

**UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE LAS  
AMÉRICAS**

**INSTITUTO DE ESTUDIOS POSTGRADO, MAESTRÍA EN  
DERECHO, CON ÉNFASIS EN DERECHO PENAL**

**ANÁLISIS DE PRINCIPIOS PROCESALES QUE  
PROTEGEN A LA PERSONA IMPUTADA EN LA LEY DE  
JURISDICCIÓN ESPECIALIZADA EN DELINCUENCIA  
ORGANIZADA**

**LIC. JUAN GONZALO FORERO CASTRO**

**TUTOR: ADÁN CARMONA PÉREZ**

**SAN JOSÉ, MAYO 2022**

## CONTENIDO

CONTENIDO .....	2
<b>BITÁCORA DE ATENCIÓN AL ESTUDIANTE</b> .....	<b>5</b>
<b>CARTA DE APROBACIÓN DE TUTOR</b> .....	<b>7</b>
<b>CARTA DE APROBACIÓN DEL LECTOR DE TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN</b> .....	<b>9</b>
<b>CARTA DE APROBACIÓN FILOLOGÍA DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN</b> .....	<b>11</b>
<b>DEDICATORIA</b> .....	<b>13</b>
<b>RESUMEN EJECUTIVO</b> .....	<b>14</b>
<b>CAPÍTULO 1 INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>15</b>
<b>1.1. TEMA</b> .....	<b>15</b>
<b>1.2. PROBLEMA</b> .....	<b>15</b>
1.3 Objetivos .....	<b>15</b>
<b>1.3.1. Objetivo general</b> .....	<b>15</b>
<b>1.3.2. Objetivos específicos</b> .....	<b>15</b>
1.4. Justificación del tema y el problema .....	<b>16</b>
<b>1.5 Antecedentes</b> .....	<b>18</b>
1.6. Proyecciones .....	<b>21</b>
<b>CAPÍTULO 2. MARCO TEÓRICO</b> .....	<b>23</b>
2.1. Crimen organizado, generalidades y su afectación al debido proceso .....	<b>23</b>
2.2. Origen de la delincuencia organizada .....	<b>23</b>
<b>2.2.1. Histórico</b> .....	<b>23</b>
<b>2.2.2. Ideológico</b> .....	<b>24</b>
<b>2.2.3. Generalidades de la delincuencia organizada</b> .....	<b>25</b>
<b>2.2.4. Delincuencia organizada y derechos fundamentales</b> .....	<b>26</b>
<b>2.3. Delincuencia organizada en el Derecho Comparado</b> .....	<b>29</b>
<b>2.3.1. Jurisdicción francesa</b> .....	<b>29</b>
<b>2.3.2. Jurisdicción española</b> .....	<b>31</b>
<b>2.4. Comparación con respecto a la nueva Jurisdicción Especializada en delincuencia organizada</b> .....	<b>32</b>
<b>2.4.1. El debido proceso</b> .....	<b>33</b>
<b>2.4.1.1. Definición del Debido Proceso</b> .....	<b>36</b>
<b>2.4.1.2. Características del Debido Proceso</b> .....	<b>37</b>
<b>2.4.1.3. Análisis del debido proceso desde la óptica de la democracia</b> .....	<b>39</b>
<b>2.4.1.4. Análisis del debido proceso desde el Control de Convencionalidad</b> .....	<b>42</b>

2.4.1.5. <i>Connotación normativa</i> .....	43
2.5. Análisis de Convencionalidad desde la óptica funcional.....	46
2.6. Derechos, garantías y principios generales que integran el debido proceso .....	49
2.6.1. Principio de legalidad criminal. ....	49
2.6.2. Principio de juez natural. ....	52
2.6.3. Principio de igualdad. ....	55
2.6.4. Principio de lesividad u ofensividad. ....	58
2.6.5. Principio de derecho a libertad. ....	59
2.6.6. Principio de proporcionalidad. ....	64
2.6.7. Principio de justicia pronta y cumplida. ....	66
2.7. Análisis de la ley 9481 y sus reformas .....	67
2.8 Medidas intrusivas.....	72
2.8.1 <i>Definición</i> . ....	72
2.8.1.2. <i>Características</i> . ....	74
<b>CAPÍTULO 3. MARCO METODOLÓGICO</b> .....	76
3.1 Tipo de investigación .....	76
3.2 Tipología.....	77
3.3. Población.....	77
<b>CAPÍTULO 4. ANALISIS DE RESULTADOS</b> .....	78
<b>CAPÍTULO 5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES</b> .....	85
<b>CAPÍTULO 6. PROPUESTA</b> .....	88
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	91
<b>APÉNDICE</b> .....	95
<b>Apéndice A. Declaración Jurada</b> .....	95
<b>Apéndice B. Instrumento de las Entrevistas</b> .....	97
<b>Apéndice C. Cartas de Consentimiento</b> .....	98
Consentimiento a Roberto Díaz Sánchez, Juez 4 del Tribunal Penal del II Circuito Judicial de San José.....	98
Consentimiento Andrés Saborío Cascante, Juez 4 del Tribunal Penal del II Circuito Judicial de San José.....	99
Consentimiento Álvaro Pérez Roda, Defensor Público del II Circuito Judicial de San José.....	100
Consentimiento Saylin Paola Vargas Amador Defensora Pública del II Circuito Judicial de San José .....	101
Consentimiento Javier Valerio Vásquez Fiscal Coordinador del II Circuito Judicial de San José ...	102
.....	102

Consentimiento a Mauricio Boraschi, Fiscal Adjunto del II Circuito Judicial de San José .....	103
Consentimiento Yorksaan Carvajal Aguilar, Jefe de la Unidad de Fraudes del Organismo de Investigación Judicial, Primer Circuito Judicial de San José.....	104
Consentimiento de Diego Andrés Castillo Gómez, Jefe 1 de la Unidad de Bancos del Organismo de Investigación Judicial, Primer Circuito Judicial de San José.....	105
<b>Apéndice D Transcripción de Entrevistas Realizadas.....</b>	<b>106</b>
Transcripción de entrevista de Roberto Díaz.....	106
Transcripción de entrevista de Andrés Saborío Cascante. ....	107
Transcripción de Entrevista de Álvaro Pérez Roda. ....	109
Transcripción de entrevista de Saylin Paola Vargas Amador.....	111
Transcripción de entrevista de Javier Valerio Vásquez.....	113
Transcripción de entrevista de Mauricio Boraschi.....	115
Transcripción de entrevista de Jorksan Carvajal.....	117
Transcripción de entrevista Diego Castillo Gómez.....	119
<b>Apéndice E . Jurisprudencias Analizadas.....</b>	<b>120</b>
Principio de Legalidad Criminal .....	120
Principio de Juez Natural.....	135
Principio de Igualdad .....	140
Principio de Lesividad .....	145
Principio de Derecho a la Libertad .....	154
Principio de Proporcionalidad .....	184
Principio de Justicia Prompta y Cumplida.....	199

## RESUMEN EJECUTIVO

En este trabajo se acentúan todos los elementos que impulsen el trabajo investigativo en el tema, *Análisis de principios procesales que protegen a la persona imputada en la ley de jurisdicción especializada en delincuencia organizada*.

Se desarrollan puntos fundamentales de las garantías que protegen a las personas imputadas dentro del proceso penal. En este caso específico, se desarrollan los principios universales y fundamentales que tienen una injerencia directa con el tema desarrollado.

Asimismo, se estudia el nacimiento de las organizaciones delictivas. Los antecedentes de la ley 9481 (Jurisdicción Especializada en Delincuencia Organizada) y todas sus reformas.

El presente trabajo investigativo se llevó a cabo mediante la observación de la doctrina, el estudio y análisis de jurisprudencia y la entrevista de personas que representan a cada una de las instancias fundamentales del proceso penal.

Se utilizó el método de investigación cualitativo, con el fin de obtener resultados concretos con los medios anteriormente descritos para definir si la nueva Jurisdicción Especializada en Delincuencia Organizada, afecta de alguna forma los principios fundamentales del imputado.

# CAPÍTULO 1 INTRODUCCIÓN

## 1.1.Tema

Análisis de principios procesales que protegen a la persona imputada en la ley de jurisdicción especializada en delincuencia organizada

## 1.2. Problema

¿Cuál es el diagnóstico de la Ley de Creación de la Jurisdicción Especializada en Delincuencia Organizada en relación con los principios que protegen en un proceso penal a la persona imputada?

## 1.3 Objetivos

### 1.3.1. Objetivo general.

Realizar un diagnóstico de la Ley de Creación de la Jurisdicción Especializada en Delincuencia Organizada en relación con los principios que protegen en un proceso penal a la persona imputada.

### 1.3.2. Objetivos específicos.

1. Analizar la Ley de la Creación de la Jurisdicción Especializada en Delincuencia Organizada (ley 9481), con el fin de determinar si los principios que protegen a la persona imputada en un proceso penal se pueden ver vulnerados.
2. Conocer la opinión de profesionales que se desempeñen en materia penal, con el fin de poder determinar si, existen principios vulnerados (o puesto en peligro) del proceso penal especialmente, los atinentes a la persona imputada.
- 3- Contrastar el análisis realizado de la ley 9481 con la jurisprudencia de la Sala Constitucional que protege los principios fundamentales del debido proceso.

#### **1.4. Justificación del tema y el problema**

El estudio se encuentra enfocado básicamente en realizar un análisis integral de la ley número 9481 denominada “Ley de Creación de la Jurisdicción Especializada en Delincuencia Organizada” y sus reformas, para determinar si cubre los derechos fundamentales, tanto constitucionales como procesales desde una óptica de la persona imputada y sus garantías dentro del proceso penal.

El tema planteado tiene una gran importancia por la utilidad de dicha ley dentro del ordenamiento jurídico costarricense, sobre todo por ser una jurisdicción que resalta los poderes punitivos del Estado, ya que el citado cuerpo normativo crea un juzgado penal, un tribunal penal y un tribunal de apelación penal, todos especializados en delincuencia organizada.

Con esta ley se pretende agilizar los procesos “ordinarios” penales, ya que la ley 9481 va a separar –por solicitud del Fiscal General de la República- y por declaratoria de resolución jurisdiccional debidamente fundada, un conocimiento exclusivo de la jurisdicción especializada en estos casos o procesos, que hayan sido así declarados.

La idea de crear esta jurisdicción especializada fue tomada de la cúpula del Poder Judicial de forma oral por la Comisión de Asuntos Penales, según indica el acta de Corte Plena del 20 de junio de 2016, donde se sugirió que se valorarán los documentos 1900, 3465, 6224, 6675 todos del 2016; de ahí en adelante, se crea la Subcomisión de la Creación de la Jurisdicción Especializada en Delincuencia Organizada. La justificación dada tanto por la Sala de Casación, como por la Dra. Sandra Zúñiga, Magistrada de la Sala tercera ( la cual fue designada por la Corte Plena para ser la encargada de la Subcomisión de creación de dicha ley) se basó tanto en agilización procesal, así como, en la protección de los auxiliares de justicia integrantes del núcleo duro en esta Subcomisión en un proceso penal de esta índole.

Se debe tomar en cuenta que un proceso de delincuencia organizada conlleva por una misma taxatividad legal, los mismos efectos de los procesos de tramitación compleja, y aún otros más (como ampliaciones a los plazos de la prisión preventiva y la declaratoria automática del levantamiento del secreto bancario, entre otros). Además de lo antes indicado, debe recordarse que esta clase de procesos con declaratoria de delincuencia organizada, son sumamente complejos porque la mera vista de solicitud de medidas cautelares tienden a tardar varios días, las audiencias preliminares varias semanas

y los debates varios meses. La duración de este tipo de procesos con declaratoria de delincuencia organizada es de suma importancia, ya que nuestra Constitución Política indica que la justicia debe ser pronta y cumplida y, en realidad, dicha máxima no se cumple cuando se encuentran “revueltos” los procesos ordinarios de una complejidad moderada o media, con estos procesos de delincuencia organizada, que suelen ser, en su mayoría, complejos.

La problemática se da, cuando un proceso declarado como Delincuencia Organizada, es asignado a un juez o a un tribunal ordinario –sea unilateral o colegiado– este tiende a entorpecer a todos aquellos procesos ordinarios de menor complejidad, los cuales son una mayoría en el proceso penal. La ventaja que representa esta jurisdicción especializada, es que al separar los procesos declarados como delincuencia organizada, que tardan más tiempo en prescribir y, además de ello, requieren de más tiempo en su tramitación y en su resolución; tienden a agilizar procesos penales ordinarios menos complejos y de ituna más pronta resolución.

Con base en lo indicado en el presente trabajo de investigación, lo que corresponde es realizar una lista de derechos constitucionales y procesales del imputado dentro de un proceso penal democrático; estos se consideran pétreos o fundamentales y deben ser confrontados con el proceso indicado por la ley 9481 y las medidas intrusivas que de esa jurisdicción emanan, con el fin de determinar si la Ley de la Creación de la Jurisdicción Especializada en Delincuencia Organizada, cumple con todas las garantías exigidas en la Constitución Política y otras formas de protección de los derechos humanos de la persona investigada en el contexto de un proceso penal.

Este análisis es sumamente necesario ya que en reiterados votos, tanto de la Sala Constitucional, como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; se ha establecido que un Estado nunca podrá utilizar su poder punitivo para mancillar los derechos fundamentales de una persona en pro de garantizar derechos comunes como la seguridad y el orden público.

En resumen, se considera que el presente trabajo de investigación es importante, ya que pondera en una herramienta tan poderosa que tiene el Estado para combatir la delincuencia organizada, con los pros y contras respecto a los derechos fundamentales de la persona imputada.

## 1.5 Antecedentes

En el presente trabajo, no se presentarán los antecedentes formales que comúnmente lleva un trabajo investigativo, por cuanto no existen investigaciones previas de autores nacionales o internacionales que hayan escrito sobre este tema en específico lo cual permita considerarlas.

Véase que como parte del análisis formal de los antecedentes se debe realizar consulta bibliográfica de autores que se hayan referido al tema; sin embargo, en el tema actual que consiste en la creación de una nueva jurisdicción, basada en una ley recientemente creada. Esta ley desde su creación ha sido modificada en dos ocasiones, en estos tiempos, no solo se le modificó el fondo, sino que se realizaron dos *vacatio legis*. Finalmente se suma a lo anterior, la imposibilidad de poner en marcha de forma definitiva la ley de cita por problemas presupuestarios, lo cual es esencial para que entre en funcionamiento, pues su último transitorio indicaba, que empezaría a regir dieciocho meses después de que la Corte Suprema de Justicia tenga en su poder el presupuesto requirente para la citada jurisdicción.

La ley de la Creación de la Jurisdicción Especializada en Delincuencia Organizada se crea el cuatro de septiembre del año 2017, debido al creciente de aumento a una necesidad de procesos de delincuencia organizada, los cuales no solo conllevaban una mayor cantidad de horas de análisis y de tramitación, sino que también acarrea un alza en los estándares de seguridad y de conocimiento por parte de las personas que se dedicaban a estos procesos; añadido a ello, se debía tomar en cuenta que la criminalidad avanza a pasos agigantados; por estas razones nace la ley 9481, como respuesta a esa necesidad estatal.

A manera de exposición el propio génesis de la creación de la jurisdicción especializada, de forma amplia, se debe indicar que desde la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia y con colaboración del Ministerio Público, se realiza un debate, en el cual se logra determinar la importancia de crear una jurisdicción especializada; esta, en su proyecto inicial se trataba únicamente en narcotráfico, pero luego se llega a la conclusión de que será aplicada a todos los procesos de delincuencia organizada y se designa como partes fundamentales de ella a la Defensa Pública, el Ministerio Público y la Judicatura, en paso evolutivo se logra extraer de dos diferentes actas de muestras, a manera de resumen, los antecedentes de la creación de dicha jurisdicción:

La Jurisdicción centralizada de narcotráfico y delincuencia organizada. He tenido preguntas externas en el sentido de que esto del Tribunal Especializado es de ahora ¡No! tenemos más de 18 meses de estar consensuando al Ministerio Público, a la Defensa Pública y a la Judicatura en un proyecto que hago ahora de la opinión pública con motivo de la oportunidad, pero que se ha venido trabajando desde hace mucho tiempo y que en este momento está en una etapa de recibir las observaciones que tiene el Ministerio Público sobre el proyecto que ya tiene las bases y ha sido puesto a discusión de las diferentes instancias y está recogiendo las observaciones que hace el Ministerio Público (Acta 21-2014 Corte Plena , 2014).

Asimismo, se indica:

En el Ministerio Público está a disposición de ustedes -puedo detallarlo-, quién ha sido la contraparte en una de los aspectos y actividades. El Programa lo tiene la Presidencia y lo ha venido desarrollando el Magistrado Arroyo, desde que iniciamos en común reunión que hicimos con el Ministerio Público, para definir el interés claro de la Presidencia en uno de los programas específicos que es la creación de un Tribunal Especializado, propiamente sobre las acciones que se han tomado (Acta 020-2016 Corte Plena, 2016).

En el Acta de Corte Plena número 020-2016 del nueve de junio de dos mil dieciséis, se consigna toda la discusión, de no solo el desarrollo y valoración de los pros y de los contras de esta jurisdicción (ya que para este punto se encontraba analizado de previo); sino que además se logran discutir algunos puntos específicos de esta; por ejemplo el presupuesto, se desarrolla y discute por varios magistrados como se debe aplicar el punto de personal especializado; en este último punto se llega a discutir (lo que en ese momento se tenía como cierto) la aplicación de la protección continua de las personas operadoras de dicha jurisdicción.

Esta reunión resulta de gran importancia, ya que no solo se trató de los magistrados integrantes de Corte Plena, sino que se tuvo la participación de los tres jefes de las instituciones auxiliares de justicia, Jorge Chavarría, quien fungía como el Fiscal General, Walter Espinoza como director nacional del Organismo de Investigación y doña Diana Montero Montero, quien se desempeñaba como Jefa Interina de la Defensa Pública.

En esta ocasión cada magistrado expuso uno de los puntos a los que le eran de interés, así como la aclaración de sus dudas por medio de la jefatura de cada una de esas instituciones.

Por último, la parte de mayor injerencia y debate se debió a las necesidades de personal, en la cual el Fiscal General indicó que se necesitaban al menos 20 plazas más de fiscales auxiliares y 3 coordinadores, por otro lado el señor Walter Espinoza indica que no cuenta suficiente personal investigativo para desarrollar procesos tan largos, por lo cual se solicitó personal para su representado.

Con respecto a la Defensa Pública, la señora Montero Montero solicita se le dé una cantidad de plazas proporcionales a las que se pretendían otorgar al Ministerio Público.

El acuerdo finalizó en que se le darían todas las plazas solicitadas por el Fiscal General, y que se llevaría el resto de solicitudes (OIJ y los de la Defensa Pública) al Departamento de Planificación, con el fin de determinar si era necesario y viable las restantes solicitudes.

Además, se realizó una búsqueda histórica en los archivos de la biblioteca de la Asamblea Legislativa, con el fin encontrar antecedentes documentados de la creación de la Jurisdicción Especializada en Delincuencia Organizada, más como había indicado anteriormente solo existe el proyecto de ley (19.645) con que se llevó a cabo la primera valoración ante el Poder Legislativo de Costa Rica.

A nivel histórico, se debe resaltar que en un corto tiempo y sin haber entrado en vigencia la ley nueve mil cuatrocientos ochenta y uno (9481), esta ha tenido dos reformas, la primera mediante la ley nueve mil quinientos noventa y uno (9591), la cual se refirió únicamente a una “*vacatio legis*” en la cual se indicaba que dicha ley debía entrar en vigencia el trece de octubre de 2019 y la segunda reforma no solo establecía una “*vacatio legis*” indefinida, sino que también modificaba el fondo de la ley al habersele realizado modificaciones por el núcleo de la Subcomisión de Asuntos Penales de la Corte Suprema de Justicia, en este momento se le denomina “Ley de Fortalecimiento de la Jurisdicción Especializada en Delincuencia Organizada”.

Como se indicó anteriormente, la ley bajo estudio se creó en el mes de septiembre de dos mil diecisiete y se publicó un mes después en el diario oficial la Gaceta. Dicha ley indicaba que su ejecutoriedad se iba a dar, exactamente, a los doce meses después de su publicación, o sea, en el mes de octubre de dos mil dieciocho. Este tema tiene especial importancia, ya que en teoría, para el dos mil dieciocho, el sistema procesal costarricense, empezaría a aplicarse para agilizar el sistema judicial de forma radical a través de esta ley. Debido a la situación económica del país, esto no sucede y se da una “*vacatio legis*” en la cual la Asamblea Legislativa por medio de la ley 9591, suspende la ejecutoriedad por doce meses más y sustituye la ejecutoriedad dentro de la ley, cambia el plazo original de doce meses por veinticuatro meses, lo cual resulta en que la ejecutoriedad no se tendrá sino hasta octubre del año dos mil diecinueve. En este momento se crea otra “*vacatio legis*” con la ley 9769, que modifica el plazo de vigencia de forma indefinida e indica que la ley entrará en vigencia dieciocho meses después de que se deposite el presupuesto.

Al tratarse de tema tan actual y de muy pronta ejecutoriedad, se considera fundamental realizar un análisis en cual se valoren varias vertientes elementales que dieron origen a la ley que hoy se estudia. La primer vertiente de análisis consiste en tener por acreditado que esta ley se realiza para que las autoridades policiales, administrativas y judiciales tengan una herramienta más eficiente en contra de la delincuencia organizada; el segundo vector corresponde a que se ha introducido una gran cantidad de medidas intrusivas, con el fin de hacer eficiente la citada ley y, por último, se debe hacer un parangón jurídico entre las medidas intrusivas que componen la ley de la “Creación de la Jurisdicción Especializada en Delincuencia Organizada” y los derechos fundamentales, tanto constitucionales como procesales que abrigan al imputado.

## **1.6. Proyecciones**

Mediante la realización del presente trabajo, se logrará evidenciar que la nueva Jurisdicción Especializada en Delincuencia Organizada violenta total o parcialmente, los derechos emanados de los principios fundamentales que protegen a la persona imputada.

Para desarrollar este estudio, se ha tenido como base el conocimiento obtenido mediante la participación de algunas reformas que se han realizado a la ley 9481 y a la ley 9769.

Además, se pretende analizar si la Jurisdicción Especializada tendrá una afectación en nuestro sistema jurídico penal, especialmente en lo atinente a los derechos y principios que cobijan a la persona imputada.

Se proyecta, además, que el presente trabajo de investigación determine si esta nueva jurisdicción especializada tiene un corte más inquisidor o, por el contrario, es más garantista con respecto a otras jurisdicciones ya existentes en el nivel internacional, para ello se hará un análisis de derecho comparado. Por último, se pretende determinar cuál de esos ordenamientos contempla mayor cantidad de medidas intrusivas.

Todas estas interrogantes se pretenden aclarar mediante el presente trabajo investigativo.

## **CAPÍTULO 2. MARCO TEÓRICO**

### **2.1. Crimen organizado, generalidades y su afectación al debido proceso.**

Es indispensable iniciar el presente estudio con la definición del concepto, delincuencia organizada; este se puede definir como un grupo estructura de tres personas o más, con el fin de cometer varios delitos graves que tengan penas mayores a cuatro años, durante determinado tiempo con el fin de obtener un beneficio económico.

A partir de esta definición, se logra extraer que la delincuencia organizada conlleva un agrupamiento, lo cual no necesariamente se debe aplicar a una función estructural y única dentro de la organización, lo importante es que pertenezca a ella, y con el fin de obtener beneficios económicos a toda costa y por cualquier medio, inclusive se utiliza, mayormente, la violencia sistemática.

### **2.2. Origen de la delincuencia organizada**

En este ámbito se puede indicar que existen dos vertientes en cuanto el origen de la criminalidad organizada, la primera es la histórica y la segunda es la ideológica.

#### **2.2.1. Histórico.**

Se ha indicado que las organizaciones criminales se empiezan a desarrollar a mediados de los siglos XVI y XVII en el Sur de Italia y en la Isla de Sicilia, estas organizaciones tenían un fin benéfico, ya que el amparo del Estado era casi nula; el fin era la protección de sus habitantes contra ataques de otros elementos; no obstante, con el paso del tiempo dichas organizaciones empiezan a desarrollar jerarquías y organización.

Una vez conformado dicho núcleo empieza a cobrar por brindar seguridad y, posteriormente dicha organización se amplía e inicia actividades delictivas como la prostitución, extorción, tráfico de armas, desarrollo de juego en casinos, etc.

Ya con ese tipo de influencias se conoce la denominada “Mafia de Sicilia” y al lograr determinar las ventajas de estas actividades, se da una migración hacia Estados Unidos de Norte América y ahí se denominada “La Cosa Nostra”.

Al respecto, es importante hacer notar, que aunque no se desarrolla cada una de las historias de de las Mafias de mayor poder, se debe resaltar que este mismo sistema se empieza a dar en el siglo XVII por su modelo japonés, la cual fue denominada la “Yakuza”, que de igual forma utilizaba la “violencia sistémica” o la “amenaza de emplearla”. Resulta adecuado indicar que desde los inicios, esta mafia ha tenido sus particularidades, como su forma de andar, tipo de corte de pelo, vestimentas, etc., lo cual resulta en una demostración pública de pertenecía a dicha organización. Las Yakusas se han resaltado que aunque son una organización criminal de varias décadas de funcionamiento, se logra determinar una “solidaridad” para con los suyos (servicios a la comunidad) sumamente oclusiva; asimismo, se logró observar a esta organización cooperando con las víctimas del Tsunami y del terremoto que golpeó a Japón en el año 2011.

A modo de cierre con este resumen histórico, es fundamental indicar que de estas dos mafias desarrolladas desde los siglos XVI y XVII han sido el modelo a seguir por mafias de mucho renombre alrededor del mundo, como por ejemplo, las Triadas Chinas, el Cartel de Michoacán, El Cartel de los 18, el Cartel de los Caballeros Templarios, entre otros.

### **2.2.2. Ideológico.**

Es aquella definición que se ha dado para sobresalir a manera popular y mediática únicamente con el fin de defender al Estado y a sus elementos básicos. Al respecto nos indica Zaffaroni:

El *crimen organizado* es un concepto de origen periodístico que nunca alcanzó una satisfactoria definición criminológica, pero que se trasladó a la legislación penal y procesal penal para aumentar el ejercicio del poder punitivo respecto de un conjunto de delitos no bien delimitado, lo que pretende configurar *un derecho penal diferenciado y con menores garantías para un ámbito delictivo sin delimitación*. Su idea más aproximada está dada por la criminalidad de mercado, abarcando desde todos los tráficos prohibidos hasta el juego, la prostitución, las diferentes formas de comercio sexual, la falsificación de moneda y los secuestros extorsivos. No faltan leyes que incluyen al terrorismo en su concepto legal (Zaffaroni R. E., 2007, pág. 1).

Como se podido observar, esta ideología creada por los Estados en cuanto a este tema es una manera de poder defender sus intereses, a costa de la reducción de los derechos fundamentales de las personas que integran dicha organización. Esto es de importancia, pues en el tema de la delincuencia organizada, se potencializan las penas por el solo hecho de estar en una organización de esta índole, cuando en realidad, como se sabe, el derecho penal tiene una de sus características fundamentales que es el ser “personalísimo”.

### **2.2.3. Generalidades de la delincuencia organizada.**

Es importante indicar, desde el inicio de este acápite, que se debe diferenciar la delincuencia organizada de la ordinaria por cada uno de sus elementos que se entrelazan en sí y que son fundamentales. El primer elemento es que se encuentre conformado por varios sujetos, en la penalidad ordinaria puede ser un agravante, que dicho sea de paso, es opcional dentro de tipos penales así estipulados, como por ejemplo, el robo agravado; pero en el caso de la criminalidad organizada, es un elemento fundamental y no podría ser declarado así, sin este elemento, inclusive la misma Convención de Palermo indica que este “grupo estructurado”, no solo se debe analizar desde la perspectiva unitaria de acción, sino que además indica estar conformado por un tiempo indeterminado.

Otro indispensable elemento es que en la delincuencia ordinaria se pueden tramitar cualquier tipo de delito, sin importar el *quantum* de la pena, mientras que en la delincuencia organizada de forma expresa se indica que para que sea declarado como tal, se debe tratar de delitos con una pena superior a cuatro años.

Por último, es de vital importancia evidenciar un conflicto que se ha dado a discusión entre diferentes operadores del derecho, esto es básicamente, que si esa condición de que no sea para cometer un solo delito se podría subsanar cuando se comete de forma reiterada uno mismo; por lo tanto, se podría interpretar como un delito continuado, lo cual es improcedente pues dentro de la misma doctrina, lo excluye por los mismos elementos constitutivos. Un ejemplo de esto es la siguiente definición:

1 El delito continuado constituye una modalidad de infracción penal única e independiente, una forma de realización ontológico-normativa del mismo tipo penal o uno similar, compuesta por

diversos actos seriados que son partes de ese todo y del injusto progresivo que resulta. Lo que de verdad interesa desde esta postura jurídica no es mirar la cuantía de cada acto particular como si se tratara de una infracción independiente (lo que sólo tendrá relevancia para los tipos modificados agravados), sino determinar la defraudación causada por la unidad de conducta como un todo, para precisar la punibilidad aplicable según la ley como delito o contravención especial a la continuación de una modalidad típica patrimonial continuada, según el criterio del perjuicio patrimonial realizado por el autor. La naturaleza sustantiva del delito continuado justifica la imposición de una penalidad unitaria que, en ningún caso, supone una sanción que implique la derogación de la normativa concursal sobre la materia (Pozada Maya, 2011, pág. 1).

Lo más relevante de la anterior definición es que el delito continuado solo se puede aplicar en la delincuencia ordinaria, con la salvedad de que solo se debe de tratar de delitos de índole patrimonial; mientras en la delincuencia organizada se puede tratar de cualquier otro delito que afecte otro bien jurídico; además, como se puede observar, eventualmente se podría aplicar este concepto a contravenciones y por regla esencial en los procesos de delincuencia organizada, los delitos al menos tienen una pena máxima de cuatro años.

Con base en lo anterior, se puede aseverar que la regla del delito continuado es imposible en la aplicación de procesos con declaración de delincuencia organizada como único factor determinante y que sustituya que la organización cometa delitos dentro de un tiempo determinado.

Es de suma importancia determinar los intereses que puede generar tener una jurisdicción especializada en delincuencia organizada y la posible afectación o injerencia de dicho elemento con respecto a los derechos fundamentales de las personas imputadas.

#### **2.2.4. Delincuencia organizada y derechos fundamentales.**

El presente tema ha creado una disparidad entre diferentes operadores del derecho penal, por un lado se determina la importancia de un procedimiento especializado en delincuencia organizada, la cual conlleva mayor cantidad y eficacia de herramientas para combatir la delincuencia organizada con mayor paridad, pues como se ha demostrado, este tipo de criminalidad tiene gran cantidad de recursos materiales, operacionales y económicos. Por otro lado, se debe entender que cada uno de los aquí implicados son personas y por ende tienen los mismos derechos personales y

procesales, tutelados no solo en la Constitución Política, sino también por diferentes tratados internacionales.

Mediante las diferentes tipos de criminalidad que se tramita de forma especializada, se viene a evidenciar que se da una violación total de los derechos fundamentales, más una gran flexibilización, lo cual podría rayar casi en una nugatoria de tales derechos y, por ende, se debe recuperar, mediante instrumentos válidos, que en este tanto se ha indicado.

Para tal propósito, se considera esencial una perspectiva de recuperación del llamado “humanismo procesal” que expresa la renovada necesidad de ubicar en el centro de la intervención penal al imputado y los valores fundamentales que le conciernen. Cuando los límites nacionales aparecen siempre más fáciles penetrables es necesario *que los principios de legalidad y de justicia de los procesos sigan construyendo el horizonte claro y el marco infranqueable de la acción represiva*. Se trata de “indicadores” esenciales que delinear un perímetro, o un fondo irrenunciable de garantías, en la ampliación de las competencias penales europeas, imponiendo la plena coherencia de la reglamentación de la cooperación judicial con los principios de la Carta de los derechos fundamentales, por medio de constantes balances con las estrategias de combate y de la eficiencia represiva (Cuba Villanueva, 2016, pág. 81).

Aún y cuando se han confrontado los derechos fundamentales de la persona imputada con respecto a este tipo de proceso y delitos, se logran determinar; o bien dichas actuaciones son fundamentadas en pro de los intereses del Estado, en el tanto se debe proteger a una comunidad en contra de los actos criminales de una organización delictiva, entonces, al ser otro tipo de criminalidad, se debe aplicar un proceso con unas normativas diferentes a la ordinaria.

Por situaciones como estas, se ha dado una acelerada transformación en el derecho de fondo y procesal de forma anticipada, pero aun respetando de forma cabal los derechos humanos, no obstante, aún los implicados son declarados como individuos peligrosos y de ahí se emana la definición de derecho penal del enemigo, el cual ha sido in extenso de la siguiente.

El autor Yencito Palacios se ha referido del tema de la siguiente manera:

Sin duda alguna, el debate sobre el derecho penal del enemigo es una cuestión que está revolucionando el mundo del derecho, en general, y el derecho internacional en particular. Es un debate de actualidad que está llamando la atención de la comunidad académica, en tanto se

plantea y se avizora un problema de fondo, en cuanto a la efectiva protección de los derechos humanos, por encima de un discurso de seguridad, que se viene planteando como eje central en la comunidad internacional, en la lucha contra el terrorismo y como estrategia jurídico-política al interior de Estados que dicen llamarse democráticos. Esta situación está revolucionando desde cualquier punto de vista la concepción tradicional del derecho, violentando flagrantemente la dignidad humana como eje central del Estado Social de Derecho, al poner en práctica lo que Jakobs denomina “derecho penal del enemigo”, práctica que también se viene fortaleciendo y traspasándose del ejercicio del *ius puniendi* de los Estados, como manifestación de soberanía, al derecho penal internacional (Palacios Valencia, 2009, pág. 19).

Desde esta óptica y por lo explicado, se debe hacer una distinción entre una violación total de los derechos humanos y una violación parcial de los derechos de la persona imputada; entre las denominaciones “violaciones parciales” se pueden identificar entre la restricción de derechos y la flexibilización de los derechos aquí mencionados.

La violación de los derechos humanos, se ha entendido *-grosso modo-*, como la anulación total de los derechos fundamentales de las persona o, también desde otra perspectiva, con la omisión de derechos esenciales consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos o cualquier otro tratado internacional que otorguen más protecciones a los derechos del ser humano.

Esta definiciones aplicadas en un sistema de gobernanza, se podría subsumir como un de sistema autoritario, dictatorial, esto aún y cuando el mismo Estado se autodenomine como democrático, pero no aplique de forma absoluta alguno de estos derechos o los violente.

Bajo esta circunstancia de importante indicar la definición de los tres tipos de violación a los derechos humanos: la violación total la cual se refiere a que el Estado no aplique de ninguna forma garantías (en la presente investigación en cuanto a las garantías de la persona imputada) y se apliquen las impuestas por el Estado. Además, las violaciones parciales se denominan como la restricción y la flexibilización de los derechos fundamentales.

La restricción de los derechos, se puede definir a la actuación que se da al estado de poner límites específicos aún y cuando no se eliminen totalmente esos derechos; por último está la figura de la flexibilidad de los derechos, en la cual el legislador mediante una ley (al igual que en la restricción) puede modificar a su antojo sin un límite formalmente establecido.

Es importante resaltar que en la nueva Jurisdicción Especializada contra la Delincuencia Organizada se lo logran identificar estos tipos violaciones, pero no solo en esta nueva jurisdicción, sino también en jurisdicciones complejas extraordinarias, se aplican de una manera u otra, (Las cuales no se desarrollarán en el presente trabajo, por ser un tema específico).

### **2.3. Delincuencia organizada en el Derecho Comparado**

En esta investigación es de suma importancia realizar un parangón de la nueva jurisdicción especializada en delincuencia organizada entre otros ordenamientos, en el presente caso se realizará frente al ordenamiento Francés y el Español.

#### **2.3.1. Jurisdicción francesa.**

Sobre la realidad francesa autor Bauer en 2007, indicó lo siguiente:

La Ley contra el terrorismo y delitos organizacionales en Francia empieza a desarrollarse de forma muy acelerada desde el ataca a las torres gemelas el 11 de septiembre de 2001, ya que desde esa fecha se encienden todas las alertas francesas, y en los años 2004 y 2006 se empiezan a realizar leyes que modificaban tanto el código penal, como el código de procedimientos penales con el fin de tener mayores herramientas contra la delincuencia organizada y el terrorismo.

Sigue citando Bauer (2007) que en el 2004 se constituye mediante ley, el Comité de Inteligencia Interior, el cual dirige mediante una fuerza policial el sistema de persecución de esta índole, además se crean Magistrados Especializados dentro del sistema antiterrorismo y delincuencia organizada.

Asimismo, explica el citado autor que en el 2006 se da en realidad una muy grande amplitud normativa en contra el terrorismo y la delincuencia organizada, entre esos, se realizará una lista de las actuaciones otorgadas a esta jurisdicción, donde el encargado de realizar la solicitud es el Fiscal General del Estado, y los jueces son los encargados de declarar la competencia.

En este sentido, a la jurisdicción se le ha otorgado las siguientes potestades:

- El Fiscal puede ordenarle a la policía que detenga al imputado por 48 horas, además, se tiene la potestad de ordenar que el investigado no tenga contacto alguno con su abogado.
- Si existe sospecha de que esa persona tiene lazos o algún nexos con un posible ataque terrorista, se puede detener de forma preventiva (no como medida cautelar, sino como aprensión) por seis días prorrogable a otras 24 horas.
- En la vía ordinaria la prescripción tiene un plazo de 3 y 10 años, mientras que en este sistema antiterrorista y de delincuencia organizada los plazos son de 20 y 30 años.
- Se puede hacer la inspección policial a un vehículo automotriz con el solo hecho de tener sospechas para poder seguir adelante con la investigación.
- Se da una autorización de inspección profunda a las personas y sus equipajes en los aeropuertos, con el hecho de sospecha de que pueda tener conectividad con terrorismo.
- Por medio de la declaración del juez, se permite aplicar todas las medidas intrusivas de su ordenamiento.
- A dicha unidad se le da la potestad de instaurar cámaras de vigilancias donde sea pertinente en cualquier institución pública.
- Tiene la facultad de inspeccionar mediante cualquier medio sistemático la identidad de los pasajeros a bordo de un tren internacional.
- Toda la compañía de transporte internacional (trenes, buses, transporte marítimos y aéreos) tiene la obligación de entregar cualquier información solicitada por la policía, de las personas de pasajeras, esto excluye a las personas pertenecientes a la Unión Europea.
- Todas las compañías de telefonía le deben entregar a esta policía, toda la información solicitada acerca de una línea (llamadas salientes y entrantes, duración de la llamada, ubicación del lugar donde se realiza dicha llamada).
- Se permite fotografiar a cualquier persona mientras se desplaza en un vehículo (aunque éstas se borran a las 8 horas después de tomada la foto)

### 2.3.2. Jurisdicción española.

La jurisdicción española ha evolucionado en gran manera a través de los años, no solo a nivel del Código Penal, sino además en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Lo que en Costa Rica se conoce como código Procesal Penal).

En la jurisdicción española, el código penal (Ley 10-1995, del diez de noviembre de 1995), se dan únicamente lineamientos genéricos de las acciones que constituyen un delito. Los agravantes de posibles delitos cometidos por una organización, se determinó en ese momento como una multiplicidad de sujetos participantes en un acto criminal.

El código penal español (Ley 10-1995) es modificado por la Ley número (005-2010, del 22 de junio de 2010), en este no solo agrega gran cantidad de tipos penales nuevos en los cuales podría tener injerencia la delincuencia organizada; además, se ordenan esos nuevos tipos penales por bien jurídico protegido, y modifica otros tipos penales con el fin de poder subsumir en ellos delitos con delincuencia organizada.

En cuanto a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se realizan, de igual manera, muchas reformas que dan pie a gran cantidad de herramientas procesales, con el fin de combatir la delincuencia organizada, mediante la Ley Orgánica 5/1999 (del 13 de enero de 1999), la cual con sus modificaciones, se denominó “Ley de enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves”.

Asimismo, se debe resaltar que, como se indicó en el párrafo anterior, aunque se dieron muchas modificaciones al “Código Procesal Penal Español”, siempre se indica que se deben realizar esos procedimientos para proteger los derechos fundamentales de la persona investigada. Así lo expresa literalmente.

De esta forma, se introducen en el ordenamiento jurídico medidas legales especiales que permitan a los miembros de la Policía Judicial participar del entramado organizativo, detectar la comisión de delitos e informar sobre sus actividades, con el fin de obtener pruebas inculpatorias y proceder a la detención de sus autores. Todas estas modificaciones deben introducirse respetando el fin del proceso penal que no es otro que el descubrimiento de la verdad real y la aplicación de la ley penal al caso concreto, teniendo siempre en cuenta que los límites de las técnicas propuestas de investigación se encuentran en el sistema de derechos y garantías que la Constitución reconoce a todo imputado, ya

que por más abyectas que sean las formas de delincuencia que se tratan de combatir, ello no justifica la utilización de medios investigadores que puedan violentar garantías constitucionales. Por tanto, la búsqueda de medios jurídicos eficaces para luchar contra la criminalidad organizada no debe comportar un detrimento de la plena vigencia de los principios, derechos y garantías constitucionales, y la preservación de los aludidos principios, derechos y garantías exige, siempre que exista conflicto, que el mismo se resuelva en favor de estos últimos, porque ellos constituyen el verdadero fundamento de nuestro sistema democrático.(El subrayado es suplido) (Código Procesal Penal Español, 1999).

También se debe destacar que aunque se realiza todo tipo de cambios a nivel de incremento de penas y la creación de tipos legales que se adaptaba a la nueva persecución penal, se efectúa un cambio muy importante, y es que aún y cuando se forman unidades especializadas en la materia de delincuencia organizada (en agentes investigadores, fiscales y jueces), no se da una modificación del proceso penal, no se extienden los plazos de ninguna forma, por lo cual el proceso de tramitación, investigación y enjuiciamiento es el mismo que el proceso penal ordinario.

Como se puede observar, aunque se endurece el proceso penal en contra de la delincuencia organizada, esto se hace mediante la protección de los principios derechos de la persona imputada.

#### **2.4. Comparación con respecto a la nueva Jurisdicción Especializada en delincuencia organizada**

De una forma muy somera, se debe indicar que con respecto a la Jurisdicción Francesa se coincide con algunos puntos, el primero es que la persona a la cual le corresponde solicitar la jurisdicción especializada es al Fiscal General del Estado; además, son los jueces son los encargados de declarar la competencia y, por último, se le permiten medidas intrusivas de corte muy violento (procesalmente hablando), que no requieren la autorización de un juez de garantías; como por ejemplo que con la sola declaración de esta nueva jurisdicción especializada se puede levantar el secreto bancario y la potestad de solicitar cualquier información de una institución pública, inclusive, en este ámbito existen repercusiones.

Con respecto a la Jurisdicción Española, se puede indicar que es más similar a la nuestra, en el tanto se han otorgado mayores herramientas para combatir la delincuencia organizada, que prácticamente rayan en una violación a los derechos fundamentales de la persona imputada, lo cierto

es que se tiene alguna premisa, la protección de los derechos humanos fundamentales del imputado, aunque se llegaran a flexibilizar bastante, pero en cuanto al aspecto procesal, sí es más garantista.

#### **2.4.1. El debido proceso.**

Se puede definir al debido proceso, como todos aquellos pasos que se deben seguir en un proceso justo e imparcial. El debido proceso tiene fundamento en la Constitución Política Costarricense, en tratados internacionales y normativa procesal.

Con respecto a la Constitución Política de Costa Rica, se debe indicar que los principios analizados se fundamentan en los artículos 39 y 41.

Las garantías penales y procesales penales no son producto de un capricho, sino el resultado de la experiencia de la Humanidad acumulada en casi un milenio en lucha constante contra el ejercicio inquisitorial del poder punitivo, propio de todas las invocaciones de emergencias conocidas en todos estos siglos en que el poder punitivo descontrolado emprendiendo empresas genocidas causó más muertes y dolor que las propias guerras (Zaffaroni, 2007, pág. 13).

Con respecto al artículo 39 de la Constitución Política de Costa Rica, se puede extraer que protege las garantías fundamentales desde siglos atrás como las siguientes: *nullum crimen sine praevia lege* y *nulla poena sine praevia lege*, derecho de defensa, principio de inocencia y de la carga de la prueba con el fin de destruir ese estado de inocencia, que al fin y al cabo es parte del principio de debido proceso.

