de aplicar la reparación integral de daño en los delitos contra los deberes de la función pública, hizo que antes de dicha circular esta salida alterna quedara prácticamente en desuso.

Esta posición es mantenida por algunos de los jueces del Juzgado y Tribunal Penal de Hacienda, situación que para los entrevistados genera que la misma no se aplique, vulnerando así los derechos de las partes y los principios de la justicia pronta y cumplida y de solución de conflictos y en general el debido proceso.

Fiscal: *“Sí ciertamente la posición restrictiva es violatoria por decirlo de alguna forma de la norma procesal, de la naturaleza y el objetivo del proceso, ya que estaríamos nuevamente introduciendo vía interpretación, una restricción que no está establecida en la norma de acuerdo, porque, este, la norma no indica en ningún punto que la reparación integral del daño solamente sea aplicable para delitos cuyo bien jurídico sea el patrimonio, esto no lo establece la norma. La norma lo que establece es que tengan contenido patrimonial, así que el delito puede ser pluriofensivo como es el caso del peculado o puede ser sobre determinado bien jurídico, pero siempre y cuando tengan un contenido patrimonial que pueda ser cuantificable, ya sea por el daño particular o el daño social, no debe existir ni debe imponerse una restricción para acceder a esta medida alterna. Vulneran los derechos de las partes porque partimos de su ilegalidad y en segundo lugar pues vendría a hacer nugatoria la posibilidad de que las partes lleguen a un acuerdo satisfactorio y reparar la paz social, la paz entre las partes, que es el objetivo del proceso penal (Entrevista N°3).*

Representante de la PGR: *“En la posición de que solo en delitos exclusivamente patrimonial porque no aplica en derechos funcionales vulnera el, el derecho constitucional a la justicia pronta y cumplida y a la solución de conflictos” (Entrevista N°2).*

Juez: *“Diay, aplicaría lo mismo que le estoy diciendo respecto de las otras, al final de cuentas le está limitando la posibilidad y hasta creo que está en el artículo 7 de la posibilidad de la paz social de devolver el conflicto a las partes y etc., etc. Diay, al final estás vulnerando de alguna manera esa posibilidad de verse resarcido a nivel económico que es lo que la mayoría de las partes ofendidas requieren” (Entrevista N°5).*

Defensor público: *La reparación integral del daño de acuerdo con la interpretación que realizan algunos funcionarios del Ministerio Público y algunos jueces, por supuesto que le dan la razón al Ministerio Público, para mí es ilegal y es una interpretación en contra del debido proceso, creo que la reparación integral del daño sí podría y debería aplicarse en delitos funcionales, a pesar de que se llaman delitos funcionales o delitos de penal de hacienda (Entrevista N°1).*

Como dato relevante aportado por la Fiscalía de Probidad, Transparencia y Anticorrupción, según los registros sobre la aplicación de la reparación integral del daño, en el año 2018 se

realizaron 131 audiencias preliminares, mientras que en el año 2019 se realizaron 135. Sin embargo, durante ese periodo no se aplicó en ninguna ocasión una reparación integral del daño como salida alterna al proceso penal.

Si tomamos en consideración que, durante esos dos años, de las 266 audiencias preliminares realizadas en la Jurisdicción Penal de Hacienda en relación con delitos funcionales, solo se aplicaron 30 conciliaciones, 46 suspensiones de proceso a prueba, 9 procedimientos abreviados y ninguna reparación integral del daño, tenemos que aproximadamente 181 de causas siguieron el proceso penal y eventualmente serán resueltas en un contradictorio. Lo anterior refleja que el uso de los mecanismos de diversificación de la reacción penal en los delitos contra los deberes de la función pública es poca.

Otras implicaciones prácticas de las diversas interpretaciones sobre los requisitos para la aplicación de las medidas alternas

Como es lógico, la existencia de varias posiciones sobre un mismo punto (requisitos para aplicar las salidas alternas), conlleva a que las partes en ocasiones no compartan la posición de un juzgador respecto la aplicación o el rechazo de una u otra salida alterna. Por ello es importante referirnos al remedio procesal que pueden utilizar las partes contra el auto dictado por el juez penal, sea aquel que apruebe la aplicación de una salida alterna o que resulte por el rechazo y en consecuencia dicte el auto de apertura a juicio.

De acuerdo con el criterio del Tribunal de Apelación de Sentencia del Segundo Circuito Judicial de San José, según resolución 2517-2012, de las 08:35 horas del 18 de diciembre del 2012, para poder recurrir el auto que admite una suspensión del proceso a prueba no es necesario esperar a que se ordene un sobreseimiento definitivo, sino que es posible interponer el recurso en audiencia en la que el juez penal resuelve. Sobre este tema los entrevistados consideran:

Representante de la PGR: *“Si en etapa intermedia, el remedio procesal lo da el código, que permite el recurso de revocatoria, sin embargo, probablemente sea una resolución con sustanciación, entonces se va a rechazar por no tratarse de, de un auto o una providencia. Sí entonces lo que quedaría es el recurso de apelación de ese auto, sí lo interpondría para intentar que el juez del tribunal de apelación que deje sin efecto esa resolución, de ese auto y que le corresponda a otro juez conocerse la de la aplicación de*

la medida interna de la audiencia preliminar en lo que se volvería a plantear” (Entrevista N°2).

Fiscal: *“Si el ordenamiento jurídico me lo permite haría las gestiones de impugnación correspondientes, para evitar que se dé un acto de ilegalidad patrocinado por un juez de la república”* (Entrevista N°3).

Representante de la CGR: *“Diay, uno podría plantear un recurso de revocatoria y una apelación”* (Entrevista N°4).

Juez: *“Es que a final de cuentas eso también es otro tema el cual hay que entrar al análisis, porque algunos dicen, bueno, no es un gravamen irreparable porque podría gestionar una medida alterna antes de darse, en caso de que se ordenara una auto apertura a juicio se podría gestionar alguna medida alterna antes de la procedencia a juicio, pero otros dicen que no, que no, que no es admisible la apelación y para otros que sí. Entonces también eso es una particularidad de la interpretación, porque todo radica en cómo interpreto, si existe un gravamen o no”* (Entrevista N°5).

Sin embargo, una situación diferente se da cuando el juez rechaza la aplicación de una medida alterna y en consecuencia dicta un auto de apertura a juicio, lo que plantea un problema práctico debido a que el auto de apertura a juicio no tiene apelación, y las partes que pretendían utilizar alguna de estas salidas alternas tendrán que plantear la posibilidad de aplicar la medida alterna antes de la apertura del debate, enfrentándose a la posibilidad que los jueces del tribunal de juicio rechacen la gestión por no ser el momento procesal oportuno, por lo menos en el caso de la conciliación y la suspensión del proceso a prueba, o alegar la existencia de un vicio en la etapa de impugnación de sentencia. Sobre este punto el defensor público indicó:

Defensor público: *“Nosotros siempre nos jactamos del sistema procesal penal costarricense inclusive a nivel latinoamericano ¡verdad!, como que estamos muy avanzados que esto y lo otro. En este tema específico que usted está tocando no estamos avanzados para nada, porque hay un desequilibrio de recursos y de posibilidades que tiene el Ministerio Público con respecto a las posibilidades que tiene la defensa, porque el auto de apertura a juicio no tiene recurso de apelación, es decir yo no puedo apelar un auto de apertura a juicio, entonces si yo no puedo apelar un auto de apertura a juicio que tengo que esperar o que tengo que hacer para poder de nuevo plantear, una medida*

alterna, esperarme a juicio para plantear una actividad procesal defectuosa y que el juez del Tribunal de Juicio resuelva declarándola con lugar y después aplicar una medida alterna, lo cual es totalmente ilógico porque si estamos en etapa intermedia lo que se debería hacer es dejar todo listo tal como lo establece la doctrina y el código. Y qué es dejar todo listo, bueno definir si se aplicaron o no se aplicaron medidas alternas. Existe otra posibilidad y la otra posibilidad es que el imputado ante una situación de estas, acuse al juez penal ¿verdad? y lo acuse con un prevaricato, entonces esas son algunas cuestiones que los abogados particulares hagan, yo particularmente no lo presentaría, pero no sé hasta el día de hoy si se han presentado acusaciones por prevaricato por la aplicación de una medida alterna” (Entrevista N°1).

CAPÍTULO 5 CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

En nuestro país, con la entrada en vigencia del código procesal penal en 1998, se establece un sistema penal mixto predominantemente acusatorio, caracterizado por la existencia de un órgano acusador que pertenece al Estado (Ministerio Público), que realiza la investigación y ejerce la acción penal pública, pero no tiene la función de juzgar, ya que esta función le corresponde al juez.

El principio de legalidad procesal impone al Ministerio Público el deber de ejercer la acción penal en todos los casos en que tenga conocimiento de la posible comisión de un hecho punible, de manera obligatoria y sin diferenciación alguna de los casos penales. Tal situación, unida a la gran cantidad de conductas tipificadas como delitos por parte de los legisladores, hacen que el sistema penal se sature, lo que a su vez dificulta a las partes obtener justicia pronta y cumplida, y por tanto alcanzar la solución del conflicto social y personal generado por el delito.

Lo anterior motiva la existencia de mecanismos análogos a la oportunidad que sean excepciones al principio de legalidad procesal y sirvan para dar una solución diferente al conflicto social que genera un delito, sin la necesidad de recurrir a la intervención punitiva estatal y reduciendo la actividad procesal. Mediante estos mecanismos, no es necesaria la realización de todas las etapas procesales para solucionar ese conflicto.

Las salidas alternas como la conciliación, la suspensión del proceso a prueba y la reparación integral del daño, son mecanismos bifrontes que permiten materializar el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal y a la vez **son formas de extinción de la acción penal**, según se desprende del artículo 30 incisos f), j) y k) del código procesal penal. Su finalidad es solucionar pacíficamente el conflicto devolviéndolo a sus verdaderos protagonistas, lo que permite a la víctima obtener la reparación del daño ocasionado por el hecho punible y al imputado evitar la estigmatización, además ayuda a racionalizar la carga de trabajo del sistema de administración de justicia.

Por lo tanto su correcta aplicación influye no solo en que se logre una descongestión de los sistemas de administración de justicia, dejando la pena para los hechos más graves y significativos (principio de última ratio), sino que también influye en los derechos de las partes,

principalmente el derecho de la víctima a obtener una reparación y restablecimiento de sus derechos (solución del conflicto).

Al finalizar este proceso investigativo, se valida la premisa que el investigador tenía al inicio, referente a las particularidades que tienen los delitos contra los deberes de la función pública, principalmente aquellas relacionadas con el bien jurídico tutelado y las penas con que se sancionan, aspectos que pueden influir en la aplicación de las medidas alternas al proceso penal.

Ante lo expuesto, es que se considera que los resultados del estudio efectuado permiten dar respuesta al problema de investigación planteado: *¿De qué manera las diversas interpretaciones de los tribunales de justicia y los lineamientos de persecución fiscal, en la aplicación de las medidas alternas al proceso penal en delitos funcionales, a partir de la entrada en vigencia del Código Procesal Penal el 1 de enero de 1998 al 2019, han repercutido en la aplicación y el análisis interpretativo de dichas soluciones?*

Para tal fin se organizó y analizó la información mediante la construcción de tres categorías de análisis, que fueron abordadas mediante la revisión documental y la aplicación de diferentes instrumentos cualitativos, como las entrevistas, a saber:

1. La aplicación de las salidas alternas en la Jurisdicción Penal de Hacienda.
2. Origen de las diversas interpretaciones sobre los requisitos para la aplicación de las salidas alternas, en la Jurisdicción Penal de Hacienda.
3. Implicaciones prácticas de las diversas interpretaciones sobre los requisitos para la aplicación de las salidas alternas, en la Jurisdicción Penal de Hacienda.

Estas categorías de análisis permiten concluir aspectos que son generales a las tres salidas alternas al proceso penal y otras que son particulares para cada una de ellas en atención a la regulación normativa que poseen.

Dentro de las conclusiones generales ha quedado en evidencia que efectivamente han existido a lo largo de los años diversas interpretaciones de los requisitos para la aplicación de las medidas alternas en la generalidad de los delitos, incluidos los delitos contra los deberes de la función pública, interpretaciones que son diversas dependiendo de los actores procesales, las instituciones y el paso del tiempo. Esto se aprecia desde el año en que entró en vigencia el código procesal penal, como se evidenció en la presente investigación, ya desde el año 1998 la Sala

Tercera había dictado resoluciones al respecto y a partir de ese momento otros tribunales han dictado varias resoluciones sobre el tema.

De las entrevistas y la revisión documental se identificó que las instituciones que intervienen como parte dentro del Proceso Penal, en los casos de delitos funcionales, no han tenido, por lo general, directrices escritas, públicas y uniformes respecto de la aplicación de soluciones alternativas en estos. Se denotó que los representantes del Ministerio Público son los únicos que poseen lineamientos escritos al respecto, pero estos son del año 2019, es decir, quince años después de la entrada en vigencia de la ley contra la corrupción.

Esta situación es muy relevante ya que las directrices no solo permiten estandarizar, sino que, mediante el estudio previo, permiten analizar y resolver aspectos polémicos que, de lo contrario, pueden durar años resolviéndose, y crear una inseguridad jurídica. Incluso esta situación permite a su vez concluir que no ha existido un interés, por parte de los operadores del derecho de la Jurisdicción Penal de Hacienda, de propiciar una aplicación uniforme y fundamentada de las salidas alternas en los casos que se conozcan en esa jurisdicción.

Por lo anterior se recomienda a los diferentes despachos o sujetos procesales que emitan directrices escritas sobre la forma como aplican e interpretan los requisitos para la procedencia de las salidas alternas, y aquellos despachos que ya las poseen, que estas sean revisadas de manera periódica atendiendo a los cambios doctrinales, jurisprudenciales y la manera como se están aplicando en la práctica. Lo anterior con el fin de propiciar transparencia y seguridad jurídica a las partes.

Como conclusiones específicas para cada una de las salidas alternas, se identificó que desde la inclusión a la normativa procesal penal ya existían resoluciones de los tribunales superiores que podían orientar sobre la manera de aplicar las medidas alternas. Sin embargo, algunos operadores del derecho consideraron que, por las particularidades de los delitos funcionales, principalmente atendiendo al sujeto activo del delito, al bien jurídico tutelado y al impacto o trascendencia social, se requería una aplicación diferente.

En relación con la **conciliación**, en la presente investigación fue posible identificar una posición que se mantuvo en la Fiscalía de Probidad, Transparencia y Anticorrupción, según la cual en los delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones no era

posible pactar una conciliación, esto debido a que el bien jurídico tutelado de los delitos es la probidad y este no es susceptible de ser resarcido. Tal interpretación no tiene fundamento en la norma que regula la conciliación, norma que ha definido positivamente en qué casos aplica, y negativamente aquellos casos que quedan fuera o en los que existen limitaciones para su aplicación como, por ejemplo, delitos de carácter sexual, agresiones domésticas y delitos cometidos en perjuicio de las personas menores de edad.

Como se aprecia, ninguna de estas limitaciones refiere a los delitos que sean cometidos por funcionarios en el ejercicio de sus funciones o que sean cometidos en contra de los deberes de la función pública, como sí los contienen legislaciones de otros países.

Incluso a criterio del investigador, esta interpretación resulta violatoria al principio de interpretación restrictiva, que es una garantía de seguridad jurídica a las personas sometidas al proceso penal, ya que durante el tiempo en que la Fiscalía de Probidad, Transparencia y Anticorrupción utilizó ese criterio, coartó un derecho de las partes mediante una interpretación extensiva de las disposiciones legales contenidas en el artículo 36 del código procesal penal.

Se identificó, además, que este criterio cambió para permitir la conciliación en este tipo de delitos, pero con limitaciones cuando la pena de los delitos en concurso superaba los tres años de prisión o extrañamiento. Se evidenció que este criterio sigue siendo aplicado no solo por los jueces del Juzgado y Tribunal de la Jurisdicción Penal de Hacienda, sino que también en otras jurisdicciones.

Lo anterior para algunos constituye una interpretación extensiva en perjuicio de potestades procesales de las partes, prohibida expresamente por la norma procesal, ya que conlleva la consideración de un análisis ex ante de la pena a imponer, cuando el artículo 36 del código procesal penal no concede dicha facultad al juzgador, ni tampoco resulta posible realizarlo en la etapa intermedia del proceso penal (momento en que generalmente se da posibilidad a las partes de conciliar),

Este criterio se comparte, pues, en efecto, no se puede interpretar que cuando el artículo 36 del Código Procesal Penal dispone que la conciliación procede en ***“los delitos que admitan la suspensión condicional de la pena”***, en realidad habla de aquellos casos en que proceda la condena de ejecución condicional establecida por el artículo 59 y siguientes del Código Penal,

pues esto constituye una interpretación extensiva que no favorece el ejercicio de una facultad conferida a las partes y, por lo tanto, es prohibida por el 2 del Código Procesal Penal.

Finalmente, se determinó que la posición imperante, por lo menos en los profesionales que realizan sus funciones en la Jurisdicción Penal de Hacienda, se basa en la interpretación gramatical de la norma, de acuerdo con la cual se puede conciliar indistintamente de la cantidad de delitos contenidos en la acusación o la relación de hechos. Se requiere únicamente que cada delito independientemente permita la ejecución condicional de la pena (la pena sea menor de tres años de prisión o extrañamiento).

Una situación similar ocurre con la **reparación integral el daño**, en la presente investigación se evidenció la existencia de dos interpretaciones que datan desde los inicios de la Jurisdicción Penal de Hacienda y que, en la actualidad, no son del consenso de los operadores del derecho.

Para algunos no es posible aceptar una reparación integral del daño en los delitos contra los deberes de la función pública que son pluriofensivos y, además, de los deberes de la función pública tutelan el patrimonio (ej. peculado), debido a que su bien jurídico no posee propiamente una naturaleza patrimonial. Para otros, es posible aplicar la reparación integral del daño en delitos contra los deberes de la función pública que sean pluriofensivos y que uno de los bienes jurídicos tutelados sea el patrimonio. Esto por cuanto dentro de los requisitos para la aplicación no se prevé que se trate de delitos **exclusivamente** de contenido patrimonial, sino que tengan contenido patrimonial, además el mismo artículo establece la posibilidad de reparar el daño social causado.

Ambas posturas parten de interpretaciones de la norma, pero la primera de ellas, a criterio del investigador, no se apega a la literalidad de la norma que regula la reparación integral del daño y que ha definido positivamente en qué casos aplica (delitos de contenido patrimonial y delitos culposos), y negativamente aquellos casos que quedan fuera su aplicación (delitos de contenido patrimonial con fuerza en las cosas o violencia sobre las personas).

Como se aprecia, la normativa procesal no prevé que se trate de delitos **exclusivamente** de contenido patrimonial, y tampoco se limita su aplicación cuando se trate de delitos contra los deberes de la función pública o aquellos que sean cometidos por funcionarios en el ejercicio del

cargo. Además, el mismo artículo prevé la reparación en delitos que causen daño social, como es el caso de los delitos contra los deberes de la función pública.

Es consideración del investigador, que no se puede interpretar que cuando el artículo 30 inciso j) establece que es posible la reparación integral del daño *“en delitos de contenido patrimonial sin fuerza en las cosas ni violencia sobre las personas y en delitos culposos...”*, en realidad refiere a aquellos delitos que tengan **exclusivamente** contenido patrimonial, pues esto constituye una interpretación extensiva que no favorece el ejercicio de una facultad conferida a las partes y por lo tanto es prohibida por el 2 del Código Procesal Penal.

Finalmente, en relación a la **suspensión del proceso a prueba**, también se constató la existencia de dos interpretaciones sobre los requisitos para su procedencia, es esta salida alterna la que presenta mayor divergencia de opiniones, en cuanto a los casos en lo que es procedente su aplicación.

Según algunos operadores, para aplicar la suspensión de proceso a prueba, cuando el artículo 25 del código procesal penal señala que resulta aplicable *“cuando proceda la suspensión condicional de la pena”*, debe interpretarse de manera que, al realizar un análisis ex- ante o pronóstico de la penalidad que abstractamente podría aplicarse para el caso concreto (totalidad de delitos acusados a un imputado), la imposición de la pena (según el tipo de concurso de delitos), permita la ejecución condicional de la pena (pena menor de tres años de prisión o extrañamiento). Tal tesis la hemos denominado en el presente trabajo como “tesis restrictiva”. Otros han interpretado que, al igual que en la conciliación, basta con que cada delito independiente considerado se pueda anticipar una pena inferior a los tres años, tesis que hemos denominado como “tesis amplia”.

La tesis restrictiva considera que se puede aplicar la suspensión de proceso a prueba *“cuando proceda la suspensión condicional de la pena”*, de acuerdo con los artículos que regulan la condena de ejecución condicional, se circunscribe la aplicación de ese beneficio a la verificación de aspectos objetivos y subjetivos del caso en concreto. Dentro de los aspectos objetivos se debe verificar que en abstracto la penalidad del tipo tenga un mínimo de pena inferior o igual a tres años de prisión o extrañamiento, y que se trate de un delincuente primario.

Mientras tanto, en los aspectos subjetivos se debe verificar el análisis de la personalidad del acusado y su vida anterior al delito en el sentido de que su conducta se haya conformado con las normas sociales, así como el comportamiento posterior al mismo, especialmente en su arrepentimiento y deseo demostrado de reparar en lo posible las consecuencias del acto. Adicionalmente, el análisis de los móviles, caracteres del hecho y circunstancias que lo han rodeado; y que ante la consideración de estos elementos pueda razonablemente suponerse que el acusado se comportará correctamente sin necesidad de ejecutar la pena.

Así el juez que debe resolver sobre la procedencia deberá tomar en cuenta aquellas circunstancias que tengan incidencia en la pena, incluidas, por ejemplo, si se trata de un delito tentado o consumado, la existencia de atenuantes o agravantes y los concursos de delitos, sea ideal, material o delito continuado.

Para los que mantienen esta tesis, la ley es clara y por tanto no es necesario realizar ningún tipo de interpretación del texto del artículo 25 del Código Procesal Penal, tanto en su versión original que establecía; *“En los casos en que proceda la suspensión condicional de la pena, el imputado podrá solicitar la suspensión del procedimiento a prueba...”*. Como del texto vigente en la actualidad (a partir de la reforma introducida mediante Ley N°8146 de 30 de octubre del 2001), que reza: *“Cuando proceda la suspensión condicional de la pena o en los asuntos por delitos sancionados exclusivamente con penas no privativas de libertad, el imputado podrá solicitar la suspensión del procedimiento a prueba...”*.

Sin embargo, a criterio del investigador, la norma no resulta tan clara y por tanto permite otras interpretaciones que vengán a ampliar el margen de aplicación de esta salida alterna a una mayor cantidad de causas penales, sin desvirtuar el contenido de la norma o ignorar los fines tenidos en la mira por el legislador. Interpretación que se propondrá de manera amplia en el capítulo 6 del presente trabajo.

Por otra parte, en cuanto a la segunda categoría de análisis, referente a los orígenes de las diversas interpretaciones sobre los requisitos para la aplicación de las salidas alternas en la Jurisdicción Penal de Hacienda, se concluye que muchas de las interpretaciones se originan en la existencia de órdenes o lineamientos de los jefes de los despachos, en especial aquellos que

por la naturaleza y regulación normativa de los puestos que ejercen, deben seguir los lineamientos de estos jerarcas (ej. Fiscales, representantes de la CGR y de la PGR).

Algunos de estos lineamientos son verbales, aunque la Fiscalía de Probidad, Transparencia y Anticorrupción sí posee los lineamientos escritos para la aplicación de medidas alternas en delitos funcionales, emitidos por la Fiscalía General en la circular administrativa 10-ADM-2109, que además establece las razones en las que descansan las diversas interpretaciones sobre los requisitos para aplicar las medidas alternas. Aunque esta situación era diferente antes del año 2019, cuando los lineamientos eran verbales y sin indicación del fundamento de tales lineamientos.

También se identificó como causa de las diversas interpretaciones los diversos criterios dados por los tribunales superiores, los cuales, como se evidenció en esta investigación, no son criterios uniformes en cuanto a la forma como deben interpretarse los requisitos para la procedencia de las salidas alternas. Aun así, orientan las actuaciones de los jueces o de las partes y utilizan aquella interpretación que mejor convenga a sus intereses o que consideren sea la más acertada.

Además, en algunas ocasiones la diversidad de criterios se ha debido al desconocimiento de los jueces del Juzgado y Tribunal Penal de Hacienda, que lejos de ser jueces especializados en la materia, carecen de especialización y experiencia en el trámite de estos delitos, y por tanto no conocen las particularidades de estos de cara a la aplicación de las medidas alternas.

En relación con la tercera categoría de análisis, se concluye que las diversas interpretaciones sobre los requisitos para la procedencia de las medidas alternas, principalmente aquellas que limitan la posibilidad de aplicar alguna de estas medidas, han tenido implicaciones prácticas que se traducen en la imposibilidad de aplicarlas a casos que se tramitan en la Jurisdicción Penal de Hacienda. Esto genera una dificultad para que asuntos que se tramitan en esa jurisdicción alcancen una solución satisfactoria del conflicto ocasionado por el hecho delictivo. Por tanto, son un obstáculo que han impedido e impiden reintegrar la participación que corresponde a los verdaderos protagonistas del conflicto, imputado y víctima (generalmente el Estado), y niegan la posibilidad a las partes de satisfacer sus intereses sin la intervención violenta del estado.

Lo anterior su vez ha generado que algunos imputados que pudieron resolver su situación mediante alguna de estas salidas tempranas se vieran forzados a aceptar un procedimiento abreviado o ir a un juicio. Incluso algunos pudieron ser condenados con las implicaciones de criminalización secundaria y etiquetamiento que sufre una persona condenada por el sistema penal. Pero también causa una afectación a las víctimas (el propio Estado), que no ha logrado obtener la reparación en los daños ocasionados por el delito, incluido el daño social, situación que, siendo el propio Estado la víctima de estos asuntos, se incrementa, pues también tiene que soportar los altos costos que implica el trámite de las causas penales durante muchos años y además el costo que conlleva la realización de juicios.

El desuso o uso limitado de algunas de estas medidas alternas incide en el principio de última ratio, ya que no se ha logrado reservar la intervención violenta de la pena, principalmente la pena de prisión, a los casos más graves, principio que además resulta útil para racionalizar la persecución penal obligatoria. Al no existir esa racionalización, se ha generado una acumulación de casos en la Jurisdicción Penal de Hacienda (en los distintos despachos), que a su vez genera que los juicios se realicen más de una década después de los hechos, con los problemas probatorios que esto significa, como por ejemplo el desinterés, olvido por parte de los testigos y la destrucción de la prueba por su antigüedad.

También las partes representantes de la acción penal, querrela y acción civil, que asistieron a los juicios, enfrentaron problemas probatorios que les impidieron demostrar su teoría del caso en un contradictorio, y eso a su vez ha generado que causas que inicialmente eran sólidas, terminaran en absolutorias. Esto sin duda afecta la credibilidad de la respuesta punitiva del sistema penal. No se deja de lado la afectación que eso provoca al derecho de las partes, incluido el imputado, de obtener una justicia pronta y cumplida, lo que implica que la justicia se logre en un plazo razonable y dentro de un proceso en que se respeten todas las garantías y derechos de las partes, incluidos los antes mencionados.

Lo anterior no solo es una exigencia del procedimiento penal (art 4 CPP), sino que se encuentra regulado en la Constitución Política (art. 27 y 41) y en diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos, como por ejemplo en los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El actuar de los jueces puede quebrantar el principio de acceso a la justicia, cuando deniegan una petición que debió concederse, o mediante un fallo sin motivo impiden el acceso a la justicia, así lo ha estimado la Sala Constitucional en resolución N°05224-1994 del 13 de Setiembre del 1994. Además, la existencia de diversas formas de aplicar las salidas alternas genera inseguridad jurídica a las partes, quienes en ocasiones dependen de la opinión de jueces o litigantes sin especialización ni experiencia en el trámite de estos delitos, lo que podría generar que casos similares tengan resoluciones diversas.

A manera de cierre, es muy importante indicar que la presente investigación permitió conocer que las diversas interpretaciones sobre los requisitos para la aplicación de las medidas alternas en los casos que se tramitan en la Jurisdicción Penal de Hacienda, generan que las resoluciones de los jueces de etapa intermedia puedan contener vicios o errores que afectan el interés de alguna de las partes o la legalidad de dichas resoluciones.

Para corregir estos errores las partes pueden recurrir a los remedios procesales, en este caso el recurso de apelación contra el auto que dicta el juez penal cuando apruebe la aplicación de una salida alterna, pero una situación diferente se da cuando se rechaza la aplicación de determinada medida alterna. Como consecuencia del rechazo de la salida alterna el juez dicta un auto de apertura a juicio, el cual no posee recurso alguno o por lo menos no ha sido reconocido en la práctica dentro de la Jurisdicción Penal de Hacienda, como sí ha sido reconocido el derecho de apelar el auto que admite la aplicación de una medida alterna, sin tener que esperar a que se ordene un sobreseimiento definitivo.

Como se indicó en el capítulo precedente, el Tribunal de Apelación de Sentencia del Segundo Circuito Judicial de San José, según resolución 2517-2012, de las 08:35 horas del 18 de diciembre del 2012, sostuvo que para poder recurrir el auto que admite una suspensión del proceso a prueba no es necesario esperar a que se ordene un sobreseimiento definitivo, sino que es posible interponer el recurso en audiencia en la que el juez penal resuelve.

Es importante ampliar sobre este aspecto: “posibilidad de impugnar el auto en que se ordena una medida alterna”, pues de la revisión de algunos fallos se determinó que sobre este asunto existen también diversos criterios. A fin de plantear la necesidad de ampliar la investigación sobre este punto, se procede a mencionar algunos:

Sala Constitucional voto N°8591-2002, del 4 de setiembre de 2002, dispuso: 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 alternativa 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...

Sin embargo, sobre este mismo punto la Sala Tercera de la Corte, en resolución N°00807 - 2013 del 21 de junio del 2013 sostuvo:

De esta manera, resulta notorio que dicho auto, no es objetivamente impugnabile en Apelación y por eso, tampoco puede serlo mediante el Recurso de Casación intentado, pues se trata de una resolución que no pone término a la causa como si lo haría una sentencia o un sobreseimiento definitivo, en tanto está latente la posibilidad de que las partes afectadas puedan cuestionar la resolución en la que se ordene el sobreseimiento definitivo, luego de haberse cumplido el término por el que se acordó la medida alternativa.

Tal criterio no fue compartido por la magistrada Sandra Zúñiga Morales, quien en esa misma resolución salvó su voto y, tomando como base el voto de la Sala Constitucional, consideró:

Criterio que estima la suscrita extensivo y aplicable a la conciliación, frente a una impugnación por apelación de sentencia, e incluso, viable para el aquí recurrente, en este caso, el Ministerio Público, dado el principio de igualdad ante la ley. A mayor abundamiento, existen motivos adicionales para acoger la impugnación formulada; el primero con fundamento jurídico constitucional, derivado del artículo 41 de la Carta Magna que proclama la justicia pronta y cumplida y; el segundo, un argumento más bien práctico y de economía procesal, pues no tiene sentido que una eventual situación legalmente insostenible (como puede ser la improcedencia de la salida alterna propuesta) tenga que esperar el dictado de una resolución (sobreseimiento) para poder ser impugnada, cuando perfectamente la situación puede dilucidarse (sin generar incluso otras consecuencias, como erogaciones económicas o compromisos de trabajo voluntario, tornados ineficaces).

Por esta razón, el investigador recomienda que futuras investigaciones puedan determinar, sí en la Jurisdicción Penal de Hacienda en la actualidad existe derecho de las todas partes de recurrir el auto que disponga o rechace (apertura a juicio) la aplicación de una medida alterna.

Se sugiere determinar la manera como incide esa situación en la facultad que tienen las partes procesales de lograr que la resolución dictada por el juez sea revisada por un tribunal de mayor jerarquía, y si esta posibilidad es acorde al principio de igualdad ante la ley, principalmente en lo relativo a la posibilidad que tiene la defensa de acudir a remedios procesales en etapas tempranas del proceso, cuando se deniegue la aplicación de alguna salida alterna.

CAPITULO 6 PROPUESTA

Como se expuso en el apartado de conclusiones, propiamente en la conclusión sobre la interpretación que se da al artículo que regula los requisitos de procedencia de la suspensión del proceso a prueba, la norma no resulta tan clara y por tanto permite otras interpretaciones que vengán a ampliar el margen de aplicación de esta salida alterna a una mayor cantidad de causas penales, sin desvirtuar el contenido de la norma o ignorar los fines tenidos en la mira por el legislador.

Por lo anterior, se propone una forma de interpretación extensiva de la norma, siempre manteniendo el criterio expuesto en el apartado referente a la interpretación de la ley procesal penal, en cuanto se debe considerar que la primera fuente de exégesis de la ley es su propia letra y por tanto la interpretación que se haga de esta debe ser gramatical, y teniendo en consideración que tanto en la interpretación restrictiva como la extensiva, el intérprete aplica una solución que está contenida en la norma, pero en la interpretación extensiva se trata de interpretar la norma de manera que permita aplicar la solución contenida en ella a un grupo mayor de casos, siempre que estos casos estén definidos por la regla, es que se propone una interpretación extensiva sobre qué sentido se le debe dar al texto del artículo 25 del código procesal penal, cuando establece que el imputado podrá solicitar la suspensión del procedimiento a prueba “Cuando proceda la suspensión condicional de la pena...”.

El investigador considera que una interpretación de este tipo es permitida en el ordenamiento jurídico, ya que el artículo 2 del código procesal penal, y propiamente el principio de interpretación restrictiva de las normas, tiene como propósito evitar excesos que afecten las garantías fundamentales de todas las partes en el proceso penal, debido a que le prohíbe ir más allá de las consecuencias que se derivan del texto de la respectiva norma. Sin embargo, no puede significar un límite al momento de reconocer una facultad o derecho a una de las partes sin perjuicio de la otra o un derecho común a las partes.

Ahora bien, de la misma estructura de la norma, no puede interpretarse que cuando esta indica que podrá solicitarse “Cuando proceda la suspensión condicional de la pena”, se refiere al caso en concreto, pues esta mención a los “casos”, desapareció desde la reforma introducida mediante Ley N° 8146 de 30 de octubre del 2001. Más bien, analizado este artículo en contexto,

se observa que cuando define positivamente en qué casos aplica, y negativamente aquellos casos que quedan fuera o en los que existen limitaciones para su aplicación, habla de delitos, como se observa en el segundo párrafo de dicho numeral:

No procederá la medida en los delitos dolosos, cuando el hecho se haya cometido por medio de fuerza en las cosas o violencia sobre las personas. Este instituto procesal se podrá aplicar solamente en los delitos de violencia patrimonial contemplados en la Ley N.º 8589, Penalización de la Violencia contra las Mujeres, de 25 de abril de 2007, cuando no exista violencia contra las personas y siempre que se hayan tramitado con aplicación de la Ley de Justicia Restaurativa (el subrayado es propio).