En cuanto al artículo 41 de la Carta Magna, este parece proteger únicamente los derechos del ofendido -lo cual sería discriminatorio- pero se pueden observar dos temas fundamentales que se presentan en pro de los imputados.

En este sentido, el voto más representativo de la Sala Constitucional, es el Voto N° 1739-92, referente a los principios del debido proceso, y cómo se debe aplicar en materia penal para con los imputados indica:

El derecho de defensa debe ser no sólo formal, sino también material, es decir, ejercido de hecho, plena y eficazmente, lo cual implica además, como aspecto de singular importancia, el derecho a hacer uso de todos los recursos legales o razonables de defensa, sin exponerse a sanción ni censura alguna por ese ejercicio, así como la necesidad de garantizar al imputado y a su defensor respeto, al primero en virtud

de su estado de inocencia hasta no haber sido condenado por sentencia firme, al segundo por su condición de instrumento legal y moral al servicio de la justicia, cualquiera que sea la causa que defienda, la persona del reo o la gravedad de los hechos que se le atribuyan. (Jurisprudencia Relativa al Derecho de Defensa, 1992)

Haciendo un análisis de los artículos 39 y 41 de la Constitución Política de Costa Rica, se tiene como primer punto en el párrafo primero se nota la utilización del término INJURIA, el cual se define por el Diccionario de la Real Academia Española DRAE (2019) como: “Delito o falta consistente en la imputación a alguien de un hecho o cualidad, en menos cabo de su fama o estimación”. Ahora bien, si se hace un estudio etimológico per sé de esa definición, se puede extraer que una denuncia penal, o una querrela que no sean demostradas, no es más que una posible noticia *criminis* sin fundamento, ya que se trata de una imputación de cargos, sin un asidero probatorio que demuestre su culpabilidad. De esta forma se demuestra que en el artículo 41 Constitución Política de Costa Rica se habla del debido proceso.

Como segundo punto, se indica que debe haber dentro de un proceso penal, una justicia pronta y cumplida y, en el caso de la persona imputada (direccionado propiamente del desarrollo de esta tesis, con miras a una protección a los derechos del imputado), se puede demostrar que el solo estar dentro de un proceso penal, representa una carga emocional y moral muy grande, lo cual se ve intensificado por no darse estos principios de justicia pronta y cumplida.

Dentro de los tratados internacionales adscritos por Costa Rica, el de mayor importancia es la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual protege en dos artículos principalmente, los derechos fundamentales englobados dentro del debido proceso, este artículo son el 7 y 8 de este tratado.

Asimismo, el artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en su inciso tercero protege de una forma general, lo que se podría denominar de una forma coloquial como “una pincelada” al debido proceso; en su inciso cuarto, se extrae el derecho de intimación e imputación; del inciso quinto, se extrae el principio de justicia pronta y cumplida y, por último, en el artículo 6 se menciona el derecho a recurrir.

De igual forma, y con una visión más amplia en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, hace mención de los principios.

Este artículo se divide en dos acápites, el 8.1 indica el derecho del imputado a ser oído dentro del proceso y a tener una defensa material, como parte fundamental dentro del proceso; así también se logra extraer el principio de objetividad del mismo proceso como del juez. El juez se considera una parte fundamental, este no solamente debe ser imparcial, sino también independiente -esto es de suma importancia en este sistema procesal-, el juez debe estar en el poder judicial separado del ejecutivo, (asegurando que se decline la justicia a favor o en contra de la justicia y no de los intereses políticos); a la vez debe existir un rol independiente de asignación de causa y motivos previos, de excusas y recusación.

El acápite 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos viene a acreditar y a subsumir de forma amplia y directa, no solo el principio de inocencia, sino también amplía los derechos procesales de forma tajante dentro de un estado formal de derecho, más adelante se realizará un análisis de cada inciso.

Además, se analizarán de forma conjunta los incisos de “a” hasta, el inciso “f”, ya que se considera que tienen una gran similitud entre sus aspectos de fondo. En dichos artículos se protege el derecho de defensa en su amplio sentido, que precisamente protege, mediante un debido proceso cada una de las garantías procesales del imputado en cuanto a su defensa.

En el inciso primero se garantiza que el imputado pueda tener una comunicación o información clara de la situación en que se ve involucrado, mediante el intérprete o traductor que le debe asistir, si la lengua en el que se tramita el proceso penal no es la nativa. Los incisos “b”, “c” y “d” tiene una mayor conectividad entre sí, pues se garantizan que el imputado pueda tener una defensa que englobe privacidad, confianza y adecuada representación para su proceso, estrategia de defensa y que se le brinde un tiempo adecuado para realizar su estrategia de defensa. O sea, de estos incisos se puede concluir que el imputado puede ser parte activa del proceso, tener una representación de su confianza o tener un defensor público para garantizar sus derechos, sin deber renunciar a una representación digna profesional para su proceso, asimismo, estos cargos se le achacan dentro del principio de imputación e intimación de cargos.

El inciso “f”, tiene un fuerte nexo con el inciso “d” del artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el tanto se denomina al imputado como parte activa y no solo como inculpado, sino también en estos se le da gran cantidad de armas procesales para ejercer una debida defensa material, estas pueden ser utilizadas en conjunto con su asesor legal. Algunos ejemplos de estas posibilidades son el interrogar testigos, obtener comparecencia de testigos y peritos; este es un aspecto importante pues en muchos ordenamientos procesales no se contempla la posibilidad de que el imputado pueda ofrecer prueba técnica profesional, por lo cual se logra subsumir el artículo 39 de la Carta Magna.

Por otro lado, se puede relacionar el inciso “g” con el punto tercero del artículo 8.2, este indica que no solo no se le puede obligar a declarar contra sí mismo e inculparse, también dicha confesión se considerará válida, si se realiza de forma voluntaria y libre.

En ese mismo orden de ideas, se logra identificar una gran conexión entre el inciso “h” con el punto cuarto de la Convención Americana de Derechos Humanos, ya que se identifica el principio a la doble instancia; como se observa en el de la seguridad jurídica, en cuanto a la no imputación de los mismos hechos. Además, se encuentra claramente en el artículo noveno de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el que se subsumen de forma expresa el principio de legalidad y retroactividad de la ley penal a favor del imputado. Al unir el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos con el ordenamiento legal, artículo 11 de la Constitución Política de Costa Rica se logra establecer de forma expresa la protección del principio de legalidad. También se encuentra así en el artículo 1 y 2 del Código Procesal Penal, explicado más adelante.

#### ***2.4.1.1. Definición del Debido Proceso.***

El debido proceso se puede definir como aquel conjunto de normas y procedimientos que se consagran dentro de un Estado de Derecho con el fin de poder garantizar un proceso recto y probo dentro de un proceso penal.

Es de importancia, haciendo un eco adelantado de lo que va a ser el acervo jurisprudencial de la presente tesis, nombrar la sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 1739-1992, esta define no solo el concepto de lo que sería el debido proceso, también indica cuáles son los elementos y principios que componen el debido proceso.

En dicho voto se define el debido proceso como:

El concepto del debido proceso envuelve comprensivamente el desarrollo progresivo de prácticamente todos los derechos fundamentales de carácter procesal o instrumental, como conjuntos de garantías de los derechos de goce -cuyo disfrute satisface inmediatamente las necesidades o intereses del ser humano-, es decir, de los medios tendientes a asegurar su vigencia y eficacia.

También se han considerado otras definiciones y con un gran aporte para el presente trabajo, como por ejemplo el concepto que da el jurista Juan Francisco Linaries, el cual indica lo siguiente:

Con la fórmula “debido proceso legal” (lato sensu) nos referimos a ese conjunto no sólo de procedimientos legislativos, judiciales y administrativos que deben jurídicamente cumplirse para que la libertad individual sea formalmente válida (aspecto adjetivo del debido proceso), sino también para que se consagre una debida justicia en cuanto no lesione indebidamente cierta dosis de libertad jurídica presupuesta como intangible para el individuo en el Estado de que se trate (aspecto subjetivo (Constenla Arguedas, 2014, pág. 206).

Mientras que Leven lo señala como:

El debido proceso no solamente es aquel que nos da las grandes líneas o principios a los que se somete un proceso penal como corresponde, sino también que es aquel que contiene todas las prevenciones necesarias para evitar que la autoridad afecte o lesione la libertad, la propiedad, en general los derechos individuales (Constenla Arguedas, 2014, pág. 206).

#### ***2.4.1.2. Características del Debido Proceso.***

El debido proceso ha sido un pilar fundamental dentro de un sistema democrático de derecho, ya que viene a proteger las mínimas garantías que debe tener una persona dentro de un proceso penal, en contra de una persona denominada, encartado o imputado, hasta el momento de su sentencia en firme, antes de la cual se debe de presumir inocente.

Al respecto, el debido proceso es el resultado de una concatenación de diversos instrumentos, los cuales han sido agrupados en pro de una actuación procesal, con el fin de llevar un proceso penal, bajo una estructura ordenada e instrumentalizada, en la que se puedan desarrollar todas las garantías de las partes, en especial, las del imputado y se considera esta la parte más débil en el proceso.

Además, el debido proceso cuenta con una característica fundamental, la instrumentalización, esta se realiza de manera previa a que procese a una persona en la vía penal. Esto quiere decir que de previo a iniciar el proceso contra del encartado; de esta forma, el proceso debe estar amparado y emanado de la Carta Magna e indicada de forma clara y precisa, al igual tutelada por norma expresa emanada por la Asamblea Legislativa. Igualmente, este derecho se encuentra tutelado de manera concreta por la Convención Interamericana de Derechos humanos, de hecho en estas tres instancias queda de forma muy clara e inmutable el derecho de la persona imputada a defenderse de una real y tener acceso a diferentes instrumentos para lograrlo.

De la Convención Americana de Derechos Humanos emanan dos incisos de garantías judiciales, el primer inciso son las correspondientes al debido proceso de forma amplia, ello engloban el principio de objetividad, de juez natural, legalidad e igualdad de armas; el segundo inciso son las que expresamente indica cada uno de los derechos mínimos de defensa que debe de tener un imputado a nivel internacional

En este sentido, se iniciará comentando las garantías judiciales relacionadas con el debido proceso.

La primera de estas es el principio de objetividad, un instrumento reconocido y protegido por la Carta Magna, ya que sin ese respaldo constitucional, el debido proceso sería nada más que una doctrina inválida de una verdadera aplicación. De la Constitución Política se logran extraer los derechos fundamentales personales y procesales de cualquier persona dentro de un proceso.

Como segundo punto, se debe señalar que la más importante característica en el debido proceso corresponde a que en él se logra centrar un sistema de principios básicos que van a garantizar el desarrollo de una tramitación incólume y debidamente reglada para proteger a los investigados. Algunos de estos principios que son parte del debido proceso a nivel internacional, corresponden a una asistencia profesional en la representación del encartado, que al imputado no se pueda condenar en su ausencia, ni llevarse el proceso fuera del conocimiento de este, además del principio de inmediación. Estos principios son reconocidos por la gran mayoría de países y se encuentran tipificados de forma expresa en tratados

internacionales, los cuales protegen a todas las personas y sus derechos fundamentales, como por ejemplo en la Convención Americana de Derechos Humanos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Dentro de las segundas garantías mencionadas, los derechos que protegen a los imputados se aplican de dos formas diferentes, según la jurisdicción territorial de donde sea el imputado. La primera forma se aplica a los imputados dentro de sus países de origen, y la segunda se debe aplicar a las personas procesadas en un país diferente al de origen, para que todos los imputados cuenten con esas esferas de protección en cualquier lugar del mundo. Estos dos principios son, el de gratuidad del proceso para la persona encausada, en el cual no se deba pagar para tener derecho a la justicia y el segundo es del principio de igualdad de armas, con el fin de que no exista ventaja de una parte sobre la otra.

Estos dos tipos de garantías son fundamentales y deben aplicarse a la hora de realizar un parangón entre el debido proceso y la ley especializada en delincuencia organizada. También se utilizan para desarrollar mediante los siguientes tópicos la injerencia de esta ley con respecto a varios principios procesales fundamentales, tanto personales como procesales, desde un enfoque dirigido a la protección de los derechos de los imputados.

#### ***2.4.1.3. Análisis del debido proceso desde la óptica de la democracia.***

La democracia no solo se debe entender desde su definición etimológica y popular como “*demos*” y “*kratos*”, cuyo origen griego y traducido como el poder del pueblo, se debe entender esta palabra desde un vértice distinto, sobre todo, para el presente estudio.

Se debe interpretar la democracia como una forma ideológica, en Costa Rica, como una República soberana, democrática, libre e independiente. La democracia, no debe concebirse únicamente como el poder del pueblo y para el pueblo, sino como una forma de vida.

Según la forma literal de su significado griego, cada persona debería emitir su opinión en cuanto a la selección de determinado asunto, esto llevaría en la actualidad a una situación “absurda”, en la cual para tomar una decisión todos deberían opinar. Por esto empezó a ejercer la democracia escogiendo representantes, al cual se le exteriorizaban sus opiniones y este finalmente las expresaba en la cámara correspondiente.

La forma actual y correcta en uso de este sistema democrático de representación, es la elección de un representante por una mayoría que tenga ideologías afines y este representante es el que toma de forma unilateral la decisión.

Como se ha indicado anteriormente, la democracia es el resultado acertado, de una Constitución Política que resguarda los derechos fundamentales de las personas bajo su jurisdicción:

La democracia resulta ser tanto un sistema político como una forma de vida, que se rige de principios contenidos en la Constitución, con los cuales se pretende limitar el ejercicio del poder por parte del Estado, y garantizar la auténtica vigencia de los derechos que le son inherentes al ser humano mediante la aplicación de mecanismos idóneos para ello, por estar inspirada en valores que tienen como fin último al ser humano (Montero Montero, 2007, pág. 8).

Esta definición, de democracia es óptima y la más relevante para la presente investigación, ya que desprende elementos que servirán de parámetros necesarios para analizar la Creación de la Nueva Jurisdicción especializada contra la Delincuencia Organizada, en especial desde la óptica de los derechos del imputado.

Se pueden extraer de esta definición los siguientes elementos:

- Sistema Político.
- Principios emanados de la Constitución.
- Que dichos principios se utilizan para limitar el poder del Estado (se desprende un análisis el poder punitivo de este).
- Garantizar derechos del ser humano.
- Tener mecanismos idóneos para defensa de las personas.
- Las personas son el eje central.

Todos esos elementos son la base pétrea del debido proceso, y se debe entender que bajo este eje vertical, está la Constitución que da los lineamientos de la democracia (inclusive algunos autores indican que la definición de Democracia podría ser universal, lo cierto es que existen variantes de ella según la región) y como último elemento desprendido de la democracia, emana el debido proceso; al respecto, se

puede inferir, que cuanto más cantidad de garantías y principios *pro homine* existan en la Constitución que lo rige sobre determinado lugar, se engloba una mayor democracia.

Desde hace varias décadas, la Sala Constitucional, como ente rector directo de la Carta Magna ha ido consagrando de manera clara y precisa, la relación entre el debido proceso y la Constitución Política de Costa Rica, considerando esta última como la fuente de la democracia.

Esto se puede determinar en la siguiente definición:

(...) EL DEBIDO PROCESO, como garantía innominada de la libertad y como derecho subjetivo público de todo ciudadano, con raigambre en los artículos 39 y 41 de la Constitución Política, exige que exista cierta sustancial y razonable relación entre el acto y la Constitución, la ley y los principios constitucionales de igualdad, seguridad, moralidad, razonabilidad y bienestar, es decir constituye un verdadero ideal de justicia, es parte del derecho constitucional natural, al cual se encuentra ligada toda sociedad, llevando consigo –como bien lo ha señalado esta Sala- el derecho de defensa, el derecho de ser oído, el derecho que se abra un expediente administrativo en el cual pueda ofrecer las pruebas de cargo o de descargo, derecho a la notificación con el plazo necesario para impugnar los actos que se den contrarios a sus derechos (...)" (Jurisprudencia Relativa al Debido Proceso, 92).

Este voto ha evidenciado de forma clara la relación existente entre el debido proceso y la Constitución Política de Costa Rica, esta relación es intensa y fundamental. Si se hace un nexo de causalidad del voto anteriormente citado (2387-92 de la Sala Constitucional), se puede extraer que todos los principios fundamentales del debido proceso emanan de la Carta Magna, específicamente de los artículos 39 y 41. De esta manera se puede decir que el primer artículo de la Constitución indica que Costa Rica es una República democrática y así el debido proceso nace del sistema democrático costarricense.

Como es sabido, la Sala Constitucional es la encargada de interpretar la Constitución Política, esta ha tenido gran importancia en la tutela de los principios protectores del debido proceso. Al respecto, se ha interpretado por grandes juristas de la siguiente manera:

En efecto, la Sala Constitucional tuvo una efectiva incidencia en el comportamiento del sistema penal, corrigiendo viejas prácticas, erradicando criterios lesivos, e imponiendo el respeto a los derechos constitucionales, por medio de una serie de resoluciones relativas a la libertad personal, donde se redefinieron una amplia gama de aspectos. En esa línea podemos citar fallos en los cuales se limitaron y se delinearón las razones por las cuales se puede autorizar la prisión preventiva; resoluciones en las cuales se habló ya de un plazo razonable para llevar a juicio a una persona sometida a prisión preventiva y la necesidad de establecer plazos máximos de detención preventiva; así como una variedad de sentencias donde se estableció el derecho a una llamada o comunicación al momento de ser detenido, el plazo para poner a la orden de juez y para recibir declaración indagatoria, las causales de excarcelación, las razones para decretar una incomunicación, la forma de disponer la detención y los presupuestos, las potestades de la autoridad de policía, las redadas, las detenciones en contravenciones, etc. (González Álvarez, 1994, pág. 74).

Realizar un análisis del debido proceso desde la óptica de la democracia, es hacerlo directamente desde los principios emanados de la Constitución Política. El presente estudio tiene como objetivo analizar si la Ley de la Creación de la Jurisdicción Especializada en Delincuencia Organizada, tiene una afectación directa o indirecta a los derechos de los imputados.

Mediante el análisis democrático de ley de la jurisdicción especializada, en la cual se aplica un régimen mayormente punitivo y enfocado a la investigación de los hechos más que a los derechos fundamentales de los imputados. Lo interesante de esta situación es que se debe valorar si en ese proceso investigativo (que se realiza para proteger los intereses estatales y personales de los ofendidos) se debe dar un mayor valor a esos derechos fundamentales del encartado, ya mencionados en un sistema democrático.

#### ***2.4.1.4. Análisis del debido proceso desde el Control de Convencionalidad.***

El control de Convencionalidad se puede analizar desde dos puntos, uno que corresponde a la connotación normativa y el otro desde una óptica funcional; aunque, su estudio se realizará de forma individual, ambos enfoques se complementan para ejercer su verdadera función.

En este sentido, se explicará primeramente la connotación normativa que fundamenta el control de convencionalidad, esto desde una base a nivel nacional o internacional; como segundo punto, se desarrollará cómo se aplica el control de convencionalidad desde una óptica funcional en el ordenamiento.

#### ***2.4.1.5. Connotación normativa.***

El debido proceso también tiene una protección especial a nivel internacional, esta es de acatamiento obligatorio, en todos los países que forman parte de la Convención Americana de los Derechos Humanos, esta convención tiene como único fin, conservar los derechos de todos los seres humanos.

Esta obligación de cumplimiento de todos los Estados Partes se determina desde el primer artículo de la Convención Americana de Derechos Humanos, y cada uno de los elementos que forman el articulado, protegen un principio fundamental de las personas.

Es importante indicar que se denomina como persona a cualquier ser humano, lo que ya en Costa Rica está implícito, pero en otras regiones del mundo no sucede así, (véase, artículo 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que menciona la esclavitud y la servidumbre), estos factores se mencionan en el artículo primero que indica:

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

La importancia que se trata en este acápite, es sin duda la relación entre el debido proceso y el control de Convencionalidad. El fin de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos es proteger los derechos fundamentales personales, como los derechos a la vida, a la integridad personal, libertad de

pensamiento y expresión, entre otros; más el que nos concierne en este análisis son los de garantías judiciales, que se tuteladas en los artículos 7, 8 y 9.

De los artículos 7, 8 y 9 antes mencionados, emanan todos los principios que consagran el debido proceso desde una óptica penal, y que deben ser parte esencial dentro del cuerpo normativo de los Estados Firmantes.

Dentro de esos artículos, los de mayor importancia son el séptimo y octavo.

Primeramente se hablará del artículo octavo que se subdivide en 2 acápites. Dentro de este, el inciso uno que se refiere directamente a la protección general que cubre a las personas, por ende es el principio rector que define a nivel de la Convención Americana del Derechos Humanos, el cual corresponde al debido proceso, cuando indica:

Garantías Judiciales 1. Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Como se puede observar, el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, tiene una especial connotación de los derechos de las personas imputadas; sin embargo, protege los de derechos en todas las personas que laboran en las diferentes ramas del derecho.

En el segundo ítem del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, se especifican cuáles son aquellos principios y derechos que se deben tener para las personas; de forma específica las garantías judiciales y procesales, que se deben aplicar en un proceso penal; indica literalmente que:

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;

- c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
- d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Ahora se analizará el artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos, denominado “Garantías a la libertad Personal”, este es el responsable del acápite de los derechos de libertad de toda persona, que se pueden aplicar a los derechos del imputado.

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a las seguridades personales. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella. 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de

que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona. 7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

Este artículo, como se ha indicado líneas arriba viene a proteger uno de los más importantes derechos fundamentales personales como procesales, la libertad, (sino el que más), por supuesto este es un principio rector del debido proceso, el cual se desarrollará de forma amplia y exclusiva más adelante.

## **2.5. Análisis de Convencionalidad desde la óptica funcional**

El debido proceso consta de herramientas fundamentales, para tutelar de una manera íngnima los derechos fundamentales que lo conforman. Al respecto, los autores Gamboa & Brewern hacen una referencia importante e indican de forma acertada, lo siguiente:

El propósito de la Convención Americana fue declarar a nivel internacional americano un conjunto de derechos humanos para asegurar su protección general, los cuales también se denominan como derechos fundamentales, derechos que en el ámbito de los Estados miembros de la Convención están integrados en los derechos constitucionales en los que integran el bloque de constitucionalidad, como los declarados en la Convención Americana que se hayan fuera del alcance del legislador en el sentido que no pueden ser eliminados o disminuidos mediante leyes (Gamboa & Brewer, 2013, pág. 79).

Esta cita mencionada arriba, se fundamenta en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En ambos incisos de este artículo se crean instrumentos aptos para defender los principios fundamentales de las personas, y de estos emana el debido proceso.

Por la gran alza y velocidad que se ha tornado dentro de la sociedad en el ámbito penal, se han debido desarrollar herramientas que sean más efectivas para el combate de los hechos ilícitos que afectan a la sociedad. En este ámbito, se debe indicar que la creación de métodos de combate contra la

delincuencia, tienden a ampliar el poder punitivo del Estado y a aplicar dichas herramientas procesales, tornando así una restricción de los derechos de los imputados, casi de forma total. En este sentido, el autor Carmona indica:

Es así, entonces, cómo los contra partidarios del derecho penal garantista, del derecho penal mínimo, bajo el abanderado ideológico “nuevos modelos del derecho penal” conocidos entre otros como: derecho penal máximo, derecho penal del enemigo, derecho penal eficientista, derecho penal simbólico y derecho penal del riesgo, los cuales tienen, en su mayoría, como norte, la reducción odiosa del ser humano a una cosa, a un enemigo, con la única consigna de reducirle al máximo sus derechos y garantías en el proceso penal, pues, según se dice, el que delinque no las necesita porque es un “enemigo de la sociedad” (Carmona Pérez, 2015, pág. 31).

Se debe indicar que es tan importante el Control de Convencionalidad en el debido proceso, que inclusive dos artículos como lo son los veinticuatro y treinta y tres de la Constitución tuvieron que ser modificados después de que se firmó la Convención Americana.

Ahora bien, examinando estas garantías y realizando un control de convencionalidad para esta ley, es interesante resaltar que el artículo primero indica que al ser una Convención enfocada en derechos humanos siempre todos los Estados parte de esa convención están obligados a aplicarlas, lo que se denomina como un control de convencionalidad, el cual no solo se debe aplicar de forma genérica por el Estado, sino por los administradores de justicia.

Por otro lado, si estos derechos y principios emanan de la Constitución Política, se estaría hablando de un control de constitucionalidad, pero en ambos casos se debe aplicar el ámbito normativo que resulte más beneficioso a los intereses de la persona imputada. Así lo refiere el autor Carmona.

Cuando nos referimos al control concentrado de constitucionalidad, en términos generales se hace referencia a que, en un ordenamiento jurídico determinado, la interpretación de la Constitución y la constitucionalidad de las normas internas, de cualquier naturaleza, adoptadas en ese sistema normativo y de los actos de sujetos al derecho público y cualquier otro de naturaleza constitucional, se encuentra centralizada en un órgano jurisdiccional específico. Al contrario, debe entenderse que el control difuso de constitucionalidad no está aceptado; es decir, la posibilidad de que los tribunales ordinarios lleven a cabo, de forma directa, las funciones que se atribuyen al órgano jurisdiccional que tiene el monopolio de la Constitución (Carmona Pérez, 2015, pág. 29).

Si se logra subsumir ese control de convencionalidad con respecto a la nueva jurisdicción, se denota, sin lugar a dudas, que existe una injerencia muy dañina a los derechos de la persona imputada, sea cual sea, aún y cuando dicha persona cumpla con los requisitos formales para declararse como integrante de una organización criminal.

Esta ley no debería tener validez desde un control ni constitucional ni convencional, ya que aunque tanto la valoración de ambas es más beneficiosa, se le estaría dando un valor de mayor jerarquía a una ley, por eso es de recibo utilizar los recursos adecuados para defenderlos.

De manera Nacional los recursos propios son el de Amparo, como el recurso de Habeas Corpus, los cuales son herramientas que igualmente son protegidos en la Constitución Política; se puede tener como fuente de ambos recursos a los artículos 21, 24, 33, 35, 36, 37, entre otros; aunque en la Constitución no se indique expresamente, pero en la Ley de la Jurisdicción Constitucional, sí se indica en el artículo dos punto primero, la creación formal de los recursos y que la competencia exclusiva la tiene la Sala Constitucional como único interpretador de la Constitución Política.

Artículo 2º.- Le corresponde específicamente a la jurisdicción constitucional: a) Garantizar, mediante los recursos de hábeas corpus y de amparo, los derechos y libertades consagrados por la Constitución Política y los derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional vigente en Costa Rica (Ley de la Jurisdicción Constitucional. Ley 7135, 1989).

A nivel internacional, se viene a proteger el derecho a recurrir ante una violación de los derechos fundamentales de las personas es la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo octavo que indica: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”

Asimismo, el medio correcto para venir a proteger la violación de los derechos humanos fundamentales protegidos dentro de la Convención Americana de Derechos Humanos es la Corte Interamericana de Derechos humanos la cual tiene asiento en San José Costa Rica.

De esta forma se puede observar que subsumir esos derechos procesales, los cuales protegen a las personas imputadas en la Convención Americana de Derechos Humanos son bastante minimizados, desde el punto de la aplicación de la nueva jurisdicción especializada en delincuencia organizada.

## **2.6. Derechos, garantías y principios generales que integran el debido proceso**

Como se ha podido observar, el debido proceso es la base del análisis y/o punto medular de la presente investigación, con el fin de determinar si la creación de la Nueva Jurisdicción Especializada en Delincuencia Organizada, tutela los derechos del imputado desde el punto de vista Constitucional y procesal.

Con el fin de definir de forma clara y precisa, si la nueva jurisdicción en delincuencia organizada cumple con estos requisitos, es de vital importancia indicar cuáles de los principios del debido proceso tienen mayor injerencia en la jurisdicción especializada contra la delincuencia organizada, para hacer un parangón de estos principios, con dicha jurisdicción. Ello se empezará a desarrollar y analizar a continuación.

### **2.6.1. Principio de legalidad criminal.**

El principio de legalidad es el de mayor importancia dentro de cualquier sistema jurídico penal. Se encuentra tutelado en el artículo onceavo de la Constitución Política de Costa Rica, donde se indica que el Estado solo puede realizar lo que la ley expresamente le permita; entonces, a contrario censeo todas las personas pueden realizar cualquier acto siempre y cuando no sea prohibido por la ley. La Sala Constitucional ha definido al principio de Legalidad Penal como:

El rasgo definitorio del *ius puniendi* en un régimen democrático, frente a otras formas de organización política, reside en que el ejercicio punitivo supone una adecuación de las potestades legislativas a los principios, valores y derechos consagrados en el parámetro de legitimidad constitucional de tal forma que se aseguren los derechos fundamentales en el marco del respeto de la dignidad humana. La posibilidad de imponer sanciones y, en general, el diseño del sistema punitivo es una prerrogativa exclusivamente estatal. Hace parte de esa facultad definir cómo y bajo qué criterios se ejecutarán las sanciones penales impuestas por los jueces. En este sentido, habría que decir que en tanto se respeten las

exigencias consustanciales a un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, como los principios de dignidad humana, legalidad y proporcionalidad, el ejercicio de esa potestad soportará sin problema el test de constitucionalidad.. (Jurisprudencia Relativa al Principio de Legalidad Penal, 2015)

Al valorar la definición anteriormente dada se puede inferir que el principio de legalidad es el límite al poder punitivo del Estado sobre las personas; pero, a la vez, se puede ver presente el principio que define un límite que separa la libertad con el libertinaje.

El principio de legalidad penal es una garantía procesal para las personas y se encuentra totalmente ligado al derecho fundamental de libertad. Este principio de libertad personal, está tutelado dentro del título cuarto de la Constitución Política de Costa Rica, denominado como “Derechos y Garantías individuales”, principalmente en sus artículos veinte (20), veintiuno (21) y el veinticuatro (24). Es esencial también el análisis del artículo treinta y nueve (39) de la Constitución Política de Costa Rica, ya que proyecta de una forma directa, el derecho de legalidad, pues protege a los ciudadanos de un proceso penal, delimitando el poder punitivo del Estado, con base al principio de inocencia que garantiza la libertad de las personas.

El principio de legalidad Penal es expresamente cubierto por el primer artículo de la ley 7594 (Código Procesal Penal), como un respaldo normativo legal, que cubre a cada persona interviniente en el proceso penal, e indica:

Principio de Legalidad. Nadie podrá ser condenado a una pena ni sometido a una medida de seguridad, sino en virtud de un proceso tramitado con arreglo a este Código y con observancia estricta de las garantías, las facultades y los derechos previstos para las personas. La inobservancia de una regla de garantía establecida en favor del imputado no podrá hacerse valer en su perjuicio.

Obsérvese que, desde el punto de vista Constitucional y procesal, este principio se encuentra resguardado por su vital importancia. Y es que gracias a la aplicación e importancia el principio de legalidad se ha podido mantener hasta la actualidad a nivel mundial. De este se desprenden los principios pétreos de vieja data, por ejemplos los aforismos de origen latín denunciados como “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, o sea, que no hay delito, sin una ley previa escrita y estricta. A nivel procesal se conecta directamente con el artículo segundo del Código Procesal Penal.

No se puede evitar hacer aunque sea una breve reseña de cada uno de los estadios que son base del principio de legalidad; el principio de legalidad criminal engloba la “*lex stricta*” (que sea taxativa), “*lex scripta*” (se tiene que plasmar por escrito), “*lex previa*” (dicha ley debe estar vigente y anterior a los hechos por los que se juzgan) y por último “*lex certa*” (que sea manifiesta).

La *lex stricta* indica que todas las leyes deben tener una regulación legal desde su génesis, o sea, que es fuente principal de las leyes, porque la manera correcta de crear las leyes es por medio de la Asamblea Legislativa. Esto quiere decir que esas leyes deben responder a las necesidades colectivas, realizadas por personas que fueron escogidas mediante la ley (sistema democrático de Estado), y no por el interés de un poder ejecutivo, ya que estas prácticas tienen a realizarse por tiranías donde las leyes siempre benefician a los intereses del mandatario.

La *lex stricta* indica cuál es la forma legal de realizar leyes dentro de la Constitución Política, esto se desarrolla en los artículos 123 al 129 y el 123 al 130.

La *lex scripta* indica, como principio, que toda ley de ser plasmada por escrito, con el fin de dar certeza a lo que literalmente indica la norma y no se preste a mal entendidos o a distintas interpretaciones. “...el principio de legalidad impone la necesidad de la escritura como forma de dar certeza al acto de la ley y esa certeza se obtiene de la constatación del texto original para ser revisado cuando sea pertinente” (Chinchilla Calderón, 2010, pág. 36).

Como se ha podido constatar, esta característica evita lagunas jurídicas, incerteza, obsérvese que inclusive del artículo 124 de la Constitución Política de Costa Rica, se desprende que la ley debe ser objeto de revisión y aprobación de la Asamblea Legislativa, y dicha ley DEBE ser publicada en La Gaceta, lo cual de forma imperativa indica que debe estar plasmada de forma escrita.

En cuanto a la *lex previa*, esta otra característica da seguridad jurídica a la persona que se encuentra en un proceso de cualquier índole, pues esto violaría el derecho Constitucional consagrado en el artículo 34. Este indica: “A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, o de sus derechos patrimoniales adquiridos o de situaciones jurídicas consolidadas”

Esta característica garantiza que no se va a crear una ley específica para un caso posterior a lo sucedido en afeción o beneficio de la persona imputada. Este punto tiene protección por la Constitución

Política de Costa Rica y de instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en sus últimos 2 renglones del inciso primero, artículo.

Del principio de legalidad emanan varios subprincipios fundamentales que cubren al imputado dentro de un proceso penal, como lo son el principio de juez natural y el de igualdad, entre otros, los cuales se desarrollarán a continuación; asimismo, se escogen los que tengan injerencia en la Jurisdicción Especializada en Delincuencia Organizada.

### **2.6.2. Principio de juez natural.**

Este principio tiene sustento en nuestra cúspide kenseniana, en donde se tiene en el estrato mayor a la Constitución Política y a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

El artículo 35 de la Constitución Política cubre este derecho fundamental de la siguiente manera: “Nadie puede ser juzgado por comisión, tribunal o juez especialmente nombrado para el caso, sino exclusivamente por los tribunales establecidos de acuerdo con esta Constitución”

Además, es de gran importancia lo que la Sala Constitucional ha manifestado respecto al principio en estudio, lo cual se transcribe *in extenso*, por su relevancia:

Este derecho, que en la tradición anglo norteamericana se ha desarrollado como el llamado "derecho al juez natural", pero con perfiles muy propios que no corresponden a los de nuestro derecho latino -ya que comprende, por ejemplo el derecho al juez del domicilio y, sobre todo, al juzgamiento por los pares que se expresa, a su vez, en el jurado lego, conceptos que en los sistemas de tradición romano-germánica más bien han producido experiencias negativas-, en nuestra Constitución se recoge especialmente en el artículo 35, según el cual indica:

Artículo 35 - Nadie puede ser juzgado por comisión tribunal o juez especialmente nombrado para el caso, sino exclusivamente por los tribunales establecidos de acuerdo con esta Constitución". Este principio, que hemos llamado del "juez regular", se complementa, a su vez, con los de los artículos 9, 152 y 153 y, en su caso, 10, 48 y 49, de los cuales resulta claramente, como se dijo supra, la exclusividad y universalidad de la función jurisdiccional en manos de los tribunales dependientes del Poder Judicial, así como con el del artículo 39, en el cual debe entenderse que la "autoridad competente" es necesariamente la judicial y ordinaria, esto último porque el 35 transcrito excluye toda posibilidad de juzgamiento por

tribunales especiales para el caso o para casos concretos, y porque el 152 y 153 agotan en el ámbito del Poder Judicial toda posibilidad de creación de tribunales "establecidos de acuerdo con esta Constitución", con la única salvedad del Supremo de Elecciones para el contencioso electoral.

Si, pues, la jurisdicción consiste, en general, en la potestad de administrar justicia, y la competencia en la distribución que hace la ley de las diferentes esferas de conocimiento de los tribunales con base en criterios de materia, gravedad o cuantía, territorio y grado, tanto la jurisdicción -general o por materia- como la competencia son parte del debido proceso, pues garantizan que los conflictos sean resueltos por los tribunales regulares, en la forma dicha.

Y de igual forma se encuentra tutelada en la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo ocho inciso primero, el cual reza:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter principio de juez natural también se encuentra protegido dentro de nuestra esfera procesal en el artículo 3, que indica: “Juez natural Nadie podrá ser juzgado por jueces designados especialmente para el caso. La potestad de aplicar la ley penal corresponderá solo a los tribunales ordinarios, instituidos conforme a la Constitución y la ley”.

Igualmente, se debe resaltar que aunque el Código Procesal Penal empezó a regir en el año 1998, desde previo se tenían presentes por parte del legislador, los principios fundamentales de las personas sometidas a un proceso penal; pero en 1998 ya quedaron plasmadas expresamente en el ordenamiento jurídico penal costarricense. Dentro de lo que se plasma está la indicación de que las personas deben ser juzgadas por un juez objetivo e imparcial. Estas modificaciones en el código procesal penal, aunque fueron recién escritas, ya se encontraban tuteladas por principios de la Constitución Política y de Tratados Internacionales.

Parece ser que la jurisdicción violenta el principio de juez natural, pues se está frente a jueces que únicamente se encargarán de conocer asuntos de delincuencia organizada, y dicha acción deviene

frontalmente en un choque contra este principio. Así, por las prohibiciones propias de las características de este principio, en la doctrina indica:

La función jurisdiccional sólo puede ser llevada a cabo por un sujeto que cumpla con especiales particularidades, a saber; un juez natural e imparcial. Se trata de un órgano jurisdiccional constituido con anterioridad al caso que será juzgado.

Con vista en la normativa antes citada, la garantía de Juez Natural implica:

La prohibición de crear de tribunales o comisiones especiales para que conozcan y resuelvan un caso en específico.

La garantía de que los casos sean resueltos por tribunales competentes que actúen con imparcialidad y objetividad.

Que los tribunales hayan sido establecidos con anterioridad por la ley (Gatgens Gómez, 2013).

En cuanto a este principio, se puede interpretar desde dos puntos de vista:

- El primero, indica que la creación de la nueva jurisdicción en delincuencia organizada no violenta este principio, ya que lo que se crea es una jurisdicción especializada, mas eso no quiere decir que se haya designado un juez para un caso específico, sino que ese caso fue designado por un rol de distribución objetivo de índole administrativo, solamente que por darse en esta jurisdicción, todas las partes actoras del proceso son especializadas en la materia.
- Como segundo punto de vista, se podría observar que sí existe una violación al principio de juez natural, pues se estaría creando un Tribunal Específico (entiéndase la definición de específico como: Que está especialmente destinado a un fin determinado (Diccionario Oxford Oficial, s.f.). Bajo esa tesitura, y haciendo una interpretación literal, se puede afirmar que sí es una violación al principio bajo análisis y, por ende, sería un ataque a los derechos del imputado.

Como se puede observar, que el primer punto de vista se analiza desde un óptica meramente procesal, en ese tanto no se estaría violentando este principio fundamental; sin embargo, el segundo punto se analiza desde una perspectiva de fondo, un análisis expreso de lo que ha indicado de forma concisa la doctrina como tal y, por consiguiente, sí existe una violación a este principio.

Realizando un análisis propio de la doctrina aquí indicada, se logra llegar a la conclusión de que el principio de juez natural ha tenido gran incidencia en la nueva jurisdicción especializada en delincuencia organizada; en ese tanto, lo propio es identificar cómo un principio como el aquí analizado, pueda tener una gran disyuntiva en esta jurisdicción especializada. Se logra extraer que en realidad sí existe una violación al principio de juez natural, mas dicha violación es parcial, en el tanto no existe un juez determinado por caso, pero sí existe juez especializado en una jurisdicción especializada propiamente para este tipo de delincuencias, lo cual pone al principio de juez natural endeble, desde una definición doctrinal pura.

### **2.6.3. Principio de igualdad.**

El principio de igualdad se extrae de la Carta Magna, del artículo 33, donde indica: “Artículo 33.- Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana”

Como se puede observar, la Constitución Política indica literalmente que esa igualdad se puede mantener en determinadas circunstancias, siempre y cuando no lesione la dignidad humana, esto quiere decir que la ley autoriza la posibilidad de crear distinciones.

Un ejemplo de lo anterior es una consulta que se realizó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con una Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.

La CIDH (1979) indica en su resolución:

Sin embargo, por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. Ya la Corte Europea de Derechos Humanos basándose "en los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos" definió que sólo es discriminatoria una distinción cuando "carece de justificación objetiva y razonable" [Euro. Court H.R., Case "relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" (merits), judgment of 23rd July 1968, pig. 34]. Existen, en efecto, ciertas desigualdades de hecho que legítimamente

pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia. Por el contrario, pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles. Mal podría, por ejemplo, verse una discriminación por razón de edad o condición social en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes, por ser menores o no gozar de salud mental, no están en condiciones de ejercerla sin riesgo de su propio patrimonio. En el mismo sentido: Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 48 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1979).

De lo anterior se extrae que la desigualdad se presenta, cuando se carece de una justificación objetiva y razonable y que inclusive se faculta a cuáles desigualdades tengan protección jurídica. Debe dejarse claro que se está hablando de cuestiones normativas jurídicas, mas nunca de derechos humanos fundamentales per sé.

Este mismo criterio ha tenido la Sala Constitucional cuando define e interpreta el artículo 33 de la siguiente manera:

IV.-Sobre el fondo. Este Tribunal ha señalado que el derecho regulado por el numeral 33 de la Constitución Política, implica que se dé un trato igual a situaciones iguales, y desigual a casos desiguales. Sobre el particular, en la sentencia número 2009-8780 de las 16:37 del 26 de mayo de 2009, se indicó, en lo que interesa, lo siguiente:

“ IV.- Con respecto a la supuesta discriminación alegada por las recurrentes, el principio de igualdad que establece el artículo 33 de la Constitución Política no tiene un carácter absoluto, pues no concede propiamente un derecho a ser equiparado a cualquier individuo sin distinción de circunstancias, sino que más bien permite exigir que no se hagan diferencias entre dos o más personas que se encuentren en una misma situación jurídica o en condiciones idénticas, y no puede pretenderse un trato igual cuando las condiciones o circunstancias son desiguales”.

Precisamente, en el caso en estudio el recurrente plantea como primer reclamo una violación al principio de igualdad, por cuanto afirma que a los tutelados no se les ha dado el mismo trato que a otros ciudadanos cubanos, a los que se otorgó una visa especial de tránsito. Sobre el particular, debe indicarse que tras analizar los elementos aportados a los autos, la Sala considera que el accionante no lleva razón en su reclamo, pues consta que, a diferencia de las personas a las que sí se otorgó la visa especial de tránsito, los tutelados no llevaron a cabo las acciones del caso para obtener el documento antes citado,

dentro de los plazos establecidos para tal efecto por la Dirección General de Migración y Extranjería, de ahí que el hecho de que no se les brindara la documentación de su interés obedeció a su propia conducta, y no a una actuación ilegítima por parte de la autoridad recurrida, tal y como se acusa en el libelo de interposición. Por lo anterior, lo procedente es desestimar el recurso en cuanto a este extremo, como en efecto se hace (Voto N° 18912-20, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 2020).

De este extracto se denota que las mismas reglas del principio de igualdad se aplican, pues ante circunstancias iguales se emplean tratos iguales, pero si hay circunstancias diferentes, no se pueden tratar a los individuos de igual forma. Por esto en cada caso se deben valorar las circunstancias individuales de la persona imputada, de forma integral biopsicosocial.

Realizando un contraste de la propia definición del principio de igualdad con respecto de la creación de la Jurisdicción Especializada en Delincuencia Organizada, se puede afirmar que existe una clara desigualdad entre un imputado de un proceso penal ordinario, con respecto a un imputado que puede ser sometido a esta nueva jurisdicción, por ejemplo a plazos de investigación, prescripción, etc. Es más, si se eliminan los elementos objetivos de la misma declaración del proceso en delincuencia organizada y se analiza únicamente el elemento subjetivo; se puede afirmar que en cuanto a la cantidad de sujetos que cometan el mismo delito con sus agravantes de ley, por ejemplo el robo agravado (el cual indica en uno de sus incisos que sea cometido por dos o más personas) es el mismo. Esta situación deviene en los derechos fundamentales de los imputados en cuanto la aplicación o no de la nueva jurisdicción contra la delincuencia organizada.

De igual forma, existen varias diferencias entre un proceso de delincuencia organizada con respecto a uno ordinario, no solo en el fondo sino a manera procesal, véase la radical desigualdad entre el proceso ordinario con respecto al de delincuencia organizada, no solo en cuanto a la prescripción, además la afectación de temas sensibles como los plazos de la investigación, los de prisión preventiva la cantidad de medidas intrusivas que existen, sin contar con las medidas intrusivas que se aplicarán de forma automática sin la orden de un juez de garantías. En ese tanto se debe indicar la existencia de una violación total del principio de igualdad dentro de esta nueva jurisdicción.

#### **2.6.4. Principio de lesividad u ofensividad.**

De importancia es lo indicado por el autor Romero, cuando respecto al principio de lesividad determina que:

Este principio constituye una doble garantía para el ciudadano, en el tanto es también una limitante al Poder Legislativo para construir nuevos tipos penales y un límite para el aplicador judicial de la norma, quien, en virtud del principio de ofensividad o de lesividad, no puede aplicar tipos penales que no tutelan bienes jurídicos específicos, ni tampoco aplicar la norma si el bien jurídico que se protege no resulta lesionado con la conducta juzgada, o bien se trate de un supuesto de mínima lesividad (Sánchez Romero, 2009, págs. 19-20).

Este principio se extrae de los artículos 28 y 39 de nuestra Carta Magna, estos indican:

Artículo 28.- Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley. Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley. No se podrá, sin embargo, hacer en forma alguna propaganda política por clérigos o seglares invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas. (El subrayado es suplido).

Artículo 39.- A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad. No constituyen violación a este artículo o a los dos anteriores, el apremio corporal en materia civil o de trabajo o las detenciones que pudieren decretarse en las insolvencias, quiebras o concursos de acreedores.

En el caso concreto de la ley de la Jurisdicción Especializada en Delincuencia Organizada, no se han creado delitos específicos para ser aplicados por esta jurisdicción, aunque sí ha habido una evolución constante de delitos que han llevado a un enfoque más allá de los ordinarios, como lo son los delitos informáticos; además es especialista en el caso de la legitimación de capitales y que llevan como fin específico combatir la delincuencia organizada, desde la promulgación de la ley 8754 en el 2009.

Además, se debe indicar que se no solo se han creado tipos penales acordes a la realidad actual, sino que también se han modificado en un monto mucho mayor las penas de los delitos realizados por la delincuencia organizada.

Bajo esta óptica, se debe indicar que no existe una violación al principio de lesividad, en el tanto se da el control para que dentro del sistema penal, se pueda determinar que el Estado entiende sus limitaciones del poder punitivo por aplicar para resguardar únicamente los actos delictivos que dañen un bien jurídico tutelado.

En el caso de la nueva jurisdicción especializada en delincuencia organizada, se observa claramente que los bienes jurídicos protegidos son de alta magnitud y, bajo esa óptica, se estaría aplicando de forma correcta este principio fundamental, en el tanto no resulta desproporcionada en la valoración de la afectación de esos bienes protegidos.

#### **2.6.5. Principio de derecho a libertad.**

Este principio ocupa un espacio importante dentro del debido proceso, se encuentra tutelado tanto dentro de la Constitución Política, como por varios instrumentos internacionales, como a continuación se verá:

Al respecto, La Constitución Política de Costa Rica, indica:

Artículo 20.- Toda persona es libre en la República, (sic) quien se halle bajo la protección de sus leyes no podrá ser esclavo ni esclava.

Artículo 22.- Todo costarricense puede trasladarse y permanecer en cualquier punto de la República o fuera de ella, siempre que se encuentre libre de responsabilidad, y volver cuando le convenga. No se podrá exigir a los costarricenses requisitos que impidan su ingreso al país.

Artículo 37.- Nadie podrá ser detenido sin un indicio comprobado de haber cometido delito, y sin mandato escrito de juez o autoridad encargada del orden público, excepto cuando se tratare de reo prófugo o delincuente infraganti; pero en todo caso deberá ser puesto a disposición de juez competente dentro del término perentorio de veinticuatro horas.

Además, La declaración Universal de Derechos Humanos, indica: “Artículo 3. Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”

Asimismo, La Convención Americana de Derechos humanos indica en su artículo séptimo lo siguiente: (se indicarán únicamente los incisos más relevantes para ésta investigación):

Artículo 7 Derecho a la Libertad Personal 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios

Este principio de libertad está protegido desde diferentes esferas de protección procesal, en primer término, la misma Convención Americana de Derechos Humanos indica que toda persona es todo ser humano (artículo 1 de esta Convención). Continuando con ese orden de ideas, la Carta Magna, en el artículo 20, protege la libertad de todo ser humano y añade el concepto de libertad ambulatoria, además, especifica tres diferentes aspectos: el de ir donde la persona desee, de regresar cuando desee y que a ningún costarricense se le puede prohibir la entrada al país. Esto es de gran importancia ya que incluye a personas que sean requeridos en otros países para enfrentar a un proceso penal, aunado a ello, no se puede aplicar la extradición a los costarricenses. Como punto final, se refiere a la prisión preventiva de forma indirecta.

El artículo 37 de la Constitución Política de Costa Rica, indica que para ser detenido, se necesita un indicio, que, según el diccionario de la Real Academia Española (RAE), se define desde una óptica penal, de la siguiente manera: Circunstancia que apunta a la existencia de un hecho probablemente delictivo («indicios racionales de criminalidad») y justifica la incoación de la investigación, su continuación o la exigencia de prestación de fianza para asegurar responsabilidades pecuniarias”

Los operadores del derecho, conocen que el indicio es el primer requisito para imponer cualquier medida cautelar. Lo que se analizará en este estudio es la prisión preventiva, pues restringe la libertad de tránsito de forma más gravosa y requiere que el imputado sea presentado ante un juez, siendo este el único con la potestad de dictar dicha medida cautelar. Véase que la prisión preventiva debe utilizarse como *ultima ratio* y que cumpla con todas las características que exigen las medidas cautelares.

De esto se ha indicado que desde un primer punto de vista sustancial la Sala ha expresado que "...las medidas cautelares deben ser utilizadas solo cuando las circunstancias propias del proceso así lo exijan; son provisionales – no definitivas- y deben necesariamente darse por concluidas cuando no resulten indispensables a los fines del proceso o hayan cumplido ya su cometido.

De lo anterior puede concluirse que tanto el marco constitucional, como el convencional, permiten la prisión preventiva (artículos 37 de la Constitución Política y 7.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), pero ella, según se ha dicho, debe ser aplicada por los jueces, en los límites indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley, de modo tal que cuando resulte innecesaria, es obligación del juez hacerla cesar, ya sea en aplicación del artículo 294 del ordenamiento procesal penal o acordando la excarcelación del encausado -aún de oficio-, conforme a lo reglado en los artículos 297 y siguientes del Código de Procedimientos Penales...".

Como puede apreciarse, aquí se moldean los límites sustanciales de la prisión preventiva, en la medida en que se establece como condición básica la necesidad para mantener la detención, pero la necesidad procesal, no la necesidad externa al proceso o basada exclusivamente en la gravedad de los hechos o la "alarma social", conceptos bastante equívocos, al menos lo suficientes para esconder arbitrariedades (González Álvarez, 1994).

En este tanto se debe hacer un análisis de la afectación de la prisión preventiva en esta nueva Jurisdicción Especializada en Delincuencia Organizada; esto se puede ver desde tres diferentes ángulos: el primero es desde la interrupción, el segundo desde la suspensión y el tercero desde los plazos.

Desde el primer tópico se ha de decir que desde el 2009 con la ley 8754, el término de incisos de la interrupción pararon de ser seis a once; además de subir la cantidad de motivos de la interrupción de la prescripción, se les adicionaron más contenidos de fondo, en este tema no tuvo ninguna modificación en la ley 9481.

Como el segundo tópico, el de suspensión, este sí fue modificado en la ley 9769 con el artículo 6, inciso d en el cual amplían los motivos de suspensión y modifican otros.

En cuanto al tercer tópico que se refiere a los plazos, el artículo diez de la nueva ley de creación de la Jurisdicción Especializada En Delincuencia Organizada indica que se tendrán los plazos del proceso

de tramitación compleja (el cual los dobla de forma general), pero da algunas variantes que a continuación se indican:

-En el proceso ordinario del Código Procesal Penal art. 257, indica que el máximo de prisión preventiva es de doce meses (12) y prorrogable hasta doce meses más, para un total de 24 meses (artículo 378); en el proceso de tramitación compleja el plazo ordinario son dieciocho meses, prorrogable a otros dieciocho meses más, para un total de dos años y medio; en la ley 8754, en el artículo siete (7) se indica que el plazo ordinario será de veinticuatro meses (24) y prorrogables a otros veinticuatro meses, para un total de cuatro años de prisión; finalmente, la ley 9481 no se refiere a este tema, por ende se mantiene lo estipulado en la ley 8754.

-En el artículo 258 del Código procesal (proceso ordinario) indica que dentro de la prórroga ordinaria (los segundos doce meses), el juez debe indicar un tiempo prudencial para terminar la investigación y este será el plazo máximo. En el Procedimiento de tramitación compleja, siempre será de un año y medio, según el artículo 378 y en la ley 8754 indica que siempre, el plazo de prórroga será de veinticuatro meses (no se indica que el juez debe imponer un tiempo prudencial). La ley 9481 no se refiere a este tema, por ende se mantiene lo estipulado en la ley 8754.

-En cuanto al dictado de la sentencia en el proceso ordinario, se indica en el artículo 364 del Código Procesal Penal que el plazo será de cinco días, una vez que se dicte en la parte dispositiva un resumen del porqué se llegó a esa decisión; en el proceso de tramitación compleja, en el artículo 378 inciso "D" del mismo cuerpo legal anteriormente indicado, los plazos son condicionados, ya que indica que si el debate dura menos de treinta (30) días, se dará al tribunal el plazo de cinco (5) días para deliberar y otros cinco (5) días para redactar sentencia; ese mismo inciso del mismo artículo, indica que si el debate dura más de treinta días (30), se le conferirá el plazo de diez (10) días para deliberar y veinte (20) días para redactar y notificar la integral. La ley 8754, no se refiere al tema, la ley 9481 indica que se mantendrá en mismo plazo del indicado por el proceso de tramitación compleja (sea, el condicionado).

-En cuanto al plazo para prorrogar la prisión preventiva del imputado una vez que el Tribunal de Juicio imponga una condenatoria, el plazo será de seis (6) meses más, según el párrafo segundo del artículo 258; por otra parte, el proceso de tramitación compleja en el artículo 379 párrafo primero indica expresamente que para las demás reglas no mencionadas se aplicarán las reglas del proceso ordinario, entonces se entiende que el plazo, será de seis (6) meses. La Ley 8754 en el artículo 9 párrafo segundo

indica que se puede prorrogar hasta por 12 meses. La ley 9481 sí se refiere a este plazo e indica que el plazo ordinario sería de doce meses, más podría ser prorrogado por otros doce más, para un total de dos años en el caso de una condenatoria.

-Referente al plazo para prorrogar la prisión preventiva del imputado, una vez que esté resolviendo el Tribunal de Apelaciones y se imponga una condenatoria, el plazo será de seis (6) meses más, según el párrafo cuarto del artículo 258; por otra parte, el proceso de tramitación compleja artículo 378, inciso “e”, indica que se doblan los plazos para tramitar los recursos, por lo que se entiende que se trata de un año. La Ley 8754 indica que se autoriza la prórroga superior a esos casos de doce meses más se se ordena reenvío. La ley 9481 sí se refiere a este plazo e indica que el plazo ordinario sería de dieciocho meses y podría ser prorrogado por otros seis meses más, para un total veinticuatro meses, si se ordena un reenvío.

-El artículo 258, último párrafo del Código Procesal Penal indica que solo de manera excepcional la Sala de Casación Penal puede prorrogar por otros seis (meses), por otra parte, el proceso de tramitación compleja (artículo 378), indica en su inciso “e” que los plazos se duplican (12) meses. La ley 8754 (Ley Contra la Delincuencia Organizada del 2009), tampoco se refiere en nada a este tema, pero la ley 9481 indica que la Sala de Casación Penal puede prorrogar hasta por doce meses más, cuando a solicitud del Ministerio Público, o bien de parte, se disponga a un nuevo juicio.

Como se puede observar la ley 9481 ha tenido una grave injerencia en los plazos más importantes de instancia en los Tribunales que conocen de la causa, en casi todos los plazos los dobla e inclusive algunos los modifica en contra del imputado. Al respecto, se considera que ya los plazos ordinarios son suficientemente largos para el imputado. Estos plazos prácticamente pasan a ser el doble en los casos de tramitación compleja. Y con la nueva ley que se encuentra en análisis en este caso, se doblan los plazos ya aumentados con procedimientos de tramitación compleja. Viéndolo desde otro punto, un imputado podría descontar una pena cumpliendo su prisión preventiva, con lo cual se viola el principio de libertad.

### **2.6.6. Principio de proporcionalidad.**

El desarrollo de este principio es gran importancia con respecto al análisis de la ley 9481 (Ley de la Creación de la Jurisdicción Especializada en Delincuencia Organizada).

El principio de proporcionalidad se puede definir como un equilibrio entre el criterio de justicia (valor subjetivo), en contraposición con la injerencia de la autoridad, en la esfera privada de los investigados.

El principio de proporcionalidad se encuentra integrado por tres subprincipios, los cuales son los principios de idoneidad, el de necesidad y el de prohibición del exceso.

El primer subprincipio que se desarrollará es el de idoneidad, es aquel que viene a determinar si la medida que se está aplicando en la norma mediante la pena, es aquella para la cual se protegió el bien jurídico.

Como segundo subprincipio está el de necesidad, este indica que la pena es la forma mediante la cual se regula una “necesidad” social, pero se debe de aplicar lo menos posible.

Mediante la opinión jurídica 053-J- realizada por la Procuraduría General de la República en respuesta a la Comisión Permanente Especial de ambiente, con fecha 26 de mayo de 2014, se define el principio de necesidad de la siguiente manera:

Según el principio de necesidad, la pena ha de ser la menor de las posibles sanciones que se puede imponer, y cuando la pena resulta innecesaria, es injusta.

Donde sea posible sustituir la pena privativa de libertad por otras, debe hacerse. De ahí el carácter subsidiario del derecho penal, que solo puede utilizarse cuando los demás medios resulten insuficientes y solo cuando sea útil para la protección del bien jurídico. Y, el principio de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la ponderación que debe darse entre la gravedad de la conducta, el objeto de tutela y la consecuencia jurídica. No deben preverse ni imponerse penas o medidas que resulten desproporcionadas, en relación con la gravedad de la falta (Quesada, 2014).

Por último, se hace referencia al subprincipio de prohibición del exceso, el cual es el último de los elementos que integran el principio de proporcionalidad; se refiere a que se debe fundamentar de

forma óptima cada vez que se restrinja un derecho a la persona encartada; en el mismo sentido, en la opinión jurídica 053-J- realizada por la Procuraduría General de la República en respuesta a la Comisión Permanente Especial de ambiente, con fecha 26 de mayo de 2014, se define el principio de prohibición del exceso de la siguiente forma: “Según el principio de prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido amplio, la libertad solo puede limitarse en aras de la tutela de las propias libertades o derechos de los demás ciudadanos y solo en la medida de lo estrictamente necesario” (Quesada, 2014).

El principio de proporcionalidad emana entre al acervo argumentativo y probatorio, el cual debe ser suficiente, ya que en estos puntos se enfocarán los subprincipios que integran el principio de proporcionalidad por el cual debe englobar un fin específico fundamental en el proceso, mas debe demostrar una moderación para justificar que esa intromisión a la esfera privada de la persona imputada y que esta injerencia no se convierta en un exceso del poder punitivo del Estado.

Cabe indicar que si bien esta nueva jurisdicción vendría a convertirse en una herramienta útil en contra la delincuencia organizada, se denota una exageración en la intromisión de la esfera de los derechos de las personas imputadas.

Se logra vislumbrar que únicamente por la mera declaración de la nueva jurisdicción en delincuencia organizada, se empezaría a desarrollar una investigación que contaría desde el inicio con la aplicación de gran cantidad de medidas intrusivas y otras muchas herramientas en pro de esta, pero en contra de los derechos humanos fundamentales y no como imputado formalmente declarado, sino como persona investigada. Además se le da a la persona imputada un tiempo muy corto para apelar la declaratoria de esta jurisdicción especializada (únicamente 3 días), para procesos que son sumamente amplios y que solo su estudio requeriría gran cantidad de tiempo, ello lleva a pensar que el estudio del expediente en este plazo será insuficiente para valorar el acervo probatorio y fundamentación de la sola declaración.

Un ejemplo de lo anterior corresponde a la presente ley, pues se va a permitir la intromisión del Ministerio Público, sin necesidad de una orden del juez, a las cuentas bancarias del investigado, lo cual violenta su derecho a la intimidad personal.

A todas luces se denota que el principio de proporcionalidad se ve afectado grandemente con la aplicación de la nueva jurisdicción especializada en delincuencia organizada, los tres subprincipios de la idoneidad, el de necesidad y el de prohibición del exceso se encuentran violentados casi en su totalidad.

### **2.6.7. Principio de justicia pronta y cumplida.**

Realizando un examen del principio de Justicia Pronta y Cumplida en contraposición con la nueva jurisdicción especializada en delincuencia organizada, se logra determinar que existen principios violentados en la Constitución Política de Costa Rica, en su artículo cuarenta y uno, el cual indica:

Artículo 41.- Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes” (El subrayado es suplico)

Analizando a profundidad la ley de la Jurisdicción Especializada en Delincuencia Organizada, se encuentran varios aspectos que hacen que la justicia no sea ni pronta ni cumplida.

Como se mencionó anteriormente, los plazos que existen desde la investigación preliminar a la investigación subsecuente, la cantidad de veces que se puede solicitar la prisión preventiva, el enorme plazo del que se puede disponer de dicha prisión preventiva, además, los plazos de deliberación de los jueces de juicio, así como el plazo que tienen para redactar y dar lectura de sentencia (que en realidad 20 días es un mes calendario, sin contar si existe un feriado en ese ínterin); hacen que el periodo sea extenso y no sea una justicia ni pronta ni cumplida.

Se puede asegurar que esta ley no se puede determinar como una justicia pronta y “cumplida”, además, llama enormemente la atención la definición que da el Diccionario de la Real Academia Española (2019) de la palabra “cumplida”, como adjetivos -completa o perfecta- y la siguiente definición de la palabra de cumplida: larga, abundante; por lo tanto, se podría considerar que esta segunda definición es la perfecta para el presente proceso, por ser una jurisdicción especializada u ordinaria.

## 2.7. Análisis de la ley 9481 y sus reformas

En primera instancia es prudente realizar una revisión histórica, desde que la ley 9481 crea la “Jurisdicción Especializada en Delincuencia Organizada”, con la cual se pretende configurar una ley con un mayor rango de ataque contra la delincuencia organizada, se dan más herramientas al Ministerio Público para ejercer el poder punitivo como representante del Estado. Además de un articulado nuevo, se dan unas reformas a artículos de otras leyes y crea nuevos artículos.

La ley 9481, se publica en la Gaceta número 194, alcance 246-2017, de fecha 13 de octubre de 2017 de la Gaceta, en los folios 8 al 18 (Gaceta Digital, 2017). Indica que esta ley entra en vigencia desde el día 13 de septiembre de 2017, por orden del Presidente Luis Guillermo Solís Rivera. En el único Transitorio indicaba: “TRANSITORIO ÚNICO- Las causas iniciadas en los tribunales penales con competencia común a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, que se encuentren en las etapas intermedia o de juicio, seguirán siendo conocidas por esos tribunales. Rige doce meses después de su publicación” (Creación de la Jurisdicción Especializada en Delincuencia Organizada, 2017).

Así es como la Jurisdicción Especializada en Delincuencia Organizada, debió regir y ejecutarse, el día 13 de septiembre de 2018, pero al no existir la posibilidad de entrar en vigencia la ley 9481 por falta de presupuesto, se crea mediante la ley 9591, la cual que se encuentra publicada en la gaceta 169, del 14 de septiembre de 2018 (Gaceta Digital, 2018), en el segundo folio, con un único ítem denominado “MODIFICACIÓN DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY N. ° 9481, CREACIÓN DE LA JURISDICCIÓN ESPECIALIZADA EN DELINCUENCIA ORGANIZADA EN COSTA RICA, DEL 13 DE SETIEMBRE DE 2017”, bajo una muy escueta dedicatoria y bajo el tópico anteriormente señalado se indica: “Se modifica la entrada en vigencia de la Ley N. ° 9481, Creación de la Jurisdicción Especializada en Delincuencia Organizada en Costa Rica, de 13 de setiembre de 2017. El texto es el siguiente: Rige veinticuatro meses después de su publicación” (Ley de Fortalecimiento a la Jurisdicción Especializada en Delincuencia Organizada, 2018).

El Presidente Carlos Alvarado, ordena una “*Vacatio Legis*”, el veinticuatro del mes de julio del año dos mil dieciocho. En ese momento se cambia la fecha de entrada en vigencia hasta el día 13 de septiembre de 2019.

La ley 9769, es publicada en la Gaceta 206, Alcance 239, año 2019 (GACETA DIGITAL, 2019), folios 2 al 9, bajo el tópico, “FORTALECIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN ESPECIALIZADA EN DELINCUENCIA ORGANIZADA”. Esta ley es ratificada por el Presidente Carlos Alvarado, el día dieciocho del mes de octubre del año dos mil diecinueve. La ley esta subdivida en cinco artículos y es creada con el fin de corregir la primera ley de la Creación de la Jurisdicción Especializada en Delincuencia Organiza (ley 9481), esto en cuanto al fondo de la aplicación, ya que la segunda ley (9591) únicamente modificó la entrada temporal de la ley 9481.

Se corrigieron diversos elementos de la ley 9481, algunos fueron presupuestarios, otros de índole normativos y procesales, mejorando con ello, la eficiencia de esta jurisdicción.

Como se mencionó anteriormente esta ley únicamente contiene cinco artículos que modifican la ley 9481 en puntos específicos. El artículo cuarto de dicha ley, se refiere a la modificación del transitorio que refiere a la vigencia de la ley el cual indica:

Artículo 4- Se reforma la entrada en vigencia de la Ley N. ° 9481, Creación de la Jurisdicción Especializada en Delincuencia Organizada en Costa Rica, de 13 de setiembre de 2017. El texto es el siguiente: Entrará en vigencia dieciocho meses después de que se haya otorgado el presupuesto necesario para su implementación, conforme a los estudios técnicos del Poder Judicial.

Y el artículo quinto, el cual ordena la obligatoriedad de una especialización de los operadores de la nueva jurisdicción, indica: Artículo 5- Se adiciona un transitorio 11 a la Ley N. ° 9481, Creación de la Jurisdicción Especializada en Delincuencia Organizada en Costa Rica, de 13 de setiembre de 2017. El texto es el siguiente: Transitorio 11- Al menos quince meses antes de la entrada en vigor de esta ley deberá iniciarse un proceso de capacitación por competencias de los operadores de esta jurisdicción especializada, por medio de la Escuela Judicial y de las unidades de capacitación o en coordinación con ellas. De igual forma, el Poder Judicial deberá realizar el proceso para la definición de los perfiles de estos puestos y proceder a la selección de los funcionarios de esta jurisdicción. Rige a partir de su publicación. (Acta 21-2014 Corte Plena , 2014) (Ley de Fortalecimiento a la Jurisdicción Especializada en Delincuencia Organizada, 2018).

Ahora bien, como se puede observar, existen veintidós días entre el momento de la supuesta entrada en vigencia la ley 9841 en septiembre de 2019 y la ley 9769.

De esta particularidad se pueden realizar diferentes tipos de análisis según el profesional de derecho que lo aplique, y precisamente esos diferentes vértices se basarán en esos veintidós días que existen entre la ley 9591 y la 9769.

Como un primer punto de vista, el cual es el más débil y en que se han basado algunos aplicadores del derecho, corresponde a considerar que al haberse publicado en la Gaceta y cumplirse un tiempo prudencial, la ley 9769 adquiere firmeza, pero de forma parcial, ya que no se estaría aplicando su característica más importante, que es la estructura material para la aplicación de esta jurisdicción.

Otras tendencias se orientan a que el artículo 129 de la Constitución Política indica, mediante una interpretación, que se mantiene la ley 9481 y otra de las interpretaciones indican que la ley 9769 elimina y deroga algunos artículos específicos de la ley 9481.

El artículo 129 de la Constitución Política se indica:

Artículo 129.- Las leyes son obligatorias y surten efectos desde el día que ellas designen; a falta de este requisito, diez días después de su publicación en el Diario Oficial. Nadie puede alegar ignorancia de la ley, salvo en los casos que la misma autorice. No tiene eficacia la renuncia de las leyes en general, ni la especial de las de interés público. Los actos y convenios contra las leyes prohibitivas serán nulos, si las mismas leyes no disponen otra cosa. La ley no queda abrogada ni derogada sino por otra posterior; contra su observancia no podrá alegarse desuso, costumbre ni práctica en contrario. Por vía de referéndum, el pueblo podrá abrogarla o derogarla, de conformidad con el artículo 105 de esta. Aplicando la norma constitucional anteriormente mencionada a las leyes, se desprenden elementos de gran importancia para fundamentar cada una de las distintas posiciones argumentativas de los aplicadores del derecho, estos elementos son:

- Las leyes son obligatorias y surten efectos desde el día que ellas designen.
- A falta de este requisito, diez días después de su publicación en el Diario Oficial.
- La ley no queda abrogada ni derogada sino por otra posterior; contra su observancia no podrá alegarse desuso, costumbre ni práctica en contrario.

En el primer párrafo del artículo 129 se indica que las leyes son obligatorias desde el día en que se designe, pero que si falta un requisito, se entenderá que a diez días tendrán efecto después de la publicación.

Una posición indica que la ley 9769 se realizó con todas las formalidades, en esa tanto no correría ni se aplicaría el término de los 10 días que se indican en ese mismo párrafo. Además indica que las leyes son de acatamiento obligatorio, lo cual bajo un análisis superficial se podría interpretar que quedaría en firme la ley 9481.

Sin embargo, al analizarlo en conjunto con el último párrafo de este artículo, el cual indica que una ley no puede ser derogada ni abrogada, (en estricto apego del principio de literalidad constitucional) sino por ley posterior, ni se podrá modificar por desuso, costumbre ni práctica en contrario; en este caso, Sí existe una ley posterior y con ámbito de especialidad.

Se debe entender que la ley 9769 (ley posterior), modifica la ley 9481 del artículo cuarto en dos vértices de gran importancia, el primero se refiere a la continuidad de los procesos en etapa intermedia o en etapa de juicio, que mantendrán su ejecución en la competencia territorial anteriormente iniciado; y como segundo punto, modifica el transitorio único de la ley 9481 (versión original y primera) de la Creación de la Jurisdicción Especializada en Delincuencia Organizada, en ese tanto se retrotrae los efectos y se deberá entender que en el transitorio deberá leer:

Transitorio Único- Las causas iniciadas en los tribunales penales con competencia común a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, que se encuentren en las etapas intermedia o de juicio, seguirán siendo conocidas por esos tribunales. Entrará en vigencia dieciocho meses después de que se haya otorgado el presupuesto necesario para su implementación, conforme a los estudios técnicos del Poder Judicial (Creación de la Jurisdicción Especializada en Delincuencia Organizada, 2017).

Y al mismo tiempo, con los cuatro artículos restantes se modifican únicamente los artículos indicados y subsanados en la ley. Por lo que se fundamentó para otra parte de aplicadores del derecho, que la ley 9769 modificará la ley en el tanto el artículo primero (de los 5 que tiene la ley anteriormente mencionada) indica: “ARTÍCULO 1- Se reforman los artículos 2, 8, 18 y 19 de la Ley N. ° 9481, Creación de la Jurisdicción Especializada en Delincuencia Organizada en Costa Rica, de 13 de setiembre de 2017”<sup>1</sup>

Los textos son los siguientes:

El primer artículo de la ley 9769, indica que se REFORMARÁN dichos artículos, mas no afirma que se eliminarán artículos, inclusive se muestra expresamente cómo quedarían dichos artículos con la nueva reforma.

El artículo segundo de la ley 9769 desarrolla una adición a la ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo tercero se refiere a la modificación del artículo sexto de la ley Contra la Delincuencia Organizada en cuanto al tema de la prescripción, los cuales no son controversiales para el estudio aquí efectuado.

Y como se ha analizado anteriormente de forma amplia, en cuanto a los artículos cuarto y quinto de la ley 9769, se puede aseverar que la ley 9769 realizará modificaciones a la ley 9481, mas no eliminará artículos; dichas reformas no regirán ni tomarán vigencia y eficacia legal sino hasta dieciocho meses después de que se entregue el presupuesto al Poder Judicial.

Ahora bien, el otro punto fundamental es meramente la ley 9481, en la cual en su artículo 19 SÍ deroga el artículo segundo de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, indica expresamente:

Artículo 19- Derogatoria de varios artículos de la Ley N.º 8754, Ley contra la Delincuencia Organizada. Se derogan los artículos 2, 3 y 6, a excepción del inciso d), y los artículos 7 y 9 de la Ley N.º 8754, Ley contra la Delincuencia Organizada, de 22 de julio de 2009 (Creación de la Jurisdicción Especializada en Delincuencia Organizada, 2017).

Este artículo deroga de forma expresa el artículo segundo de la ley Contra la Delincuencia Organizada (ley 8754) y el artículo dos indica que para que un proceso sea denominado como delincuencia organizada, se necesitaba una solicitud expresa del Ministerio Público (no se podía declarar de oficio) y el Tribunal resolvía conforme mediante una resolución debidamente fundada.

Mediante dieciocho días, los procesos que estuvieron en ese ínterin no pudieron tener carácter de delincuencia organizada, ya que no existían los requisitos formales y tampoco una cobertura de la ley 9481.

Definitivamente la evolución histórica de esta ley ha sido sumamente compleja con el fin de tener esta jurisdicción especializada. Haciendo una comparación entre la ley 9591 y la ley 9769, se logra determinar que

## **2.8 Medidas intrusivas.**

### ***2.8.1 Definición.***

Las medidas intrusivas son aquellas medidas que tienen la finalidad de sobrepasar los derechos fundamentales del imputado, como medio para recopilar pruebas, las cuales sirvan como fundamento en una investigación penal.

Es importante indicar que las medidas intrusivas deben ser debidamente autorizadas por un juez, ya que tiene un choque directo con derechos fundamentales (como se indicó anteriormente) tanto personales como procesales

En este sentido, las medidas intrusivas son aquellas herramientas que son parte de la investigación penal, pero con el fin de poder determinar la posible imputación de cargos, al obtener pruebas recogidas mediante estos actos, los cuales son diferentes a las medidas cautelares, pues con la aplicación de las medidas intrusivas, el sujeto es un investigado; mientras que las medidas cautelares se imponen a un sujeto ya como imputado. Básicamente, cada Estado tiene una vía procesal independiente de identificarlas y aplicarlas, además, se puede decir que se ha definido como: “actividades de investigación o búsqueda de pruebas dentro de algún ámbito de privacidad de la persona que la Ley protege, como son, por ejemplo el domicilio, las comunicaciones privadas, el cuerpo y los vestidos de la persona, su correspondencia y otras” (Herrera, 2018, pág. 2).

También se ha definido como medidas intrusivas, de una forma más amplia como:

En el siguiente apartado ahondaremos en aquellas medidas contempladas en el proceso penal que tienen efectos directos sobre la vida privada, afectándola. Si bien ellas son legítimas, dado que es la propia normativa la que las autoriza bajo determinadas circunstancias y cumpliendo los requisitos que se señalan, no deja de resultar interesante la consagración a nivel legal de medidas contrapuestas a la norma constitucional. En este sentido, encontramos expresa aceptación de medidas intrusivas basadas en

fundadas sospechas, incluso antes de la comisión de un delito; la notificación de las diligencias siempre que no se contraponga con los fines de la investigación; la retención de correspondencia y la investigación en base a indicios, entre otras fórmulas utilizadas por la ley, abiertamente atentatorias de las garantías constitucionales, pero permitidas por la existencia de la figura del Juez de Garantía y la consagración específica procedimental (Lara, 2005, pág. 27).

Dentro de nuestro sistema penal se logra observar la existencia de gran cantidad de derechos que se pueden “violentar, por llamarlo de alguna manera”, con el fin de poder constar con determinada prueba como los son:

- Allanamientos: de morada y de locales
- Inspección corporal.
- Requisas.
- Registro de Vehículos.
- Intervenciones de las comunicaciones electrónicas.
- Apertura de Cuentas Bancarias.
- Intervenciones telefónicas.
- Introducción de agente encubierto

Algunos de las anteriormente indicadas, se encuentran en el título II del Código Procesal Penal, entre los artículos 185 al 203.

Como se ha indicado anteriormente, estos son algunos ejemplos de las medidas intrusivas que se pueden utilizar como medio idóneo probatorio, aún y cuando se protejan como derechos fundamentales en diferentes ámbitos como lo son en la Constitución Política, Convención Americana de Derechos Humanos, Declaración Universal de Derechos Humanos, Código Procesal Penal.

Aunque se ha indicado en la literatura (de forma indirecta), de la siguiente manera:

En los términos así expuestos entre funcionalización y modernización del Derecho penal con vistas a una respuesta funcional y eficaz –si se quiere– del Derecho penal, se debe de tratar de explicar – también– lo relativo a la flexibilización de las reglas de imputación y la erosión del Derecho penal clásico garantista y tuitivo de dogmática derechos fundamentales (en su formulación dogmática), en los términos

que desde su formulación liberal le ha caracterizado y que al parecer era irrenunciables en grado absoluto (Pérez Arroyo, 2014, pág. 64).

En el caso bajo análisis se debe de hacer un parangón en la ley de la nueva creación de la jurisdicción especializada en delincuencia organizada y la definición de las medidas intrusivas. Desde un punto de vista objetivo, la ley 9481 es, sin lugar a dudas, una herramienta totalmente eficaz para obtener prueba en contra de sujetos que son parte de una banda criminal, ya que se obtiene la prueba de forma más ágil y de forma más eficaz.

Desde el punto de vista de los derechos inherentes a la persona imputada, analizados en la investigación, se logra observar que realmente se violenta gran cantidad de principios que resguardan el debido proceso, los cuales han sido plasmados por diferentes cuerpos normativos enfocados a la protección las personas imputadas, como por ejemplo la Constitución Política y los Tratados Internacionales; estos se han legalizado por ley (aunque esto no tiene sentido desde la óptica Kelseniana) y tienen como fin tener una justicia que fortalezca el poder punitivo del Estado en contra de organizaciones criminales que afectan a un país o a varios.

#### **2.8.1.2. Características.**

Las medias intrusivas tienen las características de instrumentalidad, proporcionalidad, Provisionalidad, de números *apertus* y de control jurisdiccional, las cuales se desarrollarán de la siguiente manera.

La instrumentalidad se refiere a que las medidas intrusivas nunca van a tener un fin por sí mismas, sino que se aplican como un medio para asegurar preventivamente de forma exitosa un posterior resultado en un proceso penal.

La proporcionalidad se refiere a que las medidas aplicables por utilizar dentro de este proceso deben poseer una proporción con la investigación del delito en el cual le fue tipificado; o sea, por lo que se pretende en el proceso, así las cosas por ejemplo, no sería proporcional el levantamiento bancario por la investigación de un hurto simple.

Son de números *apertus*, ya que el juez dirigente del proceso puede imponer cualquier medida que le parezca propia para el proceso, y no debe de limitarse a una línea taxativa.

Asimismo, el control jurisdiccional indica que por ser una afectación de medidas que afectan la esfera fundamental de los derechos del encartado, únicamente se pueden aplicar por orden judicial.

Por último se debe analizar la provisionalidad, en la cual por ser en sí misma como un medio del proceso, deben tener una delimitación espacio temporal en las cuales puedan ser aplicadas para la salvaguarda de lo que se procura conseguir en proceso.

## CAPÍTULO 3. MARCO METODOLÓGICO

### 3.1 Tipo de investigación

El tipo de investigación que se utilizará es el método cualitativo, esto por considerar que es el adecuado para realizar la presente investigación, además que por ser la tesis en derecho, el cual pertenece a la rama de las ciencias sociales, en el cual podemos obtener resultados concretos que se valgan por si solos, ya sean como resultados que emitan un criterio apto para este tipo de análisis.

Se ha definido como la investigación cualitativa como: “La investigación podemos definirla como el proceso de llegar a soluciones fiables para los problemas planteados a través de la obtención, análisis e interpretación planificadas y sistemáticas de los datos” (Munarriz, abril 1991, págs. 101-116).

Se ha podido distinguir que algunas de las características que distingue a este método son las siguientes:

- Este tipo de investigación, recolección de datos para posteriormente se pueda traer información y emanar deducciones bajo ese análisis.
- Existe entre el investigador una fuerte interacción con las personas que están siendo analizadas o que están siendo parte fundamental para su trabajo de investigación.
- Se realizan las investigaciones no desde el punto de vista del entrevistador, sino que realiza el trabajo desde una óptica objetiva en la cual se preocupa de analizar desde el punto de vista del colaboraste.
- Se puede definir como evolutiva, en el tanto, el investigador puede replantear tanto sus hipótesis de investigación, como los conceptos que ha ido planteándose durante su investigación.
- La investigación cualitativa no es un tipo de investigación que se refiera al análisis de base de datos numéricos.
- En este tipo de investigación lo que se pretende es la realización de hipótesis o teorías y no como la cuantitativa que se dirigida a comprobar teorías.
- No existe una manera formal para determinar un proceso o procedimiento de la investigación, por ende se puede indicar que no tiene reglas.

### **3.2 Tipología**

En el presente trabajo de investigación se utilizan algunas de las técnicas que a continuación se utilizará:

- Entrevistas

### **3.3. Población**

Se realizará una observación de encuesta abierta a 12 personas trabajadoras del Poder Judicial, en la cual se incluirán por igual a defensores, fiscales y jueces. Se evaluarán las respuestas con el fin de valorar si se requiere incluir más en alguno de los temas consultados.

Basados en la información inicial obtenida, se formularán ideas y suposiciones iniciales para el análisis, se pretende valorar si la Creación de la Nueva Jurisdicción Especializada en Delincuencia Organizada tiene alguna afectación desde el punto Constitucional y Procesal con respecto a los derechos de los imputados.

Este análisis se basará no solamente en opiniones personales, sino también con fundamento en la Constitución Política, Tratados Internacionales, así como la doctrina y jurisprudencia nacional hasta febrero de dos mil veintidós, desde el punto de vista propuesto.

Basándose en lo anterior, si se logra determinar que la nueva Creación de la Jurisdicción Especializada en Delincuencia Organizada (ley 9481) produce afecciones en los derechos del imputado desde los puntos de vista ya analizados; se comentarán y se realizarán recomendaciones de posibles correcciones, así como sugerencias en formación o modificación de leyes o reglamentos y, finalmente, se brindarán recomendaciones dirigidas a las Defensas Públicas, entre otros.

## CAPÍTULO 4. ANALISIS DE RESULTADOS

En el presente trabajo de investigación se realiza un análisis de la afectación que presenta la ley de la creación de la jurisdicción especializada en delincuencia organizada, sobre los principios fundamentales de las personas imputadas; tales principios ya conocidos en la Constitución Política, Tratados Internacionales y otros.

Después de este análisis teórico, se realiza revisión de la jurisprudencia existente que proteja estos principios fundamentales: de libertad, justicia pronta y cumplida y juez natural, entre otros.

Para finalizar, se realizan entrevistas a diferentes operadores del derecho que realizan diferentes funciones en el Poder Judicial de Costa Rica; de esta forma, se entrevistaron investigadores, fiscales, jueces, defensores.

Es fundamental, antes de iniciar cualquier análisis, conocer la historia de la creación de la jurisdicción especializada en delincuencia organizada en un breve resumen.

Por el incremento de la violencia que se da en Costa Rica por parte de las organizaciones criminales, nace la idea en el año 2012, dentro de la cumbre de la Corte Suprema de Justicia, la creación de una jurisdicción especializada en delincuencia organizada. Esta moción es valorada por Corte Plena, integrada no solamente por los señores magistrados, sino que se le da participación a los jefes de las diferentes instituciones auxiliares de justicia. De dicha discusión, se toma la resolución de la creación de dicha jurisdicción.

En el año 2013, se realiza un borrador del proyecto por el Dr. Erick Gatgens. Basado en ese proyecto en el 2017, emana la ley 9481, que impone requisitos mayores al de la ley 8754(ley Contra la delincuencia organizada, creada en el 2009) para que un proceso sea acogido como delincuencia organizada; pero una vez dentro de esta jurisdicción, se le otorgan mayores herramientas procesales al Ministerio Público y al Organismo de Investigación Judicial.

La ley 9481 debió entrar en vigencia 12 meses después de la publicación en la Gaceta, o sea, el 13 de septiembre de 2017; sin embargo, por falta de presupuesto, no se iba a poder ejecutar, así que mediante la ley 9591, la cual fue publicada el día 13 de septiembre de 2018, se modificó el transitorio único de la ley 9481 e indicó que la ley entraría en vigencia 24 meses después de la publicación, sea el

13 de septiembre de 2019. Sin embargo, nuevamente se logran identificar dos situaciones de gran importancia, la primera es que se debían realizar modificaciones a la ley 9481 para que tenga una mayor eficiencia y agilidad y segunda, era la necesidad de que la ley se ajustara de forma más real a la situación presupuestaria del país. Con base en lo anterior, se crea la ley 9769, llamada “Ley de Fortalecimiento de la Jurisdicción Especializada en Delincuencia Organizada”, la cual mediante cinco artículos, realiza los cambios necesarios para mejorar la operatividad de la ley y del mismo modo, la entrada de vigencia de la ley 9481.

La ley 9769 indica de forma indefinida que la ley 9481 entraría en vigencia 18 meses después de que se entregara el presupuesto para su ejecución, además, se debe seleccionar y capacitar personal para que operen en esta jurisdicción.

De esta forma se determinó cuáles fueron los antecedentes, evolución y reformas que tuvo la ley de la jurisdicción especializada en delincuencia organizada; asimismo, se muestra desde el primer momento la difícil evolución y progreso de dicha ley. Se debe indicar que actualmente se tiene proyectada su ejecución para enero de 2023.

Iniciando el análisis doctrinal, se logró determinar la importancia de proteger cada uno de los derechos que le asisten al imputado; sin embargo, se logra observar que la mayoría de violaciones no son totales, sino parciales. Ello se puede subsumir dentro de una flexibilidad amplia de las normas, pues este tipo de violaciones parciales devienen de forma muy cercana a encasillarse a una violación total de los derechos del imputado, como por ejemplo el principio de Justicia Pronta y Cumplida, que al permitir enormes plazos de investigación, presión preventiva, redacción de sentencia e interposición de recursos, la definición de la situación jurídica de la persona imputada es sumamente amplia.

En este sentido, El juez Días indica:

En cuanto al análisis doctrinal se logró determinar la importancia de proteger cada uno de los derechos que le asisten al imputado, pero se logra observa que la mayoría de violaciones no son totales, sino parciales, lo que se puede subsumir dentro de una flexibilidad amplia de las normas, este tipo de violaciones parciales, deviene de forma muy cercana a encasillarse a una violación total de los derechos del imputado. (Díaz, 2022)

Continuando con el análisis de la doctrina, se demuestra el gran incremento de medidas intrusivas (solicitud de información privada a empresas de forma inmediata y expedita so grandes penas económicas en caso de negarse; apertura de cuentas bancarias, ambas sin una orden jurisdiccional fundamentada) lo que afecta los derechos fundamentales de esas personas imputadas. Por ello se debe tener en cuenta que esa persona no es un imputado en ese momento, sino una persona investigada y por consiguiente, el juez debería realizar un análisis ampliamente fundamentado para permitir dichas acciones, lo cual no sucede con esta nueva ley. Al respecto el licenciado Pérez Roda, defensor público indica: "...facultades ampliadas, partes de intervenciones telefónicas, plazos extendidos para las intervenciones telefónicas que hoy me recuerde, eeeeh, entre otras, entre otros aspectos."

Aunque no se desarrollaron todos los principios que engloba el debido proceso, se realizó una selección de los principios con mayor relación con la ley de la creación de la jurisdicción especializada en delincuencia organizada.

Del estudio jurisprudencial se ha logrado determinar que la Sala Constitucional ha tomado especial protección mediante diferentes votos de los principios y derechos fundamentales que tienen mayor incidencia en la nueva jurisdicción especializada en delincuencia organizada.

Esta protección dada a los principios fundamentales mediante la jurisprudencia Constitucional, es fundamental, ya que dichos votos son de aplicación obligatoria e inmediata.