Por lo tanto, no sería lógico interpretar que en el primer párrafo se deba hacer un análisis del caso en concreto, pero en el segundo párrafo al referir “delitos” se requiera únicamente analizar que cada delito independientemente considerado permita la ejecución condicional de la pena.

Otro aspecto muy importante tiene que ver con la interpretación teleológica objetiva, es los fines de la suspensión del proceso a prueba, que ya fueron mencionados en el apartado denominado “La regulación normativa de la suspensión del proceso a prueba”. Entre estos se enumeraron: una reasignación eficiente de los recursos del sistema penal de acuerdo con criterios razonables y controlables de persecución penal, disminuir la criminalización secundaria y evitar el etiquetamiento formal de la persona condenada por el sistema penal, un relevante descongestionamiento del sistema judicial, además que persigue propiciar la solución del conflicto social e interpersonal provocado por el hecho delictivo, ya que procura lograr la reparación que los daños causados a las víctimas.

Si tomamos en cuenta la voluntad de la ley podremos apreciar que una interpretación como la propuesta es la que permite de mejor manera alcanzar esos fines. Si consideramos las características de la suspensión del proceso a prueba en relación con la conciliación (solo para tenerla como referencia), podremos apreciar que la suspensión del proceso a prueba otorga más oportunidad para alcanzar esos fines, como se explica a continuación.

En la conciliación la vigilancia del cumplimiento de las condiciones la realiza la víctima, mientras que en la suspensión del proceso a prueba existe un órgano del poder ejecutivo (Oficina

Especializada de Medidas Alternativas de la Dirección General de Adaptación Social), que se encarga de vigilar el cumplimiento y de informar al juez y a las demás partes sobre el cumplimiento mediante un informe formal. Esto a criterio del investigador genera mayor seguridad y mejor control del cumplimiento de las condiciones.

Otra situación a considerar es que la suspensión de proceso a prueba permite un plazo mayor que la conciliación para el cumplimiento de las condiciones pactadas por las partes, mientras en la conciliación el plazo máximo es de un año prorrogable por seis meses más (art.36 CPP). En la suspensión de proceso a prueba, el periodo para el cumplimiento va de los dos a los cinco años (art. 26 CPP), prorrogable hasta dos años más (art.28 CPP).

Tratándose de varios delitos contra los deberes de la función pública acusados en concurso de delitos (material, ideal o delito continuado), de acuerdo con la experiencia y los lineamientos generales para la aplicación de las medidas alternas en delitos funcionales de la Fiscalía General, se podría llegar a solicitar muchas horas de trabajo comunitario o grandes devoluciones de dinero. Esto debido a que según los lineamientos de la Fiscalía General, los planes reparadores en delitos funcionales normalmente incluyen un apartado de servicio social (horas de trabajo comunitario) con el objetivo de reparar el daño social causado por la infracción al deber de probidad.

Por lo anterior, en atención al periodo en que se pueden pactar las salidas alternas, resultaría más viable para un imputado cumplir con sus horas de trabajo comunitario mediante una suspensión del proceso a prueba que por medio de una conciliación, situación que favorece el derecho de la víctima de obtener reparación del daño, sea mediante el pago de dinero, por medio de horas de trabajo comunitario o ambas.

Además la interpretación propuesta es conforme a la constitución y se mantiene dentro del ámbito de la Constitución Política y del principio pro homine, que a su vez es inherente al derecho internacional de los derechos humanos, propiamente al artículo 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), en el sentido que da prevalencia a la interpretación que más derechos reconozca al ser humano. También es acorde con las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), que en su regla 2.3 establece:

A fin de asegurar una mayor flexibilidad, compatible con el tipo y la gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente y la protección de la sociedad, y evitar la aplicación innecesaria de la pena de prisión, el sistema de justicia penal establecerá una amplia serie de medidas no privativas de la libertad, desde la fase anterior al juicio...” (el subrayado es propio).

Este tipo de interpretación es perfectamente posible en este caso, ya que se pretende el reconocimiento de facultades a las partes (víctima e imputado), sin perjuicio de la otra parte. Como ya se analizó anteriormente, a pesar de que las salidas alternas no son un derecho de las partes, en algunos casos sí son efectivas para tutelar derechos de estas, sin la necesidad de la realización de un contradictorio.

Bibliografía

Reglamento a la ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública. Decreto ejecutivo N 32333-MP-J, Poder Ejecutivo de la República De Costa Rica, (2005).

Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad, obtenido de Reglas de: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/TokyoRules.aspx>

Hernández R, Fernández C Baptista P. (2014). *METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN*. MEXICO DF: McGRAW-HILL / INTERAMERICANA EDITORES, S.A. DE C.V. Recuperado el 27 de mayo de 2019, de <http://observatorio.epacartagena.gov.co/wp-content/uploads/2017/08/metodologia-de-la-investigacion-sexta-edicion.compressed.pdf>

Binder, A. (2012). *Sentido del principio de oportunidad en el marco de la Reforma de la Justicia Penal de América Latina*. Obtenido de INECIP: <https://inecip.org/documentos/sentido-del-principio-de-oportunidad-en-el-marco-de-la-reforma-de-la-justicia-penal-de-america-latina/>

Binder, A. (2014). *Introducción al derecho procesal penal*. San José: Editorial Jurídica Continental.

Bovino , A., Lopardo , M., & Rovatti, P. (2016). *Suspensión del procedimiento a prueba: teoría y práctica*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc.

Castillo González, F. (2008). *Derecho Penal/parte general* (Vol. 1). San José: Editorial Juridica Continental.

Castillo González, F. (2010). *Derecho Penal: Parte general*. San José: Editorial Jurídica Continental.

Chaves Ramírez, A. E. (2011). *Derecho pocosal penal costarricense, LA CONCILIACIÓN*. San José: Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). (7 al 22 de noviembre de 1969). Obtenido de http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

- Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción. (s.f.).
- Convención Interamericana contra la corrupción. (s.f.).
- Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la OCDE. (s.f.).
- Creus, C. (2011). *Derecho penal: Parte general*. Ciudad de Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- Houed Vega, M. A. (2007). *De la Suspensión del Proceso a Prueba o de la Suspensión Condicional de la Persecución Penal*. San José : INEJ.
- Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales. (2016). *OFICINA DE MEDIDAS ALTERNATIVAS Y SUSTITUTIVAS (OMAS). Prácticas y estrategias*. Buenos Aires: INECIP.
- Issa El Khoury, H. (2011). *Derecho procesal penal costarricense, LA REPARACIÓN DEL DAÑO COMO CAUSAL DE EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL*. San José: Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica.
- Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, N 8422, Asamblea Legislativa de la República De Costa Rica. (2004). (s.f.).
- Ley para la creación de la procuraduría de la Ética Pública, N 8242, Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica. (2002). (s.f.).
- Llobet Rodríguez, J. (2012). *PROCESO PENAL COMENTADO (Código Procesal Penal Comentado)*. San José: Editorial Jurídica Continental.
- Marino, E. (1993). “*Suspensión del Procedimiento a Prueba*” En Maier (Julio B.J) compilador, *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis Crítico*. Buenos Aires: Argentina, Editores del Puerto s.r.l.
- Molina Ruiz, W. (2009). *Delitos funcionales: guía de investigación*. San José: Corte Suprema de Justicia. Escuela Judicial.

- Mora Mora, L. P. (1996). LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES QUE INFORMAN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE 1998. En A. d. Rica, *Reflecciones sobre el nuevo proceso penal* (págs. 3-48). San José: Imprenta y Litografía Mundo Gráfico S.A.
- Murillo Salazar, R. (2003). *Justicia Pronta y Mecanismos Alternativos (Soluciones alternativas, abreviado y plazo razonable, en la jurisprudencia penal y constitucional)*. San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.
- Poder Judicial Costa Rica, Fiscalía General. (Marzo de 2019). Circular 10-ADM-2019. *Lineamientos generales para la aplicación de las medidas alternas en delitos funcionales*.
- Resolución N°02313-1995 (Sala Constitucional 9 de mayo de 1995).
- Rua, G., & González, L. (03 de 2017). *Las salidas alternativas al proceso penal en América Latina. Una visión sobre su regulación normativa y propuestas de cambio*. Obtenido de Centro de Estudio de Justicia de las Américas: Rua-Gonzalez_lassalidasalternativas_REV20.pdf
- Sala Constitucional, Resolución N° 4947-2002 (24 de mayo de 2002).
- Sala Constitucional, resolución 430-2000 (12 de enero de 2000a).
- Sala Constitucional, resolución 4978-00 (28 de junio de 2000b).
- Sala Tercera, resolución N° 00440-1991 (23 de agosto de 1991).
- Sala Tercera, resolución N° 796-98 (21 de agosto de 1998).
- Sala Tercera, resolución N° 01294 - 1999 (15 de octubre de 1999).
- Sala Tercera, resolución N° 528-2001 (31 de mayo de 2001).
- Sala Tercera, resolución N° 528-2001 (31 de mayo de 2001).
- Sala Tercera, resolución N° 00036-2010 (3 de febrero de 2010a).
- Sala Tercera, resolución N° 1087-2010 (15 de octubre de 2010b).
- Sala Tercera, resolución N° 967-2011 (05 de agosto de 2011).

Sánchez Romero, C., & Rojas Chacón, J. A. (2009). *Teoría del delito: aspectos teóricos y prácticos*. San José: Poder Judicial.

Tribunal de Apelación de Sentencia Penal de Cartago, resolución N° 414-2019 (06 de setiembre de 2019).

Tribunal de Casación Penal, resolución 243-f-99 (25 de junio de 1999).

Tribunal de Casación Penal de San José, resolución 969-2001 (23 de noviembre de 2011).

Entrevistas realizadas:

M. Paniagua, comunicación telefónica, 20 de mayo de 2020, Entrevista N°1.

A. Román, comunicación telefónica, 18 de mayo de 2020, Entrevista N°2.

R. Hernández, comunicación personal, 20 de mayo de 2020, Entrevista N°3.

J. Jiménez, comunicación telefónica, 21 de mayo de 2020, Entrevista N°4.

C. Bonilla, comunicación personal, 19 de mayo de 2020, Entrevista N°5.

Apéndice 1: Declaración Jurada

Yo **Bryan Castro Cerdas**, mayor de edad, portador de la cedula de identidad número 1-1254-0283, graduado en la maestría de derecho con énfasis en derecho penal de la Universidad Internacional de las Américas. Hago constar que conozco las penas y consecuencias con las que se castiga en el Código Penal el delito de perjurio, y ante la Universidad y ante quienes se constituyen en el tribunal examinador de mi proyecto de graduación para optar por el título de Maestría, declaro solemnemente que mi proyecto de investigación titulado ***“LA ESPECIFICIDAD DE LOS DELITOS FUNCIONALES Y LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS ALTERNAS AL PROCESO PENAL”***, es una obra original e inédita que ha respetado todo lo preceptuado por las leyes penales de Costa Rica, así como la Ley de Derecho de Autor y Derecho Conexos número 6683 del 14 de octubre de 1982 y sus reformas, publicada en la Gaceta número 226 del 25 de noviembre de 1982; incluyendo el numeral 70 de dicha ley que advierte; Artículo 70. Es permitido citar a un autor, transcribiendo los pasajes pertinentes siempre que éstos no sean tantos y seguidos, que pueda considerarse como una producción simulada y sustancial, que redunde en perjuicio del autor de la obra original.

En fe de lo anterior, firmo en la ciudad de San Jose, a los 23 días del mes de julio de 2020.

BRYAN DANIEL
CASTRO CERDAS
(FIRMA)

Firmado digitalmente por BRYAN
DANIEL CASTRO CERDAS (FIRMA)
Fecha: 2020.07.23 14:26:07 -06'00'

Bryan Castro Cerdas

Estudiante.

Apéndice 2: Consentimientos informados.

CONSENTIMIENTO INFORMADO

Yo, Bryan Castro Cerdas, cedula 1-1254-0283, manifiesto que, el día 20 de mayo de 2020 solicité y me fue otorgado por Mauricio Paniagua Alpizar, el consentimiento para que se grabara su voz como parte de una entrevista telefónica realizada por mi persona para un trabajo de investigación para optar por el título Master en Derecho Penal en la Universidad Internacional de las Américas. El título del trabajo es:

LA ESPECIFICIDAD DE LOS DELITOS FUNCIONALES Y LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS ALTERNAS AL PROCESO PENAL.

Además, que en virtud de las disposiciones de distanciamiento social debido al COVID-19, posteriormente solicite a Mauricio Paniagua Alpizar que me hiciera llegar un documento firmado donde constara dicho consentimiento. Sin embargo, llegado el plazo de entrega del presente trabajo de investigación no se contó con tal documento. así mismo hago constar que su consentimiento consta en la grabación y transcripción de la entrevista respectiva.

Leído lo anterior lo encuentro conforme y firmo a las 14:50 horas del día 23 del mes julio de 2020.

Bryan Castro Cerdas

CONSENTIMIENTO INFORMADO

Yo, **Juan Manuel Jiménez Silva**, cédula 1-0906-0279, manifiesto que, el día 21 de mayo de 2020 di mi consentimiento para que se grabara mi voz como parte de una entrevista telefónica realizada por Bryan Castro Cerdas para un trabajo de investigación para optar por el título Master en Derecho Penal en la Universidad Internacional de las Américas. El título del trabajo es:

LA ESPECIFICIDAD DE LOS DELITOS FUNCIONALES Y LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS ALTERNAS AL PROCESO PENAL.

Leído lo anterior lo encuentro conforme y firmo a las 19:30 horas del día 13 del mes julio de 2020.

Persona entrevistada:

JUAN MANUEL JIMENEZ SILVA (FIRMA)  Firmado digitalmente por JUAN MANUEL JIMENEZ SILVA (FIRMA)
Fecha: 2020.07.13 19:33:19 -06'00'

Bryan Castro Cerdas

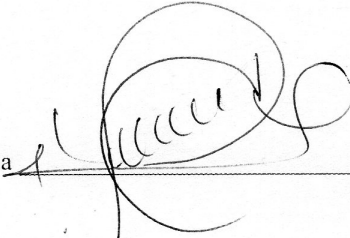
CONSENTIMIENTO INFORMADO

Yo, Carla Bonilla B. cédula 1.0964.0075 manifiesto que estoy de acuerdo en que graban mi voz como parte de una entrevista realizada por Bryan Castro Cerdas para un trabajo de investigación para optar por el título Master en Derecho Penal en la Universidad Internacional de las Américas. El título del trabajo es:

LA ESPECIFICIDAD DE LOS DELITOS FUNCIONALES Y LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS ALTERNAS AL PROCESO PENAL.

Leído lo anterior lo encuentro conforme y firmo a las 9:22 horas del día 19 del mes mayo de 2020.

Persona entrevistada: Firma



Cédula 1.0964.075



Bryan Castro Cerdas

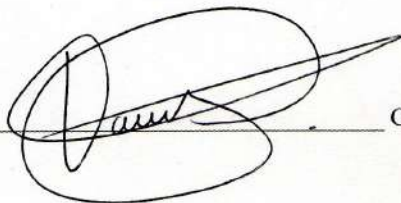
CONSENTIMIENTO INFORMADO

Yo, Randy Hernández Obregón cédula 113910259 manifiesto que estoy de acuerdo en que graban mi voz como parte de una entrevista realizada por Bryan Castro Cerdas para un trabajo de investigación para optar por el título Master en Derecho Penal en la Universidad Internacional de las Américas. El título del trabajo es:

LA ESPECIFICIDAD DE LOS DELITOS FUNCIONALES Y LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS ALTERNAS AL PROCESO PENAL.

Leído lo anterior lo encuentro conforme y firmo a las 8:30 horas del día 20 del mes mayo de 2020.

Persona entrevistada: Firma



Cédula 113910259


Bryan Castro Cerdas

CONSENTIMIENTO INFORMADO

Yo, Amy Román Bryan cédula 701580033, manifiesto que, el día 18 de mayo de 2020 di mi consentimiento para que se grabara mi voz como parte de una entrevista telefónica realizada por Bryan Castro Cerdas para un trabajo de investigación para optar por el título Master en Derecho Penal en la Universidad Internacional de las Américas. El título del trabajo es:
LA ESPECIFICIDAD DE LOS DELITOS FUNCIONALES Y LA APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS ALTERNAS AL PROCESO PENAL.

Leído lo anterior lo encuentro conforme y firmo a las 16:40 horas del día 15 del mes julio de 2020.

Persona entrevistada:

**AMY
KARINA
ROMAN
BRYAN** Firmado
digitalmente por
AMY KARINA
ROMAN BRYAN
Fecha:
2020.07.15
16:40:35 -06'00'

Bryan Castro Cerdas

Apéndice 3. Transcripción de entrevistas a profundidad.

Entrevista N°1

Entrevista telefónica realizada el 20 de mayo de 2020, al señor Mauricio Paniagua Alizar.

Entrevistador: Muy buenas tardes Don Mauricio. Mi nombre es Bryan Castro Cerdas y estoy una investigación en relación al tema de la aplicación de las medidas alternas en el proceso penal en los casos que se tramitan en la jurisdicción penal de hacienda. La idea con la entrevista es poder conocer sus opiniones en relación a la temática, con el fin de dar respuesta a mi problema de investigación, así como el cumplimiento de los objetivos de la misma. En este sentido, siéntanse libre de compartir sus ideas en este espacio, no hay respuestas correctas ni incorrectas, lo que importa es justamente su opinión sincera, Cabe aclarar que esta información, la información que usted me va a brindar es sólo para fines de ehh de investigación y sus respuestas serán unidas a otras opiniones de manera anónima y en ningún momento se identificará qué dijo cada uno de los participantes. Ehh debido a que debo agilizar la toma de la información ehh y que esta entrevista se está haciendo vía telefónica por las restricciones de contacto social debido a la pandemia del COVID 19 entrevista se está haciendo he vía telefónica por medio, por (heem) de las restricciones que existen del contacto social por el covid 19, por eso esta entrevista se (heeeem)por eso esta entrevista se esta haciendo de manera telefónica, debo grabar la entrevista para posteriormente transcribirla, usted me autoriza a realizar la grabación únicamente para los fines que ya le comenté.

Entrevistado: Si claro con mucho gusto.

Entrevistador: Don mauricio inicialmente le voy a pedir que me informe sus datos personales, únicamente con su nombre y su número de cedula es suficiente

Entrevistado: ¡Con mi nombre!

Entrevistador: si y el numero de cedula

Entrevistado: no la cedula no.

Entrevistador: ah ok ok. Su nombre completo

Entrevistado: Mi nombre es Mauricio Paniagua Alpízar y trabajo en la defensa publica del segundo circuito judicial desde el año 98

Entrevistador: Y don Mauricio con respecto al trámite de los delitos contra los deberes de la función Pública, eeh desde que año trabaja o cuanta experiencia tiene.

Entrevistado: Desde el año 2005 se dispuso por parte de la jefatura dejar dos plazas exclusivamente dedicadas a la materia penal de hacienda y es en razón de eso que yo desde esa fecha estoy, este, en una de esas plazas, bueno ahora solamente quedo una plaza desde hace dos, tres años para acá

Se corta comunicación....

Entrevistador: Con respecto a la función que usted realiza, usted me podría hacer un resumen de que es lo que hace un defensor en etapa de investigación y en etapa intermedia

Entrevistado: Los defensores en general no solo en esta materia de delitos especiales, durante la etapa de investigación tratamos de buscar algunos elementos probatorios (se corta comunicación), partiendo siempre del principio de objetividad que le corresponde al Ministerio Publico en el sentido que el Ministerio Publico debe buscar... se corto comunicación.

Entrevistador: Don Mauricio usted sería tan amable de repetirme que hace un defensor en etapa preparatoria e intermedia.

Entrevistado: Si, el defensor no solo en esta materia de delitos especiales sino en todas las materias, en la etapa intermedia, eeh perdón en etapa de investigación debe revisar el expediente debe revisar la denuncia los informes que existan, debe participar activamente en la indagatoria y debe solicitarle al fiscal todos los elementos probatorios que se tengan a mano, para poder de alguna forma coadyuvar al principio de objetividad que aplica el ministerio público, al buscar la prueba de descargo también y en ese sentido poder ofrecer elementos probatorios que nazcan de la misma entrevista que se tiene con el imputado y con otros testigos que el imputado pueda referir a efectos de poder sumar más elementos probatorios a los que de por sí ya tuvo que haber buscado el Ministerio Público, que en unas

causas lo hacen y en otras no, con el propósito de tener un mayor acervo probatorio de acuerdo con los intereses del imputado, eso en la etapa preparatoria. En la etapa intermedia entonces ya deberá existir una definición de esa investigación respecto si la termina con una solicitud de sobreseimiento con una, bueno la desestimación debería ser antes de la indagatoria, o bien con una acusación. Y si es con una acusación pues entonces en esa etapa intermedia nosotros debemos ofrecer los elementos probatorios necesarios y valorar la posibilidad de aplicar medidas alternas, que creo que es el tema que a usted le interesa ahorita según me manifestaba. Ehhh esas medidas alternas en los delitos funcionales tienen algunas variantes no de forma sino mas bien, no de fondo sino más bien de forma con respecto a la forma como el Ministerio Público valora la posibilidad de aplicar la conciliación o la suspensión del proceso a prueba, no me voy a referir al procedimiento abreviado porque no lo considero es una medida alterna y la reparación integral del daño pues igual esa sí la podemos referir.

Entrevistador: Don Mauricio, ya usted me indico, ehhh, de tres medidas alternas que usted considera, la conciliación, la suspensión del proceso a prueba y la reparación integral del daño, todas estas medidas a su criterio son aplicables a los delitos contra los deberes de la función pública.

Entrevistado: no hay que hacer una distinción importante, no se si mas adelante usted me va a preguntar, pero de una vez le respondo, como aplica la conciliación en delitos funcionales o la suspensión, primero hablemos de estas dos, pues resulta que al igual que en otras materias, otras ramas del derecho penal y otro tipo de delitos se requiere del visto bueno de la víctima y se requiere también de la anuencia del Ministerio Público, existe a nivel procesal eeeh como decirlo no es un enredo sino digamos que son diferentes opiniones respecto cual es la participación del Ministerio Público en esa medida alterna que se pretende aplicar porque en muchos casos a pesar de que la víctima y la parte representante del querellante y actor civil cuando es así, la misma victima están de acuerdo en la propuesta que se realiza por parte de la defensa en representación del imputado el Ministerio Público se opone y al oponerse el Ministerio público por supuesto de que esa negociación se cae, algunos jueces creo que aplicando lo que establece el código procesal penal con respecto a la participación del Ministerio Público en relación con la conciliación o la suspensión del proceso a prueba

echa mano a decir al Ministerio Público usted no puede participar en esa forma porque el acuerdo es entre las partes y la partes en este caso son imputado y víctima, y a partir de ahí si la víctima está de acuerdo en su entera satisfacción con lo que se está presentando y las condiciones además no son ilegales, pues el juez las admite y homologa la conciliación o la suspensión del proceso a prueba en algunos casos se está presentando todavía en el año antepasado 2018 y 2019, situaciones donde ante la propuesta de aplicación de medidas alternas, la conciliación o suspensión del proceso a prueba por parte de la defensa la víctima estaba de acuerdo y el Ministerio Público se oponía el juez homologaba pese a esa oposición y el Ministerio Público apelaba, en algunos casos el juez del tribunal de juicio declaró con lugar el recurso señalando que se requería la anuencia del Ministerio Público para poder aplicar una conciliación o una suspensión del proceso a prueba, y en otros casos otros jueces señalaron que no era así, porque el código procesal penal no prevé esta participación del Ministerio Público a efectos de negar rotundamente la posibilidad de un acuerdo, eso trato algunas otras consecuencias y algunas otras variantes, en el Ministerio Público al día de hoy ya tenemos un año y resto de estar con eso existe una circular que ahorita yo no la tengo a mano no sé el número, usted la podrá conseguir con los compañeros deee, bueno encargados de esta materia en la fiscalía, en la que la fiscal general de la república firmó esta circular a efecto de tener algo así como un inventario de la condición y cantidad de dinero que debía pagarse con respecto a diferentes tipos penales, peculado la concusión etcétera, en esta materia, un abuso de autoridad por ejemplo, lo cual trae como consecuencia que el objetivo de los compañeros fiscales que crearon esa circular era tratar de que en todos los casos existiera un acomodo de los acuerdos, algo que fuera mas o menos parejo, que una persona que haya cometido un delito ehhh de peculado con, digamos tres delitos de peculado tuviera que pagar un monto de seiscientos mil o novecientos mil colones en tal plazo y realizar tantas horas de trabajo comunal, el problema se daba porque en algunos otros casos, aplicando las reglas de conciliación que también se aplican a la suspensión del proceso a prueba en lo que tiene que ver con valorar la situación del imputado, no solo la situación económica sino física, familiar, del entorno un montón de cosas, permitían en aquel momento o antes de esta circular permitía que en los casos por ejemplo; de peculado una persona pagara una suma de doscientos mil colones, cien mil colones, cincuenta mil colones y en otros casos otra persona pagará novecientos mil, un millón de colones, cinco o diez millones de colones, esta circular

no permite de ningún modo aplicar las reglas de la conciliación, porque no permite que haya una posibilidad de maniobra en cuanto se refiere a la conciliación o la suspensión del proceso a prueba para valorar todos los elementos propios tanto de las necesidades de la víctima como las posibilidades del victimario, valorar si esa persona que cometió por ejemplo un peculado en una municipalidad siendo regidor municipal, esa persona ya tiene no se setenta años, le cuesta caminar tiene tales enfermedades, cuestiones de este tipo imposibilitarían que esta persona vaya realizar quinientas, ochocientas horas de trabajo comunitario en el plazo de dos o tres años, y además pagar una suma de dinero exagerada, lo que se requeriría es que esta persona pudiera realizar menos horas de trabajo comunal y que pudiera pagar un monto representativo digamos, a fin de poder en alguna reforma resolver el conflicto, y de alguna forma resolver no los intereses del Ministerio Público, sino de la víctima, y ahorita estamos con ese problema en la suspensión y la conciliación por esta circular.

Entrevistador: con respecto a la conciliación en los casos que existen concursos de delito cuya la pena de los delitos en concurso, superan los 3 años, para usted como defensor considera que es aplicable la conciliación

Entrevistado: Defensor, si claro que sí, porque la conciliación la no se aplica con el máximo de la pena sino con el mínimo de la pena, aun cuando existan delitos en concurso material, hablando del concurso material, específicamente tenemos que cada delito prescribe en forma independiente, significa que cada delito debe ser tratado en forma independiente, de tal manera que venir a asumir o presumir que esta persona en juicio va ser condenada por dos delitos en concurso material que en razón de eso no se le va aplicar el beneficio de ejecución condicional, sería adelantarnos a un esquema de condena que no tenemos al frente, no sabríamos que podría pasar. ¿Qué pasa si por ejemplo de esos tres delitos en concurso material hay dos prescritos?, entonces hay dos prescritos queda solo uno y por ese si podría conciliar, si los otros dos no están prescritos no se podría conciliar ya que existe un criterio del Ministerio Público, pero yo considero que, si se puede conciliar, además partiendo de otro tema que es muy importante ¿Qué es lo que busca con la conciliación?, se busca el acuerdo entre las partes básicamente, es un acuerdo es una excepción al criterio de oportunidad, y este, es un acuerdo entre las partes, este acuerdo entre las partes lo que permitiría entonces, es que, este, no se continúe con la acción penal y que es lo que busca a

final de cuentas el Ministerio Público, la resolución del conflicto, si el conflicto se soluciona en esa etapa, para que la necesidad de oponerse, de decir que se presume o que es muy posible que pueda ser condenado a nueve años de prisión por ejemplo en tres delitos de peculado en razón de las reglas del concurso material y que por eso no se le va otorgar el beneficio de ejecución condicional, no tiene razón de ser sino que más bien lo importante es tratar de aplicar el principal objetivo de la conciliación, ¡verdad!.

Entrevistador: Con respecto a esa posición usted me dice que la posición del Ministerio Público en algunos casos, indica que cuando hay concurso de delitos y la pena supera los tres años no es posible aplicarla, es así.

Entrevistado: Exactamente, pero esto ya ha venido superándose, porque con esta circular que le habla el principio que establece montos y cantidades de dinero a pagar por diferentes tipos penales y en aplicación de las medidas alternas, esa circular dice que, en delitos, ósea que en casos de concurso material siempre y cuando se aplique conciliación, si está de acuerdo el Ministerio Público, en que se aplique esa medida alterna, esto cambio desde hace un año y resto. Pero dice que yo lo que pretendo es una suspensión del proceso a prueba cuando hay concurso material no me aceptan la suspensión del proceso a prueba.

Entrevistador: Usted considera que hacer ese tipo de distinciones que me esta comentando usted que lo vamos a ver mas adelante cuando veamos la suspensión del proceso a prueba, es vamos a ver, que le parece a usted ese tipo de distinciones, si aceptamos la conciliación en el caso del concurso material, pero no aceptamos la suspensión del proceso a prueba, que considera con respecto a ese tipo de distinciones, eeh,

Entrevistado: En primer lugar, me parece que la distinción no cabe, ¿y porque no cabe?, por lo siguiente, la conciliación es un acuerdo entre las partes, la suspensión del proceso a prueba también es un acuerdo entre las partes tienen requisitos diferentes para la admisibilidad, por ejemplo, en la suspensión del proceso a prueba se requiere los imputados acepten los hechos, ¡verdad!, no es necesario que declare, pero sí que acepte los hechos que se están acusando o que han sido investigados, esto en ninguna manera hace alguna diferencia a la participación de la víctima a los derechos de la estima y la participación del imputado dentro del proceso penal, ¿y porque no hace ninguna diferencia?, el acuerdo al que ellos están llegando es el que se debe respetar, entonces vamos a ver, la suspensión del proceso a prueba, tiene un mínimo

de dos años para realizar la condiciones y un máximo de cinco años, la conciliación tiene un máximo de un año, ahí no vemos ninguna diferencia, la conciliación es un acuerdo entre las partes, la suspensión del proceso es un acuerdo entre las partes, en la conciliación no se requiere que la parte acepte ningún hecho, en la suspensión del proceso a prueba si se requiere que la parte acepte los hechos, entonces porque en una se permite aplicar la medida alterna en casos de concurso material y en la otra, en el caso de la suspensión del proceso a prueba no se permite, lo que discutía hace unos días con alguna compañera fiscal de probidad, porque me decía en un asunto digamos que sencillo, un peculado de unas llantas en una institución del país, y me decía que por ser concurso material ella no podía aceptar la suspensión del proceso a prueba a raíz de esa circular, entonces yo le decía bueno dígame cual es el razonamiento de la diferencia entre uno y otro, ¡ah, es que en la suspensión el imputado tiene que aceptar los cargos! Y ¿Cuál es el problema? Esa aceptación de cargos es exclusivamente para poder aplicar ese mecanismo de la medida alterna, esa aceptación de cargos no puede ser utilizada con posterioridad en contra del imputado, entonces al final no existe mayor diferencia entre una y otra cosa.

Entrevistador: usted considera que, con respecto a la conciliación, aquel criterio de la fiscalía de no aplicar la conciliación cuando hay concurso de delitos, principalmente el concurso material y la pena superaba los tres años de prisión, usted considera que es interpretación o esa posición de alguna manera violento los derechos de alguna de las partes.

Entrevistado: si me parece que vulnera no solo los derechos del imputado, sino que mayormente vulnera el derecho de la víctima, y además no solo dentro de la legislación nacional sino internacional porque si revisamos por ejemplo la convención americana de derechos humanos o el pacto de San José, pues ahí se releja una existencia de derechos y garantías propias de la víctima que se refieren a una participación activa dentro del proceso penal, entonces por parte del Ministerio Publico negar esa posibilidad, es simple y sencillamente anular ese derecho de participación de la víctima, es decirle ¡Miré aunque usted esté de acuerdo con esos, usted está equivocada porque usted sufrió más de lo que usted cree que a sufrido! Y eso no es propio de un Ministerio Publico que sea objetivo, es decir el Ministerio Público, considero yo, con el mayor de los respetos, que debe en primer lugar valorar cuales son los intereses de la víctima. Le explico esto, durante los años de ser defensor

público no solo en esta materia de delitos funcionales sino en otros, uno se ha encontrado infinidad de casos en que la víctima podría estar de acuerdo única y exclusivamente con que le permitan hablar, que le permitan decirle a la persona victimario que fue lo que el hizo, cual fue el daño que le provoco y como es que el pretende que se resarza ese daño, en algunas ocasiones es simplemente con una disculpa y si el Ministerio Publico impide esa posibilidad, cuando entonces la victima va tener derecho de decir algo ¿en Juicio?, en juicio para que si ya estamos en presencia de un tribunal y el tribunal debe saber qué hace si condena o absuelve, no no, es un tema de valoración de derechos, y ojo que a pesar de ser defensor público no le estoy hablando de los derechos del imputado, le estoy hablando de los derechos de la víctima, que están regulados a nivel internacional e inclusive en el código procesal penal, de tal manera que yo considero (heeee), que esa posición del Ministerio Publico es una posición que no tiene un fundamento legal y que evidentemente vulnera derechos de la víctima.

Entrevistador: Con respecto a la experiencia que usted tuvo en el tiempo que el Ministerio Publico mantuvo esa posición en relación con la conciliación, considera usted que se le impidió a alguna de las partes el acceder a la conciliación.

Entrevistado: Vamos a ver como comprender el acceso a la conciliación, porque se maneja incluso doctrinalmente que las medidas alternas no son derechos de las partes ¡verdad!, sino que es un instituto procesal que le permitiría a la parte abreviar el proceso y que le permitiría con el asunto, como comprender ese acceso, digamos que si lo comprendo como la posibilidad de que me den la razón en la aplicación de una medida alterna y que el Ministerio Publico se oponía simple y sencillamente con la interpretación de que a futuro a esa persona no se le podía otorgar el beneficio de ejecución condicional y que por tanto, en tratándose del concurso material de delitos y que por tanto no procede la conciliación u otro instituto de medida alterna si considero que hay una violación al acceso, al acceso o a la posibilidad de solicitar la medida alterna y este se ve un poco mejor reflejado, quizás mejor explicado cuando valoramos los derechos del actor civil, porque el actor civil dentro del proceso penal a pesar de que también se rige por las reglas civiles, tiene la posibilidad de gestionar un acuerdo entre las partes para poder entonces que se le pague un rubro por el daño material o por el daño social por ejemplo la Procuraduría de la Ética, di pero si el Ministerio Publico se

opone a la conciliación por supuesto que se violenta la posibilidad de proponer y en alguna forma, es que yo no voy de la mano con la palabra de accesar a la conciliación, porque no es un derecho de los imputados, si hablamos de accesar significa casi un derecho de los imputados, me parece mas bien o lo cambiara eso por la posibilidad de presentar la solicitud de la conciliación ahí si se violenta por parte del Ministerio Publico cuando el se opone, hagamos aquí una pausa, el Ministerio Publico se opone por políticas de persecución criminal, por lo que ellos quieran, por la circular, por lo que exista, no hay ningún problema, de acuerdo con el código procesal penal tienen la facultad de oponerse al punto de que no se negocie o no se concilie solo porque el Ministerio Publico no esta de acuerdo, no, el código procesal penal no da esa facultad y como no da esa facultad el juez es el que tiene que decidir aunque el Ministerio Publico se oponga, se oponga con fundamento o sin fundamento, si las partes llegan a un acuerdo y con eso ven satisfecho sus intereses debe respetarse ese acuerdo siempre y cuando no sea ilegal y ahí es donde viene el tema a que podemos nosotros llamarle ilegal; será aquel tema de que entonces que consideramos que en un futuro va ser condenado entonces no se le va dar el beneficio de ejecución condicional, di entonces esperemos a aquel momento, entonces de tal manera que no se podría aplicar ninguna medida alterna, es decir es un supuesto es una expectativa, es una presunción subjetiva de lo que pueda suceder en un juicio y por eso es que considero que ilegal la posición del Ministerio Publico cuando se partió de estos principios, de esa posición más bien que no permitía entonces que las partes pudieran solicitar la aplicación de la medida alterna..

Entrevistador: En relación a algunos principios del derecho penal y procesal penal, la naturaleza y los objetivos de la posiciones con respecto a la conciliación vulneran, alguno de estos rubros, principios, naturaleza u objetivos de la conciliación

Entrevistado: pero cuales principios estamos hablando,

Entrevistador: Vamos a ver eeeeh, la conciliación como solución del conflicto, la conciliación viéndola como ultima ratio por ejemplo, viéndola como una intervención mínima del proceso, usted considera que los principios que rigen la conciliación se la resolución del conflicto, el de ultima ratio, la paz social, los que usted considere que fundamentan la conciliación, si en alguna medida este tipo de interpretaciones que tuvo el Ministerio Publico vulneraron estos principios.

Entrevistado: Si claro directamente, siempre y cuando, haya resuelto de acuerdo con lo que pide el Ministerio Publico, porque si un juez simplemente deja hablar al fiscal y le dice que no tiene razón y acepta la conciliación no hay ninguna afectación.

Entrevistador: Sobre eso don Mauricio, si un juez resuelve una conciliación, contrario a lo que usted considera correcto, en este tema de los concursos, por ejemplo, se está discutiendo un caso donde hay tres peculados, las partes quieren conciliar y el Ministerio Publico se opone y el juez le da la razón al Ministerio Publico, que posibilidad tienen usted ante esta situación, puede hacer algo más.

Entrevistado: nosotros siempre nos jactamos del sistema procesal penal costarricense inclusive a nivel latinoamericano ¡verdad!, como que estamos muy avanzados que esto y lo otro, en este tema específico que usted está tocando no estamos avanzados para nada, porque hay un desequilibrio de recursos y de posibilidades que tiene el Ministerio Publico con respecto a las posibilidades que tiene la defensa , porque el auto de apertura a juicio no tiene recurso de apelación, es decir yo no puedo apelar un auto de apertura a juicio, entonces si yo no puedo apelar un auto de apertura a juicio que tengo que espera o que tengo que hacer para poder de nuevo plantear eeee una medida alterna, esperarme a juicio para plantear una actividad procesal defectuosa y que el juez del Tribunal de Juicio resuelva declarándola con lugar y después aplicar una medida alterna, lo cual es totalmente ilógico porque si estamos en etapa intermedia lo que se debería hacer es dejar todo listo tal como lo establece la doctrina y el código, y que es dejar todo listo, bueno definir si se aplicaron o no se aplicaron medidas alternas. Existe otra posibilidad y la otra posibilidad es que el imputado ante una situación de estas, acuse al juez penal ¿verdad? y lo acuse con un prevaricato, entonces esos son algunas cuestiones que los abogados particulares hagan, yo particularmente no lo presentaría, pero no sé hasta el día de hoy si se han presentado acusaciones por prevaricato por la aplicación de una medida alterna.

Entrevistador: usted considera que este tipo de interpretación que tuvo el Ministerio Publico, con respecto al concurso, creo algún problema practico en la aplicación de esa medida alterna

Entrevistado: Claro, si el juez se opone, si el juez dice que el Ministerio Publico lleva razón pues no puedes aplicar la medida alterna, no se puede aplicar la conciliación y la defensa no puede presentar un recurso de apelación, dice el código procesal penal que cuando se

provoque un gravamen irreparable se puede apelar y como eso provocaría un gravamen irreparable cuando puedo de nuevo presentar una actividad procesal defectuosa antes que inicie el juicio, no existiría posibilidad.

Entrevistador: Ahora pasando al tema de la suspensión del proceso a prueba ya usted me comento, vamos a hablar del mismo supuesto del concurso material de delitos cuando la pena supere los tres años, usted considera que es posible aplicar la suspensión del proceso a prueba

Entrevistado: cuando estamos en presencia de un concurso material, ¿así le entiendo?

Entrevistador: En varios delitos en concurso, cuando esa pena supera los tres años.

Entrevistado: yo considero al igual como le decía para la conciliación o como le decía para la suspensión del proceso a prueba, que esa es una interpretación, digamos decir que no se puede, es una interpretación que no tiene un asidero jurídico, porque la suspensión del proceso a prueba pese a que regula diferentes requisitos de admisibilidad, al final de cuentas es un acuerdo entre las partes y tiene que respetarse lo que las partes decidan en su conflicto, porque de lo contrario de nuevo sería arrebatarle el conflicto a la víctima y el Ministerio Público decidir por ella, pues al día de hoy con las nuevas doctrinas y la nueva legislación digamos en protección de los intereses de la víctima, no es válido

Entrevistador: Don Mauricio y usted me había comentado que el Ministerio Público actualmente mantiene la posición que en estos casos de concurso de delitos cuando la pena supera los tres años, aun al día de hoy ellos no admiten la suspensión del proceso a prueba,

Entrevistado: Efectivamente no se admite al día de hoy, además en cuanto a la conciliación existe la casi imposibilidad de aplicarla. Que es lo que pasa que los compañeros fiscales auxiliares incluso coordinadores se presentan a la audiencia preliminar o al juicio y dicen nosotros no podemos llegar a un arreglo porque existe esta circular que para nosotros es obligatoria, de tal manera que yo no le puedo aceptar una suspensión del proceso a prueba y en la conciliación el fulano, el imputado tendrá que realizar seiscientas horas de trabajo comunal en el plazo de dos años, seiscientas horas de trabajo comunal en el plazo de dos años significa que el imputado prácticamente no puede trabajar los fines de semana y si vemos que además es una población vulnerable, una población pobre y con diferentes necesidades,

pues es prácticamente imposible cumplir con ese tipo de acuerdos, además de esas seiscientas horas le están pidiendo que se yo un millón de colones o sumas de este tipo, ¡verdad!

Entrevistador: Sobre la vulneración que ese tipo de posiciones que se mantienen en la actualidad, ya usted me dijo que vulneraban derechos de la víctima, pero considera que hay otras partes a la que vulneran algún derecho.

Entrevistado: A la parte acusada la posibilidad de solicitar la aplicación de la salida alterna, porque la salida alterna como tal no es un derecho del imputado, no es de que exista una norma que diga que en todos los peculados se puede llegar a una conciliación o una suspensión de proceso a prueba sino que hay que valorar cada caso y que es lo que se ofrece o que fue lo que se hizo con anterioridad, cada caso es diferente con respecto a esta posibilidad de negociación y de ofrecer condiciones a cumplir. A mí me parece que la conciliación y la suspensión del proceso a prueba con circulares como las que tiene ahorita el Ministerio Publico para este tipo de delitos, están siendo vulneradas como institución y están siendo, al ser vulneradas están violentando el debido proceso y el debido proceso es un derecho fundamental de las partes, tanto de la víctima como del imputado

Entrevistador: Además de la vulneración al debido proceso, considera que afecta o vulneran la naturaleza y los objetivos de la suspensión del proceso a prueba este tipo de interpretaciones.

Entrevistado: ¡si claro! cuando usted ve que la Corte Suprema de Justicia ha invertido millones de millones de colones para una justicia restaurativa, cuando usted ve que en la justicia restaurativa no se lleva un solo caso de materia delitos funcionales o penal penas de hacienda, pero pese a eso la dirección que está dando la corte es, debemos aplicar con mayor oportunidad las medidas alternas para la solución del conflicto adecuada, que además trae como consecuencia el que el sistema cambie porque se aminorar un poco la cantidad de casos que llegan a juicio, entonces usted se da cuenta que estas interpretaciones efectivamente vulneran el sistema.

Entrevistador: Con respecto al remedio procesal que usted puede intentar si un juez, por ejemplo, admite la posición del Ministerio Publico y no se pueda aplicar una suspensión del

procedimiento a prueba, sería lo mismo que me dijo para la conciliación, ¡verdad! de que no se puede plantar un recurso.

Entrevistado: Si, sin embargo le dijo lo siguiente, nosotros como defensores estamos llamados a hacer lo último, lo máximo que se pueda, yo no me puedo poner un frontera para decir yo no voy a ir a apelar porque de por si en tantas, en diez o en quince me han dicho que esos no tiene apelación, yo puedo intentar la apelación diciendo que existe un gravamen irreparable y esperar a ver que resuelven y si cambio de criterio el Tribunal de Apelaciones. ¡verdad!, el tribunal de juicio digamos, pero que pasa cuando yo intente una conciliación o una suspensión del proceso a prueba, llego a juicio, en juicio no me declaran con lugar una actividad procesal defectuosa, se realiza el juicio y hay una sentencia condenatoria, en esa sentencia condenatoria yo podría entonces plantear una defectuosidad y alegar que violento el derecho de las partes al no admitir la suspensión del proceso a prueba o la conciliación por la oposición del Ministerio Publico, si lo puedo hacer y me parece que existen algunos votos respecto de esto, en donde el tribunal de apelación si ha dicho que si existe un vulneración.

Entrevistador: me gustaría saber si tanto en la conciliación como en la suspensión del proceso a prueba, usted ya me dijo que la posición de la fiscalía es básicamente una y que siguen mucho el tema de la circular, con respecto a la posición de los jueces, usted considera que los jueces de la Jurisdicción Penal de Hacienda, hacen una aplicación uniforme de estas medidas respecto a este caso en particular, es decir en el tema de los concursos, o ha visto criterios de criterios.

Entrevistado: ¡Mire! Le voy a hablar un poquito antes, una de las cosas que yo he peleado durante muchos años es que la eee competencia de la jurisdicción penal de hacienda se elimine este y que no sea exclusivamente en el Segundo Circuito Judicial y si no que la competencia para conocer de estos tipos penales sea a nivel nacional al igual que cualquier otro tipo penal, porque le digo esto dentro de este circuito judicial que es e competente específico en todo el país para conocer de esta materia, al día de hoy lamentablemente no existe especialidad de ningún juez, ni juez de garantías, ni juez de etapa intermedia , ni juez de etapa de juicio, ni tampoco de jueces del tribunal de apelación. Es decir, no existe una especialidad de los jueces, de tal forma que un juez que hoy esta nombrado en los Chiles y que ha tenido tantos años de estar nombrado allá, mañana lo nombran en este circuito judicial

y tiene que resolver asuntos de penal de hacienda, no existe ninguna especialidad y no por el hecho de que el compañero este en los Chiles es menos o es más no, es por el asunto de si ha tenido si ha tenido alguna trayectoria conociendo este tipo de delitos, y la práctica es la que nos ha enseñado que existen muchos criterios que uno considera equivocados pero el mayor de los respetos algunos que considera muy atinados sin que necesariamente le den la razón a uno que es lo que se puede interpretar de la letra de la ley, pero ahí hay un tema de suma importancia, eeeeh como debe ser la interpretación del derecho penal costarricense, la interpretación nunca puede ser en contra de los intereses del imputado, entonces le pongo el siguiente ejemplo: un delito aduanero nada de concurso estamos hablando de un delito aduanero y resulta que este delito que se titula aduanero por una defraudación fiscal aduanera, resulta que el Ministerio Público lo califica al final como una falsedad ideológica y uso de documento falso, entonces ante ese caso el asunto dejó de ser penal de hacienda y si dejó de ser penal de hacienda debería resolverse en la jurisdicción penal donde se dio el delito, y eso no se hace en este circuito judicial, no en todos los casos si no en la mayoría, por que el tribunal parte de que si ya está en este circuito se queda en este circuito. Existen diferentes criterios con respecto a como resolver asuntos de la jurisdicción penal de hacienda, no solo en cuanto al tema de los concursos, que es ya de por si un tema áspero porque, porque es un tema yo diría que no tiene mayor posibilidad de interpretación sin embargo existe interpretación, y también con el tema de las medidas alternas que le decía al principio algunos jueces dicen que lleva razón el Ministerio Público y otros jueces dicen que no lleva razón el Ministerio Público y admito el arreglo a pesar, a pesar de que el Ministerio Público se está oponiendo, y a pesar de que sabe que su resolución va ser apelada, entonces al no existir esa especialidad, al seguir existiendo la cantidad de jueces interinos, al seguir existiendo eeee nula formación, óigase bien, nula formación de parte de la Escuela Judicial en esta materia de delitos funcionales creo que vamos a continuar con el mismo problema ¡verdad!, en el sentido que unos dicen si y otros dicen no y esto por su puesto trae un gravísimo riesgo al sistema institucional porque entonces la persona depende de si va a juicio o no, o si le admiten o no una medida alterna, depende del juez imagínese que grave que es eso.

Entrevistador: Y eso se refleja también, don Mauricio, por ejemplo, en las apelaciones que han presentado con respecto a esta aplicación de medidas alternas se refleja también en el

Tribunal de Juicio cuando conocen la apelación o en el Tribunal de Juicio se ve un poquito más unificado el asunto.

Entrevistado: No en el Tribunal de Juicio se refleja lo mismo, le voy a explicar el Tribunal de Juicio de aquí uno ya puede adivinar qué es lo que va resolver, porque los jueces que están en apelación son tres, esos jueces que están en apelación, bueno ahora ya se había ido don Álvaro Burgos, pero estaba don Hugo, don Álvaro Burgos y a veces Don Hugo Porter, entonces de otras resoluciones que han dictado ya sabe uno que le van a resolver, lo que es gravísimo porque eso violenta el principio de juez natural, es decir es un juez específico para resolver esta materia, y eso no puede ser debería existir un rol para las apelaciones. Entonces esta situación de que un juez dice hoy, estoy de acuerdo con el Ministerio Público eee debió haberse tomado en cuenta su manifestación y su posición, estamos en presencia de un delito, varios delitos en concurso material que este se puede presumir que en juicio sería condenado y que se le va imponer una pena superior a tres años y por tanto no se puede aplicar el beneficio de ejecución condicional en razón de eso no se cumple con los requisitos fundamentales para aplicar las medidas alternas, hoy un juez dice eso y mañana otro juez dice otra cosa no tenemos un solo criterio, no existe una unificación jurisprudencial sobre eso.

Entrevistador: Vamos a pasar al tema de la reparación integral del daño, usted considera que la reparación integral del daño es posible aplicarla en los delitos contra los deberes de la función pública.

Entrevistado: ok existe todo un tema interesante con respecto a la reparación integral del daño, podríamos decir que la reparación integral del daño es una medida alterna, algunas personas y algunos doctrinarios dicen que no es una medida alterna, yo considero que, si lo es, la reparación integral del daño que es lo que tiene en el fondo un acuerdo entre las partes es una satisfacción de los intereses de las partes, yo como imputado prefiero pagar tantos millones de pesos y quedar pero no jugarme el chance de ir a juicio donde me van a condenar un montón de años a prisión, entonces así satisfago mis intereses y la contraparte lo que dice es yo prefiero tener la plata ahorita y no tener que ir a jugármela en una ejecución, digamos en una acción civil resarcitoria declarada con lugar, nos sale más barato el proceso se termina mucho más rápido, se desahoga un poco el sistema, y entonces a partir de ahí considero que

la reparación integral del daño también es una medida alterna, pero recuerde que la reparación integral del daño tiene ciertas características de admisibilidad diferente a la conciliación y la suspensión del proceso a prueba, la reparación integral nunca se hace a plazo es una reparación en el momento, la reparación integral del daño significa casi siempre, nunca una condición a plazo o una condición de hacer o no hacer, la reparación integral se puede hacer antes de que se abra el debate sin necesidad de plantear una actividad procesal defectuosa para poder abrir otra vez la posibilidad de aplicar una medida alterna, sino que se puede hacer antes de que se le de lectura a la acusación en el debate, eso permite que entonces algunas personas se jueguen el chance de ir a juicio y desde la audiencia preliminar o antes están buscando un préstamo o una hipoteca esto lo otro para el momento del debate poder pagar al imputado resolviendo así el conflicto, pero. Los delitos funcionales son pluriofensivos eso dice la doctrina, pluriofensivos significa que un delito funcional afecta varios bienes jurídicos a la vez no solo el contenido patrimonial, sino también el bien jurídico probidad y cuando hablamos del bien jurídico probidad es cuando nos encontramos con un problema porque el Ministerio Público se opone señalando que por ejemplo en un delito de peculado no podría aplicarse la reparación integral del daño o en una concusión o en un abuso de autoridad porque lo que está en juego es el deber de probidad sobre todo, a pesar de que protege otros bienes jurídicos, yo no comparto ese criterio y en el Ministerio Público algunos fiscales lo mantienen y otros no, porque no comparto ese criterio bueno, si nosotros no podemos decir que este, hee la reparación integral del daño se pueda aplicar a un delito que no tiene un contenido patrimonial entonces estaríamos dejando de lado la pluriofensividad del tipo penal funcional, porque estamos diciendo entonces que este tipo penal funcional nunca va a ser un tipo penal de contenido patrimonial y si no es un delito de contenido patrimonial de carácter patrimonial entonces porque es que se presentan acciones civiles, entonces ahí hay un problema, si se presenta la acción civil es porque necesariamente hay un contenido patrimonial, si existe es contenido patrimonial, lo que dice el código procesal penal es que no se podrá aplicar la reparación integral del daño en aquellos delitos de, eee no más bien se podría aplicar la reparación integral del daño en aquellos delitos de contenido patrimonial pero no dice exclusivamente, entonces existe una interpretación en contra de los intereses del imputado y del mismo debido proceso al señalar que en los delitos funcionales no se puede aplicar la reparación integral del daño, pero digo eso partiendo de

una interpretación que va en contra de la forma de cómo debe interpretar el derecho procesal penal siempre a favor del imputado, si es en contra de los derechos del imputado es una interpretación ilegal que es lo legal interpretar en donde haya alguna falencia o alguna cosa que no esté clara pero siempre a favor del derecho del imputado, e derecho del imputado y el derecho de la víctima es sobre todo poder pactar un acuerdo, si es su derecho pactar un acuerdo entonces no debería existir ninguna resistencia o posición en la reparación integral del daño. La reparación integral del daño de acuerdo con la interpretación que realizan algunos funcionarios del ministerio público y algunos jueces por supuesto que le dan la razón al Ministerio Público para mí es ilegal y es una interpretación en contra del debido proceso, creo que la reparación integral del daño si podría y debería aplicarse en delitos funcionales, a pesar de que se llaman delitos funcionales o delitos de penal de hacienda.

Entrevistador: usted ha escuchado una posición que refiere que la reparación integral cuando hay concurso de delitos, solo pueda ser aplicada con respecto a uno de ellos. y si se resolviera con más de uno de ellos, en realidad lo que se estarían haciendo son 2 reparaciones integrales, cuando la ley en realidad lo que permite es una, la ha escuchado algo sobre eso o le es nuevo?

Entrevistado: No eso no lo he escuchado, lo que he escuchado es que en algunos casos se oponen a la reparación integral del daño, alegando que no se cumple con los intereses de la parte, de la parte victima ¡digamos!, el estado o sea quien sea, eso es lo que he escuchado y permítame para ver, de lo que usted me esta diciendo le comprendo que hay un concurso de delitos, una sola persona como acusada, y a esa persona le admiten la reparación integral del daño para uno de esos hechos, no no lo he escuchado pero, además yo no lo propondría de esa forma ni lo aceptaría tampoco porque que se gana, ósea cual sería la virtud o cual sería el objetivo.

Entrevistador: Usted considera que, en la práctica, esta posición que mantuvo el Ministerio Público y aun mantienen algunos fiscales de considerar que el bien jurídico probidad que esta presente también junto con el patrimonio en algunos delitos, no es susceptible de ser reparado, ha generado algún problema practico, es decir en la práctica genera algún tipo de problema este tipo de posiciones.

Entrevistado: Claro porque no permite aplicar medidas alternas, ni permite aplicar la reparación integral del daño. Claro que sí.

Entrevistador: y la ultima pregunta es con base al remedio que usted podría intentar eventualmente si un juez es del criterio del fiscal, que en este caso por el bien jurídico la probidad no se puede aplicar la reparación integral del daño, si un juez resolviera de esa manera, para ver si son los mismos remedios que usted me dijo ahora o hay algo diferente

Entrevistado: el remedio procesal que yo considero, volverlo a plantear e juicio, una actividad procesal defectuosa y volverlo a plantear en juicio, pero no con esto estoy diciendo que no debe existir la disposición d un defensor de presentar un recurso de apelación, me doy a entender debe el defensor presentar recurso de apelación pese a que considere que va ser rechazado fundamentado en el gravamen irreparable, debe presentarse el recurso de apelación pero de lo contrario debe presentarse una actividad procesal defectuosa antes de iniciar el debate a fin de alegar que el a quo se equivocó al no permitir que las partes aplicaran un remedio procesal y haciendo ver toda la legislación que regula el tema de la conciliación, suspensión del proceso a prueba de los proyectos ya en vigencia de la Corte Plena con respecto a tratar de que el conflicto se resuelva mediante medidas alternas y valiéndome de eso solicitar entonces que se declare ese defecto y que aplicar entonces la reparación integral o la suspensión o conciliación y en eso hay un tema también interesante yo podría plantear una actividad procesal defectuosa en contra de una resolución no no procede, entonces a partir de ahí si el tribunal me dice que no procede por eso mismo que le estoy señalando, lo único que queda es poderlo alegar en un recurso en contra de la sentencia por una violación al debido proceso, pero note hasta donde hay que llegar, de tal manera que si existe un desequilibrio en las herramientas procesales para el Ministerio Público y para la defensa, porque el Ministerio Público si puede por ejemplo apelar un sobreseimiento definitivo y nosotros no podemos apelar que el juez no hay admitido una suspensión del proceso a prueba.

Entrevistador: Don Mauricio hasta aquí es el instrumento, esa es la información que yo quería recopilar, si desea realizar algún comentario final.

Entrevistado: Si nada más lo siguiente, las medidas alternas en Costa Rica serían, si se aplican adecuadamente al igual que la audiencia preliminar, serían la mejor salida para poder bajar la mora judicial y sin embargo existen oposiciones y existen mal praxis que no permiten darle el debido interés a esas medidas alternas y a la audiencia preliminar.

Entrevista N°2

Entrevista telefónica realizada el 18 de mayo de 2020, a la señora Amy Roman Bryan.

Entrevistador: Buenos tardes Amy. Mi nombre es Bryan Castro Cerdas y estoy haciendo un trabajo de investigación en relación al tema de la aplicación de las medidas alternas en el proceso penal en los casos que se tramitan en la jurisdicción penal de hacienda. La idea con la entrevista es conocer su opinión en relación con esa temática, con el fin de dar respuesta a mi problema de investigación, así como el cumplimiento de los objetivos de la misma.

Entrevistado: mjm

Entrevistador: En este sentido, siéntanse libre de compartir su idea en este espacio. Aquí no hay respuestas correctas o incorrectas, lo que importa es justamente su opinión sincera. (E y) Cabe aclarar que esta información es sólo con fines de investigación, sus respuestas serán unidas a otras opiniones de manera anónima y en ningún momento se identificará qué dijo cada uno de los participantes. Esta entrevista se está haciendo he vía telefónica por medio, por (heem) de las restricciones que existen del contacto social por el covid 19, por eso esta entrevista se (heeeem)por eso esta entrevista se revisa de manera telefónica

Entrevistado: De acuerdo

Entrevistador: para agilizar la toma de la información, que me resulta muy útil realizar alguna grabación, pues tomar notas a mano resulta bastante la inversión de tiempo que hay que hacer y se pueden perder cuestiones importantes. ¿Existe algún inconveniente en que yo grave la conversación y le recuerdo que el uso de la grabación es solo para fines de análisis?

Entrevistado: (hee) no, no hay ningún inconveniente, tiene mi autorización

Entrevistador: Muchas gracias Amy desde ya le agradezco por su tiempo, (heee) le solicitare inicialmente que me (he) me indique sus datos personales y la función que (he) que desempeña

Entrevistado: Mi nombre es Amy Román Bryan soy abogada (he) mayor de edad, cedula 7 0758 0033 (Hee) actualmente laboro en la Procuraduría General de la república como procuradora de la ética Pública.

Entrevistador: ¿Dentro de esa función como procuradora de la ética pública a usted le corresponde conocer el trámite de delitos contra los deberes de la función pública?

Entrevistado: A si es, estoy destacada en el área de la ética pública, que es la que se encarga de conocer todos los delitos relacionados con (he) función pública (Hee) Deberes, delitos, perdón, contra los deberes de la función pública o por violación al deber de probidad.

Entrevistador: ¿Dentro de esa función que es lo que le corresponde a usted (hee) dentro del proceso penal, es decir en qué calidad actúa usted dentro del proceso penal?

Entrevistado: Bueno en el caso del proceso penal tengo (he) participación directa he si (hee) puede ser en en tres calidades, (hee) los procuradores actúan por imperio de ley y delegados por los procuradores generales de la república en la sección del estado en delitos en los cuales los funcionarios públicos, este, incurren en inmersos delictivos y ya afecta la función pública o la (he) deber de probidad que es de respetar, en ese sentido entonces (he) intervengo en representación del estado por un mandato, como (hee) el estado fungiendo, perdón como víctima o (he) también tengo la posibilidad de acuerdo con el código judicial penal de intervenir en los procesos penales (hee) ejerciendo la acción penal directamente de manera independiente al ministerio público (hee) sin subordinarme a las actuaciones o a las teorías del caso que ellos tienen a través de la querrela de acción pública y también por ser la acción civil resarcitoria (hee) generando en ese sentido responsabilidad de derivados en hechos punibles y (hee) esas serían las tres (hee) condiciones en las que puedo (he) intervenir en un proceso penal.

Entrevistador: ¿Dentro del marco normativo que le permite actuar bajo esa condición (hee) que se encuentra, es decir que leyes regulan esa (hm)?

Entrevistado: Si, esas competencias las regulan en primer término, la ley (he) orgánica de la procuraduría de la república que es la que establece el el deber y la obligación de los procuradores de actuar bajo mandato legal, (he) generado por los procuradores jercarcas en representación del estado y específicamente (hee) en el artículo 3 inciso h que es el que me faculta a mi como procuradora de la ética pública a actuar denunciando, acusando, persiguiendo a los funcionarios públicos o particulares que tengan contacto con bienes públicos (he) para intervenir en este tipo de delitos, en igual sentido (he) la ley o el código

presencial penal permite en el artículo 16, a la procuraduría de la república de hacer la acción penal, como le indique anteriormente en en una, en en un listado específico de delitos pero entre ellos se encuentran los delitos que afectan los bienes jurídicos de probidad o deber de la función pública y en el artículo 37 se habilita la posibilidad de que se ejerza la acción civil retransitoria de manera general sea por daño material o (he) en el caso de daño ambiental o de diagnóstico no específico en la ley orgánica de la procuraduría y también (hee) en la acción civil retransitoria por daños social que está regulada en el artículo 38 y que se da cuando se afecta (he) como un hecho delictivo, intereses colectivos o difusos, también en el código procesal penal a partir del artículo 77 está regulado a una querrela de acción pública y a partir del artículo (no se entiende) está regulada la acción civil retransitoria.

Entrevistador: Dentro de esa función a usted le corresponde asistir a esas audiencias Preliminares

Entrevistado: Si señor

Entrevistador: Cuales son las (hmm) medidas alternas que se pueden aplicar en delitos contra la función pública

Entrevistado: Si, En delitos contra los deberes de la función pública se pueden aplicar 3 diferentes tipos de medidas alternas y el procedimiento especial abreviado, las 3 diferentes medidas alternas (he) por ser audiencia preliminar el momento procesal oportuno son la conciliación, la suspensión del procedimiento a prueba y la reparación integral del daño del inciso 30 inciso j.

Entrevistador: Existe alguna diferencia entre las medidas alternas, que se aplican en los delitos (hee) de probidad con respecto a las que se aplican a otros delitos

Entrevistado: No existe ninguna diferencia, porque la normativa base es la misma para todos los delitos, no hay una diferenciación, sin embargo, la práctica ha señalado distintas interpretaciones, que son las que han llevado a (he) recibir distintos requisitos o impedir inclusive en algunos casos aplicasen, algunos, algunas de las medidas que ya mencioné, medidas alternas (he) con base en la interpretación

Entrevistador: (he) Con respecto a ese tema y con relacionado con el tema de la, de la conciliación inicialment

Entrevistado: Si

Entrevistador: En los delitos en que existen concursos de delito y la pena de los delitos en concurso, superan los 3 años, considera usted que es posible la aplicación de la conciliación

Entrevistado: En el caso de la conciliación eso es todo un tema, ejemplo, deme un segundo. Si, como le estaba diciendo en el caso de la conciliación, (he) el legislador uso una redacción distinta a la que usa por ejemplo en la suspensión del procedimiento a prueba de allí es que han derivado diferentes tipos de de interpretación (he)(he) la más viejas si mal no recuerdo del 2009 en donde se decía, para otro tipo de delitos que no eran funcionales, que el legislador al usar la palabra delito, podía o habilitaba para que se dieran de manera independiente de (he) los hechos y la cantidad de delitos que se le atribuían a las personas y que en consecuencia se podía aplicar independientemente del número de delitos la conciliación, porque se tenía que ver de manera independiente, que cada delito admitiera la suspensión constitucional de la misma, entonces a raíz de eso (he) en otro tipo de delitos como le digo, no en los funcionales, comenzaron a aplicar conciliaciones, a pesar de que era de delitos cometidos en concurso material. Con relación a la conciliación en delitos funcionales inicialmente hubo una interpretación que estableció (he) en la fiscalía y de paso una vez le digo que yo fui fiscal por muchos años, (heee) dentro de las labores que realice (he) estuve destacada en la Fiscalía de Probidad, Transparencia y Anticorrupción (he) entonces conozco de mi propia mano, por así decirlo así, (heee) lo que le estoy dici, comentando, que se decía que en la conciliación no se podía aplicar a delitos funcionales al igual que la reparación integral del daño, porque no había (hee), se violentaba el deber de probidad y (hee) no se permitía en casos en que había concursos (hee) porque donde decía la norma, en el artículo 36 ejecución condicional de la pena tenía que hacerse una promiosis o un análisis ex ante y que entonces no se podía aplicar la conciliación, esta interpretación vario en el año 2017-2018 si mal no recuerdo, 2018 de hecho. Y (he) se consideró con base en la jurisprudencia de Sala Tercera e inclusive en jurisprudencia constitucional que se podía aplicar la conciliación porque la redacción del, del articulo 36 hacía referencia a delitos no a los hechos propiamente dichos, entonces el tipo penal permitía en sus extremos menor y máximo la admisión de la suspensión constitucional de la pena, entonces se decía, que si podía aplicar la conciliación y esa es la, la consideración o interpretación que se está aplicando actualmente

con base a una circular de Fiscalía General que fue emitida si mal no recuerdo a principios del 2019.

Entrevistador: Según lo que entiendo Amy (he) ya la sala (he) tercera (he) había definido el tema de que, al artículo, el artículo al referirse a delitos, no había que hacer una prognosis de la pena, sino que hay que analizar el delito de manera individual.

Entrevistado: Si

Entrevistador: desde, desde antes, desde

Entrevistado: si el delito admite la ejecución condicional de la pena porque en el artículo 36, si usted se fija en la segunda (he) línea, dice en los delitos y si usted sigue leyendo en acción pública, perdón acción privada, acción pública, instancia privada, los que admitan la suspensión condicional de la pena, procederá la conciliación

Entrevistador: (Mjm) Y la fiscalía de probidad (hee) aplicaba algo diferente basado en que, si la jurisprudencia ya lo había establecido así, la fiscalía de probidad en que se basaba

Entrevistado: Lo que pasa es que la jurisprudencia no era un univoca había jurisprudencia distinta, pero la más reciente determino que efectivamente tenía que interpretarse de manera restrictiva y (he) se tenía que entender que era en los delitos que admitían la ejecución condicional de la pena, a diferencia de la suspensión de procedimiento a prueba que tiene una redacción diferente, entonces en ese cuerpo es (he) se cambió la interpretación y como me pregunto básicamente la interpretación, provenía del otrora fiscal adjunto Juan Carlos Cubillo que era el fiscal que creo o que estaba desde la creación de la fiscalía de probidad él era el que tenía ese lineamiento, esa directriz, no era una directriz por escrito, de hecho yo durante el tiempo que estuve en la fiscalía (he) desde el 2012 si mal no recuerdo o 13 (he) siempre insistí de que tenía que tenerse una circular por lo menos para por o por lo menos una directriz a lo interno para poder unificar esas interpretaciones, que (he) definitivamente iban en contra de los intereses de los imputados y sin ningún tipo de razón lógico jurídica (he) y finalmente se logró hacer pero (he) inicialmente como le digo, era a criterio de cada adjunto.

Entrevistador: ¿Según lo que entiendo, existe una posición que difiere que para la aplicación basta con que cada delito de manera individual en su pena mínima abstracta admita la

ejecución condicional de la pena y otra que considero que se debe hacer una sumatoria de las penas de cada delito y solos aplicar la conciliación si la sumatoria de esas penas es menor a 3 años, es así?