La jurisprudencia aquí analizada es de suma importancia para el análisis de jurisdicción especializada en Delincuencia Organizada, pues aunque no hay jurisprudencia directa de los principios fundamentales, con el análisis jurisprudencial se logra extraer gran cantidad de información en cuanto a la aplicación de forma, fondo y material de un principio, ya que de las distintas discusiones de los señores Magistrados se vislumbran diferentes puntos de vista.

Un buen ejemplo de lo indicado anteriormente, es el análisis del Principio de Libertad, el cual mediante el voto 2021-022207 de las 15:35 horas del expediente 21-18479-0007-PE a modo de resumen indica: "Que se declara parcialmente con lugar una situación de hacinamiento carcelario, en el cual se da un plazo de 72 horas para que los detenidos sean sacados de las celdas del OIJ y sean ubicados en un centro penitenciario (se realizan sus fundamentos)".

Dentro de ese mismo voto se encuentra una nota realizada por los Magistrados Castillo Víquez y Salazar Alvarado, quienes indican declarar con lugar, mas no se encuentran de acuerdo con el plazo, ellos consideran que debe ser de 48 horas (se fundamenta la posición). También existe otra nota del Magistrado Rueda Leal, en la que indica que aunque está de acuerdo con la parte dispositiva, lo hace de forma parcial, ya que desde hacía mucho tiempo se había solicitado por medio de un razonamiento, la necesidad de la construcción de más centros penitenciarios (fundamenta sus argumentos de necesidad de más centros). Por último se encuentra un voto salvado de la Magistrada Garro Vargas, en la cual indica que se debe declarar ya que existe una mala administración de los centros penitenciarios, inclusive realiza la sugerencia de tomar el centro de detención de menores de edad (los cuales se pueden reubicar en centros para su rehabilitación por medio del PANI) y que ese centro penitenciario sea para albergar a las personas mayores de edad.

Este tipo de discusiones es de gran importancia, pues no solamente se logran observar las diferentes posturas que pueden tomar los señores magistrados, sino la riqueza del debate que de ellos se extrae, en este caso concreto, se examinó el derecho a la libertad.

Como segundo ejemplo es el que se da en el voto 2002-01272 del 13 de diciembre de 2002 de las 10:15 horas en el expediente 97-01480-0269-PE. En este voto se analiza el tema de las medidas intrusivas. El voto explica varios puntos importantes de este tópico, como por ejemplo cuál es la forma correcta en que un juez debe fundamentar una orden de ejecución de este tipo de medidas; cuál es la forma de ejecutarla, sin lesionar los derechos fundamentales de los imputados, ya que se debe tomar en cuenta que a las personas a quienes se les aplican las medidas cautelares son s investigadas y no imputadas. Y es por esta razón que la fundamentación debe ser más fundamentada y consensuada.

En cuanto a las entrevistas, se debe de indicar que se realizaron diferentes encuentros con especialistas que son partes fundamentales del proceso penal, así las cosas fueron entrevistados dos defensores públicos, dos jueces de juicio, dos fiscales y dos agentes del organismo de investigación judicial.

De igual forma, se debe de indicar que analizados todos los votos (adjuntados en los apéndices), se pueden indicar que las definiciones y elementos que conforman cada uno de los principios que fueron estudiados en el presente trabajo, son los aplicados para determinar si la ley de la nueva Jurisdicción Especializada en Delincuencia Organizada

Una vez extraída la información se logra determinar que cada uno de los principios seleccionados tienen una injerencia o nula, o en su mayoría, con una afectación violatoria de derechos sean total o parcialmente.

De dichas entrevistas se logran extraer lo siguiente:

Existe un bajo conocimiento acerca de la nueva jurisdicción especializada en delincuencia organizada y de cuál será su aplicación procesal, ello se deriva de sus afirmaciones:

Al preguntárseles a los entrevistados si tenían conocimientos de la ley 9481, se logra extraer que casi no tienen conocimientos de esta ley, otros indican tener conocimientos muy básicos como se denotarán a continuación.

Ejemplo#1

-Bueno diii aspectos básicos, que queee (sic) han salido en prensa, aspectos básicos que se han comentado, eeeeehh, algún, digamos, eeh, algún artículo, alguna, alguna, alguna noticia, que he leído sobre la creación de la ley, pero, digamos en términos muy (sic) básicos verdad, ya en términos más generales o más específicos eeeh, no, básicamente (A.Saborío, 2022)

Ejemplo#2

-Bueno de lo queee (sic), como le digo del poquito que recuerdo, es, este me parece que la, la creación ehhh, verdad de la creación de una jurisdicción especial, me parece que es interesante, ¿verdad? Porque igualmente se da, existen en otros países, ¿verdad? (J. Valerio (. P., 2022)

De toda la población entrevistada, llama la atención lo siguiente:

-En cuanto al tema de juez natural, los dos defensores y los dos fiscales indicaron que hay una afectación en esta jurisdicción especializada en delincuencia organizada y los jueces fueron obtusos en este tema.

El Defensor Pérez Roda se refiere extensamente de la siguiente manera:

He conversado muchas veces con muchas personas, y es que la Constitución lo que prevé es un derecho a que las personas sean juzgados por los Tribunales ordinarios, la Constitución y la Convención Interamericana de Derechos Humanos, principio de juez natural, principio de imparcialidad del juez. Es curioso, de que los quieran agarrar de una jurisdicción especializada en

delincuencia organizada, porque toma matices de un Tribunal Especializado, eeeeehhmm, ¿se está juzgando por un juez natural? ¿Un juez por rol? ¿Un juez por competencia? (A. Pérez, 2022)

Asimismo, el Fiscal Valerio indicó:

Eeeeeemm...vamos a ver, eeeeh como le decía, podría, podría analizarse digamos, si no choca digamos, con el principio de juez natural, ¿verdad? Ya que es un principio básico verdad, de derecho. Eeeeh, y también, vamos a ver, el punto es que si uno lo desde estrictamente, desde lo que es el proceso puro, uno podría decir, bueno mire, ¿cuál es la ganancia?, queéé (sic), ¿qué diferencia existe? Quee (sic), para que crear una jurisdicción especial si se supone que todos los jueces están capacitados para llevar este tipo de casos, ¿verdad? (J. Valerio C. P., 2022)

El señor Boraschi (Fiscal) se refiere de forma indirecta:

Eeeeh, y también, vamos a ver, el punto es que si uno lo desde estrictamente, desde lo que es el proceso puro, uno podría decir, bueno mire, cual es la ganancia, queee, ¿qué diferencia existe quee, para que crear una jurisdicción especial si se supone que todos los jueces están capacitados para llevar este tipo de casos verdad? (M. Boraschi, 2022)

En el tema de justicia pronta y cumplida los dos defensores y un juez indicaron que existía una violación de esta jurisdicción. En cuanto al principio de proporcionalidad, ninguno hizo referencia a este.

Dos de los entrevistados indicaron que iba a tener una injerencia en la distribución en los casos de delincuencia organizada, en el tanto se tendrían que redistribuir los procesos tramitados actualmente; además, se refieren de forma conjunta al tema de juez natural e indican que dicha distribución de procesos podría rayar en ilegalidad, porque no se tiene definido bajo qué criterio se distribuirán esos expedientes, sea por delito o rol.

Siete de los entrevistados indicaron que sí iba a tener alguna injerencia (positiva o negativa dentro del proceso penal); algunos se refieren a la alta capacitación de los funcionarios; asimismo, los agentes de investigación se refieren a esta ley como una herramienta apta y necesaria para combatir la delincuencia organizada (de forma tácita), pero afirman literalmente a la pregunta que no va a tener injerencia.

Es interesante la posición del juez Días, ya que lo analiza desde dos perspectivas diferentes, la primera desde la afectación a los derechos fundamentales del imputado, y el segundo punto de vista como herramienta útil del Estado.

Desde el punto de vista del imputado:

A ver desde el punto de vista de la, de los derechos de los imputados yo diría que afecta gravemente el proceso penal porque al ampliar la prisión preventiva, duplicando casi los plazos y quitando los interruptores de la prescripción y demás, esto le genera una afectación clarísima a estos interés, haciendo las causas casi imprescriptibles (R. Díaz, 2022)

Valorándola como herramienta del Estado, indica que: “Desde el punto de vista deeel (sic) estado sería beneficioso porque va a permitir procesar los casos grandes de criminalidad organizada que afectan no solo la economía sino los demás bienes jurídicos como la salud pública” (Díaz, 2022)

Se logró extraer en cuanto al nivel de conocimiento entre las poblaciones entrevistadas, los de mayor conocimiento fueron los Defensores, en segundo lugar, los Jueces, en tercer lugar Fiscales y en cuarto lugar Agentes del Organismo de Investigación Judicial.

Se da una situación particular reflejada en estas entrevistas, y es que la fiscalía, como ente perseguidor del Estado y la que lleva la dirección funcional de la investigación, asimismo, el Organismo de Investigación Judicial; son los que tienen menor conocimiento y estos son los responsables de llevar adelante los procesos en la nueva jurisdicción.

Con respecto a todo lo anteriormente analizado, se puede inferir de forma certera que la nueva jurisdicción especializada en delincuencia organizada sí tendrá una fuerte injerencia en los derechos fundamentales de las personas imputadas, aún y cuando esta sea una eficaz herramienta contra la delincuencia organizada.

## CAPÍTULO 5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La presente investigación se llevó a cabo con el fin de analizar si la nueva jurisdicción especializada en delincuencia organizada, viene en detrimento o afecta en forma directa los derechos de las personas imputadas. Para realizar el estudio, se utilizaron diferentes herramientas valorativas de análisis, las cuales son: la doctrina, la jurisprudencia y las entrevistas.

Del análisis de la doctrina y de las entrevistas, se logra determinar que una unidad especializada contra la delincuencia organizada, es una herramienta muy eficaz para combatir este tipo de delincuencias, ya que si se realiza un parangón entre los principios fundamentales de la persona imputada versus la jurisdicción especializada, se observa que se expande el plazo de investigación, con el fin de obtener más prueba en contra del imputados; asimismo, muchas medidas intrusivas se automatizan, los procesos tienen unos plazos de prescripción, lo que prácticamente los convierten en imprescriptibles, entre otros.

A continuación se desarrollará un análisis para determinar si existe incidencia de la Ley de Jurisdicción Especializada en los principios fundamentales de la persona imputada. Los principios analizados fueron los de legalidad criminal, juez natural, igualdad, lesividad, libertad, proporcionalidad y justicia pronta y cumplida, que tiene relación directa con este tema.

Al respecto, se logró observar que en cada uno de los principios desarrollados y analizados, sí existe una afectación a los derechos de los imputados, los cuales guardan una estrecha relación con el cuerpo normativo tanto en elementos de fondo como procesales que afectan la jurisdicción especializada en delincuencia organizada.

Se puede desprender que los principios fundamentales aquí analizados que tienen una gran injerencia en la nueva jurisdicción especializada. Además, dichos principios son violentados total o parcialmente con respecto a las personas imputadas, ello si se observa desde una óptica de un análisis en protección de los derechos fundamentales de estas personas imputadas, los cuales les han sido otorgados y consagrados tanto en la Constitución Política como en otros instrumentos internacionales.

De manera específica, se indica que en cuanto al principio de juez natural, se vislumbra una disyuntiva presente, al confrontar lo que dice expresamente la doctrina, lo expresado por los entrevistados y la ley de la jurisdicción especializada en delincuencia organizada.

La doctrina en la misma Constitución Política de Costa Rica en el artículo 35 indica que nadie puede ser juzgado por un tribunal o juez especialmente nombrado para el caso, sino exclusivamente por los tribunales establecidos. Ello hace pensar, por las reglas de interpretación penal protegidas en el artículo segundo del código procesal penal, que en el procedimiento ordinario y en la ley de la jurisdicción especializada en delincuencia organizada, es una persona la que está siendo juzgada por un Tribunal especial. La segunda hipótesis indica que en realidad no se impone un determinado juez a un caso o proceso específico, sino que el proceso se hace dentro de un marco de legalidad por tratarse de una jurisdicción especializada, como lo podría ser la de penal juvenil o la de penal de hacienda, por lo cual no afecta directamente los intereses de un imputado.

En un segundo punto, es necesario destacar que, en esta legislación, se afecta el principio de igualdad, por cuanto los plazos dispuestos para ejercer el derecho de defensa y los de investigación varían entre un proceso ordinario y el de la jurisdicción especializada; además, en los procesos penales de esta índole, a los involucrados se les denomina “imputados”.

En lo atinente al principio lesividad, se logró determinar que no existió ningún tipo de violación, sea total o parcial.

El principio de Libertad Ambulatoria, es el que ha tenido mayor afectación en la nueva jurisdicción especializada en delincuencia organizada, primeramente, como incidencia inicial procesal, el artículo 239 bis, inciso “D” indica que cuando se trate de delincuencia organizada tendrá como requisitos agravante (especial) la prisión preventiva, en el orden usual del proceso penal; en este caso, dichas prisiones doblan e incluso superan ese tanto a los plazos de prisión preventiva del proceso extraordinario de tramitación compleja en todas sus instancias. Desde luego los plazos para investigar, deliberar y realizar materialmente la sentencia requieren el doble de tiempo, al igual que recurrir. En esta jurisdicción especializada, la libertad del imputado ha sido tan pormenorizada que se podría estar hablando de una violación total de este derecho.

En cuanto al último de los principios aquí analizados, pero no menos importante, corresponde al de Justicia Prompta y Cumplida, al igual que el principio anterior, es prácticamente nula; además, este principio se encuentra estrechamente relacionado con el de libertad anteriormente explicado, ya que esa

extensión de plazos en todas las etapas procesales dilatan sobremanera lo que debería ser la pronta resolución de un expediente penal para definir la situación de cada imputado.

Igualmente, se logra llegar a la conclusión en cuanto a las medidas intrusivas, este es uno de los principios que más importancia tiene dentro de la ley de la jurisdicción especializada; al respecto, se determina que existe un control de garantías muy disminuido, pues estas medidas tienen casi todas una aplicación automática, como por ejemplo la apertura de cuentas bancarias, la información directa a compañías telefónicas y la información inmediata a cualquier institución de Estado.

Asimismo, según las entrevistas realizadas existe un desconocimiento generalizado y casi total de los funcionarios que laboran en el Poder Judicial; ello resulta desastroso, pues este es el Poder de la República que se encarga de impartir justicia. También esto resulta irónico ya que la misma Constitución Política de Costa Rica indica que nadie puede indicar desconocimiento de la ley.

Se concluye que, del análisis de la jurisprudencia que se realizó, que aunque no exista jurisprudencia específica en cuanto éste tema, la Sala Constitucional siempre a dado lineamientos, los cuales son importantes no solo para la definición y aplicación de los derechos fundamentales, los cuales fueron parte de la presente investigación

Por consiguiente, se concluye en el presente acápite que esta jurisdicción especializada tendrá una gran afectación al sistema penal costarricense, además será una herramienta necesaria, útil y eficaz para combatir la delincuencia organizada, pero a expensas de violaciones de los derechos fundamentales tutelados en los principios universales del debido proceso, aún y cuando dicha jurisdicción se vea amparada en una ley.

## CAPÍTULO 6. PROPUESTA

Una vez realizada esta investigación, se ha comprobado que existe una afectación a los derechos de los imputados, lo cual fue detectado por los operadores constantes del derecho penal. La población entrevistada y objeto de análisis corresponde a los Defensores, Fiscales y Jueces (los investigadores se excluyen por no ser destacarse exclusivamente en el ejercicio del derecho). Estos identifican plenamente los principios de juez natural y de justicia pronta y cumplida como los mayormente afectados, pero dichos principios son valorados y analizados de manera conjunta. En este sentido, aunque todos saben que ambos son principios fundamentales distintos, lo cierto es que se demostró, por medio de las entrevistas, que se valoraron casi en su totalidad de forma conjunta. Estos principios son los de juez natural y el de justicia pronta y cumplida.

Dichas valoraciones se hacen básicamente porque se asigna a un juez especializado, este se desempeña en una jurisdicción también especializada, en la cual se aplican algunas medidas intrusivas, aún sin una orden fundamentada por un juez.

Con base en lo anteriormente expuesto, se recomienda utilizar de referencia, el sistema de tramitación penal de delincuencia organizada española, pues en el sistema español se endurecen algunas penas, se crearon delitos óptimos y modernizados para combatir la delincuencia organizada, pero lo más importante es que además de especializar unidades a las partes que dirigen la parte punitiva (fiscales y policías) no se le da ninguna ventaja procesal en contra del imputado, pues a pesar de ser esta una jurisdicción especializada, se respetan los mismos procedimientos, el mismo tiempo de investigación para traer prueba al proceso y se da el mismo plazo de su procedimiento de enjuiciamiento.

En concordancia de lo anteriormente expuesto, se recomienda transformar la jurisdicción especializada en delincuencia organizada actual (ley 9481) en otro tipo de jurisdicción especializada pero con la misma tramitación del proceso penal ordinario.

Si se aplica esta jurisdicción, tendría como consecuencia directa que existiera el respeto por todos los derechos fundamentales de las personas imputadas de la misma forma que opera el proceso penal ordinario, ya que realmente se vería reflejado el principio de igualdad de armas, así el aparato perseguidor del Estado no se encuentre en una ventaja procesal, como la posibilidad de prolongar casi de forma indefinida ese tipo de procesos; además, se agilizaría forzosamente este tipo de procesos y no

tendrían que ampliarse los plazos de investigación, prisión preventiva; por consiguiente, traería como consecuencia directa una mayor protección a los principios de libertad y justicia pronta y cumplida.

En forma concreta y definida esto consiste en crear una jurisdicción especializada con las partes especializadas pero con las reglas del proceso ordinario, como el sistema español que ha funcionado perfectamente, ésta propuesta se podría llevar a cabo modificando el artículo diez de la ley de la jurisdicción especializada en delincuencia organizada, la cual es la que regula, y legitima los extendidos plazos de ésta nueva jurisdicción; lo cual es sin duda alguna, la herramienta que violenta más los derechos fundamentales de las personas imputadas.

Este tipo de sistema procesal traerá muchos beneficios al sistema judicial costarricense, el primero sería que al tener una jurisdicción especializada en delincuencia organizada se descongestionaría la jurisdicción procesal penal ordinaria de forma acelerada; mientras que en la jurisdicción especializada se podrían priorizar casos de menor complejidad, los cuales serían tramitados de forma más eficiente y rápida por el personal especializado (como los investigadores, jueces, defensores y fiscales), aún y cuando tenga las mismas reglas del proceso ordinario.

Este tipo de jurisdicción podría ser autosustentable a un mediano plazo, ya que al inicio del proyecto si se debe inyectar un fuerte capital al Poder Judicial, con el fin para llevar a cabo la capacitación del personal y otro tipo de menesteres; como por ejemplo, la restructuración de salas de juicio, mobiliario para el personal y demás menaje necesario; pero, por el tipo de proceso del que se trata, se obtendrían grandes cantidades de dinero debido a las reglas del comiso. Ello, además, tendría como consecuencia que esta jurisdicción sea autosustentable y se puedan ir creando diferentes oficinas alrededor del país para que procesen este tipo de delitos, o bien que se vaya ampliando el personal en la jurisdicción territorial única.

Como segunda recomendación al Poder Judicial, ya sea mediante la escuela judicial o mediante las unidades de capacitación del conocimiento de cada órgano auxiliar de justicia, es necesario impartir una capacitación a todas y todos los funcionarios, tanto a los jueces, como a los demás operadores y partícipes en el proceso penal, pues se ha demostrado mediante las entrevistas, el gran desconocimiento que hay de la nueva jurisdicción especializada en delincuencia organizada.

En concordancia con el párrafo anterior de esta recomendación, dicha capacitación debe ser obligatoria, robusta, de la cual se pueda desprender un gran conocimiento.

Aunque se conoce que la escuela judicial ha realizado algún esfuerzo creando cursos de conocimientos básicos de ésta jurisdicción, más, al ser estos cursos autoformativos, voluntarios y con un régimen poco estricto para aprobar el examen, esto a tenido como consecuencia que las personas que integran el proceso penal costarricense tenga escaso conocimiento, y de aquí la gran importancia del curso que aquí se sugiere.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Voto N° 18912-20. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 20-016269-0007-CO (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 02 de octubre de 2020).
- 1739-1992, 90-001587-0007-CO (Sala Constitucional 01 de Julio de 1992).
- 2008-013852, 07-007650-0007-CO (SALA CONSTITUCIONAL 17 de SEPTIEMBRE de 2008). (SALA CONSTITUCIONAL m de 2011).
- (SALA CONSTITUCIONAL 18 de MAYO de 2011).
- 2011-000427, 10-0170833-0007-CO (SALA CONSTITUCIONAL 18 de ENERO de 2011).
- 2014-000435, 14-000848-0007-CO (SALA CONSTITUCIONAL 21 de MARO de 2014).
- 2016-009525, 16-007161-0007-co (SALA CONSTITUCIONAL 08 de JUNIO de 2016). (30 de OCTUBRE de 2019). GACETA DIGITAL:  
[https://www.imprentanacional.go.cr/pub/2019/10/30/ALCA239\\_30\\_10\\_2019.pdf](https://www.imprentanacional.go.cr/pub/2019/10/30/ALCA239_30_10_2019.pdf)
- 2020-001619, 19-013680-0007-CO (SALA CONSTITUCIONAL 24 de ENERO de 2020).
- 2021-022207-0007-CO, 21-018479-0007-CO (SALA CONSTITUCIONAL 24 de OCTUBRE de 21).
- A. Pérez, (. P. (17 de Marzo de 2022). (J. G. Castro, Entrevistador)
- A.Saborío, C. P. (18 de Marzo de 2022). (J. G. Forero Castro, Entrevistador) San José, Costa Rica. Acta 020-2016 Corte Plena. (2016). San José, Costa Rica.
- Acta 21-2014 Corte Plena . (20 de MAYO de 2014). San José.
- Bauer, A. (03 de Octubre de 2007). La experincia francesa ante el terrorismo internacional. (R. I. Elcano, Ed.) (42/2007). Retrieved 26 de abril de 2022, from  
<http://biblioteca.ribei.org/id/eprint/1304/1/DT-42-2007-E.pdf>
- Bauer, A. (31 de Octubre de 2010). *Biblioteca Rabei*. Retrieved 01 de mayo de 2022, from  
<http://biblioteca.ribei.org/id/eprint/1304/1/DT-42-2007-E.pdf>
- Bauer, A. (s.f.). La experiencia f.
- Calderón, R. C. (2010). *Principio de Legalidad*. Investigaciones Jurídicas S.A. <https://doi.org/978-9977-13-499-4>
- Carmona Pérez, A. (2015). Control difuso de convencionalidad: Una invitación garantista para soslayar el tratamiento inconvencional de la detención provisional en penal juvenil. *Revista Escuela Judicial*(10), 31. <https://doi.org/1409-4347>
- Chinchilla Calderón, R. (2010). *El principio de Legalidad*. Costa Rica: Investigaciones Jurídicas. <https://doi.org/978-9977-13-499-4>
- Código Procesal Penal. (01 de enero de 1998). Costa Rica. <https://doi.org/978997713136-8>
- Código Procesal Penal Español, 1. (14 de Enero de 1999). Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de perfeccionamiento de la acción investigadora relacionada con el tráfico ilegal de drogas y otras actividades ilícitas graves. 1737-1739. <https://doi.org/BOE-A-1999-846>
- Constenla Arguedas, A. F. (2014). El desarrollo del debido proceso, como garantía procesal, en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. *Revista Judicial*(113), 205-212.
- Constitución Política de Costa Rica*. (1949).
- Convención Americana de Derechos Humanos. (22 de Noviembre de 1969). San José, Costa Rica.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (22 de Mayo de 1979). San José, Costa Rica.
- Creación de la Jurisdicción Especializada en Delincuencia Organizada. (13 de Octubre de 2017). Asamblea Legislativa.

- Cuba Villanueva, V. -G. (2016). *LOS ACTOS DE INVESTIGACION CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO* (Vol. Primera Edición). (P. E. Breña, Ed.) Perú: Pacífico Editores S.A.C. <https://doi.org/978-612-4265-68-6>
- Declaración Universal de Derechos Humanos. (10 de Diciembre de 1948). Francia.
- Declaración Universal de Derechos Humanos. (10 de Diciembre de 1948). Sede de las Naciones Unidas.
- Díaz, R. P. (23 de Marzo de 2022). (J. G. Castro, Entrevistador) Costa Rica.
- Diccionario de la Real Academia Española*. (2021).
- Diccionario Oxford Oficial*. (s.f.).  
[oogle.com/search?q=deficion+de+especifico&rlz=1C1CHBF\\_esCR912CR912&oq=deficion+de+especifico&aqs=chrome..69i57j0i13j0i22i30l8.9589j1j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8](https://www.google.com/search?q=deficion+de+especifico&rlz=1C1CHBF_esCR912CR912&oq=deficion+de+especifico&aqs=chrome..69i57j0i13j0i22i30l8.9589j1j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8)
- Gaceta Digital*. (13 de Octubre de 2017).  
[file:///C:/Users/juang/Desktop/INFORME%20DE%20COMUNICACION/ALCA246\\_13\\_10\\_2017.pdf](file:///C:/Users/juang/Desktop/INFORME%20DE%20COMUNICACION/ALCA246_13_10_2017.pdf)
- Gaceta Digital*. (13 de Octubre de 2017). <http://www.aselex.cr/boletines/Gaceta/ALCA2017-10-13.pdf>
- Gaceta Digital*. (14 de Septiembre de 2018).  
[https://www.imprentanacional.go.cr/pub/2018/09/14/COMP\\_14\\_09\\_2018.pdf](https://www.imprentanacional.go.cr/pub/2018/09/14/COMP_14_09_2018.pdf)
- Gamboa, A. R., & Brewer, C. y. (2013). *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*. Xpress Estudio Grafico y Digital S.A. <https://doi.org/9789587108941>
- Gatgens Gómez, E. (mayo de 2013). Jurisdicción Especializada en Narcotráfico y Delincuencia Organizada en Costa Rica.
- González Álvarez, D. (Marzo de 1994). La Jurisdicción Constitucional. *Revista de Ciencias Penales*(8).
- Herrera, J. P. (20 de Abril de 2018). *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile*.  
[https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/25222/1/BCN\\_Medidas\\_intrusivas\\_2018.pdf](https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/25222/1/BCN_Medidas_intrusivas_2018.pdf)
- Humanos, C. I. (22 de mayo de 1979). San José, Costa Rica.
- J. Valerio, (. P. (17 de Marzo de 2022). (J. G. Forero Castro, Entrevistador) San José, Costa Rica.
- J. Valerio, C. P. (17 de Marzo de 2022). (J. G. Forero Castro, Entrevistador) San José, Costa Rica.
- Jurisprudencia Relativa al Debido Proceso, Voto N° 2387-92, (Sala Constitucional 21 de Agosto de 92).
- Jurisprudencia Relativa al Derecho de Defensa, Voto N° 1739-92 (Sala Constitucional 1 de julio de 1992).
- Jurisprudencia Relativa al Principio de Legalidad Penal, voto n° 8465 -2015 (Sala Constitucional 2015).
- Lara, J. C. (2005). *La privacidad dentro del sistema de persecución penal en Chile*. ONG Creative Commons: <https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/pp-09.pdf>
- Ley de Fortalecimiento a la Jurisdicción Especializada en Delincuencia Organizada. (14 de Septiembre de 2018). Asamblea Legislativa.
- Ley de la Jurisdicción Constitucional. Ley 7135. (11 de 10 de 1989). Costa Rica.
- M. Boraschi, (. P. (17 de Marzo de 2022). (J. G. Forero Castro, Entrevistador) San José, Costa Rica.
- Montero Montero, D. (2007). *Democracia y Defensa Pública*. Judicial. <https://doi.org/978-9968-770-47-7>
- Munarriz, B. (abril 1991). Técnicas y métodos en investigación cualitativa. *Xornadas de Metodoloxía de Investigación Educativa*. coruña: Universidade da Coruña, Servizo de Publicacions.  
<https://doi.org/84-600-8006-4>
- Palacios Valencia, Y. (2009). Existencia del Derecho Penal del Enemigo en el Derecho Penal Internacional. 19. (C. I. Humanos, Ed.) Medellín, Colombia. Retrieved 18 de abril de 2022, from <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27290.pdf>

- Pérez Arroyo, M. (2014). *DERECHO PENAL Y DERECHO PROCESAL CONTEMPORÁNEO. Cuestiones Fundamentales*. Jurídica Continental. <https://doi.org/978-9968-561-82-2>
- Pozada Maya, R. (2011). El Delito Continuado. *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, 3.
- Quesada, F. (26 de mayo de 2014). *Sistema Costarricense de Información Jurídica*. [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Pronunciamiento/pro\\_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=18263&strTipM=T#:~:text=Seg%C3%BAAn%20el%20principio%20de%20necesidad,libertad%20por%20otras%2C%20debe%20hacerse](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Pronunciamiento/pro_ficha.aspx?param1=PRD&param6=1&nDictamen=18263&strTipM=T#:~:text=Seg%C3%BAAn%20el%20principio%20de%20necesidad,libertad%20por%20otras%2C%20debe%20hacerse).
- R. Díaz, (. P. (23 de Marzo de 2022). (J. G. Forero Castro, Entrevistador) San José, Costa Rica.
- Rica, S. C. (10 de junio de 2015). Principio Legalidad Penal. San José.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. (s.f.). San José, Costa Rica.
- SalaConstitucional. (18 de MAYO de 2011). 2011-000635.
- SalaConstitucional. (18 de MAYO de 2011). 2011-000635.
- Sánchez Romero, C. (2009). *Derecho Penal Aspectos teóricos y prácticos*. Editorial Juricentro. <https://doi.org/978-9977-31-154-8>
- Voto ° 2002-01272 Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, 97-001480-0269-PE (Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia 13 de Diciembre de 2002).
- Voto N° 1739-92, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 90-001587-0007-OC (Sala Constitucional 1992 de Julios de 92).
- Voto N° 18912-20, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 20-001669-0007-CO (Sala Constitucional 02 de Octubre de 2020).
- Voto N° 2008-13852, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 07-007650-0007-CO (Sala Constitucional 17 de Seotiembre de 2008).
- Voto N° 2011-00427 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 10-017833-0007-CO (Sala Constitucional2011 18 de Enero de 2011).
- Voto N° 2011-06350, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 10-01226-0007-CO (Sala Constitucional 18 de Mayo de 2011).
- Voto N° 2014-004035, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 14-000848-0007-CO (Sala Constitucional 21 de Marzo de 2014).
- Voto N° 2016-09525, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 16-007161-0007-CO (Sala Constitucional 08 de Julio de 2018).
- Voto N° 2020-001619, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 19-013680-0007-CO (Sala Constitucional 24 de ENERO de 2020).
- Voto N° 2021-02207, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 21-018479-0007-CO (Sala Constitucional 04 de Octubre de 2021).
- Voto N° 2387-91, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Expediente: 91-000979-0007-CO (Sala Constitucional 13 de NOVIEMBRE de 1991).
- Voto N° 8465-2015, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional 25 de Junio de 2015).
- Voto N°1739-92, Sala Constitucion de Corte Suprema de Justicia, 90-001587-0007-CO (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia 01 de Julio de 1992).
- Voto N°2020-01619, Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, 19-013680-0007-CO (Sala Constitucional 24 de Enero de 2020).
- Voto N°8465-2015. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (Sala Constitucional 10 de junio de 2015).

- Zaffaroni. (2007). Globalización y Crimen Organizado. *Primer Conferencia Mundial de Derecho Penal*. México.
- Zaffaroni, R. E. (2007). Globalizacion y Crimen Organizado. *Primer Conferencia Mundial de Derecho Penal*.
- Zaffaroni, R. E. (2007). Globalización y Crimen Organizado. *Primer conferencia MUndial de Derecho Penal*. Guadalajara, Mexico.
- Zaffaroni, R. E. (s.f.). Globalización y Crimen Organizado. *Primera c.*

## APÉNDICE

### Apéndice A. Declaración Jurada

#### Declaración Jurada

Yo, Juan Gonzalo Forero Castro, mayor de edad, portador de la cédula de identidad número 1-1042-0032 graduado de la Maestría en 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 en Derecho Penal, declaro solemnemente que mi proyecto de investigación “Análisis de principios procesales que protegen a la persona imputada en la ley de jurisdicción especializada en delincuencia organizada, es una obra original e inédita que ha respetado todo lo preceptuado por las leyes penales, así como la Ley de Derecho de Autor y Derecho Conexos vigentes y las normas éticas que toda investigación debe respetar de forma obligatorio. Asimismo, quedo advertido que la Universidad se reserva el derecho de protocolizar este documento ante notario público. Es todo. En fe de lo anterior, firmo en la ciudad de San José, a los 15 días del mes de abril de 2022





## **Apéndice B. Instrumento de las Entrevistas**

¿Conoce usted de la creación de la Nueva Jurisdicción Contra la Delincuencia Organizada?

Conforme a sus conocimientos actuales, ¿podría indicar cuales sus aspectos más relevantes de ésta nueva jurisdicción?

¿Considera usted que dicha ley tiene una afectación positiva o negativa en el proceso penal?

¿Considera usted que dicha jurisdicción tiene alguna afectación en los derechos de los imputados?

## Apéndice C. Cartas de Consentimiento

### Consentimiento a Roberto Díaz Sánchez, Juez 4 del Tribunal Penal del II Circuito Judicial de San José

CARTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO

Yo Roberto Díaz Sánchez, cédula 110670222 declaro que se me ha explicado que mi participación en el estudio sobre "ABORDAJE DE LA LEY DE LA CREACIÓN DE LA JURISDICCIÓN ESPECIALIZADA EN DELINCUENCIA ORGANIZADA (LEY 9481), DESDE EL PUNTO DE VISTA CONSTITUCIONAL Y PROCESAL CON ÉNFASIS EN LOS DERECHOS DEL IMPUTADO" consistirá en responder una entrevista a profundidad que pretende aportar al conocimiento.

Acepto la solicitud de que la entrevista sea grabada en formato de audio para su posterior transcripción y análisis; a los cuales podrá tener acceso parte del equipo de investigación y concretamente del estudiante Juan Gonzalo Forero Castro de la Maestría en derecho, con énfasis en derecho penal.

Declaro que se me ha informado ampliamente sobre los objetivos y finalidad de mi participación en el estudio, y que se me ha asegurado que la información que entregue estará protegida por el anonimato y la confidencialidad.

El estudiante Juan Gonzalo Forero Castro se ha comprometido a responder cualquier pregunta y aclarar cualquier duda que les plantee acerca de los procedimientos que se llevarán a cabo, riesgos, beneficios o cualquier otro asunto relacionado con la investigación.

Asimismo, el entrevistador me ha dado seguridad de que no se me identificará en ninguna oportunidad en el estudio y que los datos relacionados con mi privacidad serán manejados en forma confidencial.

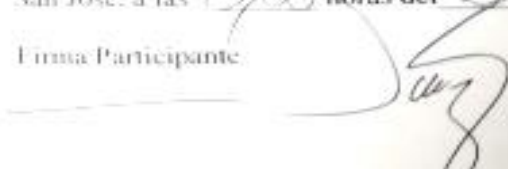
En caso de que el producto de este trabajo se requiera mostrar al público externo (publicaciones, congresos y otras presentaciones), se solicitará previamente mi autorización.

Por lo tanto, como participante, acepto la invitación en forma libre y voluntaria, y declaro estar informado de que los resultados de esta investigación tendrán como producto un trabajo final, para ser presentado como parte de los requisitos para graduarse.

He leído este documento de Consentimiento y acepto participar en este estudio según las condiciones establecidas.

San José, a las 13:00 horas del 23 de marzo, del 2022.

Firma Participante:



**Consentimiento Andrés Saborío Cascante, Juez 4 del Tribunal Penal del II Circuito Judicial de San José.**

**CARTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO**

Yo Andrés Saborío Cascante, cédula 1-1074-CE27 declaro que se me ha explicado que mi participación en el estudio sobre "ABORDAJE DE LA LEY DE LA CREACIÓN DE LA JURISDICCIÓN ESPECIALIZADA EN DELINCUENCIA ORGANIZADA (LEY 9481), DESDE EL PUNTO DE VISTA CONSTITUCIONAL Y PROCESAL CON ÉNFASIS EN LOS DERECHOS DEL IMPUTADO" consistirá en responder una entrevista a profundidad que pretende aportar al conocimiento.

Acepto la solicitud de que la entrevista sea grabada en formato de audio para su posterior transcripción y análisis, a los cuales podrá tener acceso parte del equipo de investigación y concretamente del estudiante Juan Gonzalo Forero Castro de la Maestría en derecho, con énfasis en derecho penal.

Declaro que se me ha informado ampliamente sobre los objetivos y finalidad de mi participación en el estudio, y que se me ha asegurado que la información que entregue estará protegida por el anonimato y la confidencialidad.

El estudiante Juan Gonzalo Forero Castro se ha comprometido a responder cualquier pregunta y aclarar cualquier duda que les plantee acerca de los procedimientos que se llevarán a cabo, riesgos, beneficios o cualquier otro asunto relacionado con la investigación.

Asimismo, el entrevistador me ha dado seguridad de que no se me identificará en ninguna oportunidad en el estudio y que los datos relacionados con mi privacidad serán manejados en forma confidencial.

En caso de que el producto de este trabajo se requiera mostrar al público externo (publicaciones, congresos y otras presentaciones), se solicitará previamente mi autorización.

Por lo tanto, como participante, acepto la invitación en forma libre y voluntaria, y declaro estar informado de que los resultados de esta investigación tendrán como producto un trabajo final, para ser presentado como parte de los requisitos para graduarse.

He leído este documento de Consentimiento y acepto participar en este estudio según las condiciones establecidas.

San José, a las 8:28 horas del 18 de marzo del 2022.

Firma Participante



**Consentimiento Álvaro Pérez Roda, Defensor Público del II Circuito Judicial de San José.****CARTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO**

Yo Álvaro Pérez Roda, cédula 114040452 declaro que se me ha explicado que mi participación en el estudio sobre "ABORDAJE DE LA LEY DE LA CREACIÓN DE LA JURISDICCIÓN ESPECIALIZADA EN DELINCUENCIA ORGANIZADA (LEY 9481), DESDE EL PUNTO DE VISTA CONSTITUCIONAL Y PROCESAL CON ÉNFASIS EN LOS DERECHOS DEL IMPUTADO" consistirá en responder una entrevista a profundidad que pretende aportar al conocimiento.

Acepto la solicitud de que la entrevista sea grabada en formato de audio para su posterior transcripción y análisis, a los cuales podrá tener acceso parte del equipo de investigación y concretamente del estudiante Juan Gonzalo Forero Castro de la Maestría en derecho, con énfasis en derecho penal.

Declaro que se me ha informado ampliamente sobre los objetivos y finalidad de mi participación en el estudio, y que se me ha asegurado que la información que entregue estará protegida por el anonimato y la confidencialidad.

El estudiante Juan Gonzalo Forero Castro se ha comprometido a responder cualquier pregunta y aclarar cualquier duda que les plantee acerca de los procedimientos que se llevarán a cabo, riesgos, beneficios o cualquier otro asunto relacionado con la investigación.

Asimismo, el entrevistador me ha dado seguridad de que no se me identificará en ninguna oportunidad en el estudio y que los datos relacionados con mi privacidad serán manejados en forma confidencial.

En caso de que el producto de este trabajo se requiera mostrar al público externo (publicaciones, congresos y otras presentaciones), se solicitará previamente mi autorización.

Por lo tanto, como participante, acepto la invitación en forma libre y voluntaria, y declaro estar informado de que los resultados de esta investigación tendrán como producto un trabajo final, para ser presentado como parte de los requisitos para graduarse.

He leído este documento de Consentimiento y acepto participar en este estudio según las condiciones establecidas.

San José, a las 08.00 horas del 17 de Mayo del 2022.

Firma Participante



**Consentimiento Saylin Paola Vargas Amador Defensora Pública del II Circuito Judicial de San José****CARTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO**

Yo Saylin Paola Vargas Amador, cédula 701210260, declaro que se me ha explicado que mi participación en el estudio sobre "ABORDAJE DE LA LEY DE LA CREACIÓN DE LA JURISDICCIÓN ESPECIALIZADA EN DELINCUENCIA ORGANIZADA (LEY 9481), DESDE EL PUNTO DE VISTA CONSTITUCIONAL Y PROCESAL CON ÉNFASIS EN LOS DERECHOS DEL IMPUTADO" consistirá en responder una entrevista a profundidad que pretende aportar al conocimiento.

Acepto la solicitud de que la entrevista sea grabada en formato de audio para su posterior transcripción y análisis, a los cuales podrá tener acceso parte del equipo de investigación y concretamente del estudiante Juan Gonzalo Forero Castro de la Maestría en derecho, con énfasis en derecho penal.

Declaro que se me ha informado ampliamente sobre los objetivos y finalidad de mi participación en el estudio, y que se me ha asegurado que la información que entregue estará protegida por el anonimato y la confidencialidad.

El estudiante Juan Gonzalo Forero Castro se ha comprometido a responder cualquier pregunta y aclarar cualquier duda que les plantee acerca de los procedimientos que se llevarán a cabo, riesgos, beneficios o cualquier otro asunto relacionado con la investigación.

Asimismo, el entrevistador me ha dado seguridad de que no se me identificará en ninguna oportunidad en el estudio y que los datos relacionados con mi privacidad serán manejados en forma confidencial.

En caso de que el producto de este trabajo se requiera mostrar al público externo (publicaciones, congresos y otras presentaciones), se solicitará previamente mi autorización.

Por lo tanto, como participante, acepto la invitación en forma libre y voluntaria, y declaro estar informado de que los resultados de esta investigación tendrán como producto un trabajo final, para ser presentado como parte de los requisitos para graduarse.

He leído este documento de Consentimiento y acepto participar en este estudio según las condiciones establecidas.

San José, a las 8:39 horas del 17 de Marzo del 2022.

Firma Participante



**Consentimiento Javier Valerio Vásquez Fiscal Coordinador del II Circuito Judicial de San José**

## CARTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO

Yo Javier Valerio Vásquez, cédula 109160095 declaro que se me ha explicado que mi participación en el estudio sobre "ABORDAJE DE LA LEY DE LA CREACIÓN DE LA JURISDICCIÓN ESPECIALIZADA EN DELINCUENCIA ORGANIZADA (LEY 9481), DESDE EL PUNTO DE VISTA CONSTITUCIONAL Y PROCESAL CON ÉNFASIS EN LOS DERECHOS DEL IMPUTADO" consistirá en responder una entrevista a profundidad que pretende aportar al conocimiento.

Acepto la solicitud de que la entrevista sea grabada en formato de audio para su posterior transcripción y análisis, a los cuales podrá tener acceso parte del equipo de investigación y concretamente del estudiante Juan Gonzalo Forero Castro de la Maestría en derecho, con énfasis en derecho penal.

Declaro que se me ha informado ampliamente sobre los objetivos y finalidad de mi participación en el estudio, y que se me ha asegurado que la información que entregue estará protegida por el anonimato y la confidencialidad.

El estudiante Juan Gonzalo Forero Castro se ha comprometido a responder cualquier pregunta y aclarar cualquier duda que les plantee acerca de los procedimientos que se llevarán a cabo, riesgos, beneficios o cualquier otro asunto relacionado con la investigación.

Asimismo, el entrevistador me ha dado seguridad de que no se me identificará en ninguna oportunidad en el estudio y que los datos relacionados con mi privacidad serán manejados en forma confidencial.

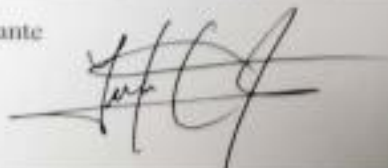
En caso de que el producto de este trabajo se requiera mostrar al público externo (publicaciones, congresos y otras presentaciones), se solicitará previamente mi autorización.

Por lo tanto, como participante, acepto la invitación en forma libre y voluntaria, y declaro estar informado de que los resultados de esta investigación tendrán como producto un trabajo final, para ser presentado como parte de los requisitos para graduarse.

He leído este documento de Consentimiento y acepto participar en este estudio según las condiciones establecidas.

San José, a las 9:45 horas del 17 de Marzo del 2022.