Entrevistado: si así es, así mismo

Entrevistador: Y qué opina usted de eso, (he) su opinión de lo que usted paso a lo que a lo que se establece en este momento, qué opina usted de esas 2 posiciones, cual, cual es para usted es la que se debe aplicar

Entrevistado: (hee) Yo soy amante de la interpretación literal de la norma porque el legislador es el que crea las normas y decide como se tienen que aplicar, y como representante del pueblo, y en ese sentido entonces creo que la interpretación correcta es la interpretación actual la que permite entender que se puede aplicar la conciliación en los delitos que ameritan la suspensión condicional de la pena, no, no dice cuando proceda como si sucede en el caso de la suspensión del procedimiento aprueba que en los delitos que admitan la suspensión y esa es la diferencia y si usted hace la interpretación literal es en los delitos que admitan la suspensión independientemente de los concursos y además la tesis del fiscal tiene que corroborarse, todavía en la etapa intermedia, es una probabilidad lo que hay, no una certeza, como para decir que son, este, que son X cantidad de delitos (he) entonces en ese sentido supuesto yo creo que la tesis correcta es la que está vigente

Entrevistador: Sobre eso último que me dijo, usted cree que sea correcto hacer una distinción en la interpretación del requisito de la pena que no deba superar los 3 años en el caso de la conciliación respecto a otras salidas alternas, por ejemplo, la suspensión del proceso de prueba, es decir si hay una distinción entre la interpretación que se da de una u otra y es correcta

Entrevistado: Si hay una distinción y es correcta, si es con base del contexto de la norma misma, si usted revisa el artículo 25, el articulo 25 empieza con la frase, cuando proceda, cuando proceda la suspensión condicional de la pena o en los asuntos de delitos sancionados exclusivamente con penas no privativas de libertad, entonces en este supuesto si es necesario saber si procedería una, una suspensión condicional de la pena y para esos efectos, se tiene que revisar que es lo que se le está atribuyendo en los hechos a la persona y de acuerdo con

la hipótesis fiscal o del querellante cuantos delitos constituiría y en ese supuesto se tiene que en entender como procede la suspensión, en ese caso si habría que hacer una prognosis porque lo que dice la norma cuando proceda es diferente a la redacción a la conciliación y por ello es que cuando estamos hablando de suspensión del procedimiento a prueba, no se podría en mi criterio aplicar esta medida externa en en los casos en que el análisis ex ante no permita (he) otorgar esa suspensión de criterio condicional de la pena

Entrevistador: OK, y volviendo al tema de la conciliación y con respecto a las dos posiciones que habían

Entrevistado: mjm

Entrevistador: la la de que si se podía aplicar cuando superan los 3 años, la de que había que hacer la prognosis, para poder aplicarla con respecto únicamente a la conciliación, usted considera que alguna de esas 2 posiciones vulneran algún derecho de alguna de las partes

Entrevistado: Si, en el caso de la conciliación, si se hace esta prognosis (he) se vulnera por supuesto el derecho del imputado a poder acceder a una medida alterna, que tiene, que tenemos que recordar que el código del artículo 7, pretende que se soluciones los conflictos sociales, si en este caso (he) un imputado pueda someterse a una conciliación difícilmente va poder someterse a una medida distinta, porque las características de las otras 2 son más restrictivas y en consecuencia está condenado a hacer, a aceptar un procedimiento especial abreviado ir a juicio, por ello si se violentan los derechos de los imputados,(he) por su puesto primario, de acuerdo con los requisitos del artículo 30 de la suspensión condicional de la pena código penal, pero en en el supuesto que usted me está preguntando, me parece que si hay una afectación y también por supuesto en en los casos de delitos funcionales que es lo que estamos conversando se violenta (hee) la posibilidad de que la víctima obtenga un resarcimiento por el daño ocasionado con base en un delito en vista de que (heee) a pesar de que la fiscalía no representa al estado como víctima, no tiene incidencia en las negociaciones desde el punto de vista material, únicamente con el valor de la legalidad (hee) pues afecta por supuesto porque se oponen a una media de conciliación por ejemplo y apelan y hay jueces que tienen distinto criterio al al de, las otras partes que estuvieron acuerdo, pues no se podría hacer la medida alterna que quebranta esta posibilidad de solucionar el conflicto de manera efectiva, rápida, e evitando ir a a un juicio.

Entrevistador: Bueno ahí ya me ya me respondió la siguiente pregunta que es que si considera que alguna de esas posiciones impiden que alguna de las partes puedan acceder a la conciliación, usted considera qué qué la posición que es mas, que restringe al imputado y a la victima

Entrevistado: así es

Entrevistador: Y para usted alguna de esas posiciones vulnera algún principio, el derecho, (he) la naturaleza y los objetivos de la conciliación

Entrevistado: Me parece que sí, porque se vulnera, por ejemplo, el derecho constitucional por el artículo cuarenta de la justicia pronta y cumplida y además (he) todas las personas que acudan a al derecho penal para resolver sus conflictos tienen derecho también a poder resolverlos de manera pacífica sin necesidad de estar en la condición que un juicio significa, salvo que el imputado acceda especial abreviado, sin embargo (he) en las conciliaciones por ejemplo: muchas veces los imputados no tienen (he) forma de pagar y aun así consiguen el dinero y pueden pagar o resarcir alguna otra manera de de material que no sea monetaria a la víctima, sin embargo, por ejemplo si se hace un procedimiento especial abreviado o si se va a juicio poder perseguir los bienes de un imputado si es que tiene, porque la mayoría no tiene y se lleva a la víctima como una posibilidad real de de verse resarcida en relación a ese delito, y todo con base a una (hee) una interpretación que puede tener el ministerio público antes o este inclusive un juez porque si se apelaba dependía del criterio del juez por derechos de ser independiente e imparcial más sin embargo impedían a la víctima y al imputado de los derechos de resolver de manera restaurativa del problema original.

Entrevistador: Si en determinado caso Amy un juez resolviera diferente a la posición que usted me ha mencionado que tiene (heemm) es obligación aceptarla o usted podría plantear algún remedio procesal y cuál sería el remedio procesal.

Entrevistado: Si estamos hablando de un juez del juzgado penal en la parte intermedia

Entrevistador: Aja

Entrevistado: si estamos hablando de un juez de etapa intermedia se permite interponer recurso de apelación de acuerdo con el artículo 452 del código procesal penal cuando se cause gravamen irreparable a la a alguna de las partes, porque esto no es solo para los imputados

en realidad sirve para cualquiera de las partes en ese sentido, pues se podría intentar (hee) apelar sin embargo (hee) es un poco difícil después de que (heee) se interpone el recurso (hee) se vaya a dar o declarar con lugar el recurso, porque lo que se dice es que se podría volver a gestionar eventualmente (hee) antes de que sea, se declare la apertura a juicio entonces ya ha sucedido (hee) igual cuando se admite en la etapa intermedia las conciliaciones si es alguna de las otras partes procesales que no es imputado o víctima la que apela pues también se genera un problema porque la apelación tiene efecto suspensivo y no se puede ejecutar la medida hasta que se resuelva la apelación y como le dije anteriormente dependerá del juez (hee) si se admite o no y ello (hee) tornaría o podría hacer nugatorio los derechos de la víctima y el imputado de solucionar el conflicto verdad

Entrevistador: A, OK

Entrevistado: Fuera, en etapa, si fuera una apelación pues no habría nada que hacer porque la apelación de (hee) las resoluciones que se dictan o de los autos que se dictan en la etapa intermedia o en la etapa preparatoria no tienen ningún otro tipo de recurso entonces (heeee) lo que diga el juez en apelación sería santa palabra

Entrevistador: De acuerdo a su experiencia (hee) con el tiempo que estuvo (hee) trabajando tanto en la fiscalía de probidad como en la procuraduría (he) esas diferentes interpretaciones que existieron con respecto a esto de los cursos de delito y la aplicación de las medidas alternas (eemmm) creo algún problema práctico o o tuvo algún efecto en la aplicación de las medidas alternas (hee) específicamente en la conciliación

Entrevistado: Si tuvo o genero problemas prácticos porque en algún momento verdad, en algún momento (hee) la posición era totalmente cerrada, de hecho, es muy curioso porque antes a pesar de que no se permitía la conciliación se admitía la reparación integral del daño. Una que que, a más largo plazo, etc, y admiten reparaciones integrales del daño, pero bueno en en el caso de la conciliación por supuesto que sí hubo afectaciones, hubieron muchos imputados que tuvieron que llegar a juicio con víctimas desinteresadas que no querían venir a declarar que se oponían porque no tenían interés en la causa y que no se solucionó en audiencia preliminar por estas posiciones, estas interpretaciones (hee) que habían con relación con los requisitos legales para poder aplicar una conciliación

Entrevistador: Ok, ahora con el tema de la de la suspensión de proceso de prueba ya habíamos hablado un poco, pero (heee) me gustaría que me aclare en con respecto a la suspensión del proceso a prueba en el caso de los delitos en concurso cuando la pena supera los 3 años si a su criterio es posible aplicarla

Entrevistado: En mi criterio no es posible aplicarla si es con base, como le dije anteriormente en el mismo efecto de la ley, el artículo 25 es muy claro en que se aplica la suspensión del procedimiento a prueba, cuando procede la ejecución condicional de la pena, lo requisitos son que sea una pena menor a 3 años, que sea delincuente primario y este, prácticamente. En este caso la la suspensión del procedimiento a prueba depende de que pueda proceder esa suspensión condicional que en ese sentido este si lo ha ido delimitando tiene que haber una un análisis ex ante , o prognosis cuando se le podría aplicar depende, para poder determinar si a pesar de que hay concurso de delito sea concurso material o ideal se puede aplicar la suspensión condicional de la pena, entonces si se necesita y dependiendo del tipo de delito pues podría aplicar

Entrevistador: Usted conoce si existe alguna interpretación diferente a esta que que indica que se hace un análisis ex ante de la pena para poder aplicarla y solo aplica en casos de que la pena sea menos de 3 años, sabe usted si existe (hee) algún criterio que sea diferente

Entrevistado: Si efectivamente, en el juzgado penal de Hacienda dependiendo del del juez cambia el criterio, hay algunos jueces que tomaron las sentencias de la sala tercera que hablaba de la conciliación porque inclusive en las sentencias no hay distinción hubo una si mal no recuerdo como del 2003 que hablaba indistintamente de los 2 conciliación y la suspensión del procedimiento a prueba y después tomaron esa sentencia y como habla de las 2, entonces dijeron que si se podía aplicar la situación del procedimiento a prueba pero las últimas sentencias han reflejado que es distinta la redacción cuando procede a la suspensión y requiere de un análisis ex ante. Pero de que había diferentes interpretaciones en el juzgado penal de Hacienda si lo habían como tantos jueces habían.

Entrevistador: Cconsidera que es correcto hacer una distinción para la aplicación del proceso a prueba con respecto a lo que dice con respecto a la conciliación, en este tema de los 3 años

Entrevistado: Si, porque como le digo la letra de los artículos, o sea la interpretación literal y la redacción de los artículos es distinta, uno habla de delitos que admitan la suspensión y el otro habla cuando procede a la suspensión constitucional de la pena, o sea en el caso concreto de cuando proceda entonces se aplica la la suspensión condicional de la pena

Entrevistador: Usted considera que alguna de esas 2 posiciones (heee) que ya me menciono con respecto a la suspensión de procesos a prueba vulnera derechos de alguna de las partes

Entrevistado: Con relación a a los derechos, los jueces mas bien han sido permisivos, han tenido una interpretación mas amplia, no tan restrictiva, que eso pues beneficia a los imputados, (hee) si usted me pregunta con la interpretación literal que es con la que yo estoy de acuerdo (hee) pues impediría por supuesto que haciendo el análisis ex ante este se puedan someter a esa medida penal los imputados

Entrevistador: Considera que alguna de esas posiciones impide que las partes pueden acceder a la suspensión del proceso a prueba

Entrevistado: La primera posición si se hace, lo que pasa es que yo creo que la la posición de interpretante que dice cuando proceda, es la correcta porque eso es lo que dice la ley, esa es la interpretación literal, entonces no me parece que se violenten los derechos porque así lo quiso el legislador. Eso ya no es una cuestión de de interpretaciones, la ley es muy clara, la ley dice que cuando procede a la suspensión constitucional de la pena, en ese sentido entonces para saber si procede la suspensión condicional de la pena yo solo puedo saberlo haciendo un análisis (heee) ex ante, una prognosis de esos son sus hechos y si yo fuera el juez del juicio y lo condeno por todos estos hechos esto seria la pena que yo le impondría, entonces en ese supuesto (he) dificilmente se vaya a a poder (hee) aplicar lo que el legislador quiso que fuera un caso concreto y esto tiene una lógica desde el punto de vista jurídico, la lógica es que la suspensión del procedimiento a prueba se puede extender, bueno primero tiene mas tiempo o mas plazo para cumplirla que una conciliación, son 2 años mínimo, máximo 5, se puede prolongar hasta por 2 años mas si usted asume que hasta seis meses que se puede hacer la la prorroga entonces (hee) el legislador lo quiso dejar solo para casos menos gravosos en mi criterio.

Entrevistador: Con respecto a los derechos de las de las partes, usted me dijo, me dijo que por ser la que corresponde en este caso de acuerdo a una interpretación literal (hmm) de la norma no había ninguna afectación, pero con respecto a los principios del derecho, la naturaleza y los objetivos de la suspensión del proceso a prueba, considera que existe algún tipo de (heee) vulneración

Entrevistado: Si, si nos apartamos de la voluntad del legislador y se analiza la norma pura y dura, pues evidentemente (hee) la redacción que el legislador le dio si impide que la víctima, el imputado, (hee) pues solucione el conflicto que los tiene metidos en un proceso penal

Entrevistador: Con respecto, (...)

Entrevistado: Perdón, tal vez nada mas para agregarlo, lo que pasa es que el legislador es el que tiene la potestad de decidir en qué casos una persona puede acceder o no a una medida alterna, es una potestad constitucional en formación de leyes en ese sentido así como decidió que solo si procede la suspensión condicional de la pena, también decidió por ejemplo que (hee) sea solo para delitos que (hee) no sean cometidos con, con violencia verdad y fuerza sobre las cosas, y eso es una potestad y nadie dice que se violan los derechos de las víctimas de los robos agravados o de los delitos con la propiedad o contra la vida porque el legislador decidió no meterlo, no sé si me doy a entender

Entrevistador: Si, si si, le comprendo, con con respecto a la reparación general del daño (hee) usted considera que es posible aplicarla en los delitos contra los deberes de la función publica.

Entrevistado: Si, y le digo porque, cuando el artículo 30 inciso j habla de la reparación de la satisfacción de la víctima del daño particular o social causado, el daño social es característicos de los delitos funcionales, en este caso por supuesto que si se puede hacer una reparación integral del daño, y usted me va a decir, pero es que la norma habla de quee realizada antes de juicio en delitos de contenido patrimonial sin violencia ni fuerza o delitos culposos, yo le diría, si eso dice la norma, pero la norma no dice que (...). La norma dice en delitos de contenido patrimonial y en delitos funcionales en alguno no en todos los delitos funcionales pero en la mayoría hay contenido patrimonial (heee) por ser delitos pluriofensivos si bien es cierto que el bien jurídico que se tutela (hee) en preponderancia por decirlo así público, igual por ejemplo en un peculado en una malversación o en pago

irregular de contratos administrativos o en una influencia en contra de la Hacienda pública hay una afectación patrimonial o podría haberla y en ese sentido entonces (heee) la reparación integral de daño y criterios podría aplicarse de manera legítima, porque las normas son claras, no dice exclusivamente de las normas patrimoniales no en delitos de contenido patrimonial, en delitos funcionales podría aplicarse porque son pluriofensivos.

Entrevistador: Usted conoce si existe alguna otra posición con respecto a ese tema que usted me esta mencionando, es decir que hay quienes consideren que no es posible la aplicación de la de la reparación integral del daño, porque esta (hee) refiere únicamente a delitos que tengan contenido patrimonial exclusivamente y que el delito (heee) y que el bien jurídico de probidad no no es susceptible de de ser reparado

Entrevistado: Si de hecho, en la Fiscalía de Probidad tuvieron ese criterio (hee) hay sentencias de sala tercera que son contradictorias, en donde se dice que que no se puede aplicar la reparación integral del daño y otras que dicen que si se puede aplicar, sin embargo si usted observa en la estructura de esta norma procesal, usted puede determinar que ese requisito de exclusivo contenido patrimonial no está en la ley y al ser una interpretación de esa manera seria una interpretación extensiva que violenta el artículo 2 en ese sentido entonces (hee) ya a inclusive la fiscalía enmendó ese error de interpretación que no tenía basamento legal y (hee) por supuesto es una interpretación pero no es lo que dice la interpretación literal de la norma y (hee) esta superado con la circular que se brinda anteriormente.

Entrevistador: Con respecto a otro tema (hee) existe otra interpretación que dice que la reparación integral del daño se puede (hee) pactar o aplicar indistintamente a la cantidad de delitos (heemm) siempre que tengan contenido patrimonial, pero hay otra (hee) interpretación que dice que con respecto al tema del concurso material de delitos la reparación integral del daño solo pueda ser aplicada con respecto a uno de ellos y si se resolviera con más de uno de ellos, en realidad lo que se estarían haciendo son 2 reparaciones integrales, cuando la ley en realidad lo que permite es una, la ha escuchado usted esa interpretación, la conoce?

Entrevistado: No la conozco, no la he escuchado sin embargo me parece descabellada, en el sentido de que, y lo digo con todo respeto, pero se lo digo porque lo que busco como le digo el legislador cuando promulga el código procesal penal es como solucionar el conflicto y (hee) el conflicto, recordemos que (hee) el ministerio público y todo lo que es el el la

monopolización del ius puniendi por parte del estado lo fue de manera histórica para poder evitar que las víctimas tomaran la justicia en sus propias manos, para evitar una venganza a la ley de talión y con la (hee) el nacimiento del estado modelo, pues todo esto se reguló y se centró en un órgano objetivo independiente, que iba a hacer la investigación y el estado iba a sancionar a sancionar las conductas delictivas contra quien correspondiere, sin embargo (hee) dejando atrás el modelo inquisidor de solo penar por penar, se comenzó a integrar con base en el modelo acusatorio también o marcadamente acusatorio que es el que tienen en Costa Rica la posibilidad y prácticamente en Costa Rica en 1996 cuando tomó el código procesal penal y que tiene incidencia en el 98 se hace o se le da la preponderancia a la víctima que no tenía en el código de procedimientos penales donde era simplemente un objeto del proceso para llegar a condenar a una persona por eso era código mixto, en el caso de este código la misión de los legisladores fue que se diera la posibilidad de resolver los conflictos sociales sin necesidad de llegar hasta la judicialización en el juicio, que esto más que conseguir algún beneficio social destruye a las personas por lo general y por eso es que la reparación integral del daño a entera satisfacción de la víctima es para el daño causado, las normas no dicen que es para el daño causado por un delito, dicen para el daño causado y eso se tendría que interpretar que es de manera genérica inclusive volviendo a la redacción y la interpretación literal, si usted ve en donde dice en delitos de contenido patrimonial este, en delitos, se tendría que interpretar exactamente igual que esa misma frase como se interpreta en la conciliación y eso querría decir que en los delitos en general, lo que podría permitir (hee) que se resarsa a la persona que se repare de manera entera a la víctima y que el imputado pues di pues pague por decirlo así o repare de manera integral ese daño que causó, porque la gente cree que la reparación integral del daño es específicamente que se pida dinero, una cantidad de dinero X, pero yo he presenciado tanto como fiscal de probidad como fiscal en general, (hee) reparaciones integrales del daño de disculpas, disculpas sinceras, donde los imputados en un robo, perdón en un robo porque no se puede aplicar, en un hurto (hee) hacen una reparación integral del daño o una lesiones culposas y se abrazan y se piden perdón y eso realmente (hee) tiene una función más de justicia restaurativa, entonces me parece que esa interpretación que usted me está diciendo sería una interpretación que va más allá de lo que dice la ley y que de manera grosera violenta el derecho de la víctima a ser reparada y del imputado a poder reparar

Entrevistador: Bueno con eso último que me dijo (hee) me responde la otra pregunta, que, si usted considera que alguna de esas posiciones vulnera los derechos de alguna de las partes, ahora le pregunto con respecto a la otra posición, en que según la cual el los deberes de la función pública o los delitos de probidad no pueden ser susceptibles de reparación del daño por no (hmm) proteger el patrimonio de manera principal, por así decirlo

Entrevistado: Mjm

Entrevistador: ¿Usted considera que vulnera los derechos de alguna de las partes?

Entrevistado: Si y los vulnera por lo que ya le indiqué, en la norma lo que dice es que sean delitos de contenido patrimonial y los muchos de los derechos funcionales no todos porque no no todos se aplican, hay contenido patrimonial en ese sentido (hee) tiene que hacer una interpretación restrictiva, no se puede decir que exclusivamente contenido patrimonial cuando las normas no lo dicen, tiene que entenderse que cualquier delito que se vulnere del patrimonio

Entrevistador: Con esas últimas 2 posiciones las que tienen que ver con el contenido patrimonial considera que impide que alguna de las partes pueda acceder a la reparación integral

Entrevistado: Si, si lo impide

Entrevistador: ¿Qu vulneren algún principio de del derecho o la naturaleza de la reparación integral del daño de alguna de las posiciones.

Entrevistado: En la posición de que solo en delitos exclusivamente patrimonial porque no aplica en derechos funcionales vulnera el el derecho constitucional a la justicia pronta y cumplida y a la solución de conflictos

Entrevistador: Si un juez (hee) resolviera (hee) algún asunto donde usted participara con una posición diferente es decir aplicando la restricción de que no se podría, por ejemplo, un peculado aplicar la reparación integral del daño (hemmm), usted plantearía algún remedio procesal, hablo de etapa intermedia.

Entrevistado: Si en etapa intermedia, el remedio procesal (hee) lo da el código, que permite el recurso de revocatoria, sin embargo (hee) probablemente sea una resolución con

sustanciación entonces se va a rechazar por por no tratarse de, de un auto o una providencia si entonces lo que quedaría es el recurso de apelación de ese auto (hee, si lo interpondría para intentar (hee) que el juez del tribunal de apelación que deje sin efecto esa resolución, de ese auto y (hee) que le corresponda a otro juez conocerse la de la aplicación de la medida interna de la audiencia preliminar en lo que se volvería a plantear.

Entrevistador: Con respecto a los problemas prácticos (hmm) que generan estas interpretaciones

Entrevistado: Mjm

Entrevistador: Le consta si algunas de estas interpretaciones han generado algún problema práctico para la aplicación de la reparación integral del daño

Entrevistado: (heee) Hace varios años, talvez 2013, 14, 15 (heee) no se aplicaban del todo reparaciones integrales del daño, (aaa) después se comenzaron a aplicar y ahora con el manual están habilitadas, por supuesto que el problema fue que había, como no estaba (hee) escrito como le digo, habían fiscales que si hacían reparaciones integrales del daño aunque el lineamiento era que no se podía entonces esto genero problemas para los fiscales que no las aplicaban porque seguían el lineamiento, entonces hubo como dos bandos, los que si y los que no y pues eso genero mas que todo problemas a nivel (hee) profesional con defensores etc, porque le salían a unos con, pero tal si lo hacen y usted por qué no lo hace, verdad, pero y por supuesto que a varias personas les impidió el poder hacer este tipo de de reparaciones, (hee) uno creería que el legislador (hee) tiene (heee) pide mano dura pero cuando abre este tipo de soluciones, que le permite a una persona por una vez, verdad, cada 5 años poder (hee) pues beneficiarse de una salida alterna al proceso, por supuesto eso no quiere decir que no van a ser responsables, que no van a tener que resarcir o reparar el daño que causa, no es que le sale de gratis (hee) pero la gente muchas veces lo ve como una alcahuetería, yo creo que las medidas alternas son este necesarias en un estado social y democrático de derecho y permiten solucionar los conflictos que, cuando se va a juicio que se vuelven más pesados, en vez de solucionarlos, los vuelve mas más hondos de los surcos, entonces a mi si me parece que las medidas alternas pues son buenas, yo sé que usted no me los ha preguntado pero si lo quería externar

Entrevistador: (jeje) más bien muchas gracias, la la última pregunta, esto que usted me está indicando el día de hoy es la manera como en la procuraduría se aplican las medidas alternas.

Entrevistado: En la procuraduría, los procuradores si tienen independencia de criterio, (hee) sin embargo, ya se está trabajando en un borrador de un protocolo para tener ciertos lineamientos (hee) para actuar, sin embargo, la procuraduría si (hee) y esto lo digo por mi experiencia como como fiscal, si aplican las 3 medidas alternas

Entrevistador: ¿Con los criterios que usted me dijo o hay procuradores que tienen diferentes criterios?

Entrevistado: No, normalmente tienen la apertura y la interpretación, este literal de la norma, sin embargo, por ejemplo, si aplican suspensiones del procedimiento a prueba, de lo que yo recuerdo como fiscal, verdad, no estoy hablando con sombrero de procuradora pero yo si recuerdo que independientemente de la cantidad de delitos se apegaban a la interpretación de algunos jueces, de de que tenían que hacer el análisis por los delitos sino el análisis ex ante, entonces en la procuraduría, si se aplican las 3 medidas alternas

Entrevistador: (heee) la última pregunta, tienen algún insumo en la procuraduría, además de lo que se encuentra en la ley, por ejemplo, circulares, (hee) lineamientos, instrucciones de las jefaturas, para para aplicar estas medidas o no tienen

Entrevistado: Mmm las medidas alternas solo requieren de la aprobación de superior jerárquico, sea del procurador general o de la procuradora general adjunta por el artículo 20 de la ley orgánica de la procuraduría, y entonces cualquier medida de pena se requiere que por ley se requiere que ellos den el visto bueno, porque como le mencione el mandato que nosotros tenemos es en representación del estado y para poder conciliar o someter al estado a alguna medida alterna se requiere la venia de, entonces muchas veces los planes reparadores en la negociación se hace con el imputado se tienen que modificar para normalmente para aumentarlo, nunca para para bajar (hee) para que cumpla con las expectativas de resarcimiento por daño social o daño patrimonial o material, si lo hay y si correspondió cobrarlo por par por medio de una acción civil re transitoria

Entrevistador: Esa sería la entrevista Amy, le agradezco mucho (hee) la información que me dio, me va a ser muy útil para efectos del del trabajo y también (hmm) esas esa información

será útil para las posteriores entrevistas que se, que realizare en este trabajo, le agradezco mucho

Entrevistado: Bueno, con mucho gusto, ha sido un honor

Entrevistador: Jmm gracias.

Entrevista N°3

Entrevista realizada el 20 de mayo de 2020, al señor Randy Hernández Obregón.

Entrevistador: Buenos días mi nombre es Bryan Castro Cerdas y estoy realizando una investigación en relación a la aplicación de las medidas alternas en los (heee) procesos que se tramitan en jurisdicción penal de Hacienda, la idea es conocer su opinión en relación a la temática con el fin de dar respuesta a mi problema de investigación así como el cumplimiento de los objetivos de la misma en ese sentido siéntase libre de compartir sus ideas en este espacio, no hay respuestas correctas o incorrectas, lo que importa es justamente su opinión sincera, cabe aclarar que la información es solo para fines investigativos, sus respuestas serán unidas a otras opiniones de manera anónima y en ningún momento se identificara que dijo cada participante

Para agilizar (hee) la toma de la información, me resulta de mucha utilidad grabar la conversación, pues tomar notas toma (hee) o demora algún tiempo y puedo perder cuestiones muy importantes, existe algún inconveniente en que yo grabe esta conversación, le recuerdo que el único fin de la conversación es (hee) el análisis (hee) de los datos

Entrevistado: No hay ningún inconveniente en que grabe la conversación

Entrevistador: (heee) desde ya Randy le agradezco mucho (hee) su tiempo y la información que me vaya a brindar, para iniciar voy a solicitarle que me indique, qué puesto desempeña, cuántos años tiene de experiencia en el ejercicio profesional y de esos años cuantos tiene o cuantos tienen que ver con el trámite de delitos contra los deberes de la función publica

Entrevistado: mjm, Bryan estee yo soy fiscal auxiliar este puesto lo desempeño mas o menos desde finales del año 2011 y de manera continua desde el 2013 he estado en la Fiscalía Adjunta de Probidad de Transparencia y Anticorrupción anteriormente había estado en la fiscalía de Hatillo, en la fiscalía de delitos económicos y también en probidad en periodos más pequeños, pero desde el 2013 (heee) me encuentro avocado en investigación de delitos de corrupción

Entrevistador: Este don Randy (heee) se me olvido preguntarle sus datos personales, usted me podría indicar su nombre y su número de cedula

Entrevistado: Randy Hernández Obregón, cedula 1 1391 0259

Entrevistador: muchas gracias (heee) dentro de esa función de fiscal resumido que le corresponde hacer a un fiscal

Entrevistado: Bueno en en resumen básicamente lo que hace un fiscal es dirigir una investigación penal con la, el objetivo de recabar los elementos probatorios que permitan aclarar hasta lo máximo posible las circunstancias de un hecho que ha sido denunciado como un posible hecho delictivo, eso incluye girar oficios, ejecutar diligencia directamente con la venia de los jueces de la jurisdicción penal de Hacienda, ya sean allanamientos levantamientos de secreto bancario, entrevistas a testigos, dar dirección funcional al Organismo de Investigación Judicial a efectos como le decía de recabar esa prueba y una vez que se ha alcanzado un estado de certeza o al menos de claridad sobre los hechos nos corresponde hacer un requerimiento conclusivo ya sea una desestimación sobreseimiento o acusación para que de conocimiento de un juez penal, quien a su vez determinara si el caso amerita ser llevado a juicio o si procede su archivo eso es a grandes rasgos lo que hacemos en la fiscalía

Entrevistador: Dentro de esa función como fiscal a usted le corresponde asistir a audiencias preliminares

Entrevistado: Correcto, es la fase intermedia

Entrevistador: Cuales son las medidas alternas que (heee) se pueden aplicar en los delitos (heee) contra de los deberes de la función publica

Entrevistado: En realidad todos, en el tanto cada delito pues (heee) se adecue a los requisitos que la ley establece para el otorgamiento de ese tipo de medidas, eso va a depender de la penalidad del delito, la forma de ejecución en algunos casos, pero en términos generales no hay una restricción directa, sobre la aplicación de medidas en delitos de corrupción

Entrevistador: Existen alguna diferencia entre las medidas aplicadas a este tipo de delitos de corrupción en relación con los otros delitos. Que usted me comenta que tuvo experiencia con otros delitos ha habido alguna diferencia

Entrevistado: Bueno bastante poca esa experiencia en otros delitos, sin embargo tal vez la nota mas distintiva es que a veces resulta un poco complicado, visualizar el bien jurídico a efectos de repararlo en algunos de estos institutos y además que también existe la participación de otras entidades, por ejemplo la Procuraduría General de la República en la mayor parte de los casos, en representación de esta victima abstracta que vendría a ser el estado verdad como titular del del de este bien jurídico tan particular que son los deberes de la función pública y el deber de probidad

Entrevistador: Con respecto a la conciliación, que lo que, las preguntas que le voy a hacer, es posible aplicar la conciliación den los delitos en contra de los deberes de la función publica

Entrevistado: Es posible Bryan aplicar la conciliación

Entrevistador: Cuando se aplica la conciliación en los casos que existen concurso de delitos y la pena de los concursos supera los 3 años, considera usted que es posible aplicar la conciliación

Entrevistado: ciertamente si no me equivoco y no recuerdo mal en este momento el instituto de la conciliación es que exige es que cada es que para que proceda el delito o los delitos admitan la aplicación de este instituto, no habla de concursos ni tampoco de sumatorias de las posibles penas de los delitos siempre y cuando cada delito sea conciliable es decir una penalidad que la admita todos los delitos pueden ser conciliables no así en el caso de la suspensión del proceso a prueba, en el cual si se tiene que hacer una prognosis de la pena a imponer para la totalidad de los delitos y ahí si podría dar el traste con un plan reparador

Entrevistador: Sobre este concurso de delitos, cuando la pena supera los 3 años, usted dice que si es posible aplicarla

Entrevistado: Cuando la pena supera los 3 años de la sumatoria de los delitos es la pregunta

Entrevistador: No de cada delito

Entrevistado: siempre y, no no de nuevo vamos al al mismo punto, si el delito (hee) tiene los requisitos para que se aplique la conciliación por si solo ya puede proceder este instituto a diferencia de la suspensión del procedimiento a prueba, no se si me explico

Entrevistador: Si si yo lo que le entiendo es que (hmm) si si en el caso se cumplen con los otros supuestos para aplicar la conciliación el hecho de que exista concurso de delitos y que ese delito (hee) ese concurso supere los 3 años no importa lo que basta es que cada delito de manera individual tenga una penalidad de 3 años o menor

Entrevistado: Correcto porque de lo contrario estaríamos haciendo una interpretación extensiva de la norma procesal penal en perjuicio del imputador y en perjuicio en general de las partes, negándoles el acceso a esta medida que la ley no está midiendo

Entrevistador: además de esa postura que usted me acaba de de indicar, usted conoce si existe alguna otra, por ejemplo, alguna que diga que no, que el análisis no se deba hacer por delitos, sino que se debe de hacer del caso concreto

Entrevistado: Bueno no conozco de manera directa alguna teoría de este tipo, no me extrañaría que exista porque pues las medidas alternas no son del agrado de la totalidad de los funcionarios del ministerio público y me imagino que va haber alguna reticencia para aplicarlos, sin embargo en conjunto con otras compañeras de esta fiscalía o que en algún momento trabajaron en esta fiscalía, trabajamos en un instrumento que posteriormente fue rectificado mediante una circular de la fiscalía general de la república (heee) en la que se recogen este tipo de (heee) teorías que vengo explicando y que facultan a través de esta circular para que los funcionarios del ministerio público en materia de corrupción puedan aplicar la conciliación aun cuando existen concursos porque según esta teoría que plasmamos en este instrumento que se presume en esta circular, pues la ley es clara que siempre y cuando cada delito permite la conciliación, no debería de haber una restricción

Entrevistador: a escuchado en alguna audiencia otra interpretación diferente

Entrevistado: no, ciertamente pues no me he topado con una interpretación diferente respecto a la conciliación caso contrario con el procedimiento de la suspensión del procedimiento a prueba en que somos de la teoría en que si hay un concurso no puede y este concurso implica que se supere este umbral punitivo en esos casos no procede, desde nuestro punto de vista este procedimiento especial, perdón esta medida alterna sin embargo si (hee) directamente hemos tenido experiencia con jueces de la jurisdicción penal de Hacienda que consideran que aunque aplicando el concurso se supere el umbral de estos 3 años aun así se toma cada delito

individual como si fuera una conciliación, esta esta teoría nosotros consideramos que es errónea y la rechazamos tanto en el instrumento que desarrollamos como en la circular

Entrevistador: ya ya vamos a ese punto, Randy además del código procesal penal y la normativa que ahí se encuentra respecto a la conciliación usted toma en cuenta algún otro insumo para aplicar en este tipo de casos, por ejemplo, circulares, lineamientos, doctrina, jurisprudencia o opinión de las jefaturas

Entrevistado: bueno en este trabajo hicimos un abordaje un poco mas este de la situación que se experimenta a nivel de tanto de estardos judiciales como de el nivel carcelario nivel carcelario en estados judiciales tomamos en consideración principalmente la cantidad de expedientes que saturan las agendas de los despachos con señalamientos que se van prolongando, audiencias preliminares que se suspenden, que se reprograman hasta llegar a juicios y eventualmente (hee) audiencias de (hee) impugnación, vistas de impugnación y esta saturación de los despachos judiciales, juzgados y los tribunales causa que en esta materia se de un fenómeno muy particular y es que los juicios o se dan en muchos juicios de hechos que tiene mas de 10 años por ejemplo de antigüedad (heee) prolongando excesivamente los procesos y generando riesgos de gestión como en temas de pruebas, testigos que con el paso de una década ya no recuerdan las circunstancias sobre las cuales depusieron en algún momento de investigación, prueba que se extravía (heee) bueno, una infinidad de factores que han incidido a criterio de la fiscalía en el nivel o el promedio de éxito de las acusaciones del ministerio público, porque como decíamos pues se dan casos a los que llegamos a juicios en los que ya la prueba no está, ya los testigos no quieren llegar, no colaboran, y se dificultan la labor, generando un (hmm) una zona de impunidad a pesar de los esfuerzos del ministerio público, este fue uno de los factores que se tomó en cuenta, se tomó en cuenta también pues el exceso de sobre población que experimenta el sistema penitenciario Costarricense, como factores a tomar en cuenta para mejorar nuestra gestión de los casos (hee) de corrupción que permitan acceder a este tipo de medidas, pero también uno de los principales factores que se tomó en cuenta es el artículo 7 del mismo código procesal penal y el del puesto del tema de la justicia que se encamina a en un nuevo paradigma a restablecer la paz social, pero realmente tomando como consideración a la parte, a la víctima, a las personas que se involucraron en el hecho y es su deseo de restaurar la paz social sin tener que prolongar los

procesos penales hasta fases finales, estos fueron algunos de los principales elementos que tomamos en cuenta, no podría decir que valoramos a profundidad la legislación de otros países o doctrina, sin embargo pues sí, si se valoró en términos generales (heee) el desarrollo de los derechos humanos especialmente enfocados en un proceso penal

Entrevistador: Randy como le comentaba existen dos posiciones, una que es la que usted me comentó, que es la que usted considera la correcta de aplicar (heee) el tema de la conciliación siempre y cuando cada delito de manera individual por su penalidad lo permitan o sea que sea menor de 3 años, pero hay otra posición en que (heee) los operadores del derecho consideran que esa (hmm) análisis debe hacerse de manera integral, es decir del caso concreto, todo analizando el tema de los concursos y si es (heee) sumatoria da más de 3 años no es posible aplicarla, con respecto a esas 2 posiciones, considera usted que alguna de esas 2 posiciones vulnera alguno de los derechos de las partes

Entrevistado: sí, como adelante hace unos minutos, hacer esta interpretación (heee) que nos indica que la sumatoria de las penas en el caso de los concursos podría ser un obstáculo para la conciliación es hacer una interpretación como dije anteriormente extensiva de la norma procesal penal y extensiva en perjuicio de las partes porque (hee) estaría imponiendo una restricción que la norma no está estableciendo, la norma es clara y es bastante explícita en indicar cuando el delito o cuando los delitos admitan este tipo de institutos pues no debería de haber ningún tipo de inconveniente y interpretarlo, perdón, interpretarlo de esta forma implicaría (hee) pues suponer algo que no está estableciendo y de esta forma sin una restricción completamente a mi criterio ilegal o que carece de un fundamento jurídico sólido simplemente a mi criterio una interpretación errónea y con tintes (heee) lamentablemente populistas y punitivas en perjuicio de las partes

Entrevistador: Con el respecto a esa posición, que es la que usted, esta última (hmm) considera usted que eso impide esa esa interpretación impide que las partes puedan acceder a la conciliación

Entrevistado: Sí claro esa interpretación le cierra el portillo a las partes, hace nugatorio el artículo 7 del código procesal penal y también es una interpretación que viene a trastocar la interpretación correcta (heee) de la norma penal de conformidad con los principios que instruyen al derecho penal

Entrevistador: Con respecto a eso de los principios, considera usted que esa interpretación particular, (heee) vulnera algún principio del proceso penal, la naturaleza, los objetivos de la de la medida de la conciliación

Entrevistado: Si considero que si lo vulnera en tanto este genera una interpretación nuevamente que no tiene mayor sustento y que viene a perjudicar o hacer nugatorio una gama de posibilidades para que las partes arreglen su conflicto, hay que recordar que el conflicto no es el estado, el estado se encarga del conflicto pero el conflicto es de las partes y si la ley le permite a las partes llegar aun acuerdo (hee) para solucionar ese conflicto de una forma pacífica, no debe el operador de derecho no debe del ministerio público, interponerse en esa voluntad de forma ilegal por lo que si siento que trastoca los principios y los derechos de las partes, creo que me preguntaste algo mas en esa pregunta, era compuesta

Entrevistador: Naturaleza, objetivos y principios

Entrevistado: (heee) pues me este parece también esta interpretación que como la catalogue, pero es un poco (hee) fuerte de populista, de populista, este (hmm) parece que saca al ministerio publico hablando desde el enfoque de de mi función, lo saca de ese deber de objetividad y de la naturaleza de el proceso que debemos recordar si bien la función del ministerio público es investigar y llevar a cabo el proceso penal, llevar acabo la dirección del proceso penal, el fin del proceso es la justicia y la restauración de la paz social, el proceso en si no es un fin del mismo, es solamente un medio para obtener ese fin y el proceso tiene varias formas o varias modalidades de acabar y dentro de ellas están las medidas alternas de forma tal que acceder a las medidas alternas de forma legal es una forma de cumplir con el objetivo y la naturaleza del proceso penal que es precisamente restablecer la paz social, el orden social (hee) de modo tal que una posición que a ultranza rechaza esta posibilidad vendría a poner al ministerio público en una posición de este superioridad (mmm) que no esta técnicamente sustentada en la norma y que trastoca los derechos y la naturaleza y objetivos de estas medidas.

Entrevistador: Si en una audiencia un juez (heee) de garantía resolviera un asunto con base en esta posición, la posición de que el análisis hay que hacerlo al caso concreto, tomando en cuenta la penalidad de todos los delitos, cuál sería su posición con respecto a esa resolución del juez, qué haría usted como fiscal en esa audiencia

Entrevistado: Bueno en este momento con alguna pena debo decir no no tengo con claridad en este momento si se encuentra dentro de las posibilidades de impugnación, sin embargo, en caso de que esta posibilidad existiera a partir de la normativa, creo que lo correcto sería, efectivamente ejercer esta medida de impugnación con la finalidad de que se revalore la posibilidad de aplicar la medida, esto por cuanto vengo indicando me parece que es una interpretación ilegal de la norma

Entrevistador: Para aprovechar la experiencia que usted tiene de antes y de ahora, esta interpretación sobre la conciliación y la forma como debería aplicarse en concurso de delitos o como debe aplicarse ha existido siempre en la fiscalía de probidad

Entrevistado: No en realidad en la fiscalía de probidad, antes de que se hiciera esta labor digamos de reestructuración de las medidas alternas que se hizo a mediados del 2018 y entro en vigencia en el 2019 si no me equivoco, (hee) con la anterioridad a esto las medidas alternas en probidad eran bastante restringidas, especialmente la conciliación, ya que se partía de la idea de que los deberes de la función pública y la probidad como como entendidos como el bien jurídico de los delitos de corrupción no son reparables, por su carácter digamos este de ficción jurídica, sin embargo conforme se ha venido desarrollando la jurisdicción penal de Hacienda con la participación de los diversos actores , entre ellos la Procuraduría General de la República se logró o se empezó a poner en practica la figura del daño social y esto pues nos sirvió de (heee) luz para orientar esta digamos reforma en materia de medidas alternas, ya que la norma de la conciliación establece que, (hmm) o toma como parámetros la reparación del daño y habla de un daño social y esta fue como la primera luz que vimos para valorar la posibilidad de conciliar los delitos de corrupción, porque hay un daño social y el daño social si ha podido ser cuantificado mediante peritajes matemáticos, de forma tal que si se puede cuantificar la lesión al al a los deberes de la función pública o a la probidad, mediante este tipo de pericias y fue así como empezamos con esta este movimiento de apertura de las medidas alternas, ya que como indicaba anteriormente se consideraba imposible la conciliación por este tema del bien jurídico como ficción jurídica y la imposibilidad o su intangibilidad y la imposibilidad de cuantificarlo

Entrevistador: Usted me comenta que para esta apertura (heee) en el 2018 y que entro a regir en el 2019 hay una circular

Entrevistado: si

Entrevistador: para esa otra interpretación que decía que no se puede conciliar porque el bien jurídico no lo permite, existe algún instrumento.

Entrevistado: No recuerdo en este momento Bryan y me inclino a decir que no no había una norma escrita, una circular o en algo que particularmente que obstaculizara estas medidas, era una tónica digamos establecida por las jefaturas que (heee) como es lo normal en esta fiscalía, los fiscales auxiliares que atienden estas audiencias o vistas solicitaban el visto bueno de las jefaturas y fue ahí donde se fue decantando esta línea conservadora por llamarlo de alguna forma que prohibió a los fiscales auxiliares realizar este tipo de medidas pero que yo recuerde en este momento se me dificulta ubicar algún documento o algún, alguna norma escrita que estableciera esa restricción.

Entrevistador: Con respecto a esas interpretaciones que hubieron (heee) durante el tiempo que tiene de laborar aquí, existe algún problema practico de alguna de estas interpretaciones por ejemplo (hmmm) usted me dice que antes no se aplicaban, la la conciliación, entonces el hecho de que interpretaran las jefaturas que no se podía aplicar la conciliación eso genero algún problema practico es decir impidió en algún momento que se que se llegaran a este tipo de salidas alternas

Entrevistado: Bueno en talvez no es no es, a ver si talvez entendí bien la pregunta, estas restricciones que establecieron las jefaturas de forma oral mayoritariamente fueron ciertamente hasta reciente fecha un obstáculo para acceder estas medidas y al ser un obstáculo para estas medidas genero a su vez algunos problemas prácticos que podría citar como por ejemplo, la prolongación excesiva de procesos penales como las dificultades que esta acarrea como por ejemplo en la gestión de la prueba, porque ya los testigos no recuerdan, porque los testigos fallecen, porque los testigos ya dejan de ser ubicables, ya no quieren colaborar, porque la prueba se extravía, porque el depósito de objetos destruye pruebas después de cierto tiempo (heee) sin comunicarle a los despachos, porque las causas prescriben, porque (hmmm) las partes pudieron llegar a un acuerdo que favorecía a todos que incluso podría generarle beneficios al estado, pero al no acceder a estas medidas mas bien se invierte esta este beneficio pero esta vez convierte en un perjuicio patrimonial, porque empezamos a desarrollar un proceso penal de mas de una década, que implica salarios, que implica gastos

operativos y al final (heee) el resultado es de impunidad, entonces se podría decir que todos estos problemas prácticos o problemas de la práctica del Ministerio Público se generaban en cierta medida por la negativa a (heee) permitir estas medidas alternas.

Entrevistador: Ya (heee) pasando al tema de la suspensión del proceso a prueba usted me comento que esta es una situación diferente, yo le pregunto, considera usted que en los casos de concursos de delitos cuando la pena de los delitos supera o sea el total de la pena, de la sumatoria de los concursos supera los 3 años es posible aplicar la suspensión del proceso a prueba

Entrevistado: En este caso ya no sería posible y esto es porque la ley así lo establece verdad, nosotros cuando nos abocamos a esta tarea tratamos, bueno no tratamos, mas bien (heee) de forma estricta nos apegamos a la norma y a lo que podría interpretarse adecuadamente de ella, de forma que en la propuesta en ningún momento sugirió alguna reforma legal, porque no nos competía en ese momento (heee) esto quiere decir que nosotros no venimos con estos instructivos a tratar de interpretar de una forma extensiva la norma ni para bien ni para mal sino interpretarla armónicamente y de ahí se deriva que llegamos a conclusiones favorables en la conciliación pero en las conclusiones un poco distintas en la suspensión del proceso a prueba, porque la norma nos delimita a unimar conexión y ese marco se superaría en el caso de los concursos de delitos que superen los 3 años

Entrevistador: Conoce usted si existe, una interpretación diferente (heee) con respecto a ese mismo punto o sea de que hayan algunos (heee) operadores del derecho que consideren que si es posible aplicar la suspensión en el caso de concurso de delitos cuando la pena supere los 3 años

Entrevistado: claro este mayoritariamente jueces penales de la jurisdicción penal de Hacienda (hee) se decantaron por esta teoría (hmm) ya hemos señalado que para nuestro criterio es completamente (hee) excesiva, es una intervención excesiva de la norma si bien ya no en perjuicio del imputado, si en perjuicio de otras partes procesales y en perjuicio de la propia legalidad, ya que la norma si establece como límite que la pena a imponer y aquí la pena a imponer se entiende como la pena a imponer por la totalidad de los delitos que se investigan o que se someten a conocimiento del juez caso contrario con la conciliación que si como recordábamos señalaba que en los delitos que se permita entonces esta interpretación ha

venido bueno se sostuvo duran algún tiempo por algunos jueces del juzgado penal de Hacienda (hee) de momento en la actualidad desconocería si se sigue aplicando, creo que no porque la mayor parte de los fiscales hemos pues cerrado filas en ese sentido tratando de evitar que se den esas interpretaciones extensivas de la ley

Entrevistador: Además de la regulación del código procesal penal, cuando usted tiene un caso de estos, usted toma en cuenta algún otro insumo para solucionar en el tema de la aplicación o sea usted tiene a mano algún insumo que le permita (hee) realizar alguna oposición o estar de acuerdo o o en este momento

Entrevistado: vamos a ver si entendí bien la pregunta, es si cuando nosotros vamos a someter un caso o una medida alterna según se plasmó en el instrumento y según se plasmó la circular, esto principalmente a solicitud de la jefatura de este despacho se toma en cuenta (heee) se toman en cuenta perdón otras circunstancias mas allá de la redacción de la norma y de la posible pena a imponer, ya que se toman en cuenta factores propios del agente activo es decir de la persona imputada se tomar en cuenta su situación socioeconómica, su grado de jerarquía dentro de la institución, se toman en cuenta factores familiares y en general todos aquellos elementos que también están consagrados en el artículo 71 para este hacer un, tal vez tal vez una parte menos (heee) objetiva técnicamente porque no se no se toman parámetros delimitados estrictamente sino que se valora de forma integral a la persona en si, es una valoración subjetiva de la persona para (hee) determinar si en un caso concreto se justifica o no la aplicación de esta medida (hee) esto quiere decir que por ejemplo un delincuente de cuello blanco, una persona que se investiga por un delito de cuello blanco (heee) un caso de corrupción grave donde se emplea un grado de jerarquía muy elevado, llámese un ministro, un viceministro o un jefe de un despacho de cierta relevancia pues esos son factores que vendría a tomar en cuenta el ministerio público en ese momento para verificar si es procedente esta medida alterna, pero como te digo esto es un, son valoraciones ya mas subjetivas de (hmmm) oportunidad como asi fueron denominadas por la jefatura de este despacho, para determinar si en ese caso es congruente con (heee) las políticas de persecución criminal y otros factores si es congruente aplicar un medida alterna

Entrevistador: usted considera que es correcto hacer una distinción para la aplicación de la suspensión del proceso a prueba en casos de concursos de delitos cuando la pena supera los 3 años respecto a otras medidas alternas como por ejemplo la conciliación

Entrevistado: (hmm) es que de nuevo ya no es si lo consideramos bien o no, yo podría decantar una posición mucho más abierta y decir que la suspensión del proceso a prueba, también podría o debería tener mas apertura, lo digo en términos generales no es que esta sea mi posición, sin embargo, la ley si es clara y de ahí que esta distinción no es arbitraria, no este injustificada, sino que esta basada en la ley

Entrevistador: Considera, usted me indico que consideraba que esta posición que refería que se podría aplicar la suspensión del proceso a prueba, aunque la sumatoria de los delitos en concurso sea superior a los 3 años y que el análisis debe hacerse por cada delito, o sea la contraria a la que usted tiene verdad

Entrevistado: aja

Entrevistador: Ok, usted me indico que esa no causaba prejuicio para el imputado, pero causaba prejuicio para otras partes con respecto a eso, usted me podría indicar a cual, que prejuicio se le causa con ese tipo de interpretación a las otras partes

Entrevistado: Bueno en este caso sería un prejuicio por ejemplo a la persecución o el ejercicio de la persecución penal como un derecho un poco genérico establecido para el ministerio público y este podría ser la tal vez el principal vejamen para (heee) una de las partes procesales que ciertamente el ministerio público es una parte dentro del proceso, de forma tal que puede tener el ministerio público de conformidad con sus políticas de persecución penal, trazados ciertos objetivos y el objetivo de esto puede ser el procesamiento hasta etapa de juicio de cierto tipo de delitos con cierto tipo de circunstancias, de nuevo basándonos en estos temimos de la oportunidad de análisis de la personalidad del sujeto involucrado pero no solo eso sino que aparte sobre este efecto sobre esta parte procesal que es el ministerio público también implica una transacción a la legalidad porque la norma no lo permite

Entrevistador: Con respecto a la otra posición, a la posición en que en que no se debe permitir en el caso de los concursos cuando superen los 3 años considera que vulnera los derechos de alguna de las partes

Entrevistado: No entendí bien la pregunta

Entrevistador: Vamos a ver la la respuesta que usted me da es que con respecto a la suspensión del proceso a prueba, cuando se admite, violentando el tema de los concursos eso vulnera un derecho para el ministerio público, yo le pregunto la posición contraria, la que admite la conciliación sin importar la sumatoria de los de las penalidades de los diferentes delitos, esa vulnera algún derecho de las partes

Entrevistado: No debería porque si el ministerio público está participando del procedimiento de conciliación este partimos de la base de que lo esta haciendo de manera voluntaria número 1, número 2 este si las partes se están conciliando la víctima, ya sea una víctima física o una víctima representada por el estado, ya sea la procu o una municipalidad o alguna institución con personalidad jurídica en instrumental este pues también se parte de la base de que la víctima esta viendo satisfecha su pretensión penal, su pretensión dentro del proceso penal y además este hay que recordar que el ministerio público en materia de conciliación si bien es parte dentro del proceso, no tiene un rol real dentro de la conciliación porque la conciliación es tema de las partes, entonces lo que el ministerio público lo que tiene es velar por la legalidad y en el caso de que el ministerio público si detecte que en una negociación se esta dando un vicio de legalidad ahí si debe ejercer un rol un poco mas activo y llamar la atención sobre estos defectos al juez para que sean subsanados o para que se rechace la conciliación pero esta interpretación que permite la conciliación en varios delitos no va ha vulnerar los derechos de nadie, porque es una interpretación que esta conforme a la ley

Entrevistador: Y la que impide en la suspensión del proceso a prueba cuando hay varios delitos, vulneraria los derechos de alguna de las partes

Entrevistado: nuevamente no vulneraria ningún derecho porque sería una interpretación que esta conforme a la ley y este, a ver la suspensión del proceso a prueba no es un derecho de todas las partes de un proceso penal en la forma irrestricta, es un instituto que tiene sus parámetros entonces si estamos en un caso donde cumplimos con esos parámetros, no debería de haber en tesis de principio ningún argumento que permita (heee) restringir el acceso a esa medida sin embargo en caso contrario no podemos forzar que un caso en el que no se cumplan esos parámetros entre dentro del procedimiento a dentro de la suspensión del procedimiento

a prueba porque estaríamos forzando las cosas en contra de la ley de forma tal que no habría vulnerabilización con lo que usted me pregunta a ninguna de las partes procesales

Entrevistador: alguna de esas (heee) interpretaciones con respecto a la suspensión del proceso a prueba y del tema de los concursos de delitos seguimos en ese mismo tema, impide que las partes puedan acceder a la suspensión del proceso a prueba, se presentaría como un obstáculo

Entrevistado: (hmm) desde mi punto de vista no porque de nuevo si usted, si su caso cumple con los parámetros no deberían restringírselo, pero si su caso no cumple con los parámetros simplemente no es posible acceder a ese mecanismo, así que si se lo niegan no estaría vulnerando ningún derecho, simplemente le estarían resolviendo conforme a derecho

Entrevistador: en esa misma línea con respecto a la posición de apertura, para la aplicación de la de la suspensión del proceso a prueba en caso de delitos, en concurso de delitos, usted considera que esa vulnera algún principio del derecho del proceso penal, la naturaleza o los objetivos de la suspensión del proceso a prueba

Entrevistado: claro vulnera desde el principio de legalidad, verdad porque ese es uno de los principios pilares del derecho penal y si hacemos una interpretación contraria a la ley, ya estaríamos generando una vulneración en este principio elemental en el derecho penal

Entrevistador: Si un juez de garantías resolviera un asunto, (heee) en que se representa un tema de una acusación por varios delitos en concurso y la sumatoria diera, excediera ese límite de 3 años, (hee) admitiendo la suspensión del proceso a prueba usted como fiscal en esa audiencia que le correspondería realizar

Entrevistado: nuevamente si el ordenamiento jurídico me lo permite haría las (heee) gestiones de impugnación correspondientes para evitar que se de un acto de ilegalidad patrocinado por un juez de la republica

Entrevistador: esta posición con respecto a la a la suspensión del proceso a prueba, ha existido siempre en la fiscalía de probidad o se tenía una posición antes de la, de ese instrumento que usted me comento y de la circular

Entrevistado: mira en el tiempo que yo he estado acá eso siempre ha sido un tema de discusión, pero no entre nosotros, porque pareciera que el ministerio público tiene claro que

hay que apegarse a la norma, a sido un tema de discusión con los jueces, porque los jueces pues, creo que de un corte muy garantista, no necesariamente negativo sino que ha sido, se ha pervertido en una interpretación excesiva de la norma se han decantado por esta postura, sin embargo por lo menos a nivel interno en la fiscalía, yo no podría hacer referencia a ninguna otra teoría o por lo menos no a esta teoría que amplía la posibilidad de la suspensión del procedimiento a prueba

Entrevistador: Con respecto a la reparación integral del daño usted me indico que si era posible aplicarla en los delitos contra los deberes de la función publica

Entrevistado: mjm

Entrevistador: es posible aplicarla a todos los delitos que regulan el titulo 15 y la ley contra la corrupción?

Entrevistado: no es posible porque (heee) la reparación integral del daño es un instituto de corte para llamarlo de alguna forma de corte patrimonial y esto exige no que el deli, que el bien jurídico sea necesariamente el patrimonio, pero si que conlleve una lesión patrimonial que pueda ser resarcida de acuerdo, sino me equivoco me parece que es lo que establece la norma de modo tal que debe haber un daño que pueda ser subsanado

Entrevistador: como que delito por ejemplo se podría, se podría aplicar la la reparación integral del daño

Entrevistado: Bueno en cuanto a los delitos esto dependería que tomen un contenido patrimonial como lo establece la norma y esto pues será algo que se tenga que determinar en la investigación, puede ser por ejemplo un peculado, puede ser una conclusión, pero de repente también podemos citar algunos artículos de la ley 8422 como la influencia contra la Hacienda pública que si no me equivoco está en el artículo 57 porque genera o tiene un contenido patrimonial, tiene un efecto que puede ser cuantificable y de esta manera (heee) es que (heee) solamente en aquellos delitos en los que exista contenido patrimonial podríamos aplicar esta instituto

Entrevistador: sobre (heee) este tema sobre el contenido patrimonial usted consid, ha escuchado alguna posición diversa a la posibilidad de aplicar la reparación integral del daño, en este tipo de delitos por ejemplo en el peculado

Entrevistado: Mmmmm vamos a ver una posesión que restrinja la reparación integral del daño (hmmm) en algún momento durante la discusión de este instructivo y de las circulares se cuestionó la forma de reparar (heee) el daño en delitos contra los deberes de la función pública, pero eso se resolvió con la, aquello que indique del daño social, que ya se estaba empezando a cuantificar mediante los criterios matemáticos de la procuraduría general de la republica de forma tal que eso pudo haber sido en algún momento un valladar (heee) en la interpretación de esta norma y su aplicación, sin embargo (hee) de momento no podría referenciar una postura actual y sólida en contra de la reparación integral del daño

Entrevistador: y anterior, usted dice que actual.

Entrevistado: anteriormente era esta que te decía que no se consideraba reparar un daño sobre (heee) bienes jurídicos como los deberes de la función publica

Entrevistador: conoce si alguna de las partes aún mantiene esa posición

Entrevistado: no, no podría decirte con claridad de que exista una postura de algún sector en particular

Entrevistador: a partir de que cambio esa postura la fiscalía de probidad

Entrevistado: esto cambia con esta tarea que se nos asignó principalmente, varios, vamos a ver varios fiscales ya venían este pues gestando en su función particular que las medidas se valoraran y creo que esto y las dificultades que estábamos teniendo de interpretación con el juzgado, fue lo que motivo a la instauración de esta comisión en la cual redactamos este instrumento, de modo que fue a partir de esto que se comenzó a modificar la interpretación y la aplicación de las medidas

Entrevistador: con respecto al concurso de delitos usted cree que tiene alguna incidencia para la aplicación de la reparación integral del daño, que se acusen varios delitos en concurso ideal, material

Entrevistado: eso ya sería muy casuístico pero yo pensaría que al menos a nivel legal estrictamente consiste en una restricción

Entrevistador: existe una posición que indica (heee) que en el caso de supuesto, de concurso material la reparación integral del daño es solo posible respecto a uno de los hechos y que

resolver respecto a 2 de ellos en realidad se estarían resolviendo 2 asuntos diversos de modo que aplicaría la reparación integral 2 veces, no siendo eso permitido por ley, que opina respecto a esa posición

Entrevistado: Bueno la norma no establece que la reparación integral del daño solo proceda para un delito, de acuerdo, la norma lo que establece es que lo que se pretende es que la víctima (heee) reciba a entera satisfacción la reparación por el daño que sufrió, un daño particular, o un daño social, y este daño se deriva no de uno sino de todos los delitos que se están viendo en el caso concreto, de forma tal que no existen por lo menos a nivel legal una restricción de esta naturaleza y no debe interpretarse por lo tanto así (hmm) la norma solamente menciona la necesidad de que la víctima sienta satisfacción, en caso de delitos de contenido patrimonial y como vemos hablan delitos plurales de forma tal que no podría tampoco de esta norma que solamente se pueda reparar respecto con un delito y que la persecución penal deba continuar con el respecto de los delitos, lo cual aparte sería un poco incongruente si tomamos en cuenta que la reparación integral del daño es una medida alterna para finalizar el proceso, esto sería solo una medida alterna para atenuar el proceso y que continúe sobre otros delitos

Entrevistador: (hmmm) con respecto a las 2 posiciones, la que considera que es posible la reparación integral del daño en delitos de probidad porque algunos de estos tienen además de la protección del bien jurídico, los deberes de la función pública, (heee) un contenido patrimonial y la posición que dice que no es posible aplicar la reparación integral del daño porque el bien jurídico tutelado por (heee) los delitos de probidad es en principio o principalmente la probidad por lo que no son susceptibles de reparación, considera usted que alguna de estas 2 posiciones impiden que las partes puedan acceder a la reparación integral del daño

Entrevistado: Si ciertamente la posición restrictiva es violatoria por decirlo de alguna forma de la norma procesal, de la naturaleza y el objetivo del proceso, ya que estaríamos nuevamente introduciendo vía interpretación, una restricción que no está establecida en la norma de acuerdo, porque esta norma no indica en ningún punto que la reparación integral del daño solamente sea aplicable para delitos cuyo bien jurídico sea el patrimonio, esto no lo establece la norma, la norma lo que establece es que tengan contenido patrimonial, así que el

delito puede ser pluriofensivo como es el caso del peculado o puede ser sobre determinado bien jurídico pero siempre y cuando tengan un contenido patrimonial que pueda ser cuantificable, ya sea por el daño particular o el daño social, no debe existir ni debe imponerse una restricción para acceder a esta medida alterna.

Entrevistador: considera usted que aplicar esa interpretación mas restrictiva, usted la llamo asi vulnera los derechos de alguna de las partes

Entrevistado: si claro vulneran los derechos de las partes porque partimos de su ilegalidad y en segundo lugar pues vendría a hacer nulatoria la posibilidad de que las partes lleguen a un acuerdo satisfactorio y que repara el la paz social, la paz entre las partes, que es el objetivo del proceso penal

Entrevistador: con respecto a eso último que me dijo, considera que existe aplicando esta posición restrictiva alguna vulneración de los principios del derecho penal, la naturaleza y los objetivos de la reparación integral del daño

Entrevistado: ciertamente es una interpretación que transgrede el principio de legalidad, es una interpretación que restringe los derechos de las partes y es una interpretación que puede que suene un poco feo, pero prostituye el proceso penal, eliminando la posibilidad de que las partes accedan a la paz social, que ese es el objetivo del proceso penal y lo convierte en un fin en si mismo que es llevar el proceso hasta la última de las instancias (heee) en una postura de nuevo de populismo cognitivo que se adecua a la prensa, se adecua a un sector popular que desea mas cárcel, que desea mas represión sin tener claro cuáles son los efectos de esta represión de este encarcelamiento masivo de las personas

Entrevistador: si un juez de garantías en una audiencia preliminar utilizara esa posición restrictiva para resolver un caso (heeee) cuál sería su tarea como fiscal

Entrevistado: Nuevamente si el ordenamiento jurídico me lo permite utilizaría los medios de impugnación (heee) que estén a mi alcance para procurar que no se genere una vulneración a los derechos de las partes y a la legalidad de los procesos

Entrevistador: que problemas prácticos considera usted que se dieron con respecto, o que se han dado con respecto a estas diferentes interpretaciones que incluso me ha mencionado que han existido a lo interno de la fiscalía

Entrevistado: Bueno esto, tal vez no pueda dar ejemplos muy claros, tal vez lo que pueda referenciar es una, alguno que otro caso lejano que recuerdo, por ejemplo, en los que algún (heee) alguna persona imputada tenía la intención de reparar integralmente un daño patrimonial muy cuant, muy muy elevado para el estado incluso con (heee) intereses, con excesos y aun así posturas restrictivas impidieron que estas medidas se tomaran, lo cual genero gastos para el estado y pues eventualmente podría generar impunidad con la promulgación de los procesos de manera excesiva, entonces de nuevo los problemas prácticos que se generan son aquellos que generamos una sobre saturación de los despachos, generamos la prolongamos excesiva de los procesos, atamos a las personas a un proceso penal que como sabemos son procesos penales ya en si mismo, implica ya una represión y una afectación psicológica y moral en las personas de modo que incluso para los testigos y las victimas se vuelve una carga, estar atado a un proceso penal y el ministerio público, o bueno los operadores del derecho al generar interpretaciones que restringen otras salidas pacíficas, económicas y al alcance de las partes pues si se daría este problema de de tanto económico, de eficacia, de eficiencia a nivel estatal como de afectación a la integridad de las personas que se someten excesivamente e injustificadamente a un proceso penal

Entrevistador: Randy esa sería la (heee) la entrevista, de mi parte le agradezco mucho por toda la información que me dio, estoy seguro que esa información me será muy útil para mi trabajo de investigación

Entrevistado: con gusto Bryan

Entrevista N°4

Entrevista telefónica realizada el 21 de mayo de 2020, al señor Juan Manuel Jiménez Silva.

Entrevistador: Buenos tardes Juan Manuel. Mi nombre es Bryan Castro Cerdas y estoy realizando una investigación en relación al tema de la aplicación de las medidas alternas en el proceso penal en los casos que se tramitan en la jurisdicción penal de hacienda. La idea con la entrevista es conocer su opinión en relación con esa temática, con el fin de dar respuesta a mi problema de investigación, así como el cumplimiento de los objetivos de la misma. En este sentido, siéntanse libre de compartir su idea en este espacio. Aquí no hay respuestas correctas o incorrectas, lo que importa es justamente su opinión sincera. (E y) Cabe aclarar que esta información es sólo con fines de investigación, sus respuestas serán unidas a otras opiniones de manera anónima y en ningún momento se identificará qué dijo cada persona. Debido a las restricciones de contacto social por el Covid-19, esta entrevista se está haciendo por medio telefónico por medio, sin embargo yo requiero (heem) tomar apuntes, para agilizar esta tarea le pido su autorización para grabar la entrevista telefónica ya que tomar apuntes me toma un poco más de tiempo, ¿usted tiene algún inconveniente que yo grave la conversación?

Entrevistado: buenas tardes Bryan, hay ningún inconveniente.

Entrevistador: Gracias, desde ya le agradezco su tiempo y la información que me va brindar, (heee) inicialmente necesito que me diga su nombre y el lugar donde usted trabaja

Entrevistado: Juan Manuel Jiménez Silva, soy fiscalizador de la División Jurídica de la Contraloría General de la Republica,

Entrevistador: ¿hace cuánto desempeña ese, ese puesto don Juan Manuel?

Entrevistado: En la división jurídica estoy hace (eee) nueve años.

Entrevistador: ¿Durante todo ese tiempo ha tenido experiencia en el trámite de los delitos contra los deberes de la función pública?

Entrevistado: así es, así es, en principio era el área penal la que se encargaba de estos temas, ahora no hay un área penal, ya comparte el organigrama de la división jurídica, pero sigo manteniendo relación con los procesos penales.

Entrevistador: ¿Dentro de esa función que desarrolla del tema de delitos funcionales que le corresponde a usted hacer?