Firma Participante



**Consentimiento a Mauricio Boraschi, Fiscal Adjunto del II Circuito Judicial de San José****CARTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO**

Yo Mauricio Boraschi Hernández, cédula 1 789 060 declaro que se me ha explicado que mi participación en el estudio sobre "ABORDAJE DE LA LEY DE LA CREACIÓN DE LA JURISDICCIÓN ESPECIALIZADA EN DELINCUENCIA ORGANIZADA (LEY 9481), DESDE EL PUNTO DE VISTA CONSTITUCIONAL Y PROCESAL CON ÉNFASIS EN LOS DERECHOS DEL IMPUTADO" consistirá en responder una entrevista a profundidad que pretende aportar al conocimiento.

Acepto la solicitud de que la entrevista sea grabada en formato de audio para su posterior transcripción y análisis, a los cuales podrá tener acceso parte del equipo de investigación y concretamente del estudiante Juan Gonzalo Forero Castro de la Maestría en derecho, con énfasis en derecho penal.

Declaro que se me ha informado ampliamente sobre los objetivos y finalidad de mi participación en el estudio, y que se me ha asegurado que la información que entregue estará protegida por el anonimato y la confidencialidad.

El estudiante Juan Gonzalo Forero Castro se ha comprometido a responder cualquier pregunta y aclarar cualquier duda que les plantee acerca de los procedimientos que se llevarán a cabo, riesgos, beneficios o cualquier otro asunto relacionado con la investigación.

Asimismo, el entrevistador me ha dado seguridad de que no se me identificará en ninguna oportunidad en el estudio y que los datos relacionados con mi privacidad serán manejados en forma confidencial.

En caso de que el producto de este trabajo se requiera mostrar al público externo (publicaciones, congresos y otras presentaciones), se solicitará previamente mi autorización.

Por lo tanto, como participante, acepto la invitación en forma libre y voluntaria, y declaro estar informado de que los resultados de esta investigación tendrán como producto un trabajo final, para ser presentado como parte de los requisitos para graduarse.

He leído este documento de Consentimiento y acepto participar en este estudio según las condiciones establecidas.

San José, a las 3:30 horas del 17 de MARZO del 2022.

Firma Participante

**Consentimiento Yorksaan Carvajal Aguilar, Jefe de la Unidad de Fraudes del Organismo de Investigación Judicial, Primer Circuito Judicial de San José**

CARTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO

Yo Yorksaan Carvajal Aguilar, cédula 401690972 declaro que se me ha explicado que mi participación en el estudio sobre "ABORDAJE DE LA LEY DE LA CREACIÓN DE LA JURISDICCIÓN ESPECIALIZADA EN DELINCUENCIA ORGANIZADA (LEY 9481), DESDE EL PUNTO DE VISTA CONSTITUCIONAL Y PROCESAL CON ÉNFASIS EN LOS DERECHOS DEL IMPUTADO" consistirá en responder una entrevista a profundidad que pretende aportar al conocimiento.

Acepto la solicitud de que la entrevista sea grabada en formato de audio para su posterior transcripción y análisis, a los cuales podrá tener acceso parte del equipo de investigación y concretamente del estudiante Juan Gonzalo Forero Castro de la Maestría en derecho, con énfasis en derecho penal.

Declaro que se me ha informado ampliamente sobre los objetivos y finalidad de mi participación en el estudio, y que se me ha asegurado que la información que entregue estará protegida por el anonimato y la confidencialidad.

El estudiante Juan Gonzalo Forero Castro se ha comprometido a responder cualquier pregunta y aclarar cualquier duda que les plantee acerca de los procedimientos que se llevarán a cabo, riesgos, beneficios o cualquier otro asunto relacionado con la investigación.

Asimismo, el entrevistador me ha dado seguridad de que no se me identificará en ninguna oportunidad en el estudio y que los datos relacionados con mi privacidad serán manejados en forma confidencial.

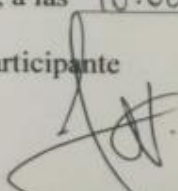
En caso de que el producto de este trabajo se requiera mostrar al público externo (publicaciones, congresos y otras presentaciones), se solicitará previamente mi autorización.

Por lo tanto, como participante, acepto la invitación en forma libre y voluntaria, y declaro estar informado de que los resultados de esta investigación tendrán como producto un trabajo final, para ser presentado como parte de los requisitos para graduarse.

He leído este documento de Consentimiento y acepto participar en este estudio según las condiciones establecidas.

San José, a las 10:00 horas del 30 de Mayo del 2022.

Firma Participante



**Consentimiento de Diego Andrés Castillo Gómez, Jefe 1 de la Unidad de Bancos del Organismo de Investigación Judicial, Primer Circuito Judicial de San José**

CARTA DE CONSENTIMIENTO INFORMADO

Yo Diego Castillo Gómez, cédula 3038094, declaro que se me ha explicado que mi participación en el estudio sobre "ABORDAJE DE LA LEY DE LA CREACIÓN DE LA JURISDICCIÓN ESPECIALIZADA EN DELINCUENCIA ORGANIZADA (LEY 9481), DESDE EL PUNTO DE VISTA CONSTITUCIONAL Y PROCESAL CON ÉNFASIS EN LOS DERECHOS DEL IMPUTADO" consistirá en responder una entrevista a profundidad que pretende aportar al conocimiento.

Acepto la solicitud de que la entrevista sea grabada en formato de audio para su posterior transcripción y análisis, a los cuales podrá tener acceso parte del equipo de investigación y concretamente del estudiante Juan Gonzalo Forero Castro de la Maestría en derecho, con énfasis en derecho penal.

Declaro que se me ha informado ampliamente sobre los objetivos y finalidad de mi participación en el estudio, y que se me ha asegurado que la información que entregue estará protegida por el anonimato y la confidencialidad.

El estudiante Juan Gonzalo Forero Castro se ha comprometido a responder cualquier pregunta y aclarar cualquier duda que les plantee acerca de los procedimientos que se llevarán a cabo, riesgos, beneficios o cualquier otro asunto relacionado con la investigación.

Asimismo, el entrevistador me ha dado seguridad de que no se me identificará en ninguna oportunidad en el estudio y que los datos relacionados con mi privacidad serán manejados en forma confidencial.


En caso de que el producto de este trabajo se requiera mostrar al público externo (publicaciones, congresos y otras presentaciones), se solicitará previamente mi autorización.

Por lo tanto, como participante, acepto la invitación en forma libre y voluntaria, y declaro estar informado de que los resultados de esta investigación tendrán como producto un trabajo final, para ser presentado como parte de los requisitos para graduarse.

He leído este documento de Consentimiento y acepto participar en este estudio según las condiciones establecidas.

San José, a las 16:11 horas del 30 de enero del 2022.

Firma Participante



## Apéndice D Transcripción de Entrevistas Realizadas

### Transcripción de entrevista de Roberto Díaz.

¿Sería tan amable de decirme su nombre y puesto?

Roberto Díaz Sánchez, soy defensor público y actualmente soy juez de juicio

Conoce usted de la creación de la Nueva Jurisdicción Contra la Delincuencia Organizada?

- Si

Conforme a sus conocimientos actuales podría indicar cuales sus aspectos más relevantes de ésta nueva jurisdicción?

- A ver, eee, la creación de la ley de criminalidad organizada, prorroga, amplía los plazos de la prisión preventiva, reduce lo referente a la prescripción, establece en principio una jurisdicción especializada, con jueces especializados, fiscales, defensores especializados para la atención de las causas.

Considera usted que dicha ley tiene una afectación positiva o negativa en el proceso penal?

A ver desde el punto de vista de la, de los derechos de los imputados yo diría que afecta gravemente el proceso penal porque al ampliar la prisión preventiva, duplicando casi los plazos y quitando las interruptores de la prescripción y demás, esto le genera una afectación clarísima a estos interés, haciendo las causas casi imprescriptibles. Desde el punto de vista deel estado sería beneficioso porque va a permitir procesar los casos grandes de criminalidad organizada que afectan no solo la economía sino los demás bienes jurídicos como la salud pública y demás

Considera usted que dicha jurisdicción tiene alguna afectación en los derechos de los imputados?

- Es que los derechos en general se mantienen como ya están establecidos desde el 98, pero por ejemplo, la seguridad jurídica, que usted, que uno valora a raíz de la prescripción, en este caso se vuelve muy amplio el plazo, entonces, yo diría, que como tal el derecho no se afecta, pero al ampliar los plazos esa seguridad jurídica que uno tenía que en cinco años le podía prescribir la causa, en este caso lo va hacer hasta 10 o más tiempo, entonces, el derecho se mantiene en la teoría, en la práctica, se mantiene pero qué sentido tiene que yo pueda ejercer mi derecho 15 años después.

## **Transcripción de entrevista de Andrés Saborío Cascante.**

¿Sería tan amable de decirme su nombre y puesto?

-Andrés Saborío Cascante, eeehh, estoy en una plaza de juez 4 del Tribunal del Segundo Circuito Judicial de San José

Conoce usted de la creación de la Nueva Jurisdicción Contra la Delincuencia Organizada?

-Bueno diii aspectos básico, que queee han salido en prensa, aspectos básicos que se han comentado, eeeeehh, algún, digamos, eeeh, algún artículo, alguna, alguna, alguna noticia, que he leído sobre la creación de la ley, pero, digamos en términos muuy básicos verdad, ya en términos más generales o más específicos eeeh, no, básicamente

Conforme a sus conocimientos actuales podría indicar cuales sus aspectos más relevantes de ésta nueva jurisdicción?

-Bueno, aspectos diferenciadores diría yo, en relación a la, a la jurisdicción ordinaria, eeeh, básicamente la creación de todo digamos, un , un aparato penal digamos, diferenciado deee laaa la jurisdicción ordinaria, Defensa, Fiscalía, Jueces de Juicio, Jueces Penales, los cuales tendrían que tener una, una capacitación especializada en la materia, a los cuales se les va a dar mayor, digamos, protección, en relación a los casos específicos queee, que se van a llevar eeeh, yy eeeh, pues un sobre sueldo generado a partir digamos, de la peligrosidad dee, tramitar ese tipo de, deee, ese, ese tipo de casos, básicamente.

Considera usted que dicha ley tiene una afectación positiva o negativa en el proceso penal?

-Di podría, podría, habría que esperar a ver digamos, cuando entre en funcionamiento y cuando entreee, digamos ya a funcionar para que realmente tener, digamos un parámetro objetivo para establecer si ha tenido digamos, una afectación o un beneficio, pero en términos generales digamos, eeeh en podríamos decir ahorita que, podría tener un beneficio en el sentido de que va a haber una, una especialización de jueces y que se les va a sacar digamos, eeeh de, del, a los casos se les va a sacar del conocimiento ordinario, verdad, para que sean conocidos por esta eeeh especialización de jueces y fiscales que se dedicarán única y exclusivamente a eso, entonces podría traer digamos, mayor agilidad al proceso y respetar digamos principios de, de, dee principios Constitucionales de accesos a la justicia, verdad? Eeeh, los Tribunales actuales básicamente de todo el país están, estamos, digamos, eeeh con una cantidad de trabajo importante porque se ven uno y mil casos de diferentes materias, esta eeeh,

competencia especializada que van a tener los Tribunales va a ser única y exclusivamente sobre esa materia, entonces podría tener más, más agilidad, pero como digo, tendríamos que esperar, di el funcionamiento como para tener un, un parámetro objetivo

Considera usted que dicha jurisdicción tiene alguna afectación en los derechos de los imputados?

-Di, en principio, en principio no, porque los principios legales y constitucionales van a ser los mismos que, que tienen los, los otros restos, de imputados, eeh, diay, en el caso digamos, de los Tribunales de Flagrancia, aunque están determinados por ley, diay si alguna violación de principios por ejemplo en cuanto a la doble instancia en una apelación de segunda instancia de una medida cautelar, que no, no la existe, eeh, en éste caso de la jurisdicción digamos, especializada del crimen organizado, diay los principios constitucionales, están ahí y debería estar respetados, ahora el procedimiento digamos, para tramitar ese, ese eeh delitos, diay yo la verdad no los conozco tan a profundidad como para establecer si en el procedimiento. Podría haber una afectación de, de derechos.

### **Transcripción de Entrevista de Álvaro Pérez Roda.**

Sería tan amable de decirme su nombre y puesto?

-Mi nombre es Álvaro Pérez Roda

Conoce usted de la creación de la Nueva Jurisdicción Contra la Delincuencia Organizada?

-Sí señor, y tengo entendido que se encuentra y que suspensiva, suspendida por una expansión transitoria

Conforme a sus conocimientos actuales podría indicar cuales sus aspectos más relevantes de ésta nueva jurisdicción?

-Bueno, esta nueva jurisdicción entre sus aspectos más relevantes es que vendría a concentrarla tramitación de todos los procesos en donde se cumplan todos los criterios legales y convencionales para considerar que se está en presencia de uno de delincuencia organizada. Anteriormente, en la ley contra la delincuencia organizada, existía un procedimiento especial que podía declarar cualquier juez penal, pues, ahora ya no será, en realidad no será competencia de cualquier juez penal ordinario, sino que más bien cuando se advierta esta situación deberá el Ministerio Público hacer la solicitud a esta jurisdicción especializada en delincuencia organizada, para que eeeeehh se continúa la aplicación del procedimiento, con algunas reglas que se mantienen de la ley original, prisión preventiva, reglas de prescripción, facultades ampliada, partes de intervenciones telefónicas, plazos extendidos para las intervenciones telefónicas que hoy me recuerde, eeeeh, entre otras, entre otros aspectos, aaah, a bueno, además del tema de la especialización, que va más allá de la competencia jurisdiccional, yyyy, eeeehmm, abarca la formación eeeh, podríamos decir académica o profesional de los funcionarios que van a intervenir, no solo en la jurisdicción, si no eeen el Ministerio Público, la Defensa Pública y entiendo que hasta el Organismo de Investigación Judicial también, habría una sección especializada también del Tribunal de Apelaciones, no solo del Tribunal de juicio yyy el Juzgado Penal y la Sala Tercera resolvería en última instancia como máximo órgano jurisdiccional en materia penal de Costa Rica.

Considera usted que dicha ley tiene una afectación positiva o negativa en el proceso penal?

-He conversado muchas veces con muchas personas, y es que la Constitución lo que prevé es un derecho a que las personas sean juzgadas por los Tribunales ordinarios, la Constitución y la Convención Interamericana de Derechos Humanos, principio de juez natural, principio de imparcialidad del juez, es curioso, de que los quieran agarrar de una jurisdicción especializada en delincuencia organizada, porque toma matices de un Tribunal Especializado, eeeeeehmm, se está juzgando por un juez natura? Un juez por rol? Un juez por competencia? O un juez a quien oportuno y riguroso rol le corresponde? A las personas que se les investigue por uuun, por proceso en donde se cumplan los requisitos de delincuencia organizada, que sean más de tres, una organización conformada por más de tres personas para cometer delitos graves, con la finalidad de obtener lucro, que actúen concertadamente durante el tiempo, etcétera, etcétera, a esas personas se les estaría juzgando por una Tribunal al que le toca por rol? Al que le toca por competencia territorial? Al que simplemente por la distribución judicial le corresponde? O es un Tribunal especialmente designado, incluso por vía de ley para juzgar a esas personas.

Considera usted que dicha jurisdicción tiene alguna afectación en los derechos de los imputados?

-Y en torno al tema de la afectación de a los derechos fundamentales de los imputados me parece que eventualmente habría queee eeeh someter una petición a conocimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y finalmente pues... la demanda ante, elevarla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un escenario similar al del caso de Mauricio Herrera Ulloa, abría incluso, que utilizar la figura de los peritos jurídicos para determinar si esta jurisdicción especializada, yyyy agregó, que eventualmente hasta la jurisdicción eeeh Penal de hacienda, son una violación aaaa al principio de juez natural y al principio de independencia judicial, porque en efecto raya con eeehm... con la garantía de una juez imparcial, de un juez natural, a diferencia de los Tribunales especialmente designados que están convencional y constitucionalmente eeehh vedados.

**Transcripción de entrevista de Saylin Paola Vargas Amador.**

¿Sería tan amable de decirme su nombre y puesto?

Yo soy Saylin Paola Vargas Amador, y soy Defensora Pública

Conoce usted de la creación de la Nueva Jurisdicción Contra la Delincuencia Organizada?

-Sí, si claro que conozco, es un proyecto, bueno, ya es una ley que tiene varios años de haber sido aprobada, creada, sin embargo no ha podido aplicarse a profundidad dentro de la jurisdicción, dentro de nuestro país en virtud de un problema presupuestario, pero si, si lo conozco.

Conforme a sus conocimientos actuales podría indicar cuales sus aspectos más relevantes de ésta nueva jurisdicción?

-Me parece que lo más importante, es que viene específicamente a tomar aquellos delitos que son sumamente graves, que nos aquejan como sociedad, como lo es el narcotráfico, como es el secuestro extorsivo y ésta también los delitos funcionales, inclusive, que ahora están tan de moda, y obviamente esteeee, siguiendo los parámetros de la Convención de Palermo y también de la ley que ha sido aquí creada en el país que vendría ser y considerar que es algo creo que es novedoso considerar que delitos mayores a cuatro años de prisión vendrían, a ser delitos graves. Entonces también se viene aaaa cambiar un poco lo que hasta el momento conocíamos como un delito grave y eso es lo que me llama más la atención y obviamente la participación de varias personas en laaaa, en la realización de varias clases de delitos o una clase de delito.

Considera usted que dicha ley tiene una afectación positiva o negativa en el proceso penal?

-A mí me parece que es positivo, porque estaríamos hablando de una jurisdicción especializada, es decir una jurisdicción que únicamente se va a dedicar a eso, por supuesto protegiendo el, el principio de juez natural, heee también respetando ciertas garantías que me parece que son importantes, pero me parece a mí que si es importante que una sola jurisdicción tome éste tipo de delitos porque es una materia especializada, en donde considero que deben estar igualmente especializados tanto jueces, como defensores y también fiscales para la realización de una buena labor.

Considera usted que dicha jurisdicción tiene alguna afectación en los derechos de los imputados?

-Bueno, en ese caso, eeh, considero que si tiene una afectación negativa por lo que ya indiqué. Viene a considerarse como delito grave, pues delitos mayores a cuatro años de prisión. También viene, no viene a hacer una distinción, al menos... este podríamos estar hablando de robos agravados, realizados por varias personas en donde se les va aplicar un proceso sumamente grave porque no tiene ningún tipo de prescripción, no prescribe, este ningún tipo de delito sometido al conocimiento de la jurisdicción especializada de crimen organizado.

Y además de esto, someter a las personas a un proceso largo porque prácticamente se le está, se le autoriza también al Ministerio Público queee, pues que, que dure en una investigación, y además de esto, este considero que por ejemplo lo que me ha llamado la atención, una de las cosas que me ha llamado la atención es que el hecho de una intervención telefónica, aún, sin que la persona conozca del proceso pero llevada prácticamente por el Ministerio Público, entonces, eso también, esteee, considero que es violatorio a los derechos de los imputados, pero lamentablemente esta ley, pues, está cimentada en la Convención de Palermo que a nivel internacional, pues esto se ha visto, en ésta Convención se ha visto como algo que es necesario en la investigación de ésta clase de delitos, entonces, este, si considero, en realidad, en resumen que si tiene aspectos que violentan heee, los derechos de los imputados, específicamente los derechos de los imputados.

**Transcripción de entrevista de Javier Valerio Vásquez.**

Sería tan amable de decirme su nombre y puesto?

-Sí, muy buenos días, mi nombre es Javier Valerio Vásquez y trabajo actualmente en la fiscalía de Goicoechea, según la fiscalía del Segundo Circuito Judicial de San José y soy fiscal coordinador

Conoce usted de la creación de la Nueva Jurisdicción Contra la Delincuencia Organizada?

-Para ser bien honesto, vamos a ver si conozco, por qué? Porque bueno diay, yo tengo de estar aquí en Goicoechea tres años, de los cuales anteriormente trabajé diez años como fiscal coordinador en la fiscalía contra la delincuencia organizada, entonces en ese momento se estaba dando el plano de los proyectos del, de la ley y pues en cierta o determinado momento pues, se mandaba a consultar el borrador del proyecto a diferentes entidades y obviamente nos llegó allá a nosotros en delincuencia organizada, nosotros pues hicimos ahí varias observaciones eeeeh, si la conozco, más sin embargo para serle honesto, digamos ya el proyecto final eeeeh, el, eel, la ley que se aprobó, este no, no he tenido la oportunidad de leerlo

Conforme a sus conocimientos actuales podría indicar cuales sus aspectos más relevantes de ésta nueva jurisdicción?

-Bueno de lo queee, como le digo del poquito que recuerdo, es este me parece que la, la creación eh, verdad de la creación de una jurisdicción especial, me parece que es interesante verdad? Porque igualmente se da, existen en otros países, verdad?

Considera usted que dicha ley tiene una afectación positiva o negativa en el proceso penal?

-Vamos a ver, juepucha, es difícil digamos eeh contestar así digamos, que es positivo o negativo porque podría, para mí podría, vamos a ver, si me quito la camiseta de fiscal verdad y ya nos centramos en un aspecto meramente digamos, de análisis, vamos a ver, si, sii crear una jurisdicción especial contra delincuencia organizada, estee, no sé a mí me podría o alguien podría válidamente decir, si mire, violenta

el principio de juez natural, verdad? Porque una jurisdicción especial sii si existen otros jueces de otras jurisdicciones que están igualmente capacitados, cual es la diferencia? Ahora, si eso lo vamos a sacrificar por aspectos procesales de seguridad, de infraestructura, que no es lo mismo hacer un juicio en delincuencia organizada en una zona rural, que hacerla aquí en la capital por ejemplo en San José. Lo que pasa es que ahí entramos en conflicto verdad? Este bueno, diay, eso es un problema que no tiene porquéee afectar a las personas que se ven inmersas en un proceso. Eeeeh, entonces desde ese punto de vista, eeeh sí, así el el sin mayor análisis verdad, me parece que podría, podría criticarse verdad? Sin embargo, eehh debo de indicarle que ese ha sido digamos, lo cual no necesariamente sea lo correcto, pero ha sido la línea que se sigue por ejemplo en los países de Latinoamérica que yo conozco, Colombia, México, eeeeeehh claro, lo que pasa es muchas veces la realidad de ellos, la realidad de la criminalidad de ellos, es diferente a la nuestra verdad? Colombia pues ya se está llegando al punto donde todos lo saben, de los testigos sin rostro y jueces sin rostro. Y aquí pues es importante ahora si sii, si tienen sus cosas importantes porque obviamente vamos a ver, estee, diay, centrar todo en una jurisdicción, verdad? Esteeee vea obviamente a ser digamos, eehh que existan jueces hee especializados, verdad? Solo están viendo eso todo los días y eso podría ayudar.

Considera usted que dicha jurisdicción tiene alguna afectación en los derechos de los imputados?

-Eeeeeemm... vamos a ver, eeeeh como le decía, podría, podría analizarse digamos, si no choca digamos, con el principio de juez natural, verdad? Ya que es un principio básico verdad, de derecho. Eeeeh, y también, vamos a ver, el punto es que si uno lo desde estrictamente, desde lo que es el proceso puro, uno podría decir, bueno mire, cual es la ganancia, queee, que diferencia existe quee, para que crear una jurisdicción especial si se supone que todos los jueces están capacitados para llevar este tipo de casos verdad? O debería de estar capacitados, lo que pasa es que esto yo tiene más, esto realmente de crear jurisdicciones especiales, me parece a mí que tiene más una connotación si se quiere hasta política, verdad? Yyyy, yy tiene una serie de beneficios que no necesariamente son parte de las garantías que tiene el imputado, comoo heeee una cuestión de seguridad, especializar un poco más al personal, que eso bueno, eso podría ser una garantía, alguien podría ver mire, que los jueces estén especializados solo en esa materia podría ser una garantía para el imputado porqueee, porque obviamente sus resoluciones o su análisis va a ser mucho mejor y eso le podría garantizar al imputado esteeee, beneficios verdad? Pero también podría también verse desde el otro lado verdad? Muy difícil en realidad, a mí digamos, aaahh

eeehh, lo que me llama un poco talvez, lo que me quita un poco es ésta creación de jurisdicciones especiales con, con el principio del juez natural.

### **Transcripción de entrevista de Mauricio Boraschi**

¿Sería tan amable de decirme su nombre y puesto?

-Mi nombre es Mauricio Boraschi Hernández, y yo me desempeño como fiscal adjunto en el Ministerio Público, destacado en el Segundo Circuito Judicial de San José, y tengo como recargo la fiscalía de Pavas

Conoce usted de la creación de la Nueva Jurisdicción Contra la Delincuencia Organizada?

-Pues sí, si la conozco

Conforme a sus conocimientos actuales podría indicar cuales sus aspectos más relevantes de ésta nueva jurisdicción?

-Sí, bueno, en términos generales yo creo que la nueva jurisdicción es una evolución natural que tenía que tener nuestro país en cuanto al abordaje del fenómeno de delincuencia organizada, eeeh, si bien es cierto tenemos aún en vigencia una ley contra la delincuencia organizada, eeeh que tiene una serie de herramientas y disposiciones sobre todo de índole procesal, y alguna de índole administrativo y deee mm de índole financiera para poder abordar éste fenómeno, eeeh dadas las dimensiones e impacto que ha tenido el, el desempeño eeeh, bastante exitoso en la delincuencia organizada en ésta región del mundo, pues sí, si se hacía necesaria contar con una serie de ventajas, una serie de estee, de herramientas que de alguna faciliten la lucha contra un fenómeno que es, éste complejo que es heee, es harto en recursos para poder desarrollarse contrario a lo que nos pasa, desde el punto de vista de la institucionalidad, y que imponen necesidades sobre todo de seguridad, de seguridad para los operadores jurídicos de la jurisdicción y de seguridad también para el financiamiento de lo que es una lucha contra la delincuencia organizada, así que desde esos puntos de vista hee yo creo que era una necesidad, partiendo siempre de un principio que además, la parte económica de éstas organizaciones criminales, es necesario pues tener todo un

abordaje estructurado de como debilitarles ese núcleo económico para poder ser efectivos en su combate y desarticulación.

Considera usted que dicha ley tiene una afectación positiva o negativa en el proceso penal?

-No, yo diría que positiva, positiva porque tiende a la especialización que es lo normal y necesario en éste tipo de, de abordaje en éste tipo de fenómenos, eeh es un abordaje y una necesidad que llega muy tarde al país, eeste, cuando el país fue pionero en algún momento en éstas materias, sobre todo, eeste, con la promulgación de, de la ley contra la delincuencia, eeh, diay, de pronto nos fuimos quedando atrás, en discusiones inertes que han dificultado eestee, el abordaje de éstos fenómenos y consecuentemente desde el punto de vista contrario, eeh han incrementado, o han permitido el incremento de la actividad de este tipo de organizaciones criminales en el país, con consecuencias nefastas, dolorosísimas para éste país, así que eeh, yo creo que era parte de la evolución natural que teníamos que tener como país para poder enfrentar nuestra situación, y ésta situación es hasta geográfica, y desde ese punto de vista también el país estaba comprometido dada la carencia de cierto tipo de herramientas jurídicas y de ciertos estratos que se les da aquí a las personas, o de carencias jurídicas que heee, que ya hacía que organizaciones criminales se inclinaran por éste desarrollar operaciones en Costa Rica, bases de operaciones o trasladar lugartenientes o campos acá en virtud de que carecemos de ciertas herramientas comparadas con otras jurisdicciones que llevaban un menor desarrollo y de pronto hoy, eeste, superan en mucho a Costa Rica.

Considera usted que dicha jurisdicción tiene alguna afectación en los derechos de los imputados?

-Pienso que en eso Costa Rica ha sido un país prudente, hee ciertamente a partir de las legislaciones internacionales, sobre todo en la Convención contra la delincuencia organizada, el país lo que viene haciendo son adaptaciones a su esencia, a su tradición jurídica y Constitucional, y a mí me parece que en ese sentido la evolución misma que tenemos en éstas materias hacen que cambien ciertas cosas, pero no considero que sean estrictamente en detrimento de eeh los derechos del imputado y lo veo más bien como una acción necesaria para proteger los derechos colectivos o sociales frente al alcance que representa la delincuencia organizada y había que tomar medidas, y el país tomó la decisión de adoptarlas, considero que no son medidas que lleguen a lesionar heee, ni la tradición jurídica, ni este, ni los derechos

fundamentales de las personas, sí moderniza la forma en que las autoridades actúan de cara a éstos fenómenos, pero eso era necesario el cambio.

### **Transcripción de entrevista de Jorksan Carvajal.**

Sería tan amable de decirme su nombre y puesto?

- Jorksan Carvajal, jefe de la Unidad de Fraudes del Organismo de Investigación Judicial

Conoce usted de la creación de la Nueva Jurisdicción Contra la Delincuencia Organizada?

- Propiamente no he leído, ni tuve el proyecto, ni la ley , en sí, porque, pues, actualmente no es mi especialidad, verdad, pero si he escuchado, eee, desde hace años, lo que se trata de formar acá, es formar una unidad especializada a nivel integral del poder judicial para tramitar todos los casos de criminalidad organizada.

Conforme a sus conocimientos actuales podría indicar cuales sus aspectos más relevantes de ésta nueva jurisdicción?

-Bueno, esta nueva jurisdicción entre sus aspectos más relevantes es que vendría a concentrarla tramitación de todos los procesos en donde se cumplan todos los criterios legales y convencionales para considerar que se está en presencia de uno de delincuencia organizada. Anteriormente, en la ley contra la delincuencia organizada, existía un procedimiento especial que podía declarar cualquier juez penal, pues, ahora ya no será, en realidad no será competencia de cualquier juez penal ordinario, sino que más bien cuando se advierta esta situación deberá el Ministerio Público hacer la solicitud a esta jurisdicción especializada en delincuencia organizada, para que eeeehh se continúa la aplicación del procedimiento, con algunas reglas que se mantienen de la ley original, prisión preventiva, reglas de prescripción, facultades ampliada, partes de intervenciones telefónicas, plazos extendidos para las intervenciones telefónicas que hoy me recuerde, eeeh, entre otras, entre otros aspectos, aaah, a bueno, además del tema de la especialización, que va más allá de la competencia jurisdiccional, yyyy, eeehhmm, abarca la formación eeeh, podríamos decir académica o profesional de los funcionarios que van a intervenir, no solo en la jurisdicción, si no eeen el Ministerio Público, la Defensa Pública y entiendo que hasta el Organismo de Investigación Judicial también, habría una sección especializada también del Tribunal de Apelaciones, no solo del Tribunal de juicio yyy el Juzgado Penal y la Sala Tercera resolvería en última

instancia como máximo órgano jurisdiccional en materia penal de Costa Rica. Bueno, en realidad, pues, me parece es, era algo necesario, era algo que otros países en los cuales he tenido la oportunidad de estar y de convivir con funcionarios del orden público, siempre nos han hablado de ese personal especializado para el trámite de crimen organizado, para nadie es un secreto que la criminalidad organizada trasciende fronteras, eee, esta de la mano con la corrupción, y lamentablemente en otros países ha tenido consecuencias muy severas en contra de funcionarios públicos, por tratar de hacer su trabajo, como represalias, amenazas y otro tipo de situaciones más agravantes y un tribunal y un fiscal especializado y un organismo de investigación especializado, ee, incluido una defensa técnica podría generar una protección al sistema como tal y no solo al sistema, sino a los participante, a los funcionarios públicos.

Considera usted que dicha ley tiene una afectación positiva o negativa en el proceso penal?

No para nada, o sea, son tribunales especializados simple y sencillamente que van a proteger su integridad física y la del proceso, pero los sistemas penales, la ley es la misma, ley para todos, o sea, no va a haber una diferencia, que son tratados especiales, claro que sí, tienen que tratarse especialmente, porqué, porque son bandas peligrosas, sujetos que se les achacan homicidios, sujetos que trasiegan con narcotráfico, sujetos que ascienden a, a , a las fronteras externas de nuestros país, que tienen conexiones con carteles peligrosos y que obviamente, eee, debemos estar protegidos para poder brindar un sistema integro, eee, objetivo y eee, transparente, que hay que tomar estas medidas para poderlo hacer.

Considera usted que dicha jurisdicción tiene alguna afectación en los derechos de los imputados?

-No para nada, o sea, son tribunales especializados simple y sencillamente que van a proteger su integridad física y la del proceso, pero los sistemas penales, la ley es la misma, ley para todos, o sea, no va a haber una diferencia, que son tratados especiales, claro que sí, tienen que tratarse especialmente, porqué, porque son bandas peligrosas, sujetos que se les achacan homicidios, sujetos que trasiegan con narcotráfico, sujetos que ascienden a, a , a las fronteras externas de nuestros país, que tienen conexiones con carteles peligrosos y que obviamente, eee, debemos estar protegidos para poder brindar un sistema integro, eee, objetivo y eee, transparente, que hay que tomar estas medidas para poderlo hacer.

### **Transcripción de entrevista Diego Castillo Gómez.**

¿Sería tan amable de decirme su nombre y puesto?

-Diego Andrés Castillo Gómez, jefe de la sección 1 de la unidad de Bancos, de la sección de Fraudes

Conoce usted de la creación de la Nueva Jurisdicción Contra la Delincuencia Organizada?

-Si correcto, aquí se maneja y claramente, pues, pues se ha estudiado, para, pues elevar casos.

Conforme a sus conocimientos actuales podría indicar cuales sus aspectos más relevantes de ésta nueva jurisdicción?

-Bueno lo más importante para nosotros es pues combatir el hampa, verdad, ya que buenos nos enfrentamos a un tema de organización criminal, verdad, bastante complejo en muchos aspectos, que ya no estamos ante una criminalidad donde se enfoca solo en cometer delitos frente al, al, a la víctima sino que por medios electrónicos y tecnológicos se delinque con más facilidad y ha descubierto pues, la forma de evitar de cierta forma la administración de la justicia por esos medios

Considera usted que dicha ley tiene una afectación positiva o negativa en el proceso penal?

-No, yo considero que es positiva, porque considero que se le puede dar seguimiento a esas organizaciones, eee, no solo pues, como le digo, el tema de, de, de que ellos, esas personas puedan, eee, eee, incluirse a un proceso judicial, sino que también, pues, también con el lavado de dinero, los activos, recurrir a que esas personas, eee, se puedan decomisar, esos bienes que, que, son, son, mal habidos, verdad.

Considera usted que dicha jurisdicción tiene alguna afectación en los derechos de los imputados?

-No porque, este, lo que se hace, pues, obviamente, es abrir una investigación previa donde se logra comprobar la participación de esas personas, verdad, y claramente, pues, este, existe todo un proceso donde se da, eee, eee, se constata como tal, verdad, el hecho de que esta persona está vinculada en ese delito.

## Apéndice E . Jurisprudencias Analizadas

### Principio de Legalidad Criminal

Exp: 10-012026-0007-CO Res. N° 2011-006350 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las catorce horas y treinta y cuatro minutos del dieciocho de mayo del dos mil once. Acciones de inconstitucionalidad acumuladas promovidas por Walter Xavier Niehaus Bonilla, mayor, casado una vez, abogado, vecino de San José y Álvaro Justo Quirós Sánchez, mayor, en su condición de abogado defensor de [Nombre 001], [Nombre 002], [Nombre 003], [Nombre 004] y [Nombre 005] contra las instrucciones o circulares verbales de la Procuraduría General de la República que rechazan la aplicación de medidas alternativas en las causas penales por conducción temeraria, delitos contra la autoridad pública e infracción a la Ley de Armas. Intervinieron también en el proceso la Procuraduría General de la República, representada por la Procuradora General de la República, Ana Lorena Brenes Esquivel, el Fiscal General de la República, Jorge Chavarría Guzmán y la Jefe de la Defensa Pública, Marta Iris Muñoz Cascante. Resultando: 1.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las nueve horas cincuenta minutos del tres de setiembre del dos mil diez, el accionante Álvaro Justo Quirós Sánchez solicita que se declare la inconstitucionalidad de la “directriz” de la Procuraduría General de la República que rechaza la aplicación de medidas alternativas en las causas por conducción temeraria, infracción a la Ley de Armas y delitos cometidos contra la autoridad pública. Como asuntos base señala las causas penales seguidas en el Juzgado Penal de Aguirre y Parrita, con los números de expediente [Valor 001], [Valor 002], [Valor 003], por los delitos de conducción temeraria, portación ilegal de arma permitida, atentado agravado, resistencia agravada y amenazas agravadas, donde invocó la inconstitucionalidad respectiva. Estima que dicha directriz infringe lo dispuesto en los artículos 39, 41, 153 y 154 de la Constitución Política, así como los principios del debido proceso, fundamentación, defensa, tutela judicial efectiva y justicia pronta. Refiere que la defensa en dichos procesos, en aras del interés representado, fundamentadamente ha propuesto la solución alterna al juicio oral y público, a efectos de que se aplique la suspensión del proceso a prueba, establecido en los artículos 25 a 28 del Código Procesal Penal. No obstante, en la respectiva audiencia oral, el Juzgado Penal de Aguirre y Parrita, al escuchar la solicitud del fiscal, de la víctima de domicilio conocido e imputado, extensivamente interpreta que el rechazo de cualquier solución alterna que plantea por escrito la Procuraduría General de la República, automática o presuntivamente comporta la no satisfacción de la víctima de domicilio conocido “Procuraduría General de la República”, pese a cualquier otra posición que al respecto pueda tener el Ministerio Público. La ley establece que el plan de reparación propuesto en la suspensión del proceso a prueba debe ser a satisfacción de la víctima de domicilio conocido. En el proceso penal, deben interpretarse restrictivamente las disposiciones legales que coarten la libertad personal, limiten el ejercicio de un poder o derecho conferido a los sujetos del proceso. La determinación de la política criminal del Estado compete al Poder Legislativo a través de la ley, de forma que, si dentro de los principios y garantías procesales se encuentra la solución del conflicto y el restablecimiento de los derechos de la víctima, se considera que el rechazo de cualquier solución al conflicto constituye una interpretación restrictiva de la política criminal del Estado, solución que evidentemente no favorece la libertad del imputado. En los procesos penales, por diversas circunstancias, el rechazo de la víctima de domicilio conocido “Procuraduría General de la República” algunas veces no llega oportunamente al expediente, facilitándose la aplicación de las medidas. La directriz impugnada no se aplica en forma homogénea, sino sólo en determinadas jurisdicciones del país y en determinados lapsos de tiempo, así que, a partir del segundo semestre del dos mil diez, se presenta dicha situación en la jurisdicción de Aguirre y Parrita. Señala el accionante que, si bien es cierto, la aplicación de las medidas no es un derecho del imputado, en cada caso se debe acreditar el cumplimiento de requisitos y fundamentar el mérito, razonabilidad y proporcionalidad de la medida, así como el restablecimiento de los derechos de la víctima que se propone. Considera que se da una falta de fundamentación de la directriz de la Procuraduría que lesiona los principios del debido proceso, fundamentación, defensa, tutela judicial efectiva y justicia pronta. Manifiesta que la suspensión del proceso a prueba es una solución del conflicto orientada a la restauración y reparación significativa o simbólica del daño, es una alternativa que evita la persecución penal y la pena privativa de libertad y responde a la tendencia internacional de reparación a favor de la víctima, ya que busca un equilibrio entre el daño, la capacidad de cumplir y el delito, sin que pueda resultar más gravosa que la pena mínima por imponer. No obstante, su establecimiento como política criminal del Estado a través de la ley comporta su aplicación general, razonable y proporcional, acorde con los referidos criterios de equilibrio, sin que pueda desconocerse la autoridad superior de la ley, como tampoco su aplicación razonable y proporcional de acuerdo con las circunstancias de cada caso. La Procuraduría admite que la solución alterna es cuestión de política criminal del Estado, lo cual implica que se trata de criterios de la Asamblea Legislativa inatacables que suponen el ejercicio soberano del pueblo a través de sus representantes, siguiendo criterios de proporcionalidad y razonabilidad. En el ordenamiento jurídico, diversas leyes especiales regulan el tema del interés colectivo o difuso, sin embargo, en el ordenamiento penal se establece que víctima es la persona directamente ofendida por el delito. Asimismo, las asociaciones, fundaciones y otros entes inscritos, en delitos que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objetivo de la agrupación se vincule directamente con éstos. Ejemplos de legitimación en materia de intereses colectivos o difusos se encuentran en materia de ambiente, cultura, territorio, gasto público, etnias y consumo de ciertos productos. El ejercicio de la acción penal pública corresponde al Ministerio Público, sin perjuicio de la acción penal pública de la víctima o ciudadanos (artículo 16 del Código Procesal Penal). En delitos contra la seguridad, la tranquilidad pública, la zona marítimo terrestre y aduanas, también la Procuraduría podrá ejercer directamente esa acción, sin subordinarse a las actuaciones y decisiones del Ministerio Público y podrá ejercer los mismos recursos (artículo 16 párrafo 2) del CPP). La conducción temeraria es un delito contra la seguridad común, propiamente contra los medios de transporte, título IX, sección II del Código Penal. El análisis anterior razonablemente permite determinar que en delitos de conducción temeraria la Procuraduría General de la República carece de legitimación procesal expresa, salvo jurisprudencia vinculante en contrario de la Sala Constitucional. La Procuraduría es un órgano superior consultivo, técnico-jurídico de la Administración Pública y representante legal del Estado en sede jurisdiccional y no puede atribuirse funciones que no le corresponden. La aplicación de medidas o soluciones al conflicto, así como la concesión de beneficios, que también forman parte de la política criminal del Estado (condena de ejecución condicional, ejecución condicional y conmutación de pena) es una potestad del juez, de forma que, mediante esa directriz, indirectamente no se puede vincular al juez. La finalidad del Código Penal y del Código Procesal Penal es la protección de