Entrevistado: Bueno a lo interno de la, de la Contraloría General, este, talvez me voy a ir un poquito más atrás, hay diferentes áreas en la Contraloría, (eeee) en el área que recibe denuncias y que tramita investigaciones, es la dirección de fiscalización operativa y evaluativa, en cuanto a la recepción de denuncias específicamente, algunas de esas pueden tener alguna relación con el tema penal, por delito funcional, entonces, cuando es materia penal desde el inicio, se debe coordinar con los abogados de la Dirección Jurídica para hacer una especie, no en realidad de dirección funcional porque no se hace dirección funcional, es una rectoría jurídica (heee) a lo interno de la Contraloría existe una rectoría jurídica, este, lo que hace es poder encausar los procesos, nosotros tramitamos además de lo penal procesos administrativos, contenciosos, laborales y etcétera, entonces desde un inicio, cuando está iniciando la investigación si hay algún tema que pueda tener un asunto penal, materia penal, podemos coordinar con esas áreas para la posible presentación al Ministerio Público la denuncia penal, en esos procesos además de la denuncia nos apersonamos eventualmente (eeee) presentamos también querrela y podríamos presentar acción civil, eso todo le corresponde a la Dirección Jurídica, igual atender algunos asuntos que se nos notifiquen, asuntos que no inicio por denuncia de la Contraloría pero que se nos notifica por parte del Ministerio Público si tuviera alguna relación con la Hacienda Pública en esos se valora también el apersonamiento es esos procesos y la presentación eventualmente de una querrela.

Entrevistador: ¿Con respecto a esa función le corresponde asistir a esas audiencias Preliminares en esos delitos?

Entrevistado: Así es asistimos a audiencias preliminares, juicios, apelaciones.

Entrevistador: ¿Cuáles son las medidas alternas que se pueden aplicar en este tipo de delitos contra la función pública?

Entrevistado: En realidad la contraloría tiene una posición muy abierta en cuanto a la utilización de medidas alternas, (eeee) usualmente, te puedo decir, te puedo hacer referencia a la que más se aplica (eeee), Usualmente la, la que Hemos aplicado es la suspensión del procedimiento a prueba, con la aceptación de cargos y demás que el imputado hace, algún resarcimiento social, trabajo social o obras sociales y también algún resarcimiento económico por parte de los imputados, la Contraloría ha tratado de impulsar además de estas, que si bien no es uno de los supuestos que está en la ley, de aplicar la inhabilitación voluntaria de los imputados del ejercicio de los cargos públicos, en algunos casos los jueces lo han aceptado y la víctima o los imputados mismos, y ha quedado otorgado, me parece que para un resarcimiento en este tipo de delitos es importante que se les cierre el acceso a cargo públicos a las personas que han infringido la ley por algún delito funcional, ese es en el mayor de los casos lo que se ha aplicado. En otros se ha utilizado la conciliación pero no son tantos los casos, en el casos de la conciliación talvez por la cuestión de los plazos, por los incumplimientos que se han dado, viera en el caso de la Contraloría lo hemos visto mucho, se dan muchos incumplimientos, yo considero que como te digo, por lo menos en visión Contraloría somos muy abiertos en la aplicación de estos, también por una directriz, me parece, de aplicación de medidas alternas que está impulsando la Fiscalía de Probidad, la FAPTA, entiendo que la posición de la Fiscalía General que abarca algunas pautas de la aplicación de medidas alternas que tratamos en realidad de, de seguir, nosotros mucho lo que hacemos es, este, comunicarnos con el Ministerio Publico en los casos en que estamos en trámite, que estamos apersonados y participamos, nos comunicamos con el Ministerio Publico y la Procuraduría para valorar la posibilidad de aplicar las medidas alternas (heeee), poara tener por lo menos un criterio previo para llegar con algo más a la audiencia preliminar. No sé si con eso te contesto la pregunta.

Entrevistador: si don Juan Manuel, con el tema de la conciliación, para, para centrarnos en esa, en ocasiones cuando se acusan un concursos de delito y el concurso de esos delitos, por ejemplo si son tres peculados, la sumatoria de eses concurso de delitos material, por ejemplo son 9 años (heee), usted considera que es posible aplicar una conciliación en esos supuestos, a pesar de que la, la sumatoria de las penas de los delitos (heee) diera más de los tres años, que permite por ejemplo la ejecución condicional de la pena.

Entrevistado: Este, si eso se ha planteado como una interrogante en algunos de los casos en los que hemos participado, te digo talvez si lo vemos apegados a lo que dice la norma definitivamente no se podría, (heee) pero como te dijo siendo muy formalistas, pegándonos exactamente a lo que indica la norma, en algunos casos, bueno y eso también depende, al menos te lo digo, en la práctica depende del juez que este en la audiencia, ahora son un poco más, que te digo más restrictivos a la hora de aplicar eso. Yo considero personalmente en algunos casos si se podría por decirlo así valorar, esto en cuestión de que tengamos en cuenta (se interrumpe comunicación), tomando en consideración el estado de salud de los imputados, en los casos de delitos funcionales hay unos que ya son adultos mayores tienen una edad considerable, este y abemos que los procesos penales son muy, muy largos, no sabemos si a la persona se le va poder aplicar una condena, en algún momento pueda cumplirla o por cuestiones de salud no va poder, por eso como te digo para un resarcimiento social (heee) podríamos no ser tan formalistas para buscar un resarcimiento social y sobre todo al estado, la imagen del estado (se interrumpe la comunicación). Si vos me decís, contrarrestar el papel con la norma en si no le vería salida, tendría que decir no, no se podría aplicar, ya la cantidad de pena se aplica a los años que son, pero ya considero que en algunas ocasiones si se lograría algo mejor para el sistema, la sociedad y el estado aplicando esa medida.

Entrevistador: Entonces usted considera, que del papel de la, de la ley (heeee) no se podría aplicar en el caso de los concursos cuando la pena supera, pero en algunos casos, por las particularidades del caso es la mejor opción, (heee) a efectos del resarcimiento del estado, por así decirlo.

Entrevistado: Si, es una opción que podría valorarse en cada caso, podría valorarse.

Entrevistador: Don Juan Manuel.

Entrevistado: formalmente si reitero, creo que no habría salida a cómo está la norma.

Entrevistador: Además de lo que establece el código que es lo que está en la ley, usted utiliza algún otro insumo para para resolver este conflicto, por ejemplo usted me hablo de las circulares del Ministerio Publico, la opinión de algunos fiscales, hay algún otro insumo que utilice para eventualmente resolver este tipo de, de situaciones que se presenten.

Entrevistado: (heeee), no formalmente no, en realidad, uno como aplicador, bueno como fiscalizador en la Contraloría, debe contar con el visto bueno cuando se trata de la aplicación de las medidas alternas con el visto bueno del despacho contralor, ósea de la contralora general de la república, en cada caso, (heeee), porque te digo, la representación de la Contraloría General la tiene la Contralora, por la misma ley orgánica ella puede delegar la resolución de los procesos a la División Jurídica y por tanto a los fiscalizadores. Sin embargo, para la aplicación de medidas alternas se deben exponer a la contralora general y esta debe manifestar su autorización para poder aplicar alguna medida en el caso específico, como te dijo formalmente, además de la norma en sí no hay directrices ni nada, además de la autorización de la contralora.

Entrevistador: Ah ok perfecto, usted considera que (hee), la posición más restrictiva, estamos hablando de dos posiciones, una que considera que en el caso de concursos si se puede aplicar y otra que considera que en el caso de concursos cuando la pena supera los tres años no se puede aplicar la conciliación, usted considera que alguna de esas 2 posiciones vulneran algún derecho de alguna de las partes.

Entrevistado: Este, si hablamos de derechos de las partes talvez, lo que podría, desde la posición de la víctima y el imputado sí, (se interrumpe comunicación), porque esta es una forma extraordinaria de darle fin a un proceso penal (se interrumpe la comunicación), pero sobre todo al imputado que puede terminar con una restricción de la libertad, (se interrumpe comunicación), pero como te dijo en algunos casos podría valorarse intereses superiores (se interrumpe comunicación), en cuanto a la víctima, al estado, los procesos penales son muy costosos (heee) en muchos sentidos para todas las partes, (heee) la victima también podría ver fallidos sus intereses de llegar alguna medida alterna.

Entrevistador: ahí no le estoy escuchando se le corta.

Entrevistado: aló ahí me escucha.

Entrevistador: si ahí si le escucho.

Entrevistado: más bien perdón, heee, de la víctima es un opción que tiene también para resarcir su intereses, talvez volvemos a lo mismo si una persona comete un delito la condición

que tiene es que va para la cárcel, de forma muy resumida, si usted comete un delito le corresponde una pena privativa de libertad, (heee), pero talvez el estado tiene el interés de alejar a la persona de las funciones públicas, tener algún resarcimiento para el estado y algún resarcimiento social que también pueda, pueda ser beneficioso para la sociedad en sí, entonces si considero que podían ser limitaciones o restrictivo a los derechos de las partes.

Entrevistador: con respecto a ese mismo tema, bueno según entiendo usted considera que la que restringe la conciliación en aquellos casos de concurso de delitos si vulnera derechos de las partes, es así.

Entrevistado: si, si al menos es una limitación.

Entrevistador: ¿Con respecto a los principios del derecho penal y procesal, la naturaleza y los objetivos de la conciliación, usted considera que esa posición restrictiva vulnera de alguna, alguna de estas cosas? Sea los objetivos, la naturaleza o algún principio del derecho penal.

Entrevistado: (heee), este, que te digo, es que talvez volvería a lo mismo, los intereses de las partes, (heee), a la parte le interesa en realidad no es que el que cometió el delito vaya a la cárcel, yo creo que finalmente, yo no sé si lo que voy a decir es muy descabellado pero al menos de lo que he visto no es eso lo que en realidad le interesa a la víctima, lo que le interesa a la víctima es ver resarcido en alguna forma se vio afectado, en el dolor que le pudo haber causado por ejemplo una lesiones y en este caso de los delitos de probidad, en realidad lo que se ve afectado es la hacienda pública, pero eso para enfocarme en estos delitos únicamente y este, talvez es que no gane mucho con que el imputado llegue a la cárcel, con una acción civil por cobrar y demás sino como te digo se podrían ver estas opciones y el resarcimiento podría ser de más beneficio social (heeee) entonces relativamente, podría considerarse que habría alguna afectación procesal, en materia penal a las partes, con esa limitación.

Entrevistador: con respecto a ese tema si un juez, por ejemplo las partes quisieran conciliar, usted me dijo anteriormente que en ocasiones depende mucho del criterio del juez si deja conciliar en esos caos si no deja conciliar, si las partes quisieran conciliar y el juez utilizando ese, esa opinión restrictiva no permitiera que se diera la conciliación, ¿las partes pueden realizar alguna otra gestión o recurso. O no se puede?

Entrevistado: Di uno podría plantear un recurso de revocatoria y una apelación, que efectos tendría (se corta comunicación), no he tenido experiencia.

Entrevistador: Ahora con respecto a la suspensión de proceso de prueba, en esos mismos casos, en el caso de los delitos en concurso cuando la pena supera los 3 años, específicamente la suspensión del proceso a prueba, usted considera que se puede aplicar.

Entrevistado: igual, formalmente no, igual te lo contesto, formalmente no, que podría obtenerse alguna algo provechoso talvez sí, pero formalmente no se puede a como esa opción, igual lo pulsaría en una audiencia.

Entrevistador: Hay alguna posición, vamos a ver usted dice que no se podría aplicar la suspensión del proceso a prueba, usted ha escuchado alguna posición que diga que si se puede aplicar en los casos de concurso de delitos.

Entrevistado: Mire cuando alguna, en algunos casos, que te digo, me parece que en la práctica si lo he logrado al menos en un caso que fueran digamos, varios delitos de peculado y aun así se aplicó la suspensión del proceso a prueba, en conciliación como te digo ha sido más difícil, en la suspensión sí. Como te digo dependiendo del juez que lo vea. También este, también lo que hacía, bueno también, eso te lo comento pero no tengo mucho criterio, porque si sé que valoran la aplicación de medidas alternas anteriores a los cinco años y no sé qué, entonces piden laaaa, piden esto de la, bueno el juzgado mismo obtiene lo de la sentencia anterior, y hay alguna discrepancia ahí en cuando se podía aplicar y cuando no, si había pasado algún tiempo de los cinco años, eso también lo controlaban mucho los jueces, pero eso te lo comento porque lo he visto en alguna audiencias también.

Entrevistador: Con respecto a esas dos posiciones para aplicar la suspensión del proceso a prueba, cuál cree usted que, que garantiza de mejor manera los derechos de las partes, es decir, la que permite la suspensión del proceso a prueba aunque hayan concursos o la que no permite la aplicación de la suspensión de proceso a prueba cuando hay concurso y la pena supera los tres años, cual considera usted más acertada para garantizar los derechos de las partes tanto imputados como víctimas eventualmente el estado, verdad.

Entrevistado: Si, si subjetivamente, yo te diría igual que se aplicara, porque hay un acuerdo entre la, primera tendríamos que partir de quien, la victima tendría que hacer la propuesta, eh perdón el imputado tendría que hacer la propuesta, la victima estar de acuerdo, si se alcanza un buen plan reparador si se quiere, pues este, como te digo la opción dos, que se pudiera aplicar.

Entrevistador: Ahora, con la reparación integral del daño, usted considera que es posible aplicarla a delitos contra los deberes de la función pública..

Entrevistado: Si, si también podría aplicarse,

Entrevistador: hay una, hay una posición que dice que al ser la reparación integral del daño una medida que aplica a delitos con contenido patrimonial, no podría aplicarse a los delitos contra los deberes de la función pública porque estos protegen el bien jurídico patrimonio, pero hay otra posición que dice que por ejemplo el peculado, la concusión y otros delitos protegen además de la probidad el patrimonio estatal y entonces que en esos casos si se puede aplicar la reparación integral del daño, usted que considera con respecto a estas dos posiciones.

Entrevistado: Conozco las dos como te digo, este, en cuanto a la primera, (heee) bueno, es que si son de contenido patrimonial ese tipo de delitos pero hay que ver que, bueno los delitos funcionales son delitos pluriofensivos no solo es, no solo puede ser la situación patrimonial que pueda haber causado generado, sino muy importante también yo no sé si en una mayor relevancia el deber de probidad, los deberes de la función pública, (heeee) que es muy amplio y hay que definir bien que son. Entonces si uno hace ese enfoque (heeee) y le da mayor relevancia al deber de probidad en sí, podemos hacer privar este para la aplicación de la reparación integral del daño, también es difícil y también prevalece la otra posición, como te digo al menos la posición mía es más abierta, que se podrían hacer cualquier tipo de reparación o medida alterna en este tipo de casos.

Entrevistador: Usted considera que esa posición más abierta garantiza mejor los derechos de las partes.

Entrevistado: si definitivamente ya diría que sí.

Entrevistador: En algún caso usted ha aplicado la reparación integral del daño, en algún momento en que usted haya participado.

Entrevistado: Mmmmm, no no no, si mal no recuerdo en uno se propuso pero nos fuimos por la suspensión del proceso a prueba.

Entrevistador: y porque la reparación no se había podido dar, alguna parte se opuso o .

Entrevistado: por esta valoración que estamos haciendo del contenido patrimonial.

Entrevistador: y quien fue la parte que, que propuso, vamos a ver, esa interpretación.

Entrevistado: de que no se hiciera por esa vía, de la reparación integral.

Entrevistador: Si vamos a ver, estaban planteando una reparación integral, pero alguna de las partes dijo que no se podía por el bien jurídico.

Entrevistado: primero lo valoramos entre las partes, ósea que no estamos seguros de que nos fuera a acoger el juez y de hechos me parece que en su momento el juez había manifestado que no procedía en esos delitos.

Entrevistador: el mismo juez

Entrevistado: no formalmente en la audiencia pero si lo había manifestado cuando dio oportunidad para plantear alguna medida.

Entrevistador: ahhh ok.

Entrevistado: entonces lo hicimos así mejor.

Entrevistador: en otra oportunidad que se haya planteado una reparación integral o sola esa recuerda

Entrevistado: si en realidad como te digo, mejor no nos la jugamos planteando una reparación integral y buscamos otra medida, por conocimiento a esa reticencia al menos a su aplicación, sé que una vez al menos lo intentamos y lo valoramos pero al final de cuentas nos fuimos por otra medida una suspensión del proceso a prueba.

Entrevistador: Esa sería la entrevista, yo le agradezco mucho por toda la información y su tiempo se esos datos que me está brindando me van a servir bastante para el análisis de la información.

Entrevistado: ojala así sea, mucho gusto Bryan, estamos para servirle.

Entrevista N°5

Entrevista realizada el 19 de mayo de 2020, a la señora Carla Bonilla Balletero.

Entrevistador: Muy buenos días, doña Karla

Entrevistado: Buenos días

Entrevistador: Mi nombre es Bryan Castro Cerdas y estoy realizando una investigación en relación (hee) al tema de la aplicación de las medidas alternativas en el proceso penal en los casos que se tramitan en la jurisdicción penal de Hacienda, la idea es poder (hee) conocer su opinión en relación a la temática, con el fin de dar respuesta a mi problema de investigación, así como el cumplimiento de los objetivos de la misma, en ese sentido, siéntase libre de compartir sus ideas en este espacio, aquí no hay respuestas correctas ni incorrectas, lo que importa es justamente su opinión sincera, (hee) cabe aclarar que su información es solo para fines investigativos, sus respuestas serán unidas a otras opiniones de manera anónima y en ningún momento se identificara que dijo cada participante

Para agilizar la toma de la información resulta, me resulta de mucha utilidad grabar la conversación, ya que tomar notas (hee) por escrito me llevaría más tiempo, he existe algún inconveniente en que yo grabe la conversación, (hee) le recuerdo que el uso de la conversación es solo para el uso de fines de análisis

Entrevistado: no, no hay ningún inconveniente

Entrevistador: (heee) primero le (hee) bueno antes de iniciar, desde ya le agradezco mucho su tiempo, que se que es un tiempo muy valioso y le agradezco por esa colaboración

Entrevistado: Con gusto

Entrevistador: Voy a pedirle inicialmente, que me indique, qué puesto desempeña, los años (hee) experiencia en ejercicio profesional de su puesto y (hee) la experiencia en el trámite de delitos en contra de los deberes de la función pública

Entrevistado: Bueno, en términos generales, tengo 10 años de laborar en el poder judicial, he estado en varios puestos como juez de ejecución de la pena, juez penal juvenil y juez penal

y y en los últimos 3 años propiamente he estado como juez penal en el juzgado penal de Hacienda y de la función pública

Entrevistador: Dentro de esa función a usted le corresponde conocer el trámite de los delitos en contra de la función pública

Entrevistado: Si

Entrevistador: ¿Cuál es su función específica dentro del proceso penal en relación con a los deberes de la función pública?

Entrevistado: Bueno en este despacho se encuentran (hee) distribuidos los 12 jefes, (hee) perdón, los 12 jueces en las diversas etapas del proceso, en particular yo me encuentro en la etapa intermedia que es a quien le corresponde pues propiamente realizar las audiencias preliminares y determinar la procedencia o no de algún tipo de medida alterna o bien de cualquier otra gestión que se plantee (hee) por las partes en esa diligencia

Entrevistador: Con respecto al tema de medidas alternas (hee) ¿cuáles son esas medidas alternas que se pueden aplicar a los delitos contra los deberes de la función pública

Entrevistado: Básicamente se utiliza la suspensión del proceso a prueba y la conciliación, en mayor (hee) porcentaje la suspensión del proceso a prueba

Entrevistador: Existe alguna diferencia entre las medidas alternas que aplican a esos casos de probidad con respecto a los que se aplican con los (aaa) a otros delitos

Entrevistado: Como delincuencia ordinaria, por decirlo así

Entrevistador: Si

Entrevistado: Si porque en los de probidad participan en la mayor cantidad de casos la procuraduría general de la república y en ese tanto pues (hee) para la procedencia de la medida alterna en la mayoría de los casos se requiere contar con el visto bueno de el procurador general y en ese tanto pues ellos también establecen condiciones particulares para (hee) que formen parte de esa propuesta del plan reparador y (hee) este se hace como en todo, la propuesta que se hace por el imputado más los requerimientos no solamente que podría (hee) plantear el ministerio público sino también la procuraduría

Entrevistador: Usted me comento que (heee) es posible la aplicación de la conciliación en los casos de probidad, en cuanto a la aplicación de la conciliación, específicamente exis, cuando existen concursos de delitos en un mismo caso contra un imputado y la pena supera los 3 años, considera usted que es posible aplicar la conciliación en ese supuesto

Entrevistado: (heee) Supongo que se refiere a que debe de contar con el requisito de (hee) la procedencia del beneficio de ejecución condicional, que también se relaciona con esto

Entrevistador: Si correcto, digamos que la persona cumple con los otros requisitos, verdad, la anuencia a la víctima y todos los requisitos están, pero, y es de encuentro primario, pero se acusan muchos delitos, sea un concurso ideal o material y la pena

Entrevistado: Y que la sumatoria

Entrevistador: Exactamente y haciendo el concurso nos da más de 3 años

Entrevistado: Bueno en ese tanto (heee) primero le voy a indicar que existen 2 posiciones que yo conozco aquí en el juzgado y es que para algunos resulta procedente y para otros no resulta procedente, eso en realidad y a grandes rasgos (hee) (mmm) varía mucho también de (hee) los criterios que se emitan por parte del tribunal de alzada verdad. porque (hee) inicialmente cuando se empezaron a rechazar por ese tema en particular, verdad porque la sumatoria pues (hee) superaba los 3 años, (hee) cuando se iba al tribunal de apelación (hee) algunos jueces del tribunal tenían criterio de que era procedente y otros tenían el criterio de que no era procedente, en que radica básicamente de porque unos dicen que si y otros dicen que no, bueno se parte del supuesto que se están acusando hechos y no calificaciones jurídicas, si bien es cierto se quiere una (aa) calificación provisional, verdad como parte también de que el imputado (hee) tenga claridad en que es el delito que se le podría imputar y cuál es la posible pena a imponer e y en el caso particular, a mi criterio se debe analizar delito por delito, o sea, entonces si este delito cumple con ese requerimiento que la sup (hee) que la pena no supere los 3 años o el límite está en los 3 años, resulta procedente porque yo voy a analizar este delito, más el otro delito, más el otro delito, porque, porque cuando, si eso se iría a una etapa de juicio, al final de cuentas se debe de (aaa) tener la certeza de la (hee) realización de cada uno de esos delitos, si acusas, por decirte algo 5 peculados y resulta que solo se pudo probar uno o un delito de de menor este penalidad, entonces resultaría que si se

pudo haber aplicar una medida alterna y estuviste violentando la posibilidad a esa persona de (hee) llegar a una medida alterna, de resolver su conflicto muchos años antes, porque para nadie es un secreto, que (hee) el asunto aquí es un poco (hee) largo y tedioso para resolver y en ese tanto básicamente en eso radica en cómo es que el juez analiza si es que es una sumatoria y punto, queda centrado en eso o si lo vamos a ver por unidad.

Entrevistador: Para aclarar únicamente, usted considera que debe de hacerse un análisis por cada uno de los delitos en el caso de conciliación

Entrevistado: Si

Entrevistador: Usted conoce (heee) bueno ya me dijo que habían otros jueces que lo aplicaban diferente que era el caso concreto con la pena global, conoce cuál es el fundamento, yo entendí cual es su fundamento, el que usted me da para para decir que es cada delito, pero conoce el fundamento que tienen esos jueces para decir que es del caso (heee) de la pena global por así decirlo, ¿qué fundamento usan?, si lo conoce si no lo conoce

Entrevistado: No, ellos parten de que se está acusando (hee) esa serie de hechos y no tiene porque llegar a hacer ninguna individualización, que no que simplemente se acusaron 5 y (hee) se está enfrentando a 5 y no te dan como mayor sustento si no simplemente no.

Entrevistador: Para la interpretación, que usted hace de los requisitos de la conciliación, principalmente ese de la pena, verdad usted utiliza alguna otra, algún otro insumo para resolver además del código procesal penal, verdad, como por ejemplo circulares, lineamientos, doctrina, jurisprudencia, opinión de las jefaturas, opiniones de otros tribunales, por ejemplo, usted menciona el tribunal de juicio, cuando conoce apelaciones, toma algún insumo usted o usted resuelve con el código

Entrevistado: Pues usualmente uno (heee) le revisa o comenta los (hee) los fallos que emiten tanto el tribunal de alzada como la sala tercera, (hee) sin embargo eso lo tiene que entrar a analizar también uno con la (hee) interpretación que uno (hee) vaya a realizar y con la convicción que uno tenga de que es lo adecuado para resolver, porque sabemos que ninguno de esos dos (hee) criterios es vinculante si no es simplemente orientador, propiamente ante la sala tercera pues tiende a unificar, ello no significa que cuando emitan algún criterio se debe aplicar si porque si, sino también (hee) es la tarea de interpretar y de ir como

entrelazando pues esa normativa con la finalidad no solamente en miras de beneficiar a un imputado es que también estamos con miras a (hee) beneficiar a la parte ofendida

Entrevistador: Con respecto a la a la a la interpretación que da la sala, que usted menciona la Sala Tercera en que, cuando el artículo que regula la conciliación, el artículo 36 establece en los delitos y hacen interpretación restrictiva de esa de esa norma o una interpretación que dice, que al hablar de delitos se debe (he) analizar cada delito de manera independiente

Entrevistado: Mjm

Entrevistador: usted considera que esa interpretación es correcta

Entrevistado: Si

Entrevistador: Considera que es correcto hacer una distinción entre la interpretación de ese requisito de los 3 años verdad respecto que se hace en la conciliación con respecto a por ejemplo la suspensión del proceso a prueba (heee), esta pregunta va en el sentido de que algunos consideran que la conciliación se debe hacer por cada delito, pero en la suspensión del proceso a prueba el análisis se hace del caso concreto por todos los delitos de manera global, usted considera que existe algún (hee) existe sustento o es correcta esa interpretación que la conciliación si para cada delito y la suspensión del proceso a prueba no, porque es para el caso global o para usted ambas deben interpretarse por cada delito independiente.

Entrevistado: Para mí hay que interpretar (hee) hay que analizarlos cada delito independiente de que se pretenda una conciliación o una suspensión, asumo que parten, por eso lo aclaro, asumo que parten del supuesto de que la suspensión se debe de dar una admisión de los hechos, asumiría que parten de ese supuesto, de por qué se haría por una pena global, pero a mí me parece que es un requisito simplemente formal pero no viene a afectar en nada el que se haga un análisis de forma individual de, de cada uno de los de delitos, porque al final de cuentas (hee) volvemos al punto que es una calificación provisional, que es como para (hee), como que todos estemos ubicados en cual esos hechos en que figura jurídica, en que calificación jurídica podría encuadrar, pero sino vendría a afectar ese análisis de forma individual que se realizaría

Entrevistador: Considera, usted me menciona que hay 2 posiciones con respecto a la conciliación

Entrevistado: no y a la suspensión

Entrevistador: aja eso lo vamos a ver más adelante con más detalle (hmm), una que toma los delitos de manera individual y otra de manera global, por así decirlo, considera que alguna de estas dos posiciones vulnera los derechos de alguna de las partes

Entrevistado: No, no me parece, me parece que no porque (hee) al final de cuentas estas por decir así, en una instancia intermedia donde participan las partes por igual, se citan a todos por igual en la conciliación pues por obvias razones pues se requiere de la anuencia de de la parte ofendida, pero en la suspensión de igual manera (hee) cuando resulta ofendido no sé los deberes de la función pública, resulta ofendido (hee) alguna entidad bancaria, pues ellos también participan, y muchas veces (hee) pues son ellos quienes se se muestran más interesados en resolver ese asunto mediante una medida alterna y usualmente es el ministerio publico quien indica que no es posible, por las circulares que se han emitido a nivel interno en mayor (hee) medida esta última que me señalaste del año 2019, que que algunos la toman para oponerse, algunos la toman para decir que están de acuerdo, entonces a mí me parece que también esa interpretación (hee) se da hasta por me, hasta por los mismo fiscales.

Entrevistador: Usted me hablo de la que interpreta cada delito, esa no vulnera para usted está bien, porque permite que las partes lleguen a un acuerdo, principalmente la victima que en este caso es la procuraduría y la otra considera, la otra interpretación que debe ser el caso global, usted considera que esa vulnera algún derecho de alguna de las partes, que un juez venga y se siente acá y diga no es que para que la conciliación se puede dar yo tengo que hacer la sumatoria de todos los delitos, esa vulnera algún.

Entrevistado: Es que a mí me parece que si afecta o vulneraria la posibilidad que tienen las partes de acceder a esa justicia pronta y cumplida, al final de cuentas (hee), entregamos a población lo que predica tanto (hee) la justicia restaurativa, que al final el conflicto es de las partes, que al final el ministerio público que si bien es cierto tiene la tarea de de la persecución penal, pues también tiene que facilitar y (hee) tener una posición también (hee) que venga (hee) no solamente a responder a una estadística del ministerio público sino también a colaborar para que la parte ofendida pues, pues tenga una resolución de su de su situación, verdad

Entrevistador: Creo que ya me respondió la que sigue, pero nada más le hago la pregunta por si quiere precisar algún detalle más, considera que alguna de las 2 posiciones que menciono con respecto a la conciliación vulnera algún principio del derecho procesal penal, la naturaleza o los objetivos de la conciliación

Entrevistado: Pues si porque la conciliación lo que pretende es dar una respuesta pronta a satisfacción de ambas partes, verdad no solamente beneficiando a una, al final si un juez rechaza acá, es que se podría ver en términos generales, porque usted me dice bueno yo lo rechazo, digamos que sea en la posición de analizar todo en conjunto, yo la rechazo, se apela igual habría que ver que posición tiene el tribunal, pero si es un tribunal que dice no mira hay que hacer el análisis individual se devuelve ... otro juez y podría darse la situación de que admita la medida alterna, entonces por eso te digo que es como en un término general que uno podría pensar que se vulneran, porque estas igual obligando a la parte a apelar, estas obligando a la parte nuevamente a venir a exponer otro caso y a estar a la expectativa de que le van a resolver

Entrevistador: Esta creo que también me la respondió, pero es para una respuesta (heee) concreta, si usted resuelve sobre el tema y una de las partes no está conforme, usted cree que se (hmmm) que ese auto sea apelable, con respecto a la conciliación, usted resuelve algo con respecto a la conciliación, la admite, es apelable o no es apelable

Entrevistado: es que a final de cuentas eso también es otro tema (je) el cual hay que entrar al análisis, porque algunos dicen bueno, no es un gravamen irreparable porque podría gestionar una medida alterna antes de darse, en caso de que se ordenara una auto apertura a juicio se podría gestionar alguna medida alterna antes de la procedencia a juicio, pero otros dicen que no, que no, que no es admisible la apelación y para otros que sí, entonces también eso es una particularidad de la interpretación, porque todo radica en como interpreto si existe un gravamen o no

Entrevistador: En el caso suyo le ha pasado de que le presentan una apelación por haber rechazado o admitido alguna conciliación.

Entrevistado: si

Entrevistador: y que hace un juez penal cuando pasa eso

Entrevistado: Bueno a nosotros no nos corresponde la admisibilidad entonces simple y sencillamente pues se procede a (hee) confeccionar la minuta y ha itinerar el expediente para el tribunal de juicio y ellos son los que valoraran en primer término la admisibilidad o no de ese recurso

Entrevistador: Con respecto siempre a la conciliación, esta es la última pregunta respecto a la a la conciliación, que problemas prácticos (hee) ha llevado o ha visto usted (hee) que existen por diferentes interpretaciones que se dan al respecto de esto de los concursos, usted me hablo de una parte especifica en el que el ministerio público es el que siempre se opone, que problemas prácticos da eso de que una parte tenga un criterio, el juez considera otra cosa y la otra parte considera otra cosa, que genera eso.

Entrevistado: Para mí (hee) lo que genera, pero en las partes, esa incertidumbre de cuál va a ser la posición que tengan (hee) defensa, ministerio público, procuraduría y juez, porque si tuviéramos una línea clara de que se dice no, o si o si digamos partiéramos de que de que el código dice, la sumatoria de los delitos o que fuera mas específico, las personas de una vez, le diría al legislador aquí no hay forma de llegar a una medida, ni siquiera la propongamos, porque el código no lo permite, pero como no lo dice así y depende del juez entonces ninguna de las partes a final de cuentas sabe, porque el mismo defensor dice, di vamos a proponer, vamos a ver si lo admiten

Entrevistador: Usted me hablo de que hay posiciones en el juzgado penal, los jueces penales, que hay posiciones de fiscales, que fiscales tienen diferentes entre sí aunque sean de una de una misma fiscalía ha notado eso con respecto a otros partes, como por ejemplo la procuraduría (hee) la contraloría, ha notado que que dentro de los mismos funcionarios de esas (he) instituciones tengan (hee) esos criterios diferentes o los ve más unificados a ellos.

Entrevistado: Para serle muy sincera, los veo más unificados a ellos, la procuraduría y como le decía más que todo las entidades bancarias, Banco Nacional, Banco de Costa Rica, etc, los estatales y el Popular (hee) tienen muchísima apertura, para cualquiera de las 2 medidas (mmm) pero usualmente (hee) (sss) cuando son esas entidades se utiliza la otra medida a menos que por circunstancias muy particulares, se busque la conciliación, pero (hee) eso es por la (hee) el requerimiento que en si formularia la procuraduría para (aa) que de respuesta a las pretensiones de ellos, la reparación del daño social, etc, etc

Entrevistador: Cuando me habla de la otra medida, me habla de ...

Entrevistado: la suspensión del proceso a prueba

Entrevistador: ok, hablando de la suspensión del proceso a prueba, ya ya la conciliación me queda muy clara (hmmm) en el mismo caso, en el caso de los concursos de delitos, cuando la pena supera los 3 años, usted considera que es posible aplicar una sus suspensión del proceso a prueba.

Entrevistado: si

Entrevistador: Conoce si existen otras interpretaciones que digan que no puede aplicarse, usted me dice que si se puede aplicar, conoce si existen jueces que dicen que no se puede aplicar

Entrevistado: Es básicamente la misma que que se utiliza para la conciliación, porque (heee) (mmm) para bien o para mal, (hee) cuando se hablan de medidas alternas, usualmente se generalizan en, aunque las 2 tiene sus particularidades, pero uno habla como en general y (hee) se mantiene como la misma posición y ellos lo que le adicionan es, lo que te decía al principio que como el imputado tiene que hacer la admisión de hechos entonces (hee) que por eso si se debe de hacer como en conjunto, porque al final de cuentas se está admitiendo toda la (hee) acusación o la pieza acusatoria que ha formulado el ministerio público en su contra, sin embargo pues soy del criterio reitero de que se están acusando hechos y al final de cuentas si el asunto iría a un contradictorio y no necesariamente se (hee) tendrían por demostrados todos los hechos

Entrevistador: En caso de la suspensión del proceso a prueba, usted toma algún otro insumo para resolver o únicamente lo que establece el código procesal penal, digo insumos, los mismos, circulares, jurisprudencia.