bienes jurídicos tutelados (la vida, propiedad y seguridad, entre otros). El principio de legalidad criminal, entre otros, tiene la función de garantía, a efectos de limitar el ius puniendi estatal a los tipos penales establecidos (artículos 28 y 39 de la Constitución Política) de forma que sólo a través de tipos penales y previa reforma a la política criminal del Estado y no por medio de directriz de rechazo de medidas de solución alterna y eventual concesión de beneficios judiciales, se puede provocar el necesario juicio oral y público con la eventual condenatoria y anotación en el Registro Judicial. Dicha Directriz atenta contra el principio de lesividad, significancia o subsidiariedad y dañosidad social, pues la potestad punitiva del Estado se basa en un derecho penal de acto o hecho y no en un derecho penal de autor, máximo, de expansión injustificada, ni del enemigo, pues la suspensión del proceso a prueba está prevista para delitos menores (con penas de hasta tres años). La directriz desconoce que el Estado no está capacitado ni facultado para investigar, acusar, juzgar y penalizar todos los delitos en la etapa de juicio oral y público. Además, el Estado no es poseedor de los bienes jurídicos protegidos de los habitantes, sino sólo garante de éstos. La Directriz viola el debido proceso y derecho de defensa porque en la audiencia oral el imputado y su defensor real o materialmente no pueden oír al Procurador que normalmente no se presenta ni formula acción civil resarcitoria, conminando a la defensa a hacer constar la protesta de actividad procesal defectuosa a efectos de no convalidar la preclusión procesal y poder aplicar dicho instituto en la fase de juicio ante el tribunal, con lo que ciertamente se desnaturaliza la etapa intermedia donde corresponde resolver la aplicación de dicho instituto. El Tribunal de Juicio de Puntarenas, sede Aguirre y Parrita, mediante sentencia número 48-T-JPAP-2010 de las 14:25 hrs. admitió recurso de apelación de la defensa en la causa 09-201538-457-PR por conducción temeraria contra [Nombre 001] en perjuicio de la seguridad común, en el que esencialmente dispuso que las partes deben fundamentar las pretensiones de su interés, no obstante, no es vinculante en asuntos de la Ley de Armas. 2.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las quince horas ocho minutos del veintiuno de setiembre del dos mil diez, el accionante Walter Xavier Niehaus señala que se le sigue una causa por conducción temeraria en el Juzgado Penal de Puntarenas bajo el número de expediente [Valor 004] donde se llevó a cabo una audiencia preliminar oral y privada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 318 del Código Procesal Penal, en la que propuso la suspensión del procedimiento a prueba, consistente en un plan reparador. Ante la pregunta de la juez de si las partes estaban de acuerdo en una medida alterna, la Fiscalía y el imputado respondieron que sí y solicitaron de manera expresa la aplicación del instituto de la suspensión del procedimiento a prueba. En virtud de lo anterior se le concedió audiencia a la Procuraduría General de la República para que manifestara su conformidad con el plan de reparación propuesto. En virtud de lo anterior, el procurador director del área penal rechazó su solicitud declarando que “Finalmente, es pertinente recordar a su Autoridad que la negativa tomada por esta representación estatal deviene de un claro lineamiento generado en el seno de nuestra más alta jerarquía, sea la Procuradora General de la República, quien en pleno uso de sus potestades, instruyó directriz dirigida a no realizar negociaciones en materia de conducción temeraria; criterio éste que a la fecha se mantiene incólume y no susceptible de modificación de mi parte.” Afirma que ante lo ocurrido solicitó una copia de la directriz, pero se le indicó que la misma había sido instruida de manera verbal. Con ello, se lesiona uno de los elementos básicos de los actos administrativos, así como con el hecho de no contar con una fundamentación y motivación que le permita al imputado saber a qué atenerse, no contar con fecha de emisión para determinar el momento de su validez, no haber sido publicada en el Boletín Judicial u otro medio, dado que afecta las sanciones a las que el imputado podrá ser sometido. La referida directriz no puede ser verbal y debe estar debidamente fundamentada y motivada de manera formal y escrita, tener fecha de emisión y haber sido publicada, por afectar la categoría de las posibles sanciones a las que el imputado puede ser sometido. Dicha directriz verbal, en tanto constituye una normativa de carácter general, es inconstitucional por cuanto la Procuraduría elimina de un tajo el derecho de conciliar que el artículo 25 del Código Procesal Penal otorga a las víctimas, para que estas de forma particular e individualizada, es decir, caso por caso, de conformidad con el principio de la autonomía de la voluntad, decidan o no conciliar con el imputado, esto en los casos, en que es la propia Procuraduría a quien le corresponde asumir el papel de la víctima en los denominados delitos sin víctima o lesivos de intereses difusos, como sucede en su caso, donde se le atribuye la comisión del delito de conducción temeraria, en el que no existen daños de ninguna especie, lesiones individuales o muertes. La directriz de la Procuraduría se reduce a una instrucción verbal de la Procuradora, lo cual coloca en una situación de indefensión a quienes se encuentran en el caso de ser procesados por el delito de conducción temeraria. Aunque resulte absurdo, ni siquiera existe el documento por escrito, con mucha menos razón la debida fundamentación que se exige para estos casos. Ante lo anterior, resulta imposible, en contra de los derechos constitucionales relativos a la defensa y al debido proceso, entre otros, controlar la legalidad de la directriz, simplemente porque no existe físicamente. Cuando en el ordenamiento jurídico se exige fundamentar de manera debida los actos administrativos, la directriz que prohibiría a la Procuraduría negociar en los casos de conducción temeraria, además de existir físicamente, debe describir los hechos en los que se funda, así como el respaldo normativo que la sustenta y justifica, sólo así surge la posibilidad de controlar la medida adoptada en sede jurisdiccional, cosa difícil en el caso, porque esa directriz solo existe por referencia. Se quebranta el principio de igualdad, previsto en el artículo 33 de la Constitución Política; así lo constata el hecho de que en los tribunales de flagrancia se hayan hecho arreglos en más de 1500 casos sin la intervención de la Procuraduría General de la República. Incluso, se han hecho arreglos de casos ocurridos con posterioridad, como el del gerente de la Bolsa Nacional de Valores, señor José Rafael Brenes Vega. La directriz se aplica en algunos tribunales y en otros no, violentando el principio de igualdad. También es inconstitucional por violación a los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Se está ante un acto administrativo de contenido general: “la Procuradora General de la República... instruyó directriz dirigida a no realizar negociaciones en materia de conducción temeraria” que no hace diferencia en relación con la gravedad de los hechos denunciados, en función, por ejemplo, a si la conducción temeraria provocó muertes, lesiones físicas o daños a la propiedad pública o privada y otras circunstancias relacionadas con el tiempo y el espacio. Para la Procuraduría, en contra de los principios de igualdad, proporcionalidad y razonabilidad, todos los casos merecen un mismo tratamiento, con independencia de su nivel de gravedad o atenuación. De conformidad con las reglas más elementales de la sana crítica racional, existe un criterio objetivo muy obvio para que no se trate por igual a todas las personas que están siendo procesadas por el presunto delito de conducción temeraria, máxime si se toma en cuenta que han existido más de 1500 casos en que se ha llegado a arreglos en los tribunales de flagrancia y donde no ha sido parte la Procuraduría General de la República. Aunque en todos los casos, conducir bajo los efectos del licor constituye una conducta reprochable, hay circunstancias que agravan o atenúan el reproche social. La razonabilidad se vincula con el sentido de justicia y la justicia ordena que la reacción estatal sea proporcional. Estima que la explicación que ha dado la Procuraduría para rechazar la posibilidad de la aplicación de una medida alternativa, es irrazonable y absurda, pues equipara la gravedad que puede implicar la conducción temeraria, con los tipos penales que regula la Ley de

protección a víctimas, testigos y demás intervinientes en el proceso penal. Es ofensivo y hasta implica un trato cruel y degradante en los términos del artículo 40 de la Constitución Política, comparar el crimen organizado con la conducción temeraria. Además, la Ley de Crimen Organizado define como delitos graves, aquellos sancionados con una pena mayor a los cuatro años de prisión, siendo que el delito en cuestión tiene una pena prevista menor, por lo cual no calificaría dentro de los parámetros legislativos como “grave”. La interpretación extensiva que se hace de los artículos 36, 38 y 70 del Código Procesal Penal va en contra de la interpretación más favorable, contrario a lo que prescriben los principios constitucionales pro hómine y pro libertatis. Esta interpretación de la gravedad del delito resulta ser más lesiva para el imputado, no es proporcional y, por lo tanto, deriva en inconstitucional. Cabe destacar que antes de la existencia de esa directriz verbal, la política penal de la Procuraduría estaba orientada a conciliar en aquellos casos donde no hubo daño a la propiedad pública o privada, no hubo lesiones a personas o víctimas fatales y el imputado era primerizo. Vinculada con el principio de razonabilidad, la directriz estatal cuestionada quebranta, además, otros dos principios de gran trascendencia en el Estado democrático y social de derecho: el principio de lesividad y el principio de reducción racional o de última ratio. El Estado sólo puede intervenir en proporción directa con la lesión que los ciudadanos causen a los demás o a la sociedad como un todo. El principio de lesividad es clave para el derecho penal democrático. La directriz resulta inconstitucional porque no diferencia entre la conducción de un vehículo en estado de ebriedad y la conducción en estado de ebriedad cuando ha ocurrido un accidente, daños a la propiedad, lesiones o muertes. La idea de la afectación a terceros constituye la esencia del concepto bien jurídico en una sociedad democrática, en la que las personas no pueden ser compelidas a situaciones injustas como pretende la directriz, por la mera necesidad de establecer una política pública. A su vez, quebranta el principio de reducción racional o de última ratio. La directriz legitima una potestad coercitiva al cerrar todas las puertas a una negociación cuando existen otras alternativas menos gravosas, tanto o más eficaces para solucionar un problema o mantener la paz y el orden social o proteger un derecho. Existe un principio constitucional de necesidad o de subsidiariedad, en virtud del cual las normas penales, en cuanto habilitantes de poder punitivo, deben ser interpretadas de modo restrictivo, dando prioridad a la utilización de otras herramientas jurídicas alternativas para el abordaje de los conflictos humanos. La reacción punitiva debe ser residual, para aquellas situaciones en las que no queda más remedio que resignarse a ella. También se quebranta el principio de irretroactividad de las leyes. La directriz, en tanto acto administrativo, constituye una disposición normativa de carácter general aplicable a todos los procesos penales relacionados con la conducción temeraria. En otros términos, desde la promulgación de la mencionada directriz verbal, la situación jurídica de los justiciables por la presunta comisión del delito de conducción temeraria, se ha visto afectada de manera negativa. Antes de la directriz, sin fecha exacta, era posible negociar, pero ahora no. Al menos, por razones de seguridad jurídica y respeto al principio de irretroactividad, la directriz verbal, sin fecha exacta de emisión, debería aplicarse solo con efectos a futuro. Sin embargo, al no tener una fecha exacta de emisión se deja en desprotección al imputado y se lesiona el principio de irretroactividad de la ley. No obstante, la posibilidad de negociar ha sido eliminada, con perjuicio para esa categoría de imputados, con la agravante de que la Procuraduría ha establecido que ya no se negociará más, comprendiendo con dicho acto normativo tanto los casos ocurridos antes de la promulgación de la inconstitucional directriz como los que se produzcan hacia el futuro, pero sin estar claramente determinada esa fecha, por no ser una directriz por escrito, como debería, lo cual, quebranta el principio de irretroactividad de la ley. La directriz quebranta el principio de legalidad constitucional y legal prescrito en el artículo 11 tanto de la Constitución Política como de la Ley General de la Administración Pública. No existe en el ordenamiento jurídico ninguna norma que habilite a la Procuraduría para que, mediante una directriz, menos aún una directriz verbal, es decir, mediante un acto administrativo de carácter general verbal, pueda modificar una ley. En este caso, la directriz verbal deja sin efecto el artículo 25 del Código Procesal Penal, al establecerse que la Procuraduría nunca negociará en materia de conducción temeraria. La Procuraduría no puede, por evidente jerarquía de normas, aún considerada en su condición de víctima, introducir mediante una directriz verbal, que como se ha dicho es una disposición de carácter general, una prohibición contraria a la voluntad del legislador. Si la Sala Constitucional ha establecido que solo los reglamentos ejecutivos pueden desarrollar los preceptos de las leyes, entendiéndose que no pueden incrementar las restricciones establecidas ni crear las no establecidas por ellas y que deben respetar rigurosamente su contenido esencial, con mucha mayor razón esa restricción es aplicable a la Procuraduría, que mediante una directriz verbal ha eliminado el derecho de negociar que otorga el Código Procesal Penal. Si el legislador así lo hubiera querido, habría establecido una norma de prohibición de negociar en casos de conducción temeraria, no obstante, no lo hizo. Negociar, significa transigir, escuchar las posiciones de ambas partes y tratar de llegar a un entendimiento, negociar, no significa, rechazar ad portas la propuesta de una de las partes. La posición de un tajante “no” a la negociación se sale de toda proporcionalidad y razonabilidad, en el tanto que eleva la sanción de un plan reparador a una pena de cárcel de 1 a 3 años, en perjuicio del imputado. Si en el pasado, la Procuraduría venía negociando y aceptando planes reparadores, no debería poder, vía directriz verbal, cambiar la categoría de la sanción, como en efecto lo ha hecho. Esto lesiona el principio de la interpretación más favorable. La Procuraduría, por representante que sea de la víctima en los casos de delitos sin víctima o lesivos de intereses difusos, carece de competencia para impedir mutuo propio, el ejercicio de un derecho subjetivo reconocido en la legislación penal. Dicho de otro modo, la Procuraduría carece de competencia legal y constitucional para mediante una regulación general prohibir la posibilidad de conciliar en materia de derecho penal, cuando se trate del delito de conducción temeraria. La Procuraduría podría emitir una directriz bien fundamentada, razonada y motivada, con fecha cierta, que fuera proporcional y amparada al principio de razonabilidad, que establezca un criterio de valoración, bajo algunos parámetros para la aplicación de planes reparadores ante determinadas circunstancias o bien sanciones cuando haya daños, lesiones o fatalidades. Con ello, se estaría cubriendo por una autoridad pública la institución de la negociación, a la que la ley hace referencia. Bajo esa política y esquema operaba la Procuraduría en el pasado. No es cierto que la Procuraduría tenga absoluta libertad para decidir si concilia o no. Su actuación, a diferencia de la víctima entendida como un sujeto de derecho privado, debe provenir de una actuación fundada en el ejercicio de una competencia previamente otorgada por el ordenamiento jurídico, y, además, debidamente motivada. En definitiva, la directriz quebranta lo dispuesto en los artículos 11, en cuanto al principio de legalidad, 39 en cuanto a los principios de debida fundamentación o justificación, 33 y 41, en cuanto a los principios de justicia, seguridad jurídica, igualdad y razonabilidad, los principios de lesividad y reducción racional de última ratio, en cuanto al artículo 28 de la Constitución Política y el principio de irretroactividad, 34 de la Constitución Política. 3.- Por resolución de las once horas quince minutos del veintidós de octubre del dos mil diez, se acumularon las acciones 10- 012907-0007-CO y 10-012026-0007-CO, a fin de ser tramitadas bajo el último número de expediente (folio 205). 4.- Por resolución de las catorce horas quince minutos del cuatro de noviembre del dos mil diez, se dio curso a las acciones

acumuladas confiriéndosele audiencia a la Procuraduría General de la República, al Fiscal General de la República y a la Jefatura de la Defensa Pública (folios 213 y 214) 5.- Por escrito agregado a folios 225 a 229 del expediente, la directora de la Defensa Pública, presentó el informe respectivo. Señala que llevan razón los accionantes al estimar que las directrices de la Coordinación del Área Penal de la Procuraduría General de la República son inconstitucionales. Las directrices son actos administrativos que no confieren potestad normativa y, por lo tanto, no pueden contener alcances que impliquen una limitación de la ley, y en este caso, lesionan la seguridad jurídica al haberse puesto en vigencia sin publicación y significar un cambio de situación jurídica. Lo más grave es que esta práctica ha sido legitimada en muchas jurisdicciones y los alcances de la directriz se han impuesto a personas que ni siquiera tuvieron acceso previo a la misma, ya que, por su condición de directriz verbal, no es publicada en el Diario Oficial. Aunado a ello, por el principio de interdicción de la arbitrariedad, el Estado está en la obligación de sustentar adecuadamente sus decisiones, de manera que el administrado pueda conocer las motivaciones y recurrirlas en caso de considerarlas erradas. En el caso concreto, la negativa a la aplicación de una medida alterna, contraviene el artículo 7 del Código Procesal Penal que señala: “Los tribunales deberán resolver el conflicto surgido a consecuencia del hecho, de conformidad con los principios contenidos en las leyes, en procura de contribuir a restaurar la armonía social entre sus protagonistas”. Asimismo, contraviene los instrumentos internacionales que prevén y apoyan la solución pacífica del conflicto, porque se asume que la respuesta coercitiva del Estado, lejos de corregir el problema, lo aumenta, pues comporta una mayor violencia, como se ha demostrado a lo largo del tiempo. La Declaración de Viena sobre la Delincuencia y la Justicia frente a los retos del siglo XXI (Asamblea General de Naciones Unidas, resolución 55/59, de 4/12/2000) dispuso: “Alentamos la elaboración de políticas, procedimientos y programas de justicia restaurativa que respeten los derechos, necesidades e intereses de las víctimas, los delincuentes, las comunidades y demás partes interesadas.” Al dictarse los Planes de Acción para la aplicación de la Declaración de Viena, se dispuso: “Individual y colectivamente, según proceda, los Estados se esforzarán por apoyar las medidas siguientes: a) Tener en cuenta la resolución 2000/14 del Consejo Económico y Social, de 27 de julio de 2000, titulada “Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal” al examinar la conveniencia y los medios de establecer principios comunes; b) Tratar los delitos, especialmente los de menor cuantía, conforme a la práctica consuetudinaria en lo tocante a la justicia restaurativa, cuando exista tal práctica y ésta sea apropiada, a condición de que con ello se respeten los derechos humanos y se cuente con el consentimiento de los interesados; c) Utilizar los medios conciliatorios previstos en la legislación interna para resolver los delitos, especialmente los de menor cuantía, entre las partes, recurriendo, por ejemplo, a la mediación, la reparación civil o los acuerdos de indemnización de la víctima por parte del delincuente; d) Promover una cultura favorable a la mediación y la justicia restitutiva entre las autoridades encargadas de la aplicación de la ley, judiciales y sociales competentes, así como entre las comunidades locales; e) Impartir formación apropiada a los encargados de la elaboración y la ejecución de las políticas y programas de justicia restitutiva” (resolución # 56/26 del 15/04/2002). Por su parte, la Declaración de Principios sobre una Justicia Restaurativa en el Derecho Penal (Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, Reunión de expertos en justicia restaurativa, celebrada en Ottawa, Canadá, del 29 de octubre al 10 de noviembre del 2001) precisa y codifica ampliamente esos principios. En igual sentido, el Consejo de la Unión Europea acordó: “Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida. 2. Los Estados miembros velarán porque pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales.” (Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal 15/03/01). Lo anterior, bajo el entendido de que el proceso se debe dirigir antes que, a la represión del ilícito, al mantenimiento de la paz social. Véase que en casos como los de conducción temeraria, se está ante situaciones en las que, por tratarse de un delito de peligro abstracto, no se vulneró directamente un bien jurídico, una gran mayoría de las personas acusadas son primarias y sin ningún roce anterior con la justicia. No obstante, sin valorar el caso concreto, la posición del Estado, de previo cercena la posibilidad de que la persona acceda a una medida alterna al juicio oral y público. Una situación similar sucede en el caso de las portaciones de arma. Un porcentaje importante de personas son detenidas por portación ilegal de armas en su lugar de trabajo, al ser contratadas como personal de seguridad, sin que la empresa verifique el cumplimiento del permiso de portación. En ambas situaciones, la respuesta estatal es sumamente drástica, al impedirles evitar el juicio oral y público y someterlos a una inminente condenatoria, con las graves consecuencias que esto acarrea. Es evidente, que la decisión del Estado, al carecer de fundamentación no solo resulta arbitraria, sino también desproporcional. Por esta razón, las directrices impugnadas resultan contrarias igualmente a los principios constitucionales de interdicción de la arbitrariedad y de legalidad, al disponer sin sustento alguno la inaplicación de la ley procesal, lo que debe implicar la nulidad de las mismas, ya que finalmente, la persona que no tuvo acceso a una medida alterna por una actuación arbitraria, se ve perjudicada en caso de resultar condenada. Las directrices de la Procuraduría General de la República, importan una intromisión excesiva sobre la solución pacífica del conflicto, contrariando los instrumentos internacionales que promueven la utilización de estas medidas en el proceso penal. Por otra parte, la situación denunciada por los recurrentes, generada a partir de la decisión de la Procuraduría General de la República atenta contra el principio constitucional de la seguridad jurídica. La seguridad jurídica constituye una garantía de todo individuo, por la cual, tiene la certeza de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares, establecidos previamente, es decir, representa la garantía de la aplicación objetiva de la ley, en tanto los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y obligaciones. Desde el punto de vista subjetivo, la seguridad equivale a la certeza moral que tiene el individuo de que sus bienes le serán respetados; lo cual requiere de ciertas condiciones, tales como la organización judicial, el cuerpo de policía, las leyes, por lo que, desde el punto de vista objetivo, la seguridad jurídica equivale a la existencia de un orden social justo y eficaz cuyo cumplimiento está asegurado por la coacción pública (así resolución: 6055-2002 Sala Constitucional). Tal y como exponen los recurrentes, en los procedimientos penales en los que se de audiencia a la Procuraduría General de la República, no es posible la aplicación de las medidas alternas, sin embargo, esto se debe al azar, ya que no es en todos los procesos en los que la misma se apersona. Esta situación evidencia una clara violación al principio de igualdad constitucional, mientras no se le dé el mismo trato a delitos de la misma categoría. Se refleja que no se da el mismo trato a todos los delitos de conducción temeraria, contra la función pública o contra la seguridad ciudadana, por lo que resulta evidente la violación constitucional alegada. Adjuntan el oficio PGR-153- 2010 suscrito por la Procuradora General de la República, ante una consulta realizada por la Dirección de la Defensa Pública, en la que se indica que “Como parte de dicha labor, se han girado instrucciones verbales a los procuradores penales que les mandan a rechazar las propuestas formuladas con esa finalidad, en el caso concreto de los procesos penales seguidos por delitos de conducción temeraria y portación ilegal de armas.” En consecuencia, estima la

Defensa Pública que la directriz de la Procuraduría es irrazonable, contraria al principio de igualdad, seguridad jurídica y promoción de la paz social. 6.- La Procuraduría General de la República rindió su informe visible a folios 232 a 255 del expediente. Señala que la Procuraduría es la representante legal del Estado, conforme lo dispone el artículo primero de su Ley Orgánica, y está encargada de actuar a su nombre en los negocios de cualquier naturaleza que se tramiten o deban tramitarse en los tribunales de justicia. En el caso específico de los procesos penales, además de otras formas de participación atribuidas por ley, la Procuraduría representa al Estado cuando es víctima del delito enjuiciado. En los delitos tipificados por la Ley de Armas y el delito de conducción temeraria, los tribunales de justicia y los fiscales de la República, en forma muy representativa, han considerado al Estado la víctima penal. La Procuraduría General por su parte, ha entendido que la comisión de las infracciones penales indicadas ofende directamente al Estado, esto debido a que la conducta típica implica una desobediencia a regulaciones cuya vigilancia está encargada al Ministerio de Seguridad y al Ministerio de Obras Públicas y Transportes, respectivamente. Refiere que, en razón de lo indicado, y con sustento en el inciso a) del artículo 70 del Código Procesal Penal, la Procuraduría ha venido interviniendo en las causas seguidas por los delitos citados, como mandatario judicial del Estado-víctima. La Procuraduría General de la República orienta a lo interno la atención de los procesos judiciales en los que participa como representante del Estado, a través del giro de instrucciones dirigidas a sus funcionarios. De esta manera, logra canalizar las políticas institucionales, y alcanzar la uniformidad requerida en la actuación de los procuradores asignados en cada asunto, para el mejor ejercicio de la representación estatal. El artículo 20 de la Ley Orgánica, exige a los procuradores contar con autorización previa y escrita del procurador general, procurador general adjunto o servidor en quien esté delegada la función, para allanarse, transar, conciliar o desistir de las demandas o reclamaciones. En razón de lo anterior, la Institución se ha visto obligada a establecer ciertos lineamientos internos en materia de aplicación de medidas de solución alterna al proceso penal. Algunas de las instrucciones emitidas tienen un carácter general, pero otras son más particulares, tal es el caso de las formuladas para atender las propuestas de solución alterna planteadas en procesos seguidos por delitos contenidos en la Ley de Armas o el delito de conducción temeraria, cuando se representa al Estado como víctima del delito. En este supuesto en específico, tal y como lo acusan los accionantes, se ha instruido a los procuradores para que rechacen los ofrecimientos presentados por el imputado o su defensa, en ejercicio de la potestad reconocida a la víctima de decidir unilateralmente sobre la aplicación de las figuras de la suspensión del proceso a prueba y la conciliación -artículos 25 y 36 del Código Procesal Penal-. La comunicación de los lineamientos internos en cuestión, ha sido efectuada en forma verbal, durante las reuniones periódicas llevadas a cabo por la jerarquía institucional con los procuradores del área penal, en las cuales se han discutido ampliamente sus alcances. Cuestiona el accionante Álvaro Justo Quirós, que el Juzgado Penal de Aguirre y Parrita cuando conoce las propuestas de suspensión del proceso a prueba formuladas por la defensa, interpreta de forma extensiva que el interés de rechazar cualquier medida alterna de la Procuraduría, automática y presuntivamente comporta la no satisfacción de la víctima – Estado-, a pesar de la posición que pueda externar el Ministerio Público, y sin tomar en cuenta, que en el proceso penal deben interpretarse restrictivamente las disposiciones que coarten la libertad personal, el ejercicio de un poder o derecho de los sujetos procesales. A juicio de este Despacho, resulta evidente que el reclamo planteado no está dirigido en contra de la política institucional de la Procuraduría General, ni siquiera de la actuación de los representantes estatales externada en los procesos penales. El accionante, más bien, reprocha la interpretación dada por el Juzgado Penal de Aguirre y Parrita, a la negativa de la Procuraduría de aceptar la aplicación de la suspensión del proceso a prueba en ciertos delitos, porque considera que es contraria a las reglas previstas por el Código Procesal Penal en su artículo segundo. Tampoco expresa el accionante, a través de su argumentación, un cuestionamiento de constitucionalidad que pueda ser analizado por esta Sala Constitucional. El accionante Quirós Sánchez, por otra parte, sostiene que el rechazo a cualquier medida de solución alterna constituye una interpretación restrictiva de la política criminal del Estado impuesta por el Poder Ejecutivo, que aboga por la solución del conflicto y el restablecimiento de los derechos de la víctima. Nuevamente se observa en el planteamiento esbozado, la carencia de un reclamo de constitucionalidad, al no indicar el accionante en qué consistiría y/o cuál sería la infracción al bloque de constitucionalidad producida por la supuesta interpretación restrictiva de la política criminal del Estado que se acusa. No es cierto que la posición de la Procuraduría de rechazar las propuestas para la aplicación de medidas alternas en delitos contenidos en la Ley de Armas y conducción temeraria, tenga las consecuencias que le atribuye el accionante. El legislador dejó plasmada su voluntad de condicionar la aplicación de las medidas de solución alterna, suspensión del proceso a prueba y conciliación, a la manifestación de conformidad de la víctima del delito; y de esta forma, atender el criterio de la víctima a efectos de dar solución al conflicto surgido a consecuencia del hecho, restaurar la armonía social entre las partes, y en especial, restaurar los derechos de la víctima penal, tal y como lo proclama el artículo 7 del Código Procesal Penal. Además, las medidas alternativas contempladas por el Código Procesal Penal no constituyen un derecho del imputado, ni persiguen como único objetivo la evitación de la persecución penal, tal y como lo ha señalado, en forma reiterada, la jurisprudencia. No puede constituir el rechazo de la Procuraduría, una interpretación restrictiva de la política criminal del Estado, sino el ejercicio legítimo de una potestad reconocida por el legislador a la víctima penal. Los accionantes coinciden en reclamar una desigualdad de trato entre los imputados encausados por los delitos tipificados en la Ley de Armas y conducción temeraria, a quienes se les ha negado la aplicación de las medidas alternas en razón de la política institucional de la Procuraduría, y los que han podido optar por ese beneficio. En respaldo de su reclamo, argumentan que la posición del representante estatal ha variado en el tiempo, y además se aplica, en unos despachos judiciales y en otros no. No puede negarse que, con anterioridad al establecimiento de los lineamientos internos cuestionados, la Procuraduría tenía una política menos restrictiva en materia de medidas de solución alterna al proceso penal respecto a los delitos indicados, que permitía bajo ciertos supuestos su aplicación. Tampoco, puede desconocerse que, principalmente en delitos de conducción temeraria, algunas veces el representante estatal no ha sido llamado al proceso y se ha abierto la posibilidad de aplicar este tipo de medidas. No obstante, señala la Procuraduría que es inaceptable la tesis de los accionantes sobre la existencia de una infracción al principio de igualdad constitucional. Primeramente, porque no procede exigirle a la víctima del delito una actuación conforme a las máximas de dicho principio constitucional, actuación que sería más bien propia de los operadores jurídicos. La víctima del delito es un sujeto procesal, que actúa en lo que interesa, en ejercicio de una potestad reconocida por el Código Procesal Penal, que le permite decidir unilateralmente si acepta o rechaza la aplicación de la suspensión del proceso a prueba o la conciliación, sin que, para ello, deba ajustarse a los términos desarrollados en casos anteriores o similares. La Procuraduría General de la República a través de la implementación de políticas institucionales como la cuestionada, precisamente lo que pretende es lograr cierta uniformidad en la atención de los asuntos por parte de los representantes estatales. Asimismo, y relacionado con lo anterior, es oportuno hacer notar que no puede reprocharse a la política institucional

que motiva las acciones de inconstitucionalidad, ni tampoco a la actuación procesal de la Procuraduría, el tratamiento distinto que se ha dado en los procesos seguidos sin intervención de la Procuraduría General. De igual manera, los accionantes concuerdan al reclamar la falta de fundamentación de la política institucional de la Procuraduría que ordena rechazar las medidas de solución alterna en delitos contenidos en la Ley de Armas y conducción temeraria. En lo particular, el señor Walter Niehaus argumenta que la “directriz” verbal, hace imposible controlar su legalidad, coloca a los imputados en una situación de indefensión, lesionando así los derechos de defensa y debido proceso. Estima la Procuraduría que los accionantes no llevan razón en su argumentación, como tampoco en las consecuencias que le atribuyen a la supuesta falta de fundamentación. En la exigencia de fundamentación, olvidan que lo cuestionado es una política institucional de carácter interno, un instrumento extra procesal cuyo objetivo radica en orientar a los procuradores penales en la atención de las propuestas de solución alterna planteadas en procesos seguidos por delitos contenidos en la Ley de Armas o el delito de conducción temeraria. Además, dejan de lado, que la definición de la política interna que interesa, se basa en la potestad -ya referida- reconocida a la víctima penal, de decidir unilateralmente sobre la aplicación de la suspensión del proceso a prueba y la conciliación. Se observa también, que los accionantes reclaman a la Procuraduría condiciones en su actuación como representante de la víctima penal, que el Código Procesal Penal no contempla. Los artículos 25 y 36 del código de rito, no le exigen a la víctima fundamentar su decisión respecto a la propuesta de aplicación de una medida de solución alterna. Si bien es cierto, el Estado no es una víctima de “carne y hueso” –expresión utilizada por el señor Walter Niehaus- los numerales citados no hacen diferencia alguna, entre una y otra categoría, en cuanto a sus obligaciones. Por otra parte, el reclamo de indefensión, parte de una premisa equivocada, sea que la posición asumida por la víctima respecto de una propuesta de medida de solución alterna, tiene control de legalidad. Precisamente, debido a la naturaleza y finalidad de este tipo de medidas, no considera la ley procesal posibilidad alguna de recurrir la decisión de la víctima. La queja de violación al debido proceso es contraria a la jurisprudencia de la Sala Constitucional que, desde hace más de diez años, ha sostenido que la aplicación de los mecanismos alternativos de solución del conflicto penal es una cuestión que no forma parte del debido proceso. Se hace evidente que la supuesta falta de fundamentación no podría provocar una afectación al derecho de defensa, y mucho menos al principio del debido proceso. En la acción de inconstitucionalidad interpuesta por el abogado defensor Álvaro Justo Quirós se alega, que la suspensión del proceso a prueba establecida por ley como política criminal del Estado, comporta su aplicación general, razonable y proporcional; y que la Procuraduría, no puede desconocer la autoridad superior de la ley, ni tampoco su aplicación razonable y proporcional, de acuerdo con las circunstancias de cada caso. La Procuraduría General de la República al establecer su política interna para la aplicación de medidas de solución alterna al proceso, que es hoy cuestionada, lejos de desconocer el texto de la ley, actúa de conformidad. La ley procesal penal le reconoce la potestad a la víctima de decidir, unilateralmente, sobre la aplicación de la suspensión del proceso a prueba y la conciliación, y el representante del Estado actúa en ejercicio de dicha facultad. La negativa de aceptar la solución alterna en los procesos de delitos contenidos en la Ley de Armas y conducción temeraria, se ajusta a las posibilidades dadas por el Código Procesal Penal, y siendo así, no podría considerarse una posición irrazonable ni desproporcionada. La argumentación del accionante parece pasar por alto que las medidas de solución alterna al proceso penal no constituyen un derecho del imputado, así como la condición de víctima del Estado y los alcances de la participación de este sujeto procesal. El accionante Quirós Sánchez, cuestiona la legitimación de la Procuraduría para representar a la víctima en los delitos de conducción temeraria, argumentando que se trata de un delito contra los medios de transporte. Aún y cuando parece ser un reclamo característico de legalidad y no de constitucionalidad, interesa señalar que la intervención de la Procuraduría en esos procesos penales, se fundamenta en la creencia de que su comisión ofende directamente al Estado, debido a que la conducta típica implica una desobediencia a la normativa que regula la conducción vehicular, cuya vigilancia está encargada al Ministerio de Obras Públicas y Transportes. Asimismo, que los tribunales de justicia y los fiscales de la República, en forma muy representativa, han considerado al Estado como la víctima penal en los delitos de conducción temeraria, y convocan a la Procuraduría en su condición de mandatario judicial para que lo represente en todos los actos procedimentales que corresponda. El licenciado Álvaro Justo Quirós, también reclama una violación al principio de imparcialidad del juez, cuando alega que la aplicación de las medidas de solución alterna constituye una potestad del juez, y que éste no puede, en el ejercicio de dicha competencia, ser indirectamente vinculado por una directriz de la Procuraduría General de la República. El principio de imparcialidad reclama del juzgador una imparcialidad tanto personal como institucional respecto al asunto sometido a su conocimiento, al demandar una posición neutral de los jueces respecto a los hechos históricos que se discuten; y no se entiende de qué manera podría la política interna de la Procuraduría, afectar esa condición que se le exige al juez. Es claro que la Procuraduría General de la República es el órgano superior consultivo de la Administración, y que sus dictámenes son de acatamiento obligatorio para la Administración Pública, tal y como lo señala el accionante, pero es evidente, que las políticas institucionales internas no son parte del ejercicio de dicha función, ni tienen los efectos vinculantes indicados. El quebranto al principio de legalidad constitucional es reclamado por ambos accionantes. Quirós Sánchez, argumenta que sólo a través de tipos penales, y no por medio de una directriz de rechazo de medidas de solución alterna, puede provocarse el necesario juicio oral y público con la eventual condenatoria y anotación en el Registro Judicial. Por su parte, el accionante Walter Niehaus acusa que la directriz de la Procuraduría deja sin efecto el artículo 25 del Código Procesal Penal, y que el representante del Estado, aún en su condición de víctima, no puede introducir una prohibición contraria a la voluntad del legislador, eliminando el derecho de negociar que otorga el Código Procesal Penal. Asimismo, sostiene que la Procuraduría General tiene que aceptar su naturaleza jurídica, su condición de ente público, y no puede en algunos casos, acogerse a los principios de voluntad que rigen a los privados, porque según lo ha dicho la Sala Constitucional, los órganos y entes públicos no son titulares de derechos fundamentales. La infracción al principio de legalidad constitucional alegada por los accionantes no se concreta por las razones mencionadas a continuación. En primer lugar, porque la posición institucional que niega la suspensión del proceso a prueba o conciliación en los procesos por los delitos referidos, no repercute de ninguna manera en la tipificación de las conductas atribuidas al imputado, como tampoco en el procedimiento ordinario previsto para el enjuiciamiento de las conductas constitutivas de delito. El derecho del imputado a ser juzgado conforme al debido proceso, se mantiene incólume. En segundo lugar, porque la Procuraduría General de la República queda facultada por los artículos 25 y 36 del Código Procesal Penal, cuando participa en representación del Estado-víctima, para aceptar o negar la suspensión del proceso a prueba o la conciliación. En tercer lugar, porque con la introducción de las políticas cuestionadas no se deja sin efecto el artículo 25 del Código Procesal Penal, se introduce una prohibición contraria a la voluntad del legislador, ni elimina el derecho de negociar. La voluntad del legislador precisamente fue la de condicionar la aplicación de las medidas de solución alterna a la

manifestación de aceptación de la víctima del delito, pretendiendo con ello, restaurar los derechos de la víctima y devolverle el protagonismo en la solución del conflicto. Además, la legislación procesal penal en ningún momento reconoce al imputado un derecho de negociar o a que se le beneficie con la aplicación de las medidas de solución alterna, criterio sostenido reiteradamente por la jurisprudencia tanto de este Tribunal Constitucional como de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Finalmente, porque la Procuraduría General en su actuación como representante de la víctima, no actúa en ejercicio de un derecho fundamental, sino de una potestad procesal, y se sujeta a los términos exigidos por la ley procesal penal. Ambos accionantes, denuncian que la política institucional de la Procuraduría afecta el principio de lesividad. La Procuraduría, al emitir los lineamientos que orientan la aplicación de medidas alternas en delitos contenidos en la Ley de Armas y conducción temeraria, no está actuando en ejercicio del poder punitivo del Estado, sino como mandatario judicial del Estado dentro de un proceso penal. El principio de lesividad es un límite al *ius puniendi*, que se manifiesta como una prohibición para el legislador de declarar penalmente prohibidas conductas que no tutelan bienes jurídicos, entendidos éstos como valores o intereses fundamentales de la sociedad. Las políticas institucionales de la Procuraduría, únicamente están destinadas a regular lo que corresponde en delitos de conducción temeraria. Dichos lineamientos no entran a emitir pronunciamiento alguno, sobre la posición institucional asumida respecto a otros delitos que pudieran ser cometidos como resultado de una conducción bajo los efectos de las drogas o el alcohol. El defensor Álvaro Justo Quirós, asegura que las políticas institucionales de la Procuraduría General desconocen que el Estado no está capacitado ni facultado para investigar, acusar, juzgar y penalizar todos los delitos, y, además, pasan por alto que el Estado es garante pero no poseedor de los bienes jurídicos protegidos de los habitantes. La argumentación que acompaña el reclamo del accionante, no explica la infracción alegada al principio de tutela judicial efectiva y justicia pronta. Las exigencias derivadas de los principios de igualdad, proporcionalidad, y razonabilidad, no son oponibles a la actuación de una parte procesal, como lo sería la Procuraduría, en los casos en que representa al Estado-víctima en delitos contenidos en la Ley de Armas y conducción temeraria. La víctima del delito es un sujeto procesal, que actúa en lo que interesa, en ejercicio de una potestad reconocida por el Código Procesal Penal, que le permite decidir unilateralmente si acepta o rechaza la aplicación de la suspensión del proceso a prueba o la conciliación, sin que, para ello, deba ajustarse a los términos desarrollados en casos anteriores o similares. El accionante Niehaus Bonilla le atribuye a la política institucional una supuesta afectación al principio de irretroactividad de las leyes, que fundamenta manifestando que, los lineamientos cuestionados son de aplicación para todos los juzgados a partir de su emisión, y no diferencian entre aquellos acaecidos con anterioridad a su promulgación. En el planteamiento analizado, el accionante parte de una premisa incorrecta cuando le reconoce el carácter y los efectos de una ley, a las políticas internas establecidas por la Procuraduría. Lo cuestionado es una política institucional de carácter interno, un instrumento extra procesal cuyo objetivo radica en orientar a los procuradores penales en la atención de las propuestas de solución alterna planteadas en procesos seguidos por delitos contenidos en la Ley de Armas o el delito de conducción temeraria. Es evidente que la prohibición de irretroactividad de las leyes penales no aplica respecto a un instrumento como el emitido por la Procuraduría. A modo de conclusión, considera la Procuraduría, que no encuentra motivo alguno para considerar que, las políticas institucionales emitidas para guiar la actuación de los procuradores penales en la atención de las propuestas de suspensión del proceso a prueba o conciliación formuladas en procesos seguidos por delitos contenidos en la Ley de Armas o conducción temeraria, vulneran el bloque de constitucionalidad.