Entrevistado: aplicaría lo mismo, digamos en realidad si uno (hee) comentamos cuando viene como algún (hee) una resolución del tribunal como importante o que nos llama la atención, pues usualmente lo comentamos y entre los jueces de la etapa y (heee) pues tenemos (hee) por lo menos yo conozco a otro juez que es de mi posición y conozco a una jueza que es la que dice no, es toda la sumatoria de los delitos que están acusando, ese yo no lo apruebo

Entrevistador: Con respecto a eso, con lo que me dijo, existen un criterio que para la aplicación del proceso a prueba (heee) diferente a la conciliación, debe hacerse un análisis ex ante o prognosis de la pena que abstractamente podría aplicarse el caso concreto y solo se podría oponer si la pena mínima del delito o el caso permite la ejecución condicional de la pena es decir que sea menor a 3 años, esto basado en que el código procesal a diferencia del artículo que regula la (hee) conciliación establece en los casos...., cuando habla de la suspensión del proceso a prueba habla de en los casos...., en cambio cuando habla de la conciliación habla en los delitos...., entonces he hacen esa diferencia, entre una, habla de los casos o sea el caso concreto y la otra habla de delitos, (hmmm) y por consideran que en este caso la, si hay que hacer la sumatoria, en caso de la suspensión del proceso a prueba y otros que dicen que no, que no tienen razón de ser como, que es su caso que se debe aplicar a pesar de que supera los los 3 delitos, en la primera parece que se hace una interpretación en la que habla de que el código es el que establece en los casos...., parece que se hace una interpretación restrictiva o usted considera que no es una interpretación restrictiva o que interpretación se le da.

Entrevistado: es que volvemos al punto, o sea, a la cuestión de interpretación, nos guste o no es una cuestión meramente subjetiva y algunos se van a apegar estrictamente a lo que dice la, la frase o el párrafo en sí y otros van a hacer ese contraste con, bueno es que tengo que analizar toda la normativa en conjunto, no puedo analizar esta, este, esta frase de forma aislada sino tengo que tratar de entender, bueno cuál fue la idea del legislador y por qué en unos si y en otros no

Entrevistador: como una interpretación lógico sistemática sería.

Entrevistado: exactamente, si, si y porque uno dice en el caso y otro dice en los delitos, volvemos a lo mismo, o sea para mi resulta ser exactamente lo mismo, simplemente si yo quiero ser restrictiva o si soy un juez muy restrictivo, digo no aquí es la sumatoria porque es en cada delito, pero al final de cuentas, esa prognosis depende también de los hechos y se están acusando hechos no calificaciones jurídicas entonces entramos como en ese círculo vicioso de de de la interpretación que al final diay todos quedamos con la posición que que se ha mantenido, porque lo (hee) aquí lo hemos conversado y o sea quedamos en lo mismo, unos dicen no es que dice los delitos y yo es cada uno de los delitos, y otros no, pero es que,

o sea van a analizar cada hecho y van a determinar si se acredita o no, entonces es como esa discusión y al final no se llega como a a conciliar una sola posición si no se siguen manteniendo esas dos

Entrevistador: Cuando usted lo hemos hablado es entre los jueces penales

Entrevistado: si

Entrevistador: Y no han logrado llegar a a un acuerdo entre todos

Entrevistado: No

Entrevistador: Para llegar a un acuerdo entre todos usted considera que debería de dejar de ser un tema de interpretación según lo que me dijo anteriormente y debería ser una cuestión de reforma de de la ley procesal, que la ley procesal se más clara

Entrevistado: Es que a mí me parece que cuando el artículo es claro, no te da chance a a depender de que piensa el juez, de que piensa el fiscal, que piensa es decir no es que el articulo dice punto

Entrevistador: Y en el artículo la conciliación y la suspensión del proceso a prueba, usted cree que no es claro

Entrevistado: No

Entrevistador: Entonces únicamente para retomar, considera que es correcto hacer una distinción con respecto a la pena que se podría llegar a imponer entre la conciliación y la suspensión del proceso a prueba o usted considera que por ser medidas alternas y compartir características que usted ya me dijo que usted considera comparte características, no deberían de hacer una distinción

Entrevistado: Exacto

Entrevistador: con respecto a eso, ok

Entrevistado: simplemente lo que utilizaron a mi concepto fue una redacción diferente.

Entrevistador: ok, con la posición restrictiva la que dice que se debe analizar el caso en concreto, usted considera que vulnera los derechos de alguna de las partes

Entrevistado: Si, porque resulta aplicable lo que le indique para la conciliación, o sea, es es limitar le la posibilidad a los intervinientes de resolver el conflicto hasta de la manera más satisfactoria, porque muchas veces dentro del plan reparador se abarcan (hee) todos los extremos pretendidos y no necesariamente cuando esto se vaya a un contradictorio va va este a satisfacerse a veces ninguno

Entrevistador: Alguna vez esa interpretación particular la que es, el el el caso en concreto que debe analizarse, impide que alguna de las partes puedan acceder a la suspensión del proceso de prueba, vulnera principios del derecho, naturaleza y objetivos de la suspensión del proceso a prueba ese tipo de interpretación

Entrevistado: Es que al final (heee) violenta (heee) o afecta por decirlo de alguna manera menos tajante la posibilidad de acceder a una medida alterna, que hasta se podría pedir en una este en una audiencia temprana, porque si mantener la posición restrictiva pues simplemente el asunto usted sabe que en la mayoría de los casos tendría que irse a juicio y estamos hablando de muchísimo tiempo que transcurre entre la interposición de la denuncia y hasta la resolución ya con un fallo en firme.

Entrevistador: le ha ocurrido en alguna audiencia que usted haya aprobado una suspensión del proceso a prueba (hee) con base en la posición suya por varios delitos y alguna de las partes se haya opuesto, alegando la posición restricción que no es posible.

Entrevistado: si, el ministerio público, importante aclarar de que si les hago la observación de que conozco las circulares (hee) muy respetables (hee) pero si una cuestión meramente administrativa que (hee) les resulta aplicables o de resorte necesariamente a los fiscales, perdón a los jueces, no los vincula a a resolver necesariamente como quiere el ministerio publico

Entrevistador: Y usted (hee) sabe cuál es el resultado de esa apelación, por ejemplo, que en esa apelación particular que usted me está comentando que el ministerio público se opuso, una vez usted lo envía al tribunal de juicio para que conozca la apelación, sabe que ha resuelto el tribunal de juicio.

Entrevistado: De igual manera en algunas han confirmado la medida alterna y en otra lo han devuelto, muchas veces ni si quiera conocen el fondo, a veces te resuelven como en un

término muy general porque uno (hee) pues trata de de conocer por qué te declararon ineficaz o ordenaron la devolución del expediente para decir bueno voy a analizar a ver qué es lo que hice si fue que me equivoque, que es el punto medular sobre el cual basan ellos la devolución del expediente, pero muchas veces no lo dicen

Entrevistador: Y usted conoce si es que en el tribunal de juicio igual que en el juzgado penal existen criterios divididos

Entrevistado: hasta lo último que tenía conocimiento si, todavía el año pasado me dijeron si, o sea hay muchos y también depende porque como (heee) vienen jueces como por nombramientos muy cortos entonces, es que son muchas las variables, pero básicamente la constante es la misma, unos opinan que si y otros opinan que no

Entrevistador: ok (hee) finalmente con lo que respecta a la reparación del daño, usted cuando yo le pregunte cuales medidas alternas aplicaban en probidad, me menciono la conciliación y la suspensión del proceso a prueba, pero no me menciono la reparación integral del daño, usted considera que es posible aplicar la reparación integral del daño a los delitos contra los deberes de la función pública.

Entrevistado: Es (hee) que ahí se torna complicado, le voy a decir que en mi caso no me han (hee) gestionado esa petición propiamente en en esos delitos (mmm) pero si parto del supuesto, es que también habría que entrar como analizar porque la reparación si señala expresamente que sería únicamente para los delitos de contenido patrimonial, hay partiríamos que los de probidad no necesariamente afectan (hee) pues el patrimonio de una entidad como tal sino también este el deber de probidad o los deberes de la función pública entonces en ese tanto como le digo no me han (heee) gestionado ninguna petición en particular, pero en términos muy generales pues se partiría que había que entrar como a analizar esa , si efectivamente es pluriofensivo o no

Entrevistador: mjm, con respecto a ese tema, le voy a comentar 2 posiciones que existen, una posición que dice que (heee) al ser un delito pluriofensivo no puede pactarse una reparación integral del daño porque (hee) el bien jurídico tutelado es primordialmente la probidad y también se protege el patrimonio, pero como secundario entonces que no se puede aplicar, pero hay otra de las posiciones que dice (heee) que la letra de la ley cuando regula la

reparación integral del daño, dice que en delitos de contenido patrimonial, pero no establece que deba ser exclusivamente de contenido patrimonial, entonces (hee) algunos han interpretado que con solo que tenga contenido patrimonial aunque proteja otros bienes jurídicos es posible aplicarla, qué cree usted a modo opinión, yo sé que usted ya me dijo que no le han presentado ninguna, pero a modo opinión qué cree usted de ambas interpretaciones, cuál cree usted que tiene más lógica, cual considera usted que podría aplicar si se le presentara un plan, un caso en concreto, yo sé que esto es hipotético porque no se ha presentado verdad.

Entrevistado: Es que es complicado, en el sentido de que vuelvo al punto de que me parece de que si el artículo estuviera, bueno o talvez sería hilar muy delgado (hee) incluyera esa palabra exclusivamente o únicamente, nos eliminaríamos ese problema y no quedaría al arbitrio de como lo pretendo yo, porque también he pasado mucho de que durante un tiempo mantienen una posición y después dicen no no flexibilicémoslo y admitamos, pero en este particular si me apego un poco más a que hay que analizar cuáles son los bienes jurídicos que se vienen a tutelar, porque aquí si no podemos decir que, que es solo porque tengan uno, porque básicamente o para mí el primordial sería el deber de probidad, pero eso no elimina a que se este afectando otro bien jurídico

Entrevistador: Entonces cuál de las 2 posiciones, sería la que la que eventualmente usted se se....

Entrevistado: lo rechazaría en los funcionarios.

Entrevistador: en los funcionarios, ok

Entrevistado: aunque parezca contradictorio con lo otro o podría pensarse que es contradictorio con lo otro, pero pero me iría por esa posición de que no es procedente

Entrevistador: hay otra posición (hee) que dice que cuando se plantean varios delitos (hmm) un caso con varios delitos en concurso únicamente se puede reparar con respecto a uno de ellos porque si se reparara con los otros delitos en concurso material, se estarían haciendo varias reparaciones y el código solo permite uno, que le parece a usted esa posición

Entrevistado: me parece interesante, pero (hmm) me parece un poco excesiva el pensar que que solo se podría con uno porque a finales de cuentas estamos analizando porque podríamos aplicar lo otro o sea si si se aplica una suspensión, porque hay una serie de hechos que señalan

o figuran tantos delitos entonces estaríamos hablado igual a no solo podría hacerse la suspensión por un delito, que no digo que no se haga, si se ha hecho que reparan (hee) que hacen suspensión por uno concilian por otros y se van a juicio por otros u abrevian por otros, de todo..

Entrevistador: y eso es posible de hacer no, aunque

Entrevistado: si porque la ley no señala que no se pueda, porque también ahí se va analizar pues obviamente la naturaleza como de cada delito y en ese tanto diay la ley no dice que no se puede.

Entrevistador: una misma, eso que me está diciendo que hace una conciliación en unos, una suspensión del proceso de prueba y un abreviado en otros un abreviado en otros, eso es una misma persona en un mismo en una misma acusación,

Entrevistado: si.

Entrevistador: ah ok, con respecto a las 2 posiciones que le indique al principio de la reparación integral del daño, la que dice que por ejemplo en los delitos contra los deberes de la función pública no se pueda por bien jurídico y la otra que dice que si se puede, usted considera que alguna de estas dos eventualmente vulneraria los derechos de alguna de las partes, ya usted me dijo que no había aplicado ninguna y ya me dio su posición, ahora le pregunto hágame el análisis desde los derechos de las partes

Entrevistado: de las partes ya por separado

Entrevistador: aja

Entrevistado: diay aplicaría lo mismo que le estoy diciendo respecto de las otras, al final de cuentas le está limitando la posibilidad y hasta (hee) creo que esta en el artículo 7 de la posibilidad de la paz social de devolver el conflicto a las partes y etc, etc, diay al final estas vulnerando de alguna manera esa posibilidad de verse resarcido a nivel económico que es lo que la mayoría de las partes ofendidas requieren.

Entrevistador: mjm

Entrevistado: porque al final dicen bueno y

Entrevistador: eso de que vulneraria seria (hee) rechazarlo

Entrevistado: rechazarlo

Entrevistador: vulneraria ese derecho a la parte

Entrevistado: si

Entrevistador: ok, rechazarlo en delito de probidad en la reparación integral del daño, vulneraria los principios, la naturaleza de los objetivos de la medida alterna de alguna manera

Entrevistado: únicamente en esa, digamos como que le limitas a la parte de resolverlo en una etapa muchísimo anterior (aaa) a llegarse a al contradictorio

Entrevistador: usted me comenta que en delitos de probidad nunca le han planteado una reparación integral del daño, usted conoce algún juez que le hayan planteado una reparación integral del daño

Entrevistado: no

Entrevistador: considera que es por esas interpretaciones que se han dado que no se aplica mucho

Entrevistado: si, si porque cuando la han presentado entonces lo primero que uno escucha, bueno es que esto es de contenido patrimonial únicamente, entonces usualmente (heee) es una estafa informática, es la sustracción de un teléfono, de unas joyas, etc

Entrevistador: considera que un problema practico de esa interpretación de la que no permite por ser (hee) el bien jurídico tutelado de la probidad es que no se aplique, es decir considera que el decir que por ser un delito pluriofensivo que protege principalmente la probidad y tener esa interpretación ha generado que esa medida alterna en realidad no se aplique en los delitos de probidad

Entrevistado: si

Entrevistador: si la ley fuera más clara y dijera que no exclusivamente, o sea que lo dejara abierto para los delitos pluriofensivos, usted cree que lo podría aplicar de mejor manera o de mayor manera

Entrevistado: si pero también dependería de la posición que tenga la procuraduría que es a final de cuentas, quien viene a representar o el estado que es el que se ha visto vulnerado con, (heee) con el principio de probidad que han violentado los imputados, entonces, porque usualmente la reparación se da entre ofendido y víctima, pero estamos hablando de un tercero, que también requiere que se le repare lo cual si el articulo estuviera más claro, partimos se puede o no se puede, y si se puede di pues cada quien también expresa lo que requiere que se le repare.

Entrevistador: con respecto a eso ultimo y ya la última pregunta, yo sé que no le han presentado ninguna, ya usted me lo me lo comento, usted sabe cuál es la posición de la procuraduría

Entrevistado: No

Entrevistador: y si se puede, pues no sabe, la del ministerio público tampoco.

Entrevistado: No pero, pero como le digo entre lo que se escucha cuando están conversando, la alusión que hacen es, es que esto es de contenido meramente patrimonial, o sea siempre hacen alusión a esa frase, entonces uno puede concluir de que si es el otro tipo o contempla otro bien jurídico de una vez lo descartan.

Entrevistador: doña Karla esa sería la entrevista, yo le agradezco de verdad mucho (heee) por su tiempo y por la información que me ha dado para mi va a ser muy valiosa

Entrevistado: muchísimas gracias y con todo un gusto, ahí me cuenta como (hee) concluye el análisis que vaya a realizar

Entrevistador: si muchas gracias

CIRCULAR ADMINISTRATIVA

DE CONFORMIDAD CON LOS ARTICULOS 1, 13, 14 Y 25 DE LA LEY ORGÁNICA DEL MINISTERIO PÚBLICO, SE PONEN EN CONOCIMIENTO DE LOS Y LAS FISCALES LAS SIGUIENTES INSTRUCCIONES DEL FISCAL GENERAL, LAS CUALES DEBEN SER ACATADAS DE INMEDIATO, A EFECTO DE CREAR Y MANTENER LA UNIDAD DE ACCIÓN E INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES EN EL MINISTERIO PÚBLICO.

DE CONFORMIDAD CON LA LEY DE CONTROL INTERNO Y LA CIRCULAR FGR N° 10-2006, es Responsabilidad de LOS FISCALES ADJUNTOS QUE LAS MISMAS SEAN CONOCIDAS Y APLICADAS POR LOS FISCALES ADSCRITOS A SU FISCALIA.

Lineamientos generales para la aplicación de medidas alternativas en delitos funcionales

La Fiscalía General de la República, haciendo uso de la facultad otorgada por el artículo 13 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, considera necesario y razonable, emitir la presente circular en relación con los lineamientos generales para la aplicación de medidas alternativas en delitos funcionales, con la finalidad de una correcta y uniforme interpretación de este fenómeno criminal por parte de los fiscales y fiscalas.

1. Antecedentes

El actual escenario nacional para el ejercicio de la acción penal plantea serios retos en el establecimiento de políticas de persecución

penal que sean congruentes con la realidad socioeconómica del país. Las discusiones sobre la utilidad de la pena y el constante desarrollo en el reconocimiento y reivindicación de los derechos humanos, especialmente asociados a las personas imputadas en un proceso penal, torna cuestionables algunas pretensiones punitivas si se interpretan tomando como parámetros orientadores los principios contenidos en el deber de probidad según la descripción del artículo 3 de la Ley 8422 Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública.

El ejercicio del poder punitivo del Estado debe entonces conciliarse con el principio de legalidad pero también con la eficacia, eficiencia y economía, siempre orientando dicho ejercicio hacia el interés público, lo cual ya se visualizaba en 1996 como una necesidad dentro del proceso penal al establecer dentro del código de rito una serie de posibles salidas alternativas al conflicto penal, y más recientemente con la reforma legal

que ha permitido la implementación de mecanismos electrónicos que sustituyan la prisionalización en casos cuyas penalidades incluso superen el máximo permitido para la ejecución condicional de la pena. Máxime, si se toma en cuenta, que el espíritu del código de rito promulga y promueve como un principio fundamental en su artículo 7¹, la solución del conflicto y restablecimiento de los derechos de la víctima. Por lo que, la política criminal instaurada por el legislador, propicia la aplicación de salidas alternas al proceso penal.

Otros factores como los retrasos en los señalamientos y la ejecución de juicios orales para los cuales han transcurrido muchos años desde la fecha de los hechos, con los riesgos asociados a la prueba (especialmente testimonial) y su necesaria visualización desde el principio de justicia pronta y cumplida, suman a la necesidad de revisar y replantear las posiciones que han sido adoptadas por la Fiscalía Adjunta de Probidad, Transparencia y Anticorrupción (FAPTA en adelante), con el fin de hacerlas más compatibles con la realidad actual del país y especialmente del sistema judicial y

penitenciario.

Aunado a lo anterior, el Poder Judicial Costarricense se encuentra también en un fortalecimiento de políticas de justicia restaurativa, promoviendo la paz social como enfoque del aparato judicial, aspecto que también debe ser valorado por las fiscalías para que el ejercicio de la acción penal resulte armonioso con dicho enfoque.

Internamente, el proceso de reestructuración que atraviesa FAPTA, ha provocado la diversificación de criterios entre los profesionales que ahora asumen las diversas audiencias, vistas y juicios, tarea que anteriormente estuvo concentrada mayormente en pocos funcionarios (Penal de Hacienda), lo que a su vez permitía la puesta en práctica de criterios más uniformes. Esta diversificación de criterios ha servido de impulso para la imposición de criterios cuestionables por parte de algunos juzgadores del II Circuito Judicial, los cuales carecen de un sustento lógico jurídico indubitable, y más bien provocan una colisión con lo establecido en la propia normativa procesal penal.

Considerando todo lo anterior, se ha realizado un repaso de las medidas alternas y su posible aplicación en los delitos funcionales, con la finalidad de adoptar posiciones más congruentes dentro del

¹ “Los tribunales deberán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, en procura de contribuir a restaurar la armonía social entre las partes y, en especial, el restablecimiento de los derechos de la víctima. Para tales fines, siempre tomarán en cuenta el criterio de la víctima, en la forma y las condiciones que regula este Código”.

Ministerio Público, sin perder de vista que la resolución de cada expediente debe ajustarse a las condiciones propias del caso y de las partes.

Por ser una propuesta de lineamientos, la misma no puede ser rígida ni inmutable, y su justificación radica en fortalecer criterios y facilitar la resolución de los conflictos de la manera más económica, eficaz, eficiente, pero sobre todo dentro de los márgenes legales.

EL ROL DE LA VÍCTIMA

La aplicación de medidas alternas es congruente con el rol de la víctima, que es sujeto procesal dentro del proceso penal, y a la cual se le ha asignado un papel protagónico superior al del Ministerio Público en algunas de las medidas alternas. Esto evidencia un interés del legislador por promover la paz social y un ejercicio de la justicia más inclusivo y equitativo, imponiéndose el derecho de las partes y su capacidad de auto-composición del conflicto por encima de cualquier pretensión punitiva del Estado.

En este ápice no se puede omitir realizar mención al artículo 71 del Código Procesal Penal, en especial respecto a los derechos procesales de la víctima. Dicha norma señala precisamente que la víctima

tiene derecho *“a ser convocada a la audiencia preliminar, en todos los casos, siempre y cuando haya señalado un domicilio, lugar o medio en que pueda ser localizada y a que se considere su criterio, cuando se conozca de la aplicación del procedimiento abreviado, la suspensión del proceso a prueba, la conciliación o la aplicación de un criterio de oportunidad, en los términos y alcances definidos en este código”*. Como se verá más adelante, en realidad no solo se trata de considerar el criterio de la víctima, si no que en algunos casos su criterio y anuencia resulta legalmente un requisito para la aplicación de las medidas.

Además, es importante mencionar, que en el caso de delitos funcionales (título XV del Código Penal y los de la LCCEI), quien representa a la víctima, que es el Estado, es la Procuraduría General de la República, la institución o persona física directamente afectada y en algunos casos, la Contraloría General de la República, y NO el Ministerio Público.

El fundamento legal que le otorga esa prerrogativa a la **Procuraduría General**, se encuentra en la siguiente normativa:

Código Penal:

“ARTICULO 16.- Acción penal. La acción penal será pública o privada. Cuando sea pública, su ejercicio

corresponderá al Ministerio Público, sin perjuicio de la participación que este Código concede a la víctima o a los ciudadanos. En los delitos contra la seguridad de la Nación, la tranquilidad pública, los poderes públicos, el orden constitucional, el ambiente, la zona marítimo-terrestre, la hacienda pública, los deberes de la función pública, los ilícitos tributarios y los contenidos en la Ley de aduanas, Nº 7557, de 20 de octubre de 1995; la Ley orgánica del Banco Central de Costa Rica, Nº 7558, de 3 de noviembre de 1995 y la Ley contra el enriquecimiento ilícito de los servidores públicos, Nº 6872, de 17 de junio de 1983, **la Procuraduría General de la República también podrá ejercer directamente esa acción**, sin subordinarse a las actuaciones y decisiones del Ministerio Público. En los asuntos iniciados por acción de la Procuraduría, esta se tendrá como parte y podrá ejercer los mismos recursos que el presente Código le concede al Ministerio Público.”

“ARTICULO 38.- Acción civil por daño social La acción civil podrá ser ejercida por la Procuraduría General de la República, cuando se trate de hechos punibles que afecten intereses colectivos o difusos.”

Ley 8242/ Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República

“Artículo 2º-Adiciónase el inciso r) al artículo 7 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, Nº 6815, de 27 de setiembre de 1982. El texto dirá: “Artículo 7º-. r) **Procuraduría de la Ética Pública.**”

De la correlación de los dos artículos transcritos, se puede extraer que la Procuraduría General de la República puede intervenir en un proceso penal en representación de los intereses del Estado, cuando se trate de delitos contra la seguridad de la Nación, la tranquilidad pública, los poderes públicos, el orden constitucional, el ambiente, la zona marítimo-terrestre, **la hacienda pública, los deberes de la función pública**, los ilícitos tributarios, los contenidos

en la Ley de aduanas; la Ley orgánica del Banco Central de Costa Rica, **la Ley Contra la Corrupción y el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública o cuando recaiga sobre el patrimonio nacional**, los recursos existentes en la zona marítimo-terrestre, el mar territorial, la zona económica exclusiva y la plataforma continental, sin perjuicio de las señaladas en otras leyes especiales. En este orden de ideas, con base en los presupuestos procesales para la aplicación de la conciliación es requisito que la víctima (PGR) brinde su consentimiento.

Sin embargo, la manera en que fue dispuesta la intervención de la Procuraduría General de la República por el legislador en el Código Procesal Penal, se puede concluir que lejos de constituir un imperativo, la participación de este ente es facultativa, ya que en la técnica legislativa se optó por el verbo “podrá”.

También deben considerarse los supuestos de las entidades autónomas o aquellas que gocen de una representación directa sin necesidad de la PGR, ya que en esos casos el consentimiento no puede ser dado por el representante fiscal ya que no es titular del bien jurídico, siendo lo correcto requerir el consentimiento del representante de la víctima.

El fundamento legal que le otorga esa función a la **Contraloría General**, se encuentra en la siguiente normativa:

Ley Orgánica de la Contraloría General de la República

“Artículo 35.- Legitimación procesal. La Contraloría General de la República tendrá legitimación procesal activa para la tutela objetiva de la Hacienda Pública o de los fondos públicos sujetos a su fiscalización, de acuerdo con las normas procesales vigentes, sin perjuicio de las facultades de que gozan para el efecto la Procuraduría General de la República y cualesquiera otros entes u órganos públicos. La Contraloría General de la República podrá apersonarse como coadyuvante de la Administración Pública demandada, actora, o como "amicus curiae" en auxilio de la función jurisdiccional, según lo estime procedente, de acuerdo con el interés objetivo que hace valer, en aquellos casos en que la pretensión objeto del proceso se encuentre regulada por la normativa jurídica relativa a la Hacienda Pública. Las autoridades judiciales que conozcan de estos procesos darán traslado a la Contraloría General de la República, para que pueda apersonarse, dentro del plazo de tres días hábiles, salvo en lo relativo a las pretensiones relacionadas con el Derecho laboral. Dicha participación es potestativa y no afectará la integración de la litis.”

“Artículo 36.- Garantías y facultades procesales de la Contraloría. La Contraloría General de la República contará, en lo conducente, con las mismas garantías y facultades procesales asignadas por ley a la Procuraduría General de la República.”

El fundamento legal que le otorga esa prerrogativa a la **institución directamente afectada**, depende de cada institución y su ley constitutiva, ya que ello aplica cuando la institución tiene personería jurídica instrumental. Ejemplo: bancos del Estado, Instituto Costarricense de Electricidad, municipalidades, Caja Costarricense del Seguro Social, entre otros.

La víctima directa, cuando se trate de una persona física; en casos, por ejemplo, que involucren un abuso de autoridad, o una concusión.

Es importante manifestar que la participación de uno u otro no es excluyente; es decir, en caso de llegar a una medida alterna, todas las víctimas deben estar de acuerdo, salvo que se trate de hechos diferentes.

MEDIDAS ALTERNAS

El Código Procesal Penal, como salidas alternas al conflicto penal, establece tres, la suspensión del procedimiento a prueba, la conciliación y la reparación integral del daño.

La Fiscalía de Probidad, tiene autorizado aplicar cualquiera de las tres medidas, cumpliendo con los requisitos legales y que se reseñan más adelante; adicionalmente, deberá en cada caso concreto realizar un análisis de proporcionalidad y razonabilidad de la medida y su plan reparador según los siguientes lineamientos:

- A. **Sujeto activo:** analizar si es de cuello blanco, cargo que ocupaba, condición económica del imputado (extrema pobreza, pobreza, clase media, clase alta), enfermedades que padece (graves o incapacitantes), familia y si la misma tiene dependencia de él,

nivel de escolaridad, y cualquier otra condición del sujeto activo.

B. Impacto patrimonial y daño social: el análisis se realiza tomando en cuenta la institución afectada y la cantidad de dinero sustraído y su impacto en la institución, así como el daño social (imagen, afectación, etc).

C. Conveniencia: se valora cómo está la causa en cuanto a la posibilidad de obtener una condena con altas probabilidades o si la misma tiene dificultades por trámites incorrectos, prueba en contra o similar.

En caso de existir algún interés por parte de la defensa técnica, se debe promover que la medida alterna sea negociada de previo a la realización de la audiencia preliminar, aprovechando el plazo del artículo 316 del Código Procesal Penal que otorga 5 días hábiles. Lo cual, en circunstancias particulares, no impedirá que se negocie el propio día de la audiencia.

Suspensión del Procedimiento a Prueba

Es un instituto procesal que plantea la aplicación de una suspensión del procedimiento a prueba (SPP en adelante), mediante la aceptación por parte de la víctima, de un plan reparador, en el cual el

imputado se compromete a cumplir diversas condiciones en un plazo de 2 hasta 5 años.

Se encuentra regulada en el artículo 25 del Código Procesal Penal, que establece lo siguiente:

*“Cuando proceda la suspensión condicional de la pena o en los asuntos por delitos sancionados exclusivamente con penas no privativas de libertad, el imputado podrá solicitar la suspensión del procedimiento a prueba siempre que, durante los cinco años anteriores, no se haya beneficiado con esta medida ni con la extinción de la acción penal por la reparación del daño o la conciliación. Para tales efectos, el Registro Judicial llevará un archivo de los beneficiarios. **No procederá la medida en los delitos dolosos, cuando el hecho se haya cometido por medio de fuerza en las cosas o violencia sobre las personas.** La solicitud deberá contener un plan de reparación del daño causado por el delito, a satisfacción de la víctima de domicilio conocido, y un detalle de las condiciones que el imputado está dispuesto a cumplir, conforme al artículo siguiente. El plan podrá consistir en la conciliación con la víctima, la reparación natural del daño causado o una reparación simbólica, inmediata o por cumplir a plazos. Si efectuada la petición aún no existe acusación, el Ministerio Público describirá el hecho que le imputa. Para otorgar el beneficio son condiciones indispensables que el imputado admita el hecho que se le atribuye y que la víctima manifieste su conformidad con la suspensión del proceso a prueba. En audiencia oral, el tribunal oír sobre la solicitud al fiscal, a la víctima de domicilio conocido, así como al imputado, y resolverá de inmediato, salvo que difiera esa discusión para la audiencia preliminar. La resolución fijará las condiciones conforme a las cuales se suspende el procedimiento o se rechaza la solicitud y aprobará o modificará el plan de reparación propuesto por el imputado, según criterios de razonabilidad. La suspensión del procedimiento podrá solicitarse en cualquier momento, hasta antes de acordarse la apertura a juicio, y no impedirá el ejercicio de la acción civil ante los tribunales respectivos. Si la solicitud del imputado no se admite o el procedimiento se reanuda con posterioridad, la admisión de los hechos por parte del imputado no podrá considerarse como una confesión. Cuando el*

plan de reparación del daño causado por el delito incorpore el servicio de utilidad pública, deberá observar las regulaciones del artículo 56 bis del Código Penal.”

Requisitos:

Dentro de los requisitos obligatorios que exige este instituto, están:

1. Que proceda la suspensión condicional de la pena: artículo 59 y 60 Código Penal (delincuente primario, pena de prisión o extrañamiento hasta de 3 años).
2. Delitos sin violencia sobre las personas ni fuerza sobre las cosas.
3. Anuencia del imputado para someterse al instituto, la solicitud deberá contener un plan reparador y este debe contener una o varias de las condiciones del artículo 26 CPP u otras, ya que no es una lista cerrada.
4. Que la víctima manifieste su conformidad (física, representante de la institución directamente afectada, PGR, CGR).
5. Aceptación de los hechos acusados.
6. Plazo de 2 hasta 5 años.
7. No haberse beneficiado en los cinco años anteriores con una suspensión del proceso a prueba o con la extinción de la acción penal por la aplicación de reparación integral o conciliación. En este

caso, que cuando el imputado tiene una anotación de medida alterna que es posterior a los hechos, NO aplica la medida alterna por dicha causa, se debe tomar en cuenta que el instituto de la suspensión es procesal, y la ley procesal aplica en el momento, no retroactivamente, por lo que para el momento de la audiencia preliminar ya tiene una anotación que imposibilita la aplicación de una medida, se debe tomar en cuenta que ese fue el espíritu del legislador.

LINEAMIENTO: El fiscal debe oponerse fundamente y apelar la homologación.

El rol del fiscal es de control de legalidad, debe cerciorarse de que las condiciones del caso admitan la aplicación del instituto y que el plan propuesto también reúna los requisitos básicos. En la negociación, se debe solicitar el pago del daño económico, daño social e intereses., en los supuestos en los cuales la víctima no solicite los tres rubros, la Fiscalía debe oponerse a la medida, porque la medida no es razonable, proporcional por el monto y se delimita a la Hacienda Pública a recoger el dinero sustraído, dejando de lado la devaluación de la moneda. Se debe presentar el recurso de apelación por la desproporcionalidad del acuerdo que afecta a la Hacienda Pública.

Se debe presentar recurso de apelación, en los casos donde en la aplicación de los concursos, se violente el requisito de legalidad, ya que la posible pena a imponer, tomando en cuenta las reglas concursales, supera los tres años. Para lo anterior es necesario como se indicó supra, que exista la procedencia de la suspensión condicional de la pena: artículo 59 y 60 Código Penal, para la aplicación de este instituto procesal.

Diversas interpretaciones en el Juzgado Penal de Hacienda

Uno de los temas de mayor relevancia al abordar el instituto de la Suspensión del Proceso a Prueba, es la interpretación que debe darse sobre la posibilidad de aplicar la medida *“cuando proceda la suspensión condicional de la pena...”*. Es criterio de la fiscalía, que este requisito debe interpretarse realizando un análisis ex- ante o prognosis de la penalidad que abstractamente podría aplicarse para el caso concreto. Es decir, que la suma de las penas mínimas de cada delito permita la ejecución condicional de la pena (que no supere los tres años). Ver anexo 1.

No obstante, recientemente se ha impulsado en el Juzgado Penal de Hacienda, una interpretación excesiva de la norma con la finalidad de generar una apertura inadecuada para la aplicación de la figura, apartándose de la naturaleza del instituto. En

ese sentido, se ha establecido en estas resoluciones que para la procedencia de la suspensión del procedimiento a prueba bastaría que en cada delito independiente se pueda anticipar una pena inferior a los tres años. Es decir, confunden el instituto de la conciliación (que por su redacción permite hacer un análisis por delito y su pena mínima) con el de la suspensión del procedimiento a prueba, que por semántica es distinto, no se realiza un verdadero análisis integral del caso y la eventual pena a imponer por la totalidad del mismo.