7.- El Fiscal General de la República señala en el informe visible a folios 257 a 267 del expediente, que resulta medular para el mejor entendimiento de la capacidad de legitimación de la Procuraduría General de la República en asuntos de naturaleza penal, hacer una reseña histórica sobre las funciones de ese ente y del Ministerio Público. La primera norma orgánica del Ministerio Público fue la ley número 34 del veintisiete de diciembre de 1887 (reformada por Ley número 16 del 16 de abril de 1895, ley número 21 del 14 de junio de 1895 y ley número 9 del 1 de junio de 1916). Según el artículo 7 de ese cuerpo normativo correspondía al promotor fiscal, quien se desempeñaba como jefe del Ministerio Público. “1.- Representar judicialmente la Hacienda Pública; 2.- Representar los intereses públicos en todo negocio contencioso administrativo; 3.- Representar la vindicta pública ante el Supremo Tribunal de Justicia; 4.- Representar ante el Supremo Tribunal de Justicia las corporaciones municipales, de instrucción pública y de beneficencia, cuando no tengan allí representación propia y sea para ello requerido.” En ese mismo orden de ideas, de acuerdo al ordinal 10 del citado compendio legal, correspondía a los agentes fiscales: “1.- Promover el juzgamiento de los delitos públicos que se cometan en su provincia o comarca, y representar a la vindicta pública en las causas que se sigan ante los tribunales de su residencia; 2.- Representar judicialmente las Corporaciones Municipales, de Instrucción Pública y de Beneficencia de su provincia o comarca, cuando para ello sean requeridos; 3.- Representar la Hacienda Pública en los negocios que le encomiende el Promotor Fiscal; 4.- Desempeñar las demás funciones que las leyes civiles y de procedimientos encargan al Ministerio Público.” Esta norma fue derogada por la Ley Orgánica del Ministerio Público número 35 del trece de julio de mil novecientos dieciséis, que a su vez fue reformada en su totalidad por la Ley número 33 del primero de diciembre de mil novecientos veintiocho. En esa legislación se adscribió el Ministerio Público al Poder Ejecutivo a través de la Secretaría de Estado en el despacho de Justicia. Este cuerpo normativo no establecía de modo general las funciones que debía cumplir el Ministerio Público, sin embargo, sí hacía referencia a las atribuciones y deberes de cada uno de sus miembros. Es así como la norma dispuso –en lo atinente a las funciones del Jefe del Ministerio Público- “1.- Velar por el exacto cumplimiento de las leyes, reglamentos, acuerdos y resoluciones concernientes al Ministerio Público; 2.- Ejercer la jurisdicción disciplinaria sobre todos los demás funcionarios y todos los subalternos del Ministerio Público; 3.- Dar a sus subordinados las instrucciones y consejos que estime necesarios para el exacto cumplimiento de sus obligaciones; 4.- Dar al Poder Ejecutivo los informes y dictámenes que le pida con relación a los asuntos que incumben al Ministerio Público; 5.- Todas las que naturalmente se deriven de las especificadas o de otras disposiciones legales; 6.- Ser abogado consultor del Poder Ejecutivo y dar opinión legal de los reclamos y cuestiones que se le presenten de carácter jurídico o contencioso.” Adicionalmente, la reforma legal estableció como funciones del Primer Promotor Fiscal “1.- Representar al Estado como persona moral en todos los negocios que se ventilen o deban ventilarse ante los Tribunales de Justicia, y que interesen al mismo en tal concepto; 2.- Representar a la Administración como Poder Público en los juicios contencioso administrativos propiamente dichos que se sigan o establezcan contra ella; 3.- Intervenir cuando al efecto sea debidamente comisionado, en las escrituras de garantía que rindan los funcionarios de Justicia, los de Hacienda y los notarios o cartularios públicos; 4.- Dar los informes y dictámenes que acerca de los asuntos de su incumbencia, le pida su inmediato superior.” Respecto de las tareas funciones del Segundo Promotor Fiscal –en su momento histórico- se ordenó que le incumbía “1.- Representar al Estado velando por la integridad de los bienes que constituyan la Hacienda Nacional, especialmente por la de los terrenos que por cualquiera causa pertenezcan a la Nación. En consecuencia,

usando de todos los medios y recursos legales, debe oponerse a cuanto tienda a usurpar esos bienes, a menoscabarlos o a establecer en ellos servidumbres o gravámenes; debe reclamar en la vía civil o en la penal contra los actos ejecutados con daño o perjuicio de los mismos bienes, y exigir judicialmente la indemnización que corresponda. Y, con el fin de prevenir los males indicados, debe requerir el auxilio inmediato de todas las autoridades de la República; 2.- Intervenir en representación de los intereses del Estado en los expedientes y juicios relativos a denuncias de tierras baldías y de minas, en los referentes a la adquisición de derechos sobre bienes nacionales o transmisión de ellos, y, en general, en todos los negocios que tocante a ellos se ventilen o deban ventilarse ante las autoridades de justicia; 3.- Intervenir asimismo en los procesos que se sigan o deban seguirse ante los tribunales de justicia de la capital de la República por delitos en daño de la Hacienda Nacional, calificar las garantías para la excarcelación y reclamar el pago de las multas que en ellas sean impuestas; de su incumbencia, le pida su inmediato superior; 4.- Dar los informes y dictámenes que acerca de los negocios.” Asimismo, la Ley número 35 dispuso como atribuciones y deberes del Fiscal de Corte “1.- Intervenir en todos los procesos criminales ante las Salas de la Corte Suprema de Justicia; 2.- Representar ante las mismas Salas a las corporaciones municipales, de educación o de beneficencia pública, en los negocios judiciales en que estas hayan formalmente requerido su intervención” Por último, sobre las facultades de los agentes fiscales indicaba que era “1.- Promover el juzgamiento de los delitos públicos que se cometan en la provincia o circuito judicial en que los mismos funcionarios debe ejercer sus funciones, e intervenir como representantes del Ministerio Público en los procesos criminales que se sigan ante los jueces. Cuando faltaren de palabra o por escrito o por obra a sus superiores en el orden jerárquico o a las autoridades judiciales. 2. Cuando traspasaren los límites naturales de su autoridad respecto a sus subalternos; 3.- Cuando faltaren gravemente a las consideraciones debidas a sus iguales y a los que acudan a ellos para asuntos del servicio; 4.- Cuando sin licencia no asistieren a sus despachos en las horas o en los días en que tiene obligación de asistir; 5.- Cuando a los funcionarios infringieron las prohibiciones contenidas en el artículo 7 de esta ley.” Posteriormente vía ley número 40 del dos de junio de mil novecientos cuarenta y ocho, se creó la Procuraduría General de la República como una institución adscrita al Ministerio de Justicia. Ante la reorganización de las funciones que se realiza para este período coincidente con la Junta Fundadora de la Segunda República, se estableció que, de manera provisional, mientras se promulgaba una ley general que regulara a la Procuraduría General de la República, adscribir a ella todas las funciones que anteriormente desempeñaba el Ministerio Público. En este orden lógico, amén del artículo 1 de la Ley, se estatuyó como función de la Procuraduría General de la República fungir como “centro superior consultivo y directivo de todos los asuntos de naturaleza civil, criminal, administrativa o de trabajo en que tenga interés la Administración Pública” Adicionalmente, el mismo artículo indicó “Como centro directivo ejercerá la inspección y dirección de todos los servicios encomendados al cuerpo de abogados del Estado, dictará las órdenes e instrucciones precisas para fijar unidad de criterio y propondrá la resolución correspondiente, o la adoptará por su propia cuenta, según proceda, en todos los asuntos cuyo conocimiento le está reservado o se le confiera en lo sucesivo. Como centro consultivo, asesorará en derecho a la Administración central en general y a los establecimientos públicos y empresas del Estado y a aquellos otros organismos que leyes especiales indiquen.” Igualmente, a través de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se estableció en el artículo 15 que “La representación y defensa de la Administración del Estado, ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, corresponderá a la Procuraduría General de la República” Luego por medio de la Ley 3848 del diez de enero de mil novecientos sesenta y siete, se decretó una nueva Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. Así las cosas, en el Código de Procedimientos Penales de 1973, que entró en vigencia en 1975, el Ministerio Público pasa a ser una dependencia del Poder Judicial, con la tarea de ejercer la acción penal en la forma prevista en la ley, ejercer la sumaria previa a la citación y la acción civil, independizándose de este modo de la Procuraduría General de la República. El numeral 5 de este cuerpo normativo definió el monopolio del ejercicio de la acción penal al disponer en su párrafo primero que: “[...] La acción penal pública será ejercida exclusivamente por el Ministerio Público, el que deberá iniciarla de oficio”. Sin embargo, el artículo segundo del mismo numeral refiere “No obstante lo anterior, en los delitos contra la seguridad de la nación, la tranquilidad pública, los poderes públicos, el orden constitucional, el ambiente, la zona marítimo terrestre y la hacienda pública, la Procuraduría General de la República también podrá ejercer directamente esa acción, sin estar subordinada a las actuaciones y a las decisiones del Ministerio Público. En los asuntos que se inicien por acción de la Procuraduría, ésta se tendrá como parte y podrá ejercitar los mismos recursos que este Código le concede al Ministerio Público.” Con vista en la redistribución de funciones establecida en el Código de Procedimientos Penales, el 27 de octubre de 1982, se emitió la ley número 6815 denominada Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, en la cual se delimitó la competencia actual de dicho ente con independencia funcional y de criterio del ejercicio de sus funciones. De acuerdo a la naturaleza fijada mediante la ley citada supra, la Procuraduría se erige como un “órgano superior consultivo, técnico-jurídico, de la Administración Pública y el representante legal del Estado en las materias propias de su competencia.” Según la Ley Orgánica vigente, corresponde a la Procuraduría General, en relación con el proceso penal: d) Intervenir en las causas penales, de acuerdo con lo que al efecto disponen esta ley y el Código de Procedimientos Penales. e) Interponer el recurso de revisión contra las sentencias de los tribunales del país, y contestar las audiencias que se le otorguen en los recursos de inconstitucionalidad. f) Cumplir con las actuaciones, facultades y deberes que el Código de Procedimientos Civiles y otras leyes atribuyen al Ministerio Público. Se exceptúan las materias de índole penal. g) Defender a los servidores del Estado cuando se siga causa penal contra ellos por actos o hechos en que participen en el cumplimiento de sus funciones. En ningún caso podrá defenderse a servidores que hayan cometido delito contra los intereses de la Administración Pública o hayan violado los derechos humanos, o cuando se trate de ilícitos cuyo conocimiento corresponda a la Jurisdicción Penal de Hacienda y de la Función Pública. h) Realizar las acciones administrativas necesarias para prevenir, detectar y erradicar la corrupción e incrementar la ética y la transparencia en la función pública, así como denunciar y acusar ante los tribunales de justicia a los funcionarios públicos y las personas privadas cuyo proceder exprese actos ilícitos vinculados con el ejercicio de su cargo o con ocasión de éste, en las materias competencia de la Jurisdicción Penal de Hacienda y de la Función Pública. En el caso de personas privadas, la competencia de la Procuraduría se ejercerá únicamente cuando estos sujetos administren por cualquier medio bienes o fondos públicos, reciban beneficios provenientes de subsidios o incentivos con fondos públicos o participen, de cualquier manera, en el ilícito penal cometido por los funcionarios públicos. Lo anterior sin perjuicio de su deber de poner tales hechos y conductas en conocimiento de las respectivas instancias administrativas de control y fiscalización, para lo que corresponda en su ámbito de competencia. I) Actuar en defensa del patrimonio nacional, de los recursos existentes en la zona marítimo terrestre, el mar territorial, la zona económico exclusiva y la plataforma continental. Tomar las acciones legales procedentes en salvaguarda del medio, con el fin de garantizar el derecho constitucional de toda

persona a un ambiente sano y ecológicamente. Velar por la aplicación correcta de convenios, tratados internacionales, leyes, reglamentos y otras disposiciones sobre esas materias. Investigar, de oficio o a petición de parte, toda acción u omisión que infrinja la normativa indicada. Ser tenida como parte, desde el inicio del procedimiento, en los procesos penales en que se impute la comisión de una infracción o la violación de la legislación ambiental y de la Ley sobre la Zona Marítimo Terrestre. Para ello, podrá ejercitar la acción penal, de oficio, sin estar subordinada a las actuaciones y las decisiones del Ministerio Público; interponer los mismos recursos que el Código Procedimientos Penales concede a aquel y ejercer la acción civil resarcitoria. j) Tomar las acciones legales en resguardo de los intereses de los consumidores (derogado tácitamente por el artículo 32 de la Ley número 7319 del 17 de noviembre de mil novecientos noventa y nueve). k) Intervenir, en representación de los intereses del Estado, en todos los demás asuntos que señalen las leyes del país. l) Proponer y acordar arreglos o convenios durante la tramitación de cualquier proceso, cuando valore su procedencia y oportunidad. n) Cualesquiera otras que las leyes le confieran.” Respecto del Ministerio Público, no es sino hasta el veinticinco de octubre de mil novecientos noventa y cuatro, mediante la Ley número 7442 que el órgano con independencia funcional vuelve a ser regulado por una ley orgánica exclusiva. Según este nuevo cuerpo legal: “[...] El Ministerio Público tiene la función de requerir ante los tribunales penales la aplicación de la ley, mediante el ejercicio de la acción penal y la realización de la investigación preparatoria en los delitos de acción pública”. Agrega el mismo numeral que “Deberá intervenir en el procedimiento de ejecución penal, en la defensa civil de la víctima cuando corresponda y asumir las demás funciones que la ley le asigne.” A pesar de establecerse el principio de legalidad procesal (obligatoriedad del ejercicio de la acción penal) el párrafo segundo del numeral de este cuerpo normativo introduce el principio de oportunidad al disponer “No obstante, cuando la ley lo faculte, previa autorización del superior, el representante del Ministerio Público podrá solicitar que se prescinda, total o parcialmente, de la persecución penal, que se limite a alguna o varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho.” Desde la óptica procedimental, tratándose del acaecimiento del delito de conducción temeraria e infracción a la Ley de Armas y Explosivos, para la aplicación de una salida alterna debe acudirse a la suspensión del proceso a prueba. El Código de Procedimientos Penales de 1973 fue derogado por la Ley número 7594 emitida el cuatro de junio de mil novecientos noventa y seis. Con la entrada en vigencia de ese cuerpo normativo en mil novecientos noventa y seis, el papel del Ministerio Público y la Procuraduría General de la República en el proceso penal, se especifica, ya que sus leyes orgánicas son anteriores (1994 y 1982 respectivamente). En este sentido, se realiza el análisis sistemático de la normativa procesal vigente, la Ley Orgánica del Ministerio Público, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y el resto del ordenamiento jurídico para determinar la competencia del Ministerio Público para la procedibilidad de la suspensión del proceso a prueba. La suspensión del proceso a prueba se puede conceptualizar como “...un instituto aplicable a quien comete por primera vez un delito leve, que permite una condena de ejecución condicional, para evitar los efectos negativos de las penas cortas privativas de libertad y la estigmatización que podría ocasionarle la celebración del debate oral y público, y el consecuente dictado de una sentencia condenatoria. Se trata de un supuesto de paralización temporal del ejercicio de la pretensión punitiva del Estado que puede disponerse a medida de la persona sometida al proceso, por el cual se le imponen ciertas reglas y condiciones durante un período de tiempo (prueba) de modo tal que, si el imputado cumple con éstas, la acción se extingue, y en caso de incumplimiento el proceso se reanuda. En efecto, el imputado y en algunos países también el fiscal solicita la suspensión del proceso a cambio de realizar determinadas tareas comunitarias y repara el daño ocasionado por el delito en la medida de sus posibilidades, sin que esto implique una confesión sobre el hecho o la aceptación de su responsabilidad penal. En orden a ello, y con la conformidad de las partes, se suspende el proceso por un tiempo razonable en el que deberá cumplir con las obligaciones impuestas. Transcurrido ese plazo, si la suspensión no es revocada se produce la extinción de la acción penal.” El procedimiento para la aplicación de la suspensión del proceso a prueba se regula en el artículo 25 del Código Procesal Penal. De acuerdo al párrafo primero de ese numeral: “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.” Los párrafos segundo y tercero del mencionado numeral adicionan una serie de requisitos para la procedencia de la suspensión del proceso. El párrafo segundo indica “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”; mientras el párrafo tercero señala “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.” Del análisis de los extractos del numeral 25 del Código Procesal Penal se puede concluir que existen una serie de presupuestos positivos y negativos para la procedencia de la suspensión del proceso a prueba: Presupuestos positivos: A) Cuando proceda la suspensión condicional de la pena o en delitos sancionados exclusivamente con penas no privativas de libertad: La suspensión condicional procede cuando la pena a imponer sea igual o menor a 3 años de prisión o extrañamiento. Adicionalmente, de acuerdo al artículo 50 del Código Penal, las penas principales distintas a la prisión son el extrañamiento, multa e inhabilitación. B) Proponer un plan de reparación del daño (conciliación, reparación natural del daño o reparación simbólica) C) Manifestación de la conformidad de la víctima con la suspensión del proceso a prueba. El artículo 60 establece quiénes pueden ser considerados como víctimas de un delito. Según dicho numeral son víctimas: la persona directamente ofendida por el delito; el cónyuge, la persona conviviente con más dos años de vida en común, el hijo o la hija, la madre y el padre adoptivos, los parientes dentro del tercer grado de consanguinidad o el segundo de afinidad y el heredero declarado judicialmente, en los delitos cuyo resultado sea la muerte del ofendido; las personas socias, asociados o miembros, respecto de los delitos que afecten a una persona jurídica, cometidos por quienes la dirigen, administran o controlan; y las asociaciones, fundaciones y otros entes que tengan carácter registral, en los delitos que afecten intereses colectivos o difusos, siempre que el objeto de la agrupación se vincule directamente con esos intereses. El último de los supuestos establecidos por el superior en el tanto se refiere a la afectación de intereses colectivos y difusos. Para Ramírez Altamirano “Alguna doctrina distingue entre intereses colectivos y difusos, básicamente por la representatividad. Así los intereses de la colectividad se identifican con los de la nación, con los de todos los individuos que componen la colectividad nacional. Son de la más amplia concurrencia y por ende es muy difícil que pueda encontrarse o identificarse una lesión

individual. Se refieren, por lo general, a la defensa patrimonial social, bienes de utilidad pública, actividades de interés público, medio ambiente, patrimonio cultural o artístico. Intereses difusos son intereses de sectores diferenciados dentro de la colectividad, pero que no tienen una conciencia clara de grupo, no están organizados. Siendo los intereses colectivos y los difusos de pertenencia común a muchos, pero no de nadie en exclusividad, su defensa por parte de un individuo ha de ser necesariamente en representación del interés de todos los afectados con el acto o la omisión impugnados.” Para Rivero Sánchez “...Otros indican que no es posible distinguir entre ambos conceptos, pues el carácter plural y la generalidad de los sujetos eventualmente conectados a los mismos, coloca los intereses colectivos y difusos en íntima conexión sin que sea fácil delimitar los contornos conceptuales de unos y otros.” El concepto de intereses difusos ha sido definido por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia mediante el voto 503-94 de las quince horas quince minutos del veintiséis de enero de mil novecientos noventa y cuatro al disponer que “Los intereses difusos, aunque de difícil definición y más difícil identificación, no pueden ser en nuestra Ley –como ya lo ha dicho esta Sala- los intereses meramente colectivos; ni tampoco tan difusos que su titularidad se confunda con la de la comunidad nacional como un todo, ni tan concretos que frente a ellos resulten identificadas o fácilmente identificables personas determinadas, o grupos personalizados, cuya legitimación derivaría, no de los intereses difusos, sino de los corporativos o que atañen a una comunidad en su conjunto. Se trata, entonces, de intereses individuales, pero, a la vez, diluidos en conjuntos más o menos extensos y amorfos de personas que comparten un interés y, por ende, reciben un beneficio o un perjuicio, actual o potencial, más o menos igual para todos, por lo que con acierto se dice que se trata de intereses iguales de los conjuntos de personas que se encuentran en determinadas situaciones y, a la vez, de cada una de ellas. Es decir, los intereses difusos participan de una doble naturaleza, ya que son a la vez colectivos –por ser comunes a una generalidad- e individuales, por lo que pueden ser reclamados en tal carácter.” Posteriormente la Sala Constitucional mediante resolución 2005-1538 de las 14:56 horas del quince de febrero del dos mil cinco, precisó el concepto de intereses difusos. En relación con el interés colectivo, en virtud del análisis del artículo de la Ley de Jurisdicción Constitucional, la Sala lo ha conceptualizado al indicar “la Sala ha señalado que tal concepto se refiere a la legitimación que ostenta un grupo corporativo, cuando actúa como tal por intermedio de sus representantes, en defensa de los derechos e intereses de las personas que conforman su base asociativa, y en relación con normas o disposiciones que inciden en aquél núcleo de derechos o intereses que constituye la razón de ser y el factor aglutinante de la agrupación.” Para la Sala Tercera de la Corte, “El colectivo se refiere al que es propio de un grupo que se une, de hecho, o de derecho, en procura de perseguir un fin específico. En cambio, el difuso atañe al individuo por el simple hecho de ser integrante de la sociedad y le permite reclamar por algo que no afecta a un sujeto determinado, de modo que no puede establecerse un titular del derecho al resarcimiento, sino que es sufrido por la generalidad de individuos con la misma intensidad.” D) Condiciones que está dispuesto a cumplir el imputado. Estas condiciones pueden ser propuestas por el imputado o referirse a alguna de las dispuestas en el artículo 26 del Código Procesal Penal: residir en un lugar determinado; frecuentar determinados lugares o personas; abstenerse de consumir drogas o estupefacientes o de abusar de las bebidas alcohólicas; participar en programas especiales de tratamiento con el fin de abstenerse de consumir drogas, bebidas alcohólicas o cometer hechos delictivos, comenzar o finalizar la escolaridad primaria si no lo ha cumplido, aprender una profesión u oficio o seguir cursos de capacitación en el lugar o la institución que determine el tribunal; prestar servicios o labores a favor del Estado o instituciones de bien público; someterse a un tratamiento médico o psicológico, si es necesario; permanecer en un trabajo o empleo, o adoptar, en el plazo que el tribunal determine, un oficio, arte, industria o determine el tribunal; no poseer o portar armas o no conducir vehículos. E) Admisión de los hechos por parte del imputado. Presupuestos negativos: No procede la aplicación de la suspensión del procedimiento a prueba cuando: A) Se trate de delitos dolosos. Al adoptar el legislador el sistema “numerus clausus” los delitos previstos en las normas penales son de tipo dolosos y salvo que la norma indique de forma expresa que es un delito culposo. B) Cuando el hecho haya sido cometido con fuerza sobre las cosas o violencia sobre las personas. La fuerza es la actividad desplegada por el sujeto para vencer la resistencia que pueda tener el objeto o cosa sobre la que recae la acción. Adicionalmente, la fuerza considerada desde el punto de vista jurídico penal, requiere adicionalmente, que tenga efectos destructivos sobre la cosa en la cual recae. La violencia, por otra parte, es considerada como el uso de energía por parte de sujeto para vencer la resistencia, en este caso no la del objeto, sino la del sujeto sobre el cual rehace la acción. Al quedar imposibilitado para aplicar la suspensión del proceso a prueba en los casos donde el delito se cometa con fuerza sobre las cosas o violencia sobre las personas, se prohíbe prima facie su aplicación en los delitos robo y sus agravantes (sin que se limite a estos) por cuanto estos elementos son integrantes del tipo penal y por tanto de necesaria presencia para la configuración del delito. C) 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. De acuerdo al artículo 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, esta tiene legitimación para “[...] Actuar en defensa del patrimonio nacional, de los recursos existentes en la zona marítimo terrestre, el mar territorial, la zona económica exclusiva y la plataforma continental. Tomar las acciones legales procedentes en salvaguarda del medio, con el fin de garantizar el derecho constitucional de toda persona a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.” Según lo establece el Código Procesal Penal en su artículo 16, párrafo segundo: “[...] 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, número 7557 del veinte de octubre de mil novecientos noventa y cinco; la Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, número 7558 del tres de noviembre de mil novecientos noventa y cinco y la Ley contra el enriquecimiento ilícito de los servidores públicos, número 6872 del diecisiete de junio de mil novecientos ochenta y tres, 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, ésta se tendrá como parte y podrá ejercer los mismos recursos que el presente Código le concede al Ministerio Público.” 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. 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”. En este orden de ideas, con base en el procedimiento establecido en el párrafo tercero del artículo 25 del Código Procesal Penal, para la aplicación del instituto de la suspensión del proceso a prueba es requisito que la víctima manifieste su conformidad con tal procedimiento. Bajo esa misma óptica, el párrafo cuarto aludido indica que se debe oír a la víctima de domicilio conocido. A raíz de las disposiciones descritas, si en el proceso penal, aún, admitiendo que la Procuraduría General de la República ejerce la representación del Estado como víctima ante la lesión de intereses difusos, la lesión sobre el patrimonio nacional, los recursos existentes en la zona marítimo terrestre, el mar territorial, la zona económica exclusiva y la plataforma continental o 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, la Ley contra la corrupción y el enriquecimiento ilícito en la función pública, si la Procuraduría General de la República no se encuentra apersonada al proceso, es posible aplicar la suspensión del proceso a prueba sin su presencia. En consonancia con estos supuestos afirma Houed Vega: “...Antes de la reforma introducida por la ley 8146 del treinta de noviembre del dos mil uno el código exigía el consentimiento de la víctima como requisito esencial de la suspensión del proceso a prueba. El punto fue objeto de una ardua discusión durante el trámite legislativo que dio origen a la reforma, prevaleciendo la tesis de que la víctima ha de aceptar tanto el plan de reparación como la aplicación del instituto mismo. Ha de hacerse notar que se trata de la víctima de “domicilio conocido” y es a ésta a quien debe convocarse a audiencia para escuchar su criterio, por tanto, si no hay víctima detectable no se puede exigir este requisito como requisito de admisibilidad de la suspensión.” También en similar enfoque, según el oficio 10-6-1998 de la Oficina Auxiliar de la Comisión de Asuntos Penales “[...] Lo anterior significa entonces que la Procuraduría puede, mas no debe, intervenir en la promoción de la acción penal en los casos de los delitos estipulados en el artículo 16, por lo que puede darse el caso de que, en esas delictivas, siendo por el contrario un particular y otra entidad del Poder Ejecutivo quien denuncie, y el Ministerio Público quien ejerza, dicha acción penal. Entendemos que este es el caso que se está dando en la práctica, razón por la cual no es necesario que la Procuraduría sea llamada a intervenir como representante de los intereses difusos afectados, pues es una iniciativa que debe de nacer de los Procuradores mismos. Basta, al contrario, con que los personeros de la entidad denunciante (oficina pública, asociación privada o ciudadano común) accedan a la conciliación, a la aplicación de un criterio de oportunidad, a la reparación integral del daño, etc. para que estos institutos sean aplicados en todas sus consecuencias, a la reparación integral del daño, etc. para que estos institutos sean aplicados en todas sus consecuencias, siempre y cuando en el caso concreto se cumple con todos los requisitos de ley. En este punto no puede olvidarse que uno de los principios-meta más notables del nuevo ordenamiento procesal es la solución efectiva del conflicto (artículo 7) razón por la cual debe interpretarse ampliativamente todas las normas que pretenden alcanzar esa finalidad. 7.- Por las razones expuestas, habría que contestar afirmativamente la duda suya respecto a si aplicable el instituto del proceso a prueba, pues para este supuesto también valen las argumentaciones dadas.” La Sala Constitucional, con ocasión de una consulta facultativa del Juzgado Penal de Sarapiquí en donde se tramitaba una causa por Infracción a la Ley de Armas y Explosivos en que la Procuraduría General de la República se abstuvo de intervenir por considerar que el Estado no es víctima en esos casos, ni se trataba de la tutela de intereses difusos, señaló: “...Por otra parte, no cabe duda de que si no corresponde a la Procuraduría actuar como representante del Estado dentro de determinado proceso penal, de conformidad con lo que disponen las leyes correspondientes podrá hacerlo el Ministerio Público, como órgano encargado de representar los intereses de la colectividad dentro del proceso penal, a falta de una víctima determinada.” Solicita el Fiscal General de la República que se declare con lugar la acción, por cuanto, en el régimen procesal penal costarricense, la Fiscalía es el órgano designado legalmente para llevar a cabo la acción penal pública con independencia funcional. Asimismo, en los supuestos en que se hayan cometido delitos que no afecten víctimas determinadas o individualizables, como ocurre con los ilícitos de conducción temeraria e infracciones a la Ley de Armas y Explosivos, que atentan contra la seguridad común, el Ministerio Público es el encargado de representar los intereses de la colectividad, y sobre la base de ello, en los delitos referidos, precisamente por el monopolio que detenta en cuanto a la acción penal se refiere, está legitimado para solicitar la aplicación de salidas alternativas, como lo es en particular, la suspensión del proceso a prueba, sin que se necesite como requisito la autorización de la Procuraduría General de la República, pues la política de persecución penal es una facultad del Ministerio Público. Nótese que la Procuraduría General de la República, con vista en su ley orgánica y el ordinal 16 del Código Procesal Penal, únicamente tiene legitimación para participar como víctima en el proceso cuando se trate de la lesión de intereses difusos, acciones iniciadas por ella, la lesión sobre el patrimonio nacional, los recursos existentes en la zona marítimo terrestre, el mar territorial, la zona económica exclusiva y la plataforma continental o 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. Por tanto, si no está en presencia del catálogo de delitos antes citado, la Procuraduría no puede participar activamente como víctima en el proceso y menos aún, restringir a las partes y al propio Ministerio Público, la aplicación de salidas alternas. 8.- Los edictos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 81 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional fueron publicados en los números 233, 234 y 235 de los días 1, 2 y 3 de diciembre del dos mil diez. (folio 256). 9.- Por considerarse innecesario, se prescinde de la celebración de la audiencia oral y pública prevista en los artículos 10 y 85 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. 10.- En los procedimientos se ha cumplido las prescripciones de ley. Redacta la Magistrada Calzada Miranda; y, Considerando: I.- Objeto de la acción. Se impugnan las instrucciones de carácter general o circulares giradas en forma verbal por la Procuradora General de la República, según las cuales, se ordena a los procuradores penales rechazar las propuestas de negociación de medidas alternativas al proceso penal en las causas por delitos de infracción a la Ley de Armas, conducción temeraria y contra la Autoridad Pública. Estiman los accionantes que esas instrucciones o circulares verbales vulneran los principios de legalidad, debido proceso, defensa, tutela judicial efectiva, justicia pronta y cumplida, seguridad jurídica, igualdad, razonabilidad, lesividad, irretroactividad y el de última ratio, previstos en los artículos 28, 33, 34, 39, 41, 153 y 154 de la Constitución Política. Señalan que la determinación de la política criminal del Estado compete al Poder Legislativo a través de la ley, de forma que si dentro del procedimiento se encuentra la solución del conflicto y el restablecimiento de los derechos de la víctima; el rechazo indiscriminado de cualquier solución al conflicto constituye una interpretación restrictiva que no favorece la libertad del imputado. Aducen que las instrucciones de la Procuradora no se encuentran fundamentadas y que si bien, la aplicación de las medidas no es un derecho del imputado, en cada caso se debe acreditar el

cumplimiento de los requisitos y fundamentar el mérito, razonabilidad y proporcionalidad de la medida, así como el restablecimiento de los derechos de la víctima. Refieren que no existe una ley que faculte a la Procuraduría para eliminar la posibilidad de negociar en forma general, modificando de esta forma el contenido de la ley. Añaden que la víctima es la persona directamente ofendida por el delito y que se puede señalar la presencia de intereses difusos en materia de ambiente, cultura, territorio, gasto público, etnias y consumo de ciertos productos; no obstante, en el caso del delito de conducción temeraria, la Procuraduría carece de legitimación para actuar como víctima, correspondiendo al Ministerio Público otorgar su criterio en relación con la aplicación o no de las medidas alternativas, dado que el Estado no es poseedor de los bienes jurídicos protegidos de los habitantes, sino sólo garante de éstos. Se indica además que las “directrices” de la Procuraduría que se impugnan no han sido publicadas, no se encuentran fundamentadas, ni tienen fecha de emisión. Aducen que se lesiona el principio de igualdad, dado que lo dispuesto por la Procuraduría se aplica en unas causas y en otras no se aplica, así como vulneración a los principios de razonabilidad y proporcionalidad porque se da un mismo tratamiento a todos los casos, sin tomar en cuenta sus particularidades. Argumentan que la Procuraduría podría emitir una directriz bien fundamentada, razonada y motivada, con fecha cierta y amparada al principio de proporcionalidad, que establezca un criterio de valoración, bajo algunos parámetros para la aplicación de planes reparadores ante determinadas circunstancias, pero no modificar lo establecido en la ley, dado que, si el legislador hubiera querido eliminar la posibilidad de negociar en esos delitos, así lo habría hecho. Asimismo, señalan que la actuación de la Procuraduría, a diferencia de la víctima sujeto privado, debe provenir de un adecuado fundamento en el ejercicio de una competencia previamente otorgada por ley.

II.- Sobre la admisibilidad. La acción planteada resulta admisible al tenor de lo dispuesto en los artículos 73 y 75 y siguientes de la Ley de Jurisdicción Constitucional. Se dirige contra disposiciones de carácter general, a saber, las instrucciones o circulares verbales giradas por la Procuradora General de la República, que disponen el rechazo de la aplicación de medidas alternativas en las causas penales seguidas por los delitos de conducción temeraria, infracción a la Ley de Armas y delitos contra la autoridad pública, según se acredita a folios 83, 128, 158, 177, 230 y 231 del expediente. El artículo 102 de la Ley General de la Administración Pública dispone como potestades del superior jerárquico, entre otras: “a) Dar órdenes particulares, instrucciones o circulares sobre el modo de ejercicio de las funciones por parte del inferior, tanto en aspectos de oportunidad y conveniencia como de legalidad, sin otras restricciones que las que se establezcan expresamente.” Se acreditó en este caso que la Procuradora General de la República emitió instrucciones o circulares verbales que a juicio de los accionantes infringen normas y principios constitucionales. Además, se invocó la inconstitucionalidad respectiva en los procesos penales tramitados con los números de expediente [Valor 001], [Valor 002], [Valor 003], en el Juzgado Penal de Aguirre y Parrita, por los delitos de conducción temeraria, portación ilegal de arma permitida, atentado agravado, resistencia agravada y amenazas agravadas. De igual modo, en la causa penal tramitada con el número de expediente [Valor 004] en el Juzgado Penal de Puntarenas, por el delito de conducción temeraria.

III.- Competencia del legislador para establecer medidas alternativas de resolución del conflicto en el proceso penal. Esta Sala se ha referido a la competencia que tiene el legislador para diseñar los distintos procesos y particularmente, disponer las medidas alternativas que considere convenientes, de conformidad con los criterios de política criminal que pretenda establecer. Claro está, esa competencia del legislador encuentra sus límites en los principios, derechos y garantías previstos en el Derecho de la Constitución. Asimismo, ha señalado que no existe un derecho fundamental a las medidas alternas y, en consecuencia, el legislador puede establecer condiciones y límites para su aplicación. Así, en la sentencia número 2000-04983 de las catorce horas con cincuenta y un minutos del veintiocho de junio del dos mil se indicó: “Con la promulgación de la nueva legislación procesal penal, Ley número 7594, de diez de abril de mil novecientos noventa y seis, se integran al sistema jurídico penal formas alternativas de finalización del proceso, sea, que dota de mecanismos cuya consecuencia es que se tenga por extinguida la acción penal, o se evite la realización del debate o juicio oral y público; estos son: la aplicación del criterios de oportunidad (artículos 22 a 24), la suspensión del procedimientos a prueba (artículos 25 a 29), reparación integral del daño (artículos 30 inciso j), la conciliación (artículo 36), y el procedimiento abreviado (artículos 373 a 375). Ya se explicó como el artículo 373 del Código Procesal Penal contiene una limitación temporal para solicitar la aplicación del procedimiento abreviado; ahora bien, para que dicha limitación pueda considerarse constitucionalmente ilegítima, deberían concurrir al menos dos condiciones: a) la norma supuestamente defectuosa debe incidir, en el núcleo de derechos básicos que nuestra Constitución Política establece como los mínimos necesarios para otorgarle validez constitucional a un proceso sancionatorio dado; es decir, debería producir efectos sobre algún derecho de los considerados fundamentales e integrantes del debido proceso; b) en segundo lugar, debería demostrarse que dicha afectación se origina en una regla irrazonable o desproporcionada frente al fin que se busca; ello porque ha sido doctrina reiterada de la Sala el que los derechos fundamentales de los ciudadanos no son de ejercicio absoluto e incontrolado sino que pueden ser sometidos a regulación en su ejercicio por parte de las autoridades competentes cuando ello resulte necesario para garantizar su propia existencia y la aquellos pertenecientes a terceros. Si alguna o ambas de esas dos condiciones se incumplen, la conclusión sería que la norma no alcanza a lesionar el bloque de constitucionalidad y por ende debe sostenerse como un ejercicio válido del poder por parte de las autoridades.

VII.- En relación con la primera de las dos condiciones (la afectación de derechos fundamentales del imputado) encontramos que el artículo 373 regula una forma abreviada de proceso penal, consistente en la omisión del debate oral y público, con fundamento en un acuerdo entre la acusación y el imputado, quien renuncia a esa fase del proceso a cambio de alguna ventaja. Se trata de una opción que –aunque valiosa en el diseño que dio origen al nuevo proceso- no forma parte de este sino de manera eventual, puesto que puede darse o no dependiendo de diferentes condiciones. Esta Sala ha señalado reiteradamente –por ejemplo, en la resolución número 07177-99 de las catorce horas treinta y nueve minutos del dieciséis de setiembre de mil novecientos noventa y nueve- que dicha alternativa procesal no forma parte del debido proceso a que tiene derecho el imputado: “III.- Sobre el fondo. El proceso penal no busca en forma exclusiva -ni siquiera principal- la solución más favorable al imputado, sino el respeto de sus derechos fundamentales y la averiguación de la verdad de los hechos. En ese sentido, no puede decirse que exista un derecho del imputado a que se le beneficie con un proceso abreviado. Este lo puede solicitar el Ministerio Público o la defensa, y se trata de un acto consensuado entre éstos, el imputado y el Juez, pero no se trata de una obligación procesal, ni mucho menos un derecho fundamental que pueda ser exigido. Lo que sí ha señalado la Sala es que, si se llega a formular el convenio, éste tiene que respetarse, so pena de lesionar los derechos constitucionales del imputado.” Se aprecia de la sentencia transcrita, que el proceso abreviado es considerado como una opción dentro del devenir del proceso penal; puede faltar sin que ello afecte los derechos básicos que el Estado está obligado a respetar al individuo cuando lo somete a un proceso penal. De esa forma, aunque son válidas las observaciones de la Sala respecto a la necesidad de que la interpretación de los derechos fundamentales de

los administrados se rijan por los principios "pro hómine" y "pro libertate" nada de ello está en juego aquí, o al menos no lo está en lo que se refiere al análisis que debe hacer la Sala en cuanto de la validez de un plazo máximo para la solicitud de aplicación del proceso abreviado porque -como se dijo- se trata en tal caso de una ventaja otorgada, no en acatamiento y materialización de una específica regla o principio constitucional, sino como respuesta a intereses de rango legislativo y por lo tanto ampliamente modulables en ese mismo nivel, siempre y cuando obviamente se respeten las reglas sobre la actividad legislativa que contiene explícita o implícitamente la propia Constitución Política. Finalmente, en cuanto a este punto, considera la Sala que debe eximirse de intervenir en la discusión sobre la exégesis correcta de los artículos 322 y 341 ambos del Código Procesal Penal, frente al artículo 7 de ese mismo cuerpo legal, con el cual supuestamente entran en contradicción, dado que se trata precisamente de la labor de los tribunales penales, quienes han de hacer prevalecer la interpretación que esté más acorde con las reglas y principios que –a los distintos niveles- informan el proceso penal. VIII.- En cuanto a la segunda condición necesaria para una declaración de inconstitucionalidad del plazo impuesto en el artículo 373 del Código procesal penal, (la irracionalidad y desproporción de la regla discutida) cabe señalar que a juicio de esta Sala tampoco ello ocurre en el caso concreto. Con las medidas alternativas de solución de las causas penales, se pretende que la persecución penal no sea ejercida en forma obligatoria e indiscriminadamente, sino tomando en cuenta criterios de oportunidad y utilidad aplicables de conformidad con la ley procesal, la política criminal del Estado y el interés de las partes en la solución del conflicto. En el caso aquí analizado, se resalta este último elemento, como una de las innovaciones de la reciente legislación procesal penal en el sentido de reconocer una mayor participación de las partes que intervienen en el proceso penal en las diversas fases. No obstante, si bien es verdad que existe un evidente interés del Estado en restaurar la armonía social y que en cierta medida el proceso abreviado -como otras medidas alternas al proceso penal plenario- busca llenar ese fin mediante la resolución de los conflictos que a nivel intersubjetivo subyacen al proceso penal, también es cierto que, como todo instituto procesal, el de las medidas alternas no puede quedar librado de regulaciones para ser utilizado por las partes a discreción; esta última idea resulta extraña a la propia noción de un sistema procesal ordenado y posiblemente tiene su origen cuando se otorga a la búsqueda de la resolución del conflicto entre las partes, en cuanto fin del proceso, una relevancia mayor a la que le corresponde dentro del sistema. Justamente al contrario, contrario, debe tomarse en cuenta que el diseño del sistema procesal penal actual, conserva aún como fin primordial la regulación e iteración del ejercicio del poder punitivo del Estado, inclusive cuando se proveen diversas formas de solución de conflictos, con las que se pretende atenuar la rigurosidad que en tal sentido exhibía el sistema anterior, en especial frente a ciertos casos especiales donde el interés de un particular por la sanción y el resarcimiento sobrepasaba al estatal. Desde tal perspectiva no resulta irrazonable establecer plazos finales para el cumplimiento de las diferentes actuaciones y etapas con tal de que ellas no perjudiquen lo constituye el interés principal del proceso ni sus ritualidades esenciales.” Las condiciones y plazos para acordar la aplicación de las medidas alternativas en el proceso penal deben ser regulados por el legislador en virtud de los principios de legalidad procesal y reserva de ley. El principio de reserva de ley atiende al hecho de que solo por medio de la ley formal y escrita, pueden crearse los delitos y las penas, así como el procedimiento penal aplicable. Responde este principio a valores imperantes en el Derecho de la Constitución, tales como el principio de defensa, la seguridad jurídica y el respeto a la división de funciones entre los distintos Poderes del Estado. Las medidas alternativas dentro del proceso penal responden a la necesidad de dar una mayor participación a la víctima, posibilitar la reinserción social de los infractores, bajo ciertas condiciones, evitando su prisionalización y las consecuencias nocivas que ésta produce, no sólo para el sujeto sobre quien recae la sanción, sino, además, sobre su familia y la sociedad en general. Se promueve, además, en el tema de la justicia restaurativa, la reparación de la afectación al bien jurídico, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 de la Constitución Política, que indica: “Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.” IV.- Instrumentos internacionales sobre justicia restaurativa en materia penal. El Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, en su resolución 1999/26 del 28 de julio de mil novecientos noventa y nueve, titulada “Elaboración y aplicación de medidas de mediación y justicia restitutiva en materia de justicia penal” solicitó a la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal que estudiara la conveniencia de formular normas de las Naciones Unidas en materia de mediación y justicia restitutiva. En la resolución 2000/14 del 27 de julio del dos mil, de la Asamblea General de las Naciones Unidas se establecen los elementos para un anteproyecto de declaración de principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal, para que los Estados miembros y las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales pertinentes, así como los institutos que integran la red del Programa de las Naciones Unidas, hicieran las observaciones pertinentes. Por su parte, la Declaración de Viena sobre la Delincuencia y la Justicia frente a los retos del siglo XXI (Asamblea General de Naciones Unidas, resolución 55/59, del cuatro de diciembre del dos mil) estableció: “Alentamos la elaboración de políticas, procedimientos y programas de justicia restaurativa que respeten los derechos, necesidades e intereses de las víctimas, los delinquentes, las comunidades y demás partes interesadas.” Se celebró además una reunión del Grupo de Expertos sobre Justicia Restaurativa en Ottawa, el 29 de octubre al 10 de noviembre de 2001, acogida por el Gobierno del Canadá. Este Grupo de Expertos precisa y codifica ampliamente esos principios, haciendo énfasis en la necesidad de contar con un instrumento sobre justicia restaurativa para proporcionar orientación en el establecimiento de programas nacionales. Posteriormente se dictan los Planes de Acción para la aplicación de la Declaración de Viena, en la resolución 56/261 del quince de abril del dos mil dos de las Naciones Unidas, donde se dispuso: “Individual y colectivamente, según proceda, los Estados se esforzarán por apoyar las medidas siguientes: a) Tener en cuenta la resolución 2000/14 del Consejo Económico y Social, de 27 de julio de 2000, titulada “Principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal” al examinar la conveniencia y los medios de establecer principios comunes; b) Tratar los delitos, especialmente los de menor cuantía, conforme a la práctica consuetudinaria en lo tocante a la justicia restaurativa, cuando exista tal práctica y ésta sea apropiada, a condición de que con ello se respeten los derechos humanos y se cuente con el consentimiento de los interesados; c) Utilizar los medios conciliatorios previstos en la legislación interna para resolver los delitos, especialmente los de menor cuantía, entre las partes, recurriendo, por ejemplo, a la mediación, la reparación civil o los acuerdos de indemnización de la víctima por parte del delincuente; (El resaltado no es del original) d) Promover una cultura favorable a la mediación y la justicia restitutiva entre las autoridades encargadas de la aplicación de la ley, judiciales y sociales competentes, así como entre las comunidades locales; e) Impartir formación apropiada a los encargados de la elaboración y la ejecución de las políticas y programas de justicia restitutiva”. Finalmente, en la resolución 2002/12 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en fecha veinticuatro de julio del dos mil dos, se aprueban los “Principios básicos

para la aplicación de programas de justicia restitutiva en materia penal” En el Preámbulo de dicha Declaración, se señala que la justicia restitutiva “es una respuesta evolutiva al delito que respeta la dignidad y la igualdad de todas las personas, favorece la comprensión y promueve la armonía social mediante la recuperación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades.” En igual sentido, el Consejo de la Unión Europea acordó: “Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida. 2. Los Estados miembros velarán porque pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales.” (Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea relativa al Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal 15/03/01). V.- Legitimación de la Procuraduría General de la República y del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal pública. El artículo 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, número 6815 del veintisiete de setiembre de mil novecientos ochenta y dos, dispone: ARTÍCULO 3 °.—ATRIBUCIONES: Son atribuciones de la Procuraduría General de la República: a) Ejercer la representación del Estado en los negocios de cualquier naturaleza, que se tramiten o deban tramitarse en los tribunales de justicia. [...] d) Intervenir en las causas penales, de acuerdo con lo que al efecto disponen esta ley y el Código de Procedimiento Penales. [...] h) Realizar las acciones administrativas necesarias para prevenir, detectar y erradicar la corrupción e incrementar la ética y la transparencia en la función pública, sin perjuicio de las competencias que la ley le otorga a la Contraloría General de la República, así como denunciar y acusar ante los tribunales de justicia a los funcionarios públicos y las personas privadas cuyo proceder exprese actos ilícitos vinculados con el ejercicio de su cargo o con ocasión de este, en las materias competencia de la Jurisdicción Penal de Hacienda y de la Función Pública. En el caso de personas privadas, la competencia de la Procuraduría se ejercerá únicamente cuando estos sujetos administren por cualquier medio bienes o fondos públicos, reciban beneficios provenientes de subsidios o incentivos con fondos públicos o participen, de cualquier manera, en el ilícito penal cometido por los funcionarios públicos. Lo anterior sin perjuicio de su deber de poner tales hechos y conductas en conocimiento de las respectivas instancias administrativas de control y fiscalización, para lo que corresponda en su ámbito de competencia. (Así adicionado por el artículo 1 ° de la Ley N° 8242 de 9 de abril del 2002, Ley de Creación de la Procuraduría de la Ética Pública) i) Actuar en defensa del patrimonio nacional, de los recursos existentes en la zona marítimo-terrestre, el mar territorial, la zona económica exclusiva y la plataforma continental. Tomar las acciones legales procedentes en salvaguarda del medio, con el fin de garantizar el derecho constitucional de toda persona a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Velar por la aplicación correcta de convenios, tratados internacionales, leyes, reglamentos y otras disposiciones sobre esas materias. Investigar, de oficio o a petición de parte, toda acción u omisión que infrinja la normativa indicada. Ser tenida como parte, desde el inicio del procedimiento, en los procesos penales en que se impute la comisión de una infracción o la violación de la legislación ambiental y de la Ley sobre la Zona Marítimo-Terrestre. Para ello, podrá ejercitar la acción penal, de oficio, sin estar subordinada a las actuaciones y las decisiones del Ministerio Público; interponer los mismos recursos que el Código de Procedimientos Penales concede a aquel y ejercer la acción civil resarcitoria. (\* Ver Nota al final del inciso) Con autorización del Procurador General de la República o del Procurador General Adjunto, podrá coordinar acciones con instituciones públicas y privadas, especialmente con municipalidades, asociaciones de desarrollo comunal y organismos ambientales de carácter no gubernamental, a fin de poner en marcha proyectos y programas de información jurídica sobre la protección del ambiente, la zona marítimo-terrestre, la zona económica exclusiva y la plataforma continental para tutelar los recursos naturales, mediante actividades preventivas que involucren a las comunidades del país. (Así reformado por el artículo 1 ° de la ley N° 7455 de 29 de noviembre de 1994) (\*) (NOTA: el párrafo final del artículo 58 de la Ley Forestal N° 7575 de 13 de febrero de 1996 otorga la acción de representación a la Procuraduría General de la República, para que establezca la acción civil resarcitoria sobre el daño ecológico ocasionado al patrimonio natural del Estado. Para estos efectos, los funcionarios de la Administración Forestal del Estado podrán actuar como peritos evaluadores) [...] l) Proponer y acordar arreglos o convenios durante la tramitación de cualquier proceso, cuando valore su procedencia y oportunidad. En estos casos, se requerirá autorización escrita del procurador general, del procurador general adjunto o del funcionario en quien estos deleguen.” (Así adicionado el inciso anterior por el artículo 217, inciso 1) de la Ley N° 8508 de 28 de abril de 2006, Código Procesal Contencioso-Administrativo). El artículo 16 del Código Procesal Penal señala que el ejercicio de la acción penal pública corresponde al Ministerio Público, sin perjuicio de la participación que se concede a la víctima o a los ciudadanos. No obstante, dispone que en los delitos contra la seguridad de la Nación (artículos 277 a 293 del Código Penal) la tranquilidad pública (artículos 273 a 276 del Código Penal) los poderes públicos, el orden constitucional (artículos 294 a 303 del Código Penal) el ambiente (por ejemplo, infracciones a la Ley Forestal, Ley de Conservación de Vida Silvestre, etc.) la zona marítimo-terrestre (infracciones a la Ley sobre la zona marítimo terrestre) la hacienda pública, los deberes de la función pública, los ilícitos tributarios, los contenidos en la Ley de aduanas, N° 7557, de 20 de octubre de 1995; la Ley orgánica del Banco Central de Costa Rica, N° 7558, de 3 de noviembre de 1995 y la Ley contra el enriquecimiento ilícito de los servidores públicos, N° 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, ésta se tendrá como parte y podrá ejercer los mismos recursos que el Código le concede al Ministerio Público. Como puede apreciarse, la Procuraduría no tiene una obligación de ejercer la acción en esos supuestos, sino que se trata de una facultad, que podrá ejercerla o no conforme a criterios de oportunidad y conveniencia. En los supuestos que se analizan en esta acción, propiamente, el caso de los delitos de conducción temeraria (artículo 254 bis del Código Penal), de Infracción a la Ley de Armas y de los delitos contra la Autoridad Pública (artículos 304 y siguientes) la ley no prevé que sea la Procuraduría quien deba ejercer la acción penal, sino que atribuye una competencia exclusiva al Ministerio Público. Ello se infiere de lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, que expresa: “El Ministerio Público tiene la función de requerir ante los tribunales penales la aplicación de la ley, mediante el ejercicio de la acción penal y la realización de la investigación preparatoria en los delitos de acción pública.” En consecuencia, resulta claro que en los delitos donde no exista una víctima individualizada y no se encuentre establecida una competencia legal a favor de otro órgano del Estado, es exclusivamente al Ministerio Público a quien corresponde decidir sobre la aceptación o no de una medida alternativa (conciliación, suspensión del proceso a prueba, reparación integral del daño, etc.). Tal competencia resulta coherente con la atribución del Órgano Fiscal en el diseño de las políticas de persecución penal. VI.- Inconstitucionalidad de las instrucciones verbales de carácter general giradas por la Procuraduría General de la República para no negociar medidas alternativas en el proceso penal. Ahora bien, de lo anteriormente expuesto, se infiere que si bien la Procuraduría General de la República, en su condición de representante legal del Estado, puede figurar a su vez como representante de la “víctima” en determinados