Analizar los casos disgregando cada uno de los delitos que le integran, implicaría aplicar una suspensión para cada uno de ellos, lo cual es jurídicamente improcedente debido a las limitaciones planteadas dentro de la misma norma que define sus alcances. Este tipo de resoluciones adoptadas por el Juzgado Penal de Hacienda, desnaturalizan el fin de la norma, y desde cierto punto de vista pueden favorecer la impunidad por diversas conductas cuyo desvalor no fue estimado por el juzgador como meritorio de esta medida alterna. Resultando que la consecuencia jurídica es que el Juzgado manda a anotar una sola medida alterna en la hoja de antecedentes penales, y no una por cada delito, lo que también es infundado.

Efectos y Control

En cuanto a los efectos, se ha entendido como parte de los deberes asociados a la función del fiscal, el continuo seguimiento del cumplimiento del plan dentro de los plazos pactados. No debe perderse de vista, sin embargo, que dicha labor corresponde originalmente al Ministerio de Justicia y Paz, específicamente a la Dirección de Adaptación Social.

Si bien es cierto, la Oficina de Medidas Alternas del Ministerio de Justicia debe verificar el cumplimiento de las condiciones (artículo 27 CPP), la experiencia indica que dicho control no se lleva fielmente, ya que el control parte de que el imputado se presente a la oficina y lleve los documentos que respaldan el cumplimiento del plan reparador, situación que no sucede en muchas ocasiones, además de que ese control no verifica el cumplimiento, ya que no se llama a las instituciones para su corroboración. Por lo anterior, se requiere que la fiscalía esté más atenta en verificar el cumplimiento, para lo cual, se apoyará en un asistente jurídico de FAPTA.

El control que se propone es que el asistente jurídico que se designe, lleve un control de medidas alternas realizadas con fecha, fiscal y plan reparador, para que al pasar un año y seis meses, contacte a las instituciones relacionadas con el plan

reparador, para verificar su cumplimiento, tanto de horas de trabajo comunal como de donaciones de dinero. En caso de que se indique que el imputado no se ha presentado ni cumplido las condiciones, ello faculta al fiscal a solicitar informes al respecto, para pedir al Juez Penal que inicie el procedimiento del artículo 28 del CPP, antes del vencimiento del plazo.

El control señalado, resulta de vital importancia ya que dentro de los efectos de la aplicación de esta medida se encuentran los siguientes:

- Si el imputado comete un nuevo delito o incumple alguna de las condiciones, se reactiva el proceso.
- Si el imputado cumple lo pactado, se extingue la acción penal.
- Suspende la prescripción.

Momento Procesal para la aplicación del instituto

El artículo 25 del Código Procesal Penal, establece que se puede aplicar el instituto de SPP, durante toda la fase preparatoria y la intermedia; hasta antes de la apertura del debate, en los casos en que exista una protesta por actividad procesal defectuosa en la etapa intermedia.

Plazos

El plazo de la suspensión es de dos a cinco años, siempre debe pactarse un plazo adicional al de cumplimiento del plan reparador, para tener oportunidad de verificar su cumplimiento, dentro de los dos años y 5 años de plazo.

Supuestos

Como se indicó anteriormente, la SPP la admiten todas las víctimas apersonadas al proceso. La posición del fiscal se limita a ser garante de legalidad, y sus oposiciones solo resultan válidas cuando se sustentan en una vulneración al marco jurídico aplicable, o en casos los casos en los que concurran delitos ordinarios.

No obstante, se considera además oportuno que el representante fiscal participe del proceso de negociación con propuestas tendientes a lograr una reparación del daño social asociado a la lesión al deber de probidad.

Si bien se ha sostenido que ante la ausencia de la víctima notificada a la audiencia preliminar “se debe entender” que no hay interés en la aplicación de la medida, en algunos casos durante el desarrollo de la propia audiencia preliminar se han detectado notificaciones que si bien cumplen con la forma legal (cita en el domicilio señalado), la víctima nunca recibió “el mensaje” por lo que

desconoce por completo sobre la cita para la audiencia preliminar. Este aspecto de la anuencia de la víctima y su correcta notificación (que en su defecto tornaría nugatoria su posibilidad de obtener una respuesta efectiva del aparato judicial respecto a sus pretensiones resarcitorias dentro del proceso penal) justifica la propuesta de encargar al técnico de audiencias y juicios, a cursar una comunicación efectiva con la víctima para garantizar su correcta citación, tal y como se practica en la actualidad con los testigos para debate.

Tampoco debe perderse de vista, que debido a la naturaleza de los delitos que se conocen en la Jurisdicción Especializada en Penal de Hacienda, prácticamente siempre existe un representante de la víctima por parte del Estado, ya sea por parte de la PGR o por parte de representantes directos de las instituciones afectadas. También es necesario insistir en el cumplimiento de la legalidad, por lo que de ninguna forma debe el representante fiscal impulsar la aplicación de la citada medida sin la anuencia de la víctima o las víctimas, debido a que se trataría de un acto jurídicamente improcedente.

Aspectos Concursales:

Con independencia del tipo de concurso (ideal o material) que se presente en cada caso concreto, la aplicación de la medida alterna dependerá siempre de la prognosis que se realice respecto a la suma de las posibles penas a imponer por la totalidad de delitos de la pieza acusatoria (o de la relación de hechos en casos de audiencias tempranas). Ver anexo I.

Reparación Integral del Daño

El Código Procesal Penal, promovió la participación de la víctima en el proceso penal de manera más preponderante, por ello, se incluyó como medida alterna, la reparación integral del daño, a entera satisfacción de la víctima. El artículo 30 inc j) del Código Procesal penal señala lo siguiente:

“La acción penal se extinguirá por las siguientes causas: (...) La reparación integral a entera satisfacción de la víctima, del daño particular o social causado, realizada antes del juicio oral, en delitos de contenido patrimonial sin fuerza en las cosas ni violencia sobre las personas y en delitos culposos, siempre que la víctima o el Ministerio Público lo admitan, según el caso. Esta causal procede siempre que, durante los cinco años anteriores, el imputado no se haya beneficiado con esta medida ni con la suspensión del proceso a prueba o la conciliación. Para tales efectos, el Registro Judicial llevará un archivo de los beneficiarios. (...)”

El instituto de la Reparación Integral del Daño actualmente se encuentra en

desuso debido a que ha existido una postura imperante en la Fiscalía Adjunta de Probidad, Transparencia y Anticorrupción, respecto a la imposibilidad de reparar un bien jurídico abstracto como es la Probidad o “Los Deberes de la Función Pública”. No obstante, dicha postura carece hoy de mayor sustento por cuanto la propia redacción de la norma prevé la posibilidad de reparar un daño social a entera satisfacción de la víctima.

Si bien es cierto, la cuantificación del daño social es una tarea ajena a la función fiscal, sí existen métodos de análisis e interpretación de los casos que han permitido la cuantificación de dicha afectación, e incluso han prosperado acciones civiles resarcitorias en las que se contempla dicho rubro por parte de la PGR.

Por tal motivo, no se encuentra actualmente un razonamiento jurídico que permita arribar a una conclusión que limite el acceso al instituto, ya que la norma que le regula no ha establecido dicha distinción, de modo que la única restricción que el representante fiscal debe considerar, es el cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo de cita.

Requisitos:

Los requisitos para la procedencia de la reparación integral del daño se pueden resumir en los siguientes:

- Delitos de contenido patrimonial (no exclusivamente).
- Sin violencia sobre personas ni fuerza sobre las cosas.
- Delitos culposos.
- Plan reparador a entera satisfacción de la víctima.
- Imputado no debe haberse sometido a otra salida alterna en los últimos cinco años.

Rol del Ministerio Público

Nuevamente, la redacción de la norma pareciera excluir la necesidad de contar con el visto bueno del Ministerio Público, ya que lo que se exige es que se proponga un plan reparador a entera satisfacción de la víctima. De tal suerte, solamente en el supuesto de que el ente fiscal ejerza la representación de la víctima (el Estado) podría generarse tal potestad (como en otros delitos ordinarios). En el caso de los delitos contra los deberes de la función pública ese supuesto queda excluido, ya que la representación de la víctima en esos casos es ejercida directamente por la PGR, CGR o por representantes directos de

las instituciones afectadas, o la propia víctima como persona física; es decir, la “o” del artículo, en nuestro criterio es disyuntiva, es decir, es la víctima, o en su defecto el Ministerio Público, y no uno u otro.

No obstante, el ente fiscal de conformidad con los principios de objetividad y probidad, debe procurar que los planes reparadores sean adecuados al caso concreto. Deberá promoverse en todo caso que la reparación patrimonial cubra como mínimo la totalidad del daño patrimonial causado. Si bien ese pareciera ser el objetivo de la norma, no se puede obviar que la reparación integral es “a entera satisfacción de la víctima” y procede cuando las circunstancias lo permitan y así lo admita la propia víctima (o el Ministerio Público).

Claramente, la redacción de la norma sugiere que existen supuestos en los que la ausencia o inexistencia de la víctima (por ejemplo en casos de conducción temeraria) el fiscal representa los intereses del Estado, y es por tanto la única persona facultada para aceptar una reparación de esa naturaleza, sin embargo, en los casos tramitados en FAPTA la regla general es que se encuentre apersonada la PGR, la persona física afectada o la persona representante de la entidad o institución afectada, siendo éstas las personas sobre quienes va a recaer la

facultad de aceptar o no la reparación integral del daño, por lo que el criterio del Ministerio Público no sería vinculante.

Pese a lo anterior, la Fiscalía debe proponer y ser proactiva en que dentro del plan reparador se resarza el daño social ocasionado, que debe traducirse en un monto de dinero que se entregará a la institución afectada, para lo cual, debe utilizarse la fórmula de equivalencias que se menciona líneas abajo.

LINEAMIENTO:

En la negociación, se debe solicitar el pago del daño económico, daño social e intereses. En los supuestos en los cuales la víctima no solicite los tres rubros, la Fiscalía debe oponerse a la medida, porque la medida no es razonable, proporcional por el monto y se delimita a la Hacienda Pública a recoger el dinero sustraído, dejando de lado la devaluación de la moneda. Además, cuando procede, se debe presentar el recurso de apelación

Del mismo modo no se debe procurar la reparación integral en aquellos casos donde realizando un análisis de la institución afectada, la cantidad de dinero sustraído y su impacto en la institución, así como el daño social (imagen, afectación en la población, etc), la medida alterna daría una clara señal

de impunidad a los grandes casos de corrupción nacional.

Efectos:

Una de las particularidades de la reparación integral del daño es que es de efectos inmediatos. La aprobación del plan reparador implica su inmediata ejecución y el archivo de la causa mediante el dictado de una sentencia de sobreseimiento definitivo. Por tal motivo, la aplicación de dicho instituto **no puede ser pactada a plazo**. Además, entre sus efectos se tiene que todos los imputados, se ven beneficiados por la medida, en virtud de que es a entera satisfacción de la víctima, por lo que sus efectos son extensivos, aunque ellos no intervengan en la negociación y su cumplimiento.

Momento Procesal:

Es posible aplicar la reparación integral del daño durante la etapa preparatoria, intermedia y de juicio, esta última antes de declararse abierto el debate. **No es necesario** que se plantee protesta por actividad procesal defectuosa, por indicar el código que procede antes del juicio oral.

Supuestos:

En los mismos supuestos señalados anteriormente, lo que debe valorarse es que

la o las víctimas encuentren satisfacción en el plan reparador propuesto. En virtud de ello, la pretensión punitiva del Ministerio Público no tiene mayor injerencia en el proceso de negociación. Lo que debe plantearse siempre, es un papel de asesoramiento por parte del ente fiscal con la finalidad de promover la efectiva reparación del daño social mediante la inclusión de cláusulas con dicha finalidad en el plan reparador.

Aspectos Concursales:

En cuanto a los concursos, debe tenerse claro que se trata de un instituto pensado para la reparación de delitos que tienen contenido patrimonial, por lo que es aplicable incluso para delitos pluriofensivos, sin embargo, en aquellos casos que concursen delitos que no tienen dicho contenido la posibilidad de aplicar las medidas puede verse afectada.

Concurso material entre delitos funcionales y Concurso material con delitos ordinarios:

La redacción de la **norma no plantea restricciones** en cuanto a la cantidad de delitos o la penalidad máxima para la aplicación del instituto. Es decir, indistintamente de la cantidad de delitos e incluso prescindiendo de un análisis ex ante de la pena a imponer, es posible pactar una reparación para la totalidad de delitos que

tengan contenido patrimonial. En este supuesto, se propone que, de existir uno o varios delitos funcionales de contenido patrimonial, sea procedente la aplicación de la medida para dichos delitos, quedando pendiente la resolución de la situación jurídica del imputado para los delitos que carezcan del contenido patrimonial.

Concursos ideales:

En cuanto a los concursos ideales, se plantea una dualidad de posiciones. En primer término, una visión restrictiva interpreta la norma de forma que sea solo aplicable cuando el delito de mayor gravedad tenga el contenido patrimonial. No obstante, no se ha encontrado un fundamento de peso para sostener dicho criterio, siendo más adecuada (y sobre todo legal) una interpretación de la norma de la forma más favorable al imputado, por lo que se propone que en casos de concurso ideal basta con que alguno de los delitos tenga dicho contenido.

Debe considerarse que en caso de concurso ideal en el que el delito más grave NO sea funcional, no competiría a la Fiscalía Adjunta de Probidad, Transparencia y Anticorrupción el conocimiento de la causa.

Delito Continuado (Peculado):

Al margen de la discusión sobre la procedencia del delito continuado en delitos

como el peculado, la eventual aplicación de la figura en nada modifica las posibilidades de aplicar la medida de reparación integral del daño, ya que no es la penalidad del delito la que define la posibilidad, si no su naturaleza y forma de ejecución (sin violencia o fuerza) y su contenido patrimonial (que si se verifica en el peculado).

Conciliación

Al igual que la reparación integral del daño, la conciliación tradicionalmente fue rechazada por la Fiscalía de Probidad, ya que se alegaba que la probidad no se puede conciliar y que la víctima que es el Estado, no puede aceptar el plan reparador; no obstante, no existe ningún impedimento legal que objetivamente impida la aplicación de la medida. En ese orden de ideas, los representantes del Ministerio Público, deben propiciar la aplicación de la conciliación cuando procesalmente sea aplicable en cuanto a sus requisitos y en el momento procesal oportuno y de esta manera lo haya expresado la víctima de domicilio conocido. De tal suerte deberán sujetarse a los presupuestos legales y de plazo para su aplicación.

El artículo 36 del Código Procesal Penal establece lo siguiente:

“En las faltas o contravenciones, en los delitos de acción privada, de acción pública a instancia

privada, los que admitan la suspensión condicional de la pena, procederá la conciliación entre la víctima y el imputado, en cualquier momento hasta antes de acordarse la apertura a juicio. También procederá en los asuntos por delitos sancionados, exclusivamente, con penas no privativas de libertad, siempre que concurran los demás requisitos exigidos por esta Ley. Es requisito para la aplicación de la conciliación, cuando se trate de un delito de acción pública y sea procedente su aplicación, que, durante los cinco años anteriores, el imputado no se haya beneficiado de esta medida, de la suspensión del proceso a prueba o de la reparación integral del daño.

En esos casos, si las partes no lo han propuesto con anterioridad, en el momento procesal oportuno, el tribunal procurará que manifiesten cuáles son las condiciones en que aceptan conciliarse.

Para facilitar el acuerdo de las partes, el tribunal podrá solicitar el asesoramiento y el auxilio de personas o entidades especializadas para procurar acuerdos entre las partes en conflicto, o instar a los interesados a que designen a un amigable componedor. Los conciliadores deberán guardar secreto sobre lo que conozcan en las deliberaciones y discusiones de las partes.

Cuando la conciliación se produzca, el tribunal homologará los acuerdos y declarará extinguida la acción penal. Sin embargo, la extinción de la acción penal tendrá efectos a partir del momento en que el imputado cumpla todas las obligaciones contraídas. Para tal propósito, podrá fijarse un plazo máximo de un año, durante el cual se suspende la prescripción de la acción penal.

Si el imputado no cumpliera, sin justa causa, las obligaciones pactadas en la conciliación, el procedimiento continuará, como si no se hubiere conciliado.

En caso de incumplimiento por causa justificada, las partes podrán prorrogar el plazo hasta por seis meses más. Si la víctima no aceptare prorrogar el plazo, o este se extinguiere sin que el imputado cumpla la obligación, aun por justa causa, el proceso continuará su marcha, sin que puedan aplicarse de nuevo las normas sobre la conciliación.

*El tribunal no aprobará la conciliación, cuando tenga fundados motivos para estimar que alguno de los que intervienen no está en condiciones de igualdad para negociar o ha actuado bajo coacción o amenaza; tampoco, en los delitos cometidos en perjuicio de las personas menores de edad. **

En los delitos de carácter sexual, en las agresiones domésticas y en los delitos sancionados en la Ley de penalización de la violencia contra la mujer, el tribunal no debe procurar la conciliación entre las partes ni debe convocar a una audiencia con ese propósito, salvo cuando lo soliciten, en forma expresa, la víctima o sus representantes legales.

El plazo de cinco años señalado en el primer párrafo del artículo 25, en los incisos j) y k) del

artículo 30 y en este artículo, se computará a partir de la firmeza de la resolución que declare la extinción de la acción penal.

Los órganos jurisdiccionales que aprueben aplicar la suspensión del procedimiento a prueba, la reparación integral del daño o la conciliación, una vez firme la resolución, lo informarán al Registro Judicial, para su respectiva inscripción. El Registro Judicial llevará un archivo de los beneficiarios con estas medidas.”

Requisitos:

Para efectos de los delitos que se tramitan en la FAPTA, deben concretarse los siguientes requisitos:

- Que los delitos admitan la suspensión condicional de la pena:

artículo 59 y 60 Código Penal (delincuente primario, pena de prisión o extrañamiento menor de 3 años)

- (...) en delitos sancionados exclusivamente con penas no privativas de libertad, siempre que concurren los demás requisitos exigidos por ley.

- Delitos de acción pública en los que el imputado no se haya beneficiado de esta medida, de la suspensión del proceso a prueba o de la reparación integral del daño en los cinco años anteriores.

- Plan reparador a satisfacción de la víctima.

- Pactar un plazo de máximo un año.

- Debido a la redacción del artículo de cita, se puede conciliar indistintamente la cantidad de delitos contenidos en la acusación o la relación de hechos, ya que,

a diferencia de la Suspensión del Proceso a Prueba, el artículo establece que “**en delitos que admitan la suspensión condicional de la pena y en aquellos con penas no privativas de libertad**” de lo que se interpreta que basta con que cada delito independientemente reúna alguna de esas condiciones.

Rol del Ministerio Público

De acuerdo con lo establecido en el artículo de cita, el criterio positivo del representante fiscal no es requisito indispensable para la aplicación de la medida, sin embargo, debe siempre emitirse un criterio fundamentado en el adecuado análisis del caso y del cumplimiento de los requisitos legales.

En ese orden de ideas, debe siempre considerarse que la finalidad de cualquier proceso conciliatorio es la construcción de una solución del conflicto por parte de las personas involucradas en él. La teoría de la negociación exige por lo tanto que exista libertad total de las partes y que ninguna de ellas se encuentre en un estado de evidente vulnerabilidad respecto a su contra parte.

En el caso particular de los delitos funcionales, cuando la víctima sea el propio Estado, difícilmente se va a encontrar en un estado de inferioridad respecto del

imputado. En casos en los que la víctima sea el administrado, sí deberá velar el Ministerio Público por que la voluntad de la persona no se encuentre viciada. Por tal motivo, el representante de la Fiscalía no deberá promover o estimular acuerdos conciliatorios, si la víctima ha estado en condiciones desiguales para la negociación, ha dado su consentimiento de manera viciada, bajo coacción o amenaza (por ejemplo, en casos de abuso de autoridad). En estos casos deberá el representante del ente fiscal presentar su oposición de forma fundada haciendo ver las circunstancias que evidencien la vulnerabilidad de la víctima.

Tampoco deberá promover o estimular la conciliación en delitos cometidos en perjuicio de personas menores de edad (por ejemplo, en un abuso de autoridad) ni en delitos de carácter sexual, agresiones domésticas, delitos sancionados en la Ley de Penalización de la violencia contra la mujer (ninguno de estos supuestos se infiere de la naturaleza de los delitos que se investigan en FAPTA).

Efectos:

- Si se incumple la conciliación, se reactiva el procedimiento (Es posible pactar una única prórroga de seis meses, si la víctima lo autoriza).
- Si cumple, se extingue acción penal.

Momento procesal:

La conciliación es aplicable durante la etapa preparatoria e intermedia, hasta antes de acordarse la apertura a juicio. En la fase de juicio puede practicarse la conciliación si se demuestra mediante una Protesta de Actividad Procesal Defectuosa que el imputado o la víctima no fueron citados o ubicados para la celebración de la audiencia preliminar, o que vieron de alguna forma limitada la posibilidad de acceder al instituto por causas ajenas a la voluntad de la víctima y del propio imputado.

Supuestos:

En los mismos supuestos planteados, debe valorarse la procedencia dentro del marco de legalidad, y no cabe la oposición si no es basada precisamente en dichos requisitos. Ya que carece el Ministerio Público de verdaderos alcances dentro de la negociación, se recomienda que el representante fiscal sugiera a la o las víctimas incluir una reparación social dentro del plan reparador.

En aquellos casos que la PGR no se presente a la audiencia, debe procurarse comunicación para contar con el visto bueno de dicha entidad por su carácter de víctima, el cual es ajeno a los representantes del Ministerio Público. Por experiencia, se

conoce que en caso de que la víctima desee conciliar y la Procuraduría no esté en la audiencia preliminar, que se monta la propuesta y el juez se la remite al medio señalado, para que manifieste su anuencia o renuencia, para lo que se vuelve a señalar una nueva audiencia preliminar.

Aspectos Concursales:

Dada la redacción del artículo citado, basta que cada delito de manera individual en su pena mínima abstracta admita la condena de ejecución condicional de la pena, para que se pueda aplicar la conciliación, siendo innecesaria la valoración de los concursos. Solamente debe guardarse el cuidado en caso de que concursen delitos que no admiten la aplicación de la conciliación (ejemplo: corrupción de jueces), lo cual impediría esta medida alterna, salvo si se negocia un abreviado para los delitos no contenidos en el acuerdo conciliatorio.

En cuanto al delito continuado, si bien no hay un criterio pacíficamente admitido, claramente su aplicación anularía la posibilidad de la conciliación debido al rango de penas y la propia penalidad del delito continuado, ya que el aumento establecido en el artículo 76 implicaría un obstáculo para la suspensión condicional de la pena.

PROCEDIMIENTO ESPECIAL

ABREVIADO

A diferencia de las medidas alternas hasta ahora abordadas, el abreviado es un procedimiento especial, y no tiene como finalidad la resolución del conflicto desde la óptica de la justicia restaurativa y el rol preponderante de la víctima, si no que su principal fundamento es la economía procesal al evitar la prolongación de los procesos hasta alcanzar la etapa de juicio.

Dada esta naturaleza no restaurativa del procedimiento especial, el criterio de la víctima no resulta vinculante, y es una potestad que recae en el Ministerio Público.

Dicho procedimiento especial se encuentra regulado en los artículos 373, 374 y 375 del Código de rito, y se pueden extraer los siguientes requisitos y características:

Requisitos:

- Imputado admita el hecho y consienta el procedimiento.
- Ministerio Público, querellante y actor civil manifiesten su conformidad.

El artículo 374 prevé la posibilidad de que se negocie una **rebaja en la pena de hasta un tercio**. Dicha posibilidad tiene como finalidad tornar atractivo el procedimiento para los imputados al valorar la posible pena

a imponer en contraposición a la pena pactada en el abreviado. Por tal motivo negociar un abreviado sin reducción parece carecer de lógica desde la óptica de la defensa. En ese sentido, se rechazan posturas que nieguen a priori la posibilidad de aplicar la reducción de la pena, principalmente porque se estaría incurriendo en una distinción que la propia ley no hace, lo cual rozaría incluso con la constitucionalidad del criterio.

No se han encontrado supuestos en los que se justifique prohibir al representante fiscal negociar rebajas del tercio, siendo lo correcto analizar cada caso de forma particular, lo cual es además congruente con la naturaleza personalísima del proceso penal costarricense.

En definitiva, lo verdaderamente importante para la aplicación del procedimiento especial abreviado, es que el representante fiscal realice una adecuada formulación de la pieza acusatoria, con claridad sobre la calificación jurídica y se realice un detallado análisis ex ante de la posible pena a imponer (incluyendo la penalidad de los concursos y el delito continuado*) a efectos de poder ponderar y valorar la reducción del tercio o negociarla dentro de dicho rango atendiendo las

circunstancias propias y únicas de cada caso concreto.

En caso de abreviados por delitos funcionales, el fiscal a cargo de la audiencia deberá solicitar la autorización al fiscal adjunto de probidad con el fin de valorar la posible pena a imponer, así como tener en cuenta el criterio de la Procuraduría General de la República cuando se presente como querellante, sin embargo, el criterio de la Procuraduría no será vinculante para la celebración del proceso especial.

El rebajo de la pena en los procedimientos abreviados dependerá del caso en específico y las políticas de persecución penal dictadas por la Fiscalía General para ese momento.

FÓRMULA DE EQUIVALENCIAS

Cada caso es diferente, y por lo tanto diferentes serán las condiciones de las partes involucradas. Los planes reparadores en la conciliación y en la suspensión del proceso a prueba en delitos funcionales, normalmente incluyen un apartado de servicio social (cuyo objetivo es “reparar” el daño social derivado de la lesión al deber de probidad. Ese servicio social en términos materiales se ha dispuesto en horas de trabajo comunitario, sin embargo, algunos imputados (principalmente aquellos que no han cesado la función pública) pueden tener condiciones que les

impidan atender el cumplimiento de las horas establecidas en el plan reparador.

De tal suerte, considerando los principios rectores de eficiencia, eficacia y economía orientadores del deber de probidad en atención del interés público, se ha formulado una propuesta para asignar un valor pecuniario a las horas de servicio social (trabajo comunal), con la finalidad de abrir posibilidades reales para que los imputados puedan efectivamente cumplir con los planes reparadores. Ver anexos I, II y III.

El servicio social de trabajo comunitario, tiene como justificación que el Estado reciba de forma gratuita una prestación de servicios que de otra forma debería sufragar con cargo al presupuesto del Estado.

En ese orden de ideas, considerando que la normativa penal utiliza como parámetro habitual el salario base del asistente administrativo 1 del Poder Judicial, se ha considerado viable equiparar las horas de servicio social a su equivalente monetario calculado según el valor de la hora laboral de acuerdo con el salario base. Dichos montos lógicamente están sujetos a las adecuaciones anuales, no obstante, se trata de un parámetro objetivo que incluye valores de indexación anual, lo cual torna más justa la

aplicación de la medida considerando el momento en que se resarce el daño.

Para el periodo 2019, el salario base se encuentra definido en el monto de ¢446.000,00 colones, lo cual, aplicando una jornada ordinaria de 48 horas por semana, y en total de 192 horas por mes, el salario base se traduce en ¢2.245 colones la hora. Con este parámetro objetivo, se pretende facilitar e impulsar la aplicación de medidas alternas en casos en los que el o los imputados tienen una imposibilidad material de prestar efectivamente las horas de servicio social, y a cambio sufragarían su equivalente en montos de dinero.

La cuantía cambia cada año, por lo que se deberá ajustarse el parámetro objetivo con el fin de poder contenido a la formula de equivalencia

Para ejemplificar esta propuesta de equivalencia, en el caso que un sujeto se opte por una medida alterna que incluya dentro del plan reparador la prestación de doscientas horas de servicio social, podría en cambio optar por sufragar un monto aproximado de 449.000,00 colones. La fórmula aplicada es un simple cálculo aritmético:

$200 \text{ horas} \times \text{¢}2245$ $(\text{valor por hora}) = \text{¢}449.000,00$
--

No debe confundirse esta medida con una pena de multa, ya que se trata de un plan reparador que debe ser admitido por el imputado de forma voluntaria, y como alternativa a la prestación de servicios de interés social. Claramente también es posible que el imputado atienda el cumplimiento de una parte de las horas de servicio social mediante la prestación efectiva del servicio, y la otra parte sea sufragada mediante la tabla de equivalencias.

Esta propuesta se fundamenta en la finalidad de resarcir efectivamente el daño social derivado de la lesión al deber de probidad, de una forma directa y mucho más efectiva, eficiente y económica, ya que su cumplimiento se verifica en el momento del pago, sin que sea necesario establecer un control de horas ni habilitar espacios para realizar las horas de servicio.

No se han identificado justificaciones para establecer limitaciones a la propuesta de tabla de equivalencias, por lo que en todos los casos cuando resulte adecuado por las circunstancias particulares de los individuos que se someten a la medida, se podrá optar por la aplicación de la equivalencia a favor de la reparación del daño social.

CANTIDAD DE HORAS PARA PLANES REPARADORES

Otro de los objetivos de esta propuesta, es definir parámetros mínimos de horas de servicio social (horas de trabajo) para los planes reparadores. De conformidad con los principios rectores del proceso penal, esta propuesta no es rígida, sin embargo, se ha fundamentado en parámetros mínimos considerando los propios umbrales punitivos contenidos en las fórmulas penales, por lo que se ha procurado atender el grado de desvalor que el propio legislador le ha asignado a las conductas.

En este contexto la propuesta consiste en dividir los delitos en tres grupos: delitos sancionados con multa, delitos sancionados con inhabilitación y delitos sancionados con penas privativas de libertad. Claramente, cada uno de estos grupos se caracteriza porque el legislador le ha asignado un reproche estratificado, lo cual es un parámetro objetivo para definir los mínimos deseables de horas de servicio en los planes reparadores.

1. Delitos sancionados con días multa:

De esta forma, se ha definido que, en delitos sancionados con multa, el reproche del legislador ha sido menor al de los demás delitos, debido a la importancia de la lesión

producida. En ese orden de ideas, se propone establecer un mínimo de 100 horas de servicio social en delitos sancionados con penas de multa. Ver anexos I, II y III.

2. Delitos sancionados con pena de inhabilitación:

Por otro lado, la inhabilitación se representa como una sanción penal de mayor relevancia si se compara con la pena de días multa. La inhabilitación produce un efecto más duradero y pernicioso para el imputado, quien, a partir de la sanción, ve limitado su acceso al empleo público, pudiendo desmejorarse significativamente su calidad de vida. Esta realidad ilustra el mayor reproche que el legislador ha considerado para este grupo de delitos. Bajo ese análisis, se propone establecer un mínimo de 150 horas de servicio social en delitos sancionados con pena de inhabilitación. Ver anexos I, II y III.

3. Delitos sancionados con pena de prisión:

Finalmente, es evidente la distinción en cuanto al reproche de este grupo de delitos respecto a los otros dos. La pena privativa de libertad representa el mayor reproche que el legislador realiza sobre conductas sancionables. Según lo anterior, se propone asignar un mínimo de 200 horas en delitos sancionados con pena privativa de

libertad, el cual debe aumentar gradualmente según el rango mínimo de la penalidad de cada delito. Ver anexos I, II y III.

Lo anterior quiere decir que, en delitos sancionados **con un mínimo de hasta dos años** de pena de prisión (1 día a 2 años), el plan reparador debe contener como mínimo doscientas horas de servicio social; en delitos sancionados con un mínimo de tres años de pena de prisión, el mínimo sería de trescientas horas y así consecutivamente.

No se omite indicar, que la propuesta trata de mínimos, no de montos rígidos, y se proponen partiendo de una aproximación objetiva a los rangos de las penas, no obstante, cada plan reparador debe ajustarse a las circunstancias y características individualizantes de cada caso y cada imputado. Se recomienda por tanto aplicar los mínimos en casos de mínimo o escaso reproche.

CONSIDERACIONES ADICIONALES

Delito Continuado

No aplica. Si bien existen posiciones que rechazan de plano el delito continuado en delitos contra los deberes de la función pública, dicho rechazo puede ser cuestionado ya que la normativa exige únicamente que el delito tenga contenido patrimonial, sin excluir de forma alguna los delitos

pluriofensivos (como podría ser el delito de peculado). En ese sentido, se puede considerar que en algunos casos el peculado según el plan de autor, es uno solo desarrollado mediante diversos actos de ejecución en un periodo determinado, siempre que se reúnan los demás requisitos legales. Dicha interpretación, puede sin duda ser tenida como la más favorable para el imputado en casos en los que se pretenda aplicar el procedimiento especial abreviado, lo cual lo tornaría más atractivo para los imputados. Sin duda, es una posición que se debe conocer, ya que, por tratarse de una interpretación beneficiosa para el imputado, los juzgadores tendrían motivación legal y lógica para valorar esta calificación jurídica.

No puede perderse de vista, que no existe unidad de criterios al respecto, ya que la propia Sala Tercera (cuya jurisprudencia no es vinculante) ha mutado de forma vacilante sobre este tema, lo cual deja ver una fluctuación de criterios con la finalidad de ajustar el procedimiento especial a casos concretos. Si bien la fluctuación de criterios puede producir dudas sobre los fundamentos para variar de posición, desde la óptica del ente fiscal esto puede encontrar su aplicación en el principio de oportunidad en atención a la eficacia, economía y eficiencia en la persecución penal y las pretensiones punitivas del Estado.

Delito tentado

Tradicionalmente, en FAPTA, los delitos contra los Deberes de la Función Pública, se han conceptualizado como delitos de mera actividad o de peligro abstracto, por lo que con la sola comisión del delito, se tiene consumado. En ese sentido, no existe posibilidad de que se aplique la tentativa, por lo que no se hacen consideraciones al respecto para el procedimiento especial abreviado. En todo caso, el rebajo de la pena mínima es una facultad del juez, y no puede hacerse un análisis ni fijar pena con relación a dicha facultad; lo cierto del caso es que el juez debe respetar el acuerdo de pena pactada.

En consecuencia

A partir de la publicación de la presente circular, la Fiscalía General insta a los Fiscales y Fiscalas del Ministerio Público a que al momento de tramitar causas por delitos funcionales deberán acatar de manera obligatoria los presentes lineamientos.

Las presentes disposiciones rigen a partir de su publicación y comunicación.

EMILIA NAVAS APARICIO
Fiscal General de la República
MARZO, 2019
[ORIGINAL FIRMADO]