delitos y por ende, decidir en cada caso concreto, si negocia o no una medida alternativa, lo cierto es que no puede dictar disposiciones de carácter general o girar instrucciones verbales, sin fundamento alguno, donde se limite de una forma generalizada la aplicación de dichas medidas, pues ello implica hacerlas nugatorias y sustituir la voluntad del legislador, quien en su competencia para diseñar la política criminal, consideró que debían incluirse en el ordenamiento procesal penal, formas de solución alternativas al conflicto, atendiendo a que en el mismo artículo 7 del Código Procesal Penal se fija como uno de los fines principales del proceso: "...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." El principio de legalidad debe entenderse inmerso en todas las fases de creación y aplicación de los tipos penales: no hay delito sin ley previa, escrita y estricta; no hay pena sin ley; la pena no puede ser impuesta sin un juicio justo y de acuerdo con lo previsto por la ley. De ahí que incluya este principio, las vertientes de legalidad criminal, penal, procesal y de ejecución. El Estado debe actuar con total sometimiento al imperio de la ley y dentro de sus límites, y por otra parte, en virtud de los principios de seguridad jurídica y defensa, se debe garantizar a los ciudadanos o destinatarios de las normas, el acceso a conocer cuáles son las conductas prohibidas y sus consecuencias, así como el procedimiento que se aplicará en caso de ser juzgado por la comisión de un delito. El legislador, al crear las distintas medidas alternativas dentro del proceso penal, tales como la conciliación, la reparación integral del daño y la suspensión del proceso a prueba, apostó por una opción político criminal que tiene fundamento en instrumentos de derecho internacional y estableció distintas condiciones y requisitos para su aplicación, tales como el acuerdo libre y voluntario de la víctima, la naturaleza del delito, la gravedad de la pena, la forma de comisión, el daño causado y el momento procesal oportuno para acordarlas, entre otros. De ahí que si la Procuraduría General de la República, opta por no negociar medidas alternativas en los casos donde según el ordenamiento jurídico figura como parte, debe hacerlo de una forma fundamentada, con razones claras y objetivas, atendiendo a criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, a fin de que las partes puedan conocer los motivos de tal proceder y sepan a qué atenerse. Véase que en los casos en que el legislador lo consideró necesario, estableció mayores exigencias o incluso restricción absoluta a la aplicación de medidas alternativas. Así, dispuso que "En los delitos de carácter sexual, en las agresiones domésticas y en los delitos sancionados con 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" (artículo 25 párrafo 8) del Código Procesal Penal); además, tratándose de menores de edad estableció: "El tribunal no aprobará la conciliación... en los delitos cometidos en perjuicio de las personas menores de edad." (artículo 25, párrafo 7) del Código Procesal Penal). Si la voluntad del legislador hubiera sido que no se aplicaran medidas alternativas en ningún proceso penal por conducción temeraria (artículo 254 bis del Código Penal) infracción a la Ley de Armas (Ley 7530 y sus reformas) o por delitos contra la Autoridad Pública (artículos 304 y siguientes del Código Penal) pues así lo habría establecido. Aunado a ello, en el caso de estos delitos, la ley no prevé que sea la Procuraduría quien deba ejercer la acción penal, sino el Ministerio Público. De ahí que estime esta Sala que las instrucciones o circulares verbales de la Procuraduría General de la República que rechazan la aplicación de medidas alternativas en las causas penales por conducción temeraria, delitos contra la autoridad pública e infracción a la Ley de Armas, resultan contrarias a los principios de legalidad, reserva de ley y seguridad jurídica. Por lo anteriormente expuesto, se declara con lugar la acción y en consecuencia, se anulan las instrucciones giradas por la Procuraduría que limitan en forma absoluta la posibilidad de negociar salidas alternativas en los procesos penales seguidos por los delitos de conducción temeraria, contra la Autoridad Pública e infracción a la Ley de Armas. El Magistrado Mora declara con lugar la acción únicamente en cuanto se refiere a la falta de legitimación de la Procuraduría General de la República para actuar como parte en los delitos de conducción temeraria. Los Magistrados Armijo Sancho, Cruz Castro y Castillo Víquez salvan el voto y declaran sin lugar la acción. El Magistrado Castillo Víquez consigna nota. Por tanto: Se declaran CON LUGAR las acciones acumuladas. En consecuencia, se anulan las instrucciones giradas por la Procuraduría General de la República, que limitan en forma absoluta la posibilidad de negociar salidas alternativas en los procesos penales seguidos por los delitos de conducción temeraria, contra la Autoridad Pública e infracción a la Ley de Armas. Para evitar graves dislocaciones de la seguridad jurídica, la justicia y la paz social, esta declaratoria de inconstitucionalidad tiene efectos prospectivos a partir de la publicación íntegra de la sentencia en el Boletín Judicial, de manera que se aplicará, únicamente, para los procesos en trámite o suspendidos que no hayan sido resueltos, consecuentemente no será aplicable a las causas penales fenecidas por sentencia firme o que se encuentren en la fase de impugnación, salvo en los asuntos base de esta acción, todo sin perjuicio de los derechos adquiridos de buena fe. Comuníquese a la Procuradora General de la República, el accionante, las partes del asunto base, al Ministerio Público y a la Defensa Pública. Publíquense los avisos e íntegramente el voto en el Boletín Judicial y reséñese en el diario oficial La Gaceta. Notifíquese. El Magistrado Mora declara con lugar la acción únicamente en cuanto se refiere a la falta de legitimación de la Procuraduría General de la República para actuar como parte en los delitos de conducción temeraria. Los Magistrados Armijo Sancho, Cruz Castro y Castillo Víquez salvan el voto y declaran sin lugar la acción. El Magistrado Castillo Víquez consigna nota. Ana Virginia Calzada M. Presidenta.

## Principio de Juez Natural

Exp: 16-007161-0007-CO Res. N° 2016-009525 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las nueve horas cuarenta y cinco minutos del ocho de julio de dos mil dieciseis. Recurso de hábeas corpus que se tramita en expediente número 16-007161-0007-CO, interpuesto por [Nombre 001], cédula de identidad [Valor 001], mayor, soltero, vecino de San José contra el JUZGADO PENAL, EL TRIBUNAL DE FLAGRANCIA y el TRIBUNAL PENAL TODOS DEL II CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. Resultando: 1.- Por escrito presentado en la Secretaría de la Sala el 3 de junio de 2016 el recurrente interpone recurso de hábeas corpus y manifiesta que a las 14:50 hrs. de 26 de mayo de 2016, fue presentado ante el Tribunal de Flagrancia, en audiencia inicial de la causa No. [Valor 002], por el delito de incumplimiento de medida de protección y otro. En la audiencia el Juez de juicio, licenciado Ricardo Guevara Muñoz, acogió la excepción de incompetencia presentada por la Defensa y ordenó remitir la causa al Juzgado Penal del II Circuito Judicial de San José. Asimismo, dictó prisión preventiva por 2 meses en su contra, contra la cual su defensor público interpuso recurso de apelación. Luego de dar trámite al recurso, fue trasladado al Tribunal Penal de ese Circuito Judicial para su resolución, pero fue declarada inadmisibles ad portas por voto N 206-2016, de 10:30 hrs. de 30 de mayo de 2016. Reclama que está detenido desde la madrugada de 26 de mayo de 2016, primero en la Sección de Celdas del II Circuito Judicial de San José y, a partir del 27 de mayo de 2016, en la Unidad de Admisión de San Sebastián. Manifiesta que se ha infringido en su perjuicio el derecho de defensa pues según el voto 206-2016 del Tribunal Penal del II Circuito Judicial de San José, la resolución que ordenó su reclusión no tiene recurso, por lo que su defensa se ve total y completamente vulnerada. En cuanto al derecho al recurso y el debido proceso, señala que, si el Juez indicó que no procedía en su contra un proceso de Flagrancia, sino que debía ser enviado a la vía ordinaria penal, entonces tal y como lo permite la vía ordinaria, la resolución debió tener recurso de apelación. Al indicar el Tribunal Penal que por el principio de taxatividad objetiva de los recursos se declara inadmisibles la apelación de la resolución que ordena su prisión preventiva por dos meses, considera lesionados sus derechos y garantías constitucionales pues el Pacto de San José y la Declaración Universal de los Derechos Humanos le dan derecho al recurso. Considera que se ha vulnerado también el principio de favor libertatis y principio de inocencia, pues desde que se pasa de la flagrancia a la vía ordinaria y se le imputan hechos que deben ser probados en la vía ordinaria, se le impone una medida cautelar que es la última ratio, pudiendo imponerle una menos gravosa además de negarle el derecho al recurso. Considera lesionado el principio de Juez Natural, pues el Juez de Flagrancia, Lic. Guevara empieza la audiencia como Juez de un delito cometido por esa vía, declara la incompetencia por carecer del elemento de inmediatez y decide enviar el proceso a la vía ordinaria. A su juicio el hecho de que el mismo Juez que está en su condición de juez de flagrancia asuma la calidad de Juez Ad Hoc y declare una medida cautelar habiendo reconocido de previo la incompetencia, lesiona el numeral 35 de la Constitución Política. Solicita se declare con lugar el recurso. 2.- Ricardo Guevara Muñoz, Juez del Tribunal de Flagrancia del II Circuito Judicial de San José, rindió el informe de ley y manifestó que en el expediente [Valor 002] se tramita causa contra [Nombre 001], por Incumplimiento de una Medida de Protección y Restricción a la Libertad de Tránsito, de acuerdo con la Ley de Protección contra la Violencia Doméstica, cuyo conocimiento se dirigió al Tribunal Penal de Flagrancias de San José, del II Circuito Judicial. Informa que la audiencia inicial en dicho asunto le correspondió, y en la misma la representación del Ministerio Público solicitó que la causa se tramitara en la vía expedita de flagrancia, a lo cual el defensor público se opuso por medio de una excepción de incompetencia, siendo admitida dicha excepción, al no estarse ante los requerimientos establecidos en el artículo 236 del Código Procesal Penal, por lo que se dispuso que la causa se seguiría tramitando bajo el procedimiento ordinario. Posteriormente conoció de la solicitud de medidas cautelares, y se acogió la solicitud fiscal para aplicar prisión preventiva, por el término de dos meses. Se dictó tal medida a pesar de la declaratoria de incompetencia por parte de este Tribunal, en atención a resoluciones de la Sala Constitucional, como la número 06847, de las 02:30 pm del 20 de mayo del año 2014. El defensor del imputado, de conformidad con el artículo 452 del Código Procesal Penal, considerando que al haberse declarado incompetente para seguir conociendo de esta causa mediante el procedimiento de flagrancias, asumió funciones de juez penal en cuanto a la imposición de medidas cautelares, presentó recurso de apelación, del cual se dio traslado inmediato a la representación del Ministerio Público y cumplido el trámite de los numerales 453 y 454 del Código Procesal Penal, se elevó la causa para que el Tribunal Penal ordinario del II Circuito Judicial para que se pronunciara sobre la admisibilidad del recurso planteado (artículo 455 del Código Procesal Penal), dado que se trata de la autoridad que conoce en apelación de las resoluciones que proceden del Juzgado Penal. 3.- Hugo Vargas Quirós, Juez de Juicio del Tribunal Penal del Segundo Circuito Judicial de San José rindió el informe de ley y manifestó que el dictado por parte del Tribunal de Flagrancia de San José de la medida cautelar de prisión preventiva -no obstante haberse dictado una previa incompetencia-, se hizo de conformidad con el artículo 430 párrafo segundo del Código Procesal Penal, en concordancia con el Reglamento y Protocolos de Actuación de delitos en Flagrancia dictado por Corte Plena y publicado en el Boletín Judicial 94 del 18 de mayo del 2009. Una vez dictada la medida cautelar de prisión preventiva, la defensa pública plantea un recurso de apelación, que llega a conocimiento del Tribunal, bajo las reglas de este protocolo administrativo, y -como indica el voto 206-2016 de las diez horas treinta minutos del pasado treinta de marzo dentro del expediente penal-, la Sala de Casación Penal resolviendo un conflicto de competencia, determinó que es el Tribunal Penal el encargado de conocer sobre esta impugnación, admisible o no el recurso.- Señala que es criterio de ese Tribunal desde hace varios años que la decisión del Tribunal Penal de Flagrancias sobre la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva no tiene previsto recurso de apelación en el ordenamiento procesal penal, argumentos sobre este razonamiento que quedaron claramente establecidos en la resolución dictada para el asunto que interesa al señor [Nombre 001], que no es cuestionada directa o indirectamente ante el Tribunal Constitucional-; se establece que más allá de que se le asigne al Tribunal por vía reglamento y por asignación de competencia el conocimiento de los recursos de apelación a las decisiones del Tribunal de Flagrancia; por motivos de legalidad y bajo el principio de taxatividad objetiva, resulta inadmisibles atender el recurso de apelación sobre la decisión de un Tribunal de igual rango de acuerdo a las reglas de los artículos 96 bis y 107 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; pero que además la norma del artículo 452 del Código Procesal Penal que a la vez respeta las reglas de admisibilidad establecidas en los artículos 437 y 438 de ese mismo cuerpo normativo que expresan que el Tribunal es competente para conocer "SOLAMENTE contra las resoluciones de los tribunales del procedimiento preparatorio e intermedio, siempre que sean declaradas apelables, causen gravamen irreparable, pongan

fin a la acción o imposibiliten que esta continúe...". Sostiene que la posición del Tribunal es consecuente con la legislación vinculante, que no concede la posibilidad que la decisión de los jueces del Tribunal de Flagrancia con relación a medidas cautelares tuvieran segunda instancia, y los Tribunales ordinarios de similar rango no pueden avocarse a convertirse en superiores de tribunales de igual rango cuando la LEY no los faculta.- Manifiesta que según la reforma procesal penal sobre impugnaciones que entró en vigencia en diciembre del 2011, la competencia del Tribunal de Juicio como Tribunal de alzada se limita al conocimiento de la revisión de las decisiones de los jueces penales de etapa preparatoria e intermedia, es decir del Juzgado Penal (Juez 3), no de un Juez de Juicio de su mismo rango (Juez 4) que es precisamente el rango del Juez del Tribunal de Flagrancia.- Es por ello que no podría prosperar la admisibilidad de un recurso de apelación de una decisión que no está contemplada como recurrible, que no se estableció quien resolvía una decisión de esa clase de un Tribunal de Juicio, ni existe un procedimiento legal que autorice a un Juez de semejante rango al que dictó la decisión, a actuar como un Tribunal de Alzada. Argumentos todos que constan en el auto que forma parte del principal para adoptar la decisión razonada legalmente atendible, que es la declaratoria de inadmisibilidad del recurso pretendido, por no establecerse por parte del legislador la posibilidad de recurrir la medida cautelar dictada en el procedimiento especial de flagrancias y por la autoridad especializada.- Manifiesta que dicha posición ha sido avalada por la Sala Constitucional donde conociendo acerca del problema de la falta de doble instancia de la decisión sobre medidas cautelares de los Jueces de Flagrancia, ha establecido -sin que se conozca variación de criterio-, que no existe afrenta constitucional, y lo importante es la concurrencia del control jurisdiccional en la toma de decisiones sobre las medidas cautelares; situación que en todo momento se ha respetado en el proceso que se sigue contra el señor [Nombre 001] (votos Sala IV: 11099-2009 y 00212-2010).- Solicita se declare sin lugar el recurso.

4.- Francisco Mena Ayales, Juez Penal del II Circuito Judicial de San José, rindió el informe de ley y manifestó que en ese Juzgado se tramita la causa [Valor 002] seguida contra [Nombre 001] por el supuesto delito de incumplimiento de una medida de protección y otro en perjuicio de Ruth Pérez Castro. Indica que a su despacho ingresó la causa con un recurso de apelación contra la resolución del Tribunal de Flagrancia en la que se dictó la prisión preventiva en contra del encartado y el despacho notificó lo resuelto a las partes. 5. En memorial de 30 de junio de 2016 el Abogado del recurrente solicitó la resolución pronta de este asunto, en atención a que éste se encuentra privado de libertad en el CAI San José. 6.- En los procedimientos se han observado las prescripciones de ley. Redacta la Magistrada Hernández López; y, Considerando: I.- Objeto del recurso. El recurrente acusa que el Tribunal de Flagrancia le impuso prisión preventiva por dos meses, luego de declararse incompetente por la materia y remitir la causa a la vía ordinaria. Interpuso recurso de apelación, pero el Tribunal Penal recurrido lo declara inadmisibile. Considera lesionado su derecho a recurrir y el Principio de Juez Natural. II.- Hechos probados. De importancia para la decisión de este asunto, se estiman como debidamente demostrados los siguientes hechos: a. Contra [Nombre 001] se sigue la causa penal N. [Valor 002] por el supuesto delito de Incumplimiento de una Medida de Protección y Restricción a la Libertad de Tránsito, de acuerdo con la Ley de Protección contra la Violencia Doméstica en perjuicio de Ruth Pérez Castro (copia del expediente aportada); b. En la audiencia inicial del procedimiento de Flagrancia, realizada por el Tribunal de Flagrancia del II Circuito Judicial de San José el 26 de mayo de 2016 a las 14:56 horas se dispuso acoger la excepción de incompetencia planteada por la defensa y remitir la causa al Juez Penal para su tramitación en la vía ordinaria. En esa misma audiencia el Tribunal de Flagrancia conoció la solicitud de medidas cautelares planteada por el Ministerio Público y dispuso la prisión preventiva del imputado por dos meses del 26 de mayo al 26 de julio del 2016. El Defensor del imputado interpuso recurso de apelación y el Tribunal de Flagrancia, emplaza a las partes para ante el Tribunal de Juicio del II Circuito Judicial de San José. (documentación aportada al expediente); c. El Tribunal Penal del II Circuito Judicial de San José, en el voto 206-2016 de las 10:30 horas del 30 de mayo de 2016 rechaza ad portas el recurso por inadmisibile (informe de los recurridos y documentación aportada). III. La garantía del juez natural como componente del debido proceso. Según los artículos 35 y 39 de la Constitución Política, dentro de las garantías que integran el debido proceso se encuentra la del juez natural o legal de la causa, entendida ésta como el derecho que se tiene de ser oído plenamente y dentro de un plazo razonable, por un funcionario competente, independiente y objetivo. Con respecto a esta garantía indicó esta Sala en la sentencia 3133-96 de las 16:21 horas del 21 de junio de 2016: "Este principio proveniente de la tradición anglo-norteamericana está recogido expresamente en el artículo 35 de nuestra Constitución y se complementa con los artículos 9, 152 y 153 del mismo cuerpo normativo, de los cuales resulta la exclusividad y universalidad de la función jurisdiccional en manos del Poder Judicial, así como del 39, en el cual debe entenderse que la "autoridad competente" es necesariamente la judicial y ordinaria. La jurisdicción consiste pues, en general, en la potestad de administrar justicia, y la competencia en la distribución que hace la ley de las diferentes esferas de conocimiento de los tribunales con base en criterios de materia, gravedad o cuantía, territorio y grado, tanto la jurisdicción -general o por materia- como la competencia son parte del debido proceso, pues garantizan que los conflictos sean resueltos por los tribunales regulares, en la forma señalada. El recurrente acusa que Considera lesionado el principio de Juez Natural, pues una vez que el Juez de Flagrancia, Lic. Guevara empieza la audiencia como Juez de un delito cometido por esa vía, declara la incompetencia por carecer del elemento de inmediatez y decide enviar el proceso a la vía ordinaria, sin embargo el mismo Juez que está en su condición de juez de flagrancia asume la calidad de Juez Ad Hoc y declara una medida cautelar habiendo reconocido de previo la incompetencia, lo que lesiona el numeral 35 de la Constitución Política. "IV.- Sobre la competencia del Tribunal de Flagrancia para el dictado de la medida cautelar de prisión preventiva. En el presente caso, el recurrente considera que se ha lesionado en su perjuicio la garantía de Juez Natural pues el Tribunal de Flagrancia, conformado por el Lic. Guevara Muñoz inicia la audiencia como Juez de Flagrancia, declara la incompetencia por la materia y envía el proceso a la vía ordinaria, sin embargo, asume la calidad de Juez Ad Hoc y declara una medida cautelar habiendo reconocido de previo la incompetencia, lo que lesiona el numeral 35 de la Constitución Política en su perjuicio. Al respecto, la Sala en la sentencia 2015-14162 de las 14:50 horas del 8 de setiembre de 2015 resolvió: "Atinente a la competencia del Tribunal de Flagrancia, nótese asimismo que la Sala ha avalado que el juez de flagrancia se pronuncie en relación con la medida de prisión preventiva aun cuando haya considerado improcedente el procedimiento de flagrancia (artículo 430 párrafo segundo): "II.- Esta Sala Constitucional ha resuelto que, en atención a lo dispuesto en el artículo 430 del Código Procesal Penal, y por razones de celeridad procesal, el Tribunal Penal de Flagrancia es competente para pronunciarse sobre la medida cautelar de prisión preventiva, aunque se declare incompetente para conocer del fondo del asunto y disponga el trámite ordinario de la causa. Así, en cuanto a este tema, en sentencia número 2009-18816 de las 15:46 hrs. de 15 de diciembre de 2009, se resolvió: "Considera la Sala que no se ha lesionado el derecho a la libertad personal del amparado con la decisión adoptada por el Tribunal Penal de Flagrancia de Puntarenas y la posterior remisión de los autos a trámite por el proceso penal ordinario. De acuerdo con el informe del Juzgador accionado, la detención del

encartado ocurrió en circunstancias que permitían considerar que el delito atribuido se cometió in fraganti, las cuales, no se aduce que fueran falsas. El motivo por el cual finalmente el proceso no se mantuvo en la vía de flagrancia radicó, más bien, en necesidades probatorias y no en la variación de las supuestas circunstancias en que se cometió el eventual delito. De este modo, no resultaba palmariamente incompetente el Tribunal Penal de Flagrancia para pronunciarse sobre la medida cautelar que el Ministerio Público había solicitado, al punto que deba ser un aspecto a controlar mediante el recurso de hábeas corpus. Tampoco del artículo 430 del Código Procesal Penal, que cita la actora, se desprende un vicio de esa gravedad, pues la norma se limita a establecer que “el juez Penal” resolverá sobre la solicitud de prisión preventiva, noción que no resulta, por sí misma, ni excluyente del Tribunal de Flagrancia, ni necesariamente vinculada al Juzgado penal ordinario al que finalmente se trasladó el proceso. Por el contrario, de forma expresa, en las directrices adoptadas por la Corte Suprema de Justicia en las sesiones #14-09 del 27 de abril de 2009, artículo XIX, y #31-09 del 7 de septiembre del 2009, artículo VII, sobre los procesos de flagrancia, se estipula que es el Juzgador que conoce de la primera audiencia de flagrancia quien, pese a no resultar finalmente competente para continuar tramitando el proceso, debe pronunciarse sobre la petición que se haya planteado de aplicación de medidas cautelares: “3.4. Se valorará en primer lugar si la detención obedece a una de las hipótesis de flagrancia. De no ser así, la audiencia resolverá sólo sobre medidas cautelares y se ordenará el trámite ordinario del asunto; en estos casos el juez penal de la etapa preparatoria receptor quedará vinculado por lo resuelto y los recursos se formularán ante el Tribunal del Procedimiento Ordinario según corresponda.” (énfasis agregado) Obligar a que el asunto deba conocerlo el Juez a quien se está trasladando la causa no es mejor garantía para los derechos de los encartados, sino que, por el contrario, implicaría demorar el conocimiento jurisdiccional de la procedencia de la medida. Así, no se encuentra que con las disposiciones adoptadas se infringiera la libertad personal del tutelado, por lo que lo procedente es desestimar el recurso”. (criterio reiterado en sentencias número 2012004705 de las 9:05 horas del 13 de abril de 2012 y número 2012009536 de las 14:30 horas del 18 de julio de 2012). De esa forma, en cuanto a este aspecto se refiere, advierte la Sala que, con lo actuado y resuelto por parte del Tribunal recurrido, no se lesiona derecho fundamental alguno en perjuicio del recurrente” (Resolución N° 2014-359 de las 14:30 horas del 14 de enero de 2014). En razón de lo expuesto, se declara sin lugar el recurso, en cuanto a este extremo. V.- Sobre prisión preventiva. La prisión preventiva sólo puede imponerse en forma excepcional y mediante resolución fundada, en la medida en que resulte indispensable para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley, cuando se den los presupuestos procesales previstos en los artículos 9, 10 y 238 y siguientes del Código Procesal Penal. Lo anterior, en virtud de lo dispuesto en los artículos 37 y 39 de la Constitución Política, 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que consagran los principios de dignidad humana e inocencia, que fundamentan el proceso penal en un Estado democrático de derecho. VI.- Sobre la fundamentación de la prisión preventiva dictada en contra del imputado. En el presente caso, el recurrente alega que se ha vulnerado en su perjuicio el principio de favor libertatis y principio de inocencia, pues se le impone una medida cautelar que es la última ratio, pudiendo imponerle una menos gravosa. Al respecto, de los elementos de prueba aportados al expediente, la Sala aprecia que contra el tutelado se sigue una causa penal por los delitos de incumplimiento de medidas de protección de violencia doméstica y restricción a la libertad de tránsito, según la Ley de Protección contra la Violencia Doméstica, causa penal en la que el 26 de mayo de 2016 el Tribunal de Flagrancia del II Circuito Judicial de San José, conoció la solicitud de prisión preventiva planteada por el Ministerio Público y le impuso al tutelado dos meses de prisión preventiva. El Juez consideró que de los elementos de prueba que constan en el expediente, como son la denuncia de la ofendida, el parte policial y la copia certificada del expediente de medidas de protección de violencia doméstica, se tiene que, con grado de probabilidad, el tutelado es autor de los hechos que se investigan y que consisten en el presunto incumplimiento de las medidas de protección impuestas a favor de la ofendida en octubre de 2015 por el Juez de Violencia Doméstica, específicamente no acercarse a ella a menos de dos kilómetros, pues según se desprende de la denuncia de la ofendida, el 25 de mayo de 2016 su hermana la llama para que se presente a su casa, ubicada cerca de la de la ofendida y al llegar allí se percató de que el imputado, con quien mantuvo una relación amorosa, está allí con la intención de hablar con ella y pedirle que retomen la relación, para lo cual la toma con fuerza de los brazos, la tira contra la cama, forcejean y es retenida por aproximadamente una hora en esa casa, hasta que en un descuido del imputado se escapa y pide ayuda a su madre. El imputado permanece en los alrededores y aproximadamente dos horas después, es detenido en la casa de la hermana de la ofendida por oficiales de la Fuerza Pública. El Tribunal de Flagrancia, fundamenta la necesidad de la prisión preventiva en la existencia de peligros procesales como el peligro de obstaculización, pues el comportamiento del imputado atenta contra las finalidades del proceso, ya que ha presionado a la ofendida para que retire la demanda de violencia doméstica y podría afectar la pureza de la prueba, en este caso el testimonio de la víctima. Por otra parte, el Juez indica que existe peligro para la víctima, quien según la prueba es acosada por el imputado por mensajes de texto, redes sociales, y visitas a su lugar de trabajo y que no se ha detenido con la imposición de medidas de protección de violencia doméstica. De allí que la Sala estime que la decisión jurisdiccional que impone la prisión preventiva al amparado por dos meses está fundamentada en los elementos de convicción hasta ahora existentes en el expediente y en peligros procesales debidamente justificados por el Juez de acuerdo a lo que allí consta. En atención a lo anterior, el recurso debe ser desestimado en cuanto a este extremo. VII. Sobre la afectación al derecho al debido proceso y el derecho a recurrir la resolución que le impone la prisión preventiva. El recurrente acusa que el Tribunal Penal del Segundo Circuito Judicial de San José declaró inadmisibles los recursos planteados contra la resolución del Tribunal de Flagrancia de ese mismo circuito, que ordenó su encarcelamiento preventivo por dos meses, en virtud del principio de taxatividad de los recursos en materia penal y la imposibilidad de que un Tribunal conozca en alzada la resolución de un Juez de igual rango, lo que lesiona sus derechos y garantías constitucionales. Si bien es cierto esta Sala ha avalado en su jurisprudencia que la inexistencia de recurso de apelación para las resoluciones de prisión preventiva dictadas en flagrancia -aún en casos en los que luego se dicta la incompetencia- (ver sentencias 2015-001917 de las 9:05 horas del 11 de febrero de 2015), bajo una mejor ponderación, se rectifica ese criterio y se ordena admitir el recurso de apelación de la prisión preventiva dictada por un juez de flagrancia, en aquellos casos en que esa medida se adopta luego de que éste se declare incompetente y remita la causa al juez ordinario. Lo anterior porque es lógico que, si la causa se estima "ordinaria", tenga acceso a las mismas reglas de esa instancia, incluido el recurso de apelación de la prisión preventiva. Lo contrario sería dejar al imputado en un limbo jurídico, con lo peor de los dos sistemas, es decir, sin la celeridad de la flagrancia porque su causa ya no se tramitará bajo esas reglas, y sin la amplitud de la vía recursiva de la vía ordinaria, donde sí se reconoce una vía recursiva más amplia para las causas tramitadas bajo ese procedimiento. Al haber dictado un juez una medida de prisión preventiva declarándose incompetente para conocer la causa en

flagrancia, no es razonable aplicar las restricciones que establece la ley para el trámite de flagrancias, si la causa no pertenece a esa instancia. Lo contrario significaría que una causa que se tramita ante la jurisdicción penal ordinaria, tiene reglas distintas para los imputados cuyas causas se remiten por incompetencia, respecto a los que tienen el mismo procedimiento desde el inicio; trato a todas luces irrazonable y desigual, contrario a lo establecido en nuestra Constitución Política en su artículo 33 y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 24. Aplicar las limitaciones de acceso al recurso de apelación de la prisión preventiva de la materia de flagrancias a un caso que se tramitará bajo el procedimiento ordinario previsto en el Código Procesal Penal, únicamente porque el juez que dictó la medida cautelar es un juez de flagrancias declarado incompetente, es a todos luces un trato discriminatorio del imputado frente a la ley. En consecuencia, se ordena al Tribunal Penal del Segundo Circuito Judicial, que admita y resuelva como en derecho corresponda, el recurso contra la prisión preventiva interpuesto por la defensa del imputado, en un plazo no mayor a 72 horas. En el mismo sentido que expresé en la sentencia 2016-6589 de las 15:30 horas del 17 de mayo de 2016, estimo que en todo caso que se dicte prisión preventiva, debe existir un recurso judicial efectivo para su impugnación. VIII.- Razones Adicionales de la Magistrada Hernández López. Una de las características de un estado constitucional de derecho es la protección de la libertad personal de las y los habitantes, a través de un sistema de frenos y contrapesos que incluyen el respeto al principio de excepcionalidad de la restricción a la libertad personal, según el cual, la libertad personal sólo puede restringirse, bajo supuestos taxativamente reglados por ley, en forma debidamente fundamentada en resolución dictada por un juez, competente e independiente y, desde mi óptica, revisable mediante un recurso judicial efectivo, requisito sin el cual, no podría existir una protección verdadera de la libertad personal. Si la lógica del sistema democrático es asignarle a la libertad personal una protección especial, toda restricción a esa libertad debe ser – como se indicó supra- restrictiva, contar con una serie de garantías entre estas la regulación taxativa por ley de los supuestos de restricción, la debida fundamentación de la resolución la restringe, el derecho a la jurisdicción, es decir que sea dictada por un juez, competente e imparcial y naturalmente como parte del sistema de frenos y contrapesos, la posibilidad de contar con una vía recursiva para controlar la resolución que concede la restricción. El artículo 7.6 de la Convención Americana expresa que “Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente a fin de que este decida sin demora sobre la legalidad de su arresto o detención y se ordene su libertad si su arresto o detención fueran ilegales”. Desde esta perspectiva, la aplicación de la prisión preventiva debe tener carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de presunción de inocencia, legalidad, necesidad y proporcionalidad. Sobre este tema, la Comisión Interamericana de Derechos humanos en aplicación del caso del artículo 7.5 de la Convención Americana, en el caso *García Asto y Ramírez Rojas vs Perú*, ha señalado que: “ (...) los procesados, de quienes se presume su inocencia, deben disfrutar del ejercicio de la libertad física, mientras que su privación sólo debe decretarse en aquellos casos en los que se ponga en riesgo el éxito del proceso penal, ya sea porque se pretende obstaculizar la actividad probatoria, ya sea porque se pretende evadir la aplicación de la pena(...) En *López Álvarez vs Honduras* se delimita más la posición sobre el tema al señalar: “(...) la legitimidad de la prisión preventiva no proviene solamente de que la ley permite aplicarla en ciertas hipótesis generales, La adopción de esa medida cautelar requiere un juicio de proporcionalidad entre aquélla, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria. Del artículo 7.3 de la Convención se desprende la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva”. “De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención, se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad personal más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia pues la prisión preventiva es una medida cautelar no punitiva. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y entre otros, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser contrario a la regla general ( art. 9.3) en caso contrario, se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad por un plazo desproporcionado, respecto de la pena que correspondería al delito imputado a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. (CIDH *Suárez Rosero vs Ecuador*). Asimismo, en los casos *Herrera Ulloa vs Costa Rica*, *Barreto Leiva vs Venezuela*, *Vélez Lóor vs. Panamá*, *Norín Catrimán vs Chile* se establece que para que la protección de la libertad personal sea efectiva, el control de los actos del poder represivo del estado deben incluir el control de las decisiones jurisdiccionales contrarias a derecho, lo cual estimo sólo puede garantizarse mediante un recurso efectivo de la resolución del juez que acuerda restringir la libertad personal independientemente de la etapa del proceso en que se dé. En lo que interesa se cita lo relevante: *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* 161. De acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que “no basta con la existencia formal de los recursos, sino que éstos deben ser eficaces”, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos. 163. El juez o tribunal superior encargado de resolver el recurso interpuesto contra la sentencia penal tiene el deber especial de protección de las garantías judiciales y el debido proceso a todas las partes que intervienen en el proceso penal de conformidad con los principios que lo rigen. 164. La posibilidad de “recurrir del fallo” debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho. 165. (...) [L]o importante es que dicho recurso garantice un examen integral de la decisión recurrida. *Barreto Leiva vs Venezuela* 89.- La doble conformidad judicial, expresada mediante la íntegra revisión del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado. *Vélez Lóor vs. Panamá* 179.- La jurisprudencia de esta Corte ha sido enfática al señalar que el derecho a impugnar el fallo busca proteger el derecho de defensa, en la medida en que otorga la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses del justiciable. La doble conformidad judicial, expresada mediante la íntegra revisión del fallo condenatorio o sancionatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado. En este sentido, el derecho a recurrir del fallo, reconocido por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y emitió el fallo condenatorio o sancionatorio,

ante el que la persona afectada tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto. Sobre este punto, si bien los Estados tienen cierta discrecionalidad para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho a recurrir del fallo. La posibilidad de “recurrir del fallo” debe ser accesible, sin requerir mayores complejidades que tornen ilusorio este derecho. *Norín Catrimám vs Chile* 312. De conformidad con lo indicado, no es suficiente con que sea legal; además, es necesario que no sea arbitraria, lo cual implica que la ley y su aplicación deben respetar los requisitos siguientes: (...) e) Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención. De este modo, para que se respete la presunción de inocencia al ordenarse medidas cautelares restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite, de manera clara y motivada, según cada caso concreto, la existencia de los referidos requisitos exigidos por la Convención. De acuerdo con los precedentes transcritos, el control de la arbitrariedad jurisdiccional es un imperativo convencional cuando se trata de la restricción a la libertad personal, el cual desde mi perspectiva, en el caso de las prisiones preventivas dictadas al resolverse la incompetencia por materia por parte del tribunal de flagrancia, no se satisface con la posibilidad que otorga a posteriori el procedimiento ordinario, de volver a discutir la procedencia de la medida cautelar al término de esta. Nótese que, en el caso en particular del tutelado, tendrá que sufrir una prisión de dos meses, sin que, durante ese lapso, la resolución judicial que le ordenó su privación de libertad tenga control alguno. En las sentencias 300-90 y 1704-90 de esta Sala, (caso sobre la fijación de la cuota alimentaria provisional que no tenía recurso y la persona, si no pagaba, se apremiaba), se abrió vía jurisprudencial la vía recursiva aplicando el derecho convencional. Al haber señalado este Tribunal que no procede la apelación de la prisión preventiva en materia de flagrancias en una acción de inconstitucionalidad -aspecto sobre el cual no me pronunciado-, en un caso como el que se discute, el tutelado se queda en una especie de limbo jurídico. Desde mi perspectiva, resulta inconveniente que la garantía de un derecho fundamental se deje sin contenido, por medio de una interpretación restrictiva de los alcances de las normas del Código Procesal Penal y de la jurisprudencia y normas de la Corte IDH, cuando la misma jurisprudencia constitucional, convencional y el mismo artículo 2 del Código Procesal Penal, establecen la obligación de interpretar restrictivamente las disposiciones generales que coarten la libertad del imputado. En ese sentido la única forma de garantizar que no exista arbitrariedad en la decisión jurisdiccional es mediante la garantía de un recurso efectivo frente a la restricción de la libertad dictada por el juez de flagrancia que se declara incompetente por materia. Por ello, la omisión del sistema procesal en nuestro país de garantizar este tipo de recurso en las circunstancias descritas, es a mi juicio contrario a la Convención Americana de Derechos Humanos por las razones indicadas. Concurro con el voto de mayoría, al no haber tenido el imputado acceso a un recurso judicial efectivo como lo exige la Convención Americana en las normas y precedentes citados y en particular el 25.1, para revisar los fundamentos de la prisión preventiva dictada en su contra, aunque en mi caso, por razones más amplias y que obligan incluso en materia de flagrancias, a garantizar dicho derecho. IX.- Voto salvado de los Magistrados Rueda Leal y Salazar Alvarado, con redacción del último: Los suscritos magistrados salvan el voto y declaran sin lugar el recurso con base en las siguientes razones: I.- En contra del recurrente se tramita causa penal por incumplimiento de una medida de protección y restricción a la libertad de tránsito, de acuerdo con la Ley de Protección contra la Violencia Doméstica, de ahí que, el Tribunal Penal de Flagrancia del II Circuito Judicial de San José, ordenara su prisión preventiva por dos meses, la que fue recurrida por el señor [Nombre 001]; y, ante el recurso de apelación por él interpuesto y acogida la excepción de incompetencia presentada por su defensor, el Tribunal Penal, también del II Circuito Judicial de San José, por Voto N° 2016-206, de las 10:30 horas, del 30 de mayo de 2016, rechazó ad portas el recurso por inadmisibles. Esta Sala, por decisión de la mayoría, ha sostenido que no existe un derecho irrestricto a la doble instancia, y el hecho de que no se establezca en forma expresa la posibilidad de plantear el recurso de apelación en el ordenamiento procesal penal, no violenta el debido proceso. En la Sentencia N° 2015-1917, de las 9:05 horas, del 11 de febrero de 2015, la Sala dispuso: "Ahora, con respecto a la imposibilidad de recurrir en apelación la prisión preventiva en materia de flagrancia, ya este Tribunal se ha pronunciado, en reiterada jurisprudencia, en el sentido de que dicha falta de disposición normativa no atenta contra el Derecho de la Constitución. Así por ejemplo, en la sentencia No. 2013-10932 de las 9:30 hrs. del 16 de agosto de 2013, se consideró, en lo que interesa: “ En reiteradas ocasiones este Tribunal ha señalado, que en el proceso de flagrancia no fue contemplado por el legislador la procedencia del recurso de apelación contra autos como los reclamados por la recurrente, no obstante, ello no conculca los derechos constitucionales del amparado, por cuanto el derecho de recurrir las resoluciones judiciales no fue contemplado expresamente en la Constitución Política. Por ello, es el legislador, en virtud de su competencia para diseñar los procesos, el que prevé la posibilidad de impugnar las resoluciones por medio de los distintos recursos revocatoria, apelación, casación, etc.-, a efectos de tutelar el debido proceso y evitar que se produzcan gravámenes irreparables. Lo anterior, toda vez que los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, si bien reconocen la doble instancia en materia penal, lo hacen para efectos de impugnar el fallo final, no cualquier resolución dentro del proceso. Veamos al efecto, lo indicado por este Tribunal en la sentencia No. 2009-7387 de las 14:56 horas del 6 de mayo de 2009, al resolver la acción de inconstitucionalidad planteada contra los artículos 422 al 442 del Código Procesal Penal que regulan el proceso de Flagrancia: «En el caso de la sentencia dictada en los procesos penales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 8 inciso 2.h, establece expresamente como uno de los derechos básicos del imputado, el derecho a recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior. De igual modo lo establece el artículo 14 inciso 5) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en cuanto indica que " Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley". Esta norma se refiere al fallo o sentencia que ponga fin al proceso y no a las resoluciones interlocutorias que se dicten durante el proceso. En ese sentido, el hecho de que no se disponga, expresamente, el derecho de recurrir todas las resoluciones interlocutorias que se dictan en el proceso penal, no resulta contrario a las normas internacionales señaladas en la Constitución Política". II.- Por otra parte, si bien la resolución del Tribunal de Flagrancia que impone la prisión preventiva no tiene alzada, es en el procedimiento ordinario que el interesado puede pedir revisión de la medida al Juez Penal, y lo que éste resuelva, sí tendría recurso de apelación, ahora ante el Tribunal Penal, pues la competencia del Tribunal de Juicio, como Tribunal de Alzada, se limita al conocimiento de la revisión de las decisiones de los jueces penales de la etapa preparatoria o intermedia; es decir, del Juzgado Penal, por parte de un Juez 3 (artículos 256, 437, 438 y 452, del Código Procesal Penal). Además, el Juez del Tribunal de Flagrancia y el Juez del Tribunal Penal de Juicio, se encuentran en la misma categoría (Juez 4), por lo que no podría tener competencia para fungir como superior -o

en alzada- del primero, cuando no ha sido facultado por ley (artículos 96 bis y 107, de la Ley Orgánica del Poder Judicial). En consecuencia, el rechazo ad portas por inadmisibile, por parte del Tribunal Penal, a la prisión preventiva ordenada por el Tribunal de Flagrancia contra el recurrente, no lesiona el alegado derecho constitucional al derecho de defensa o al debido proceso. III.- Por todo ello, salvamos el voto y declaramos sin lugar el recurso. - X.- DOCUMENTACIÓN APORTADA AL EXPEDIENTE. Se previene a las partes que, de haber aportado algún documento en papel, así como objetos o pruebas contenidas en algún dispositivo adicional de carácter electrónico, informático, magnético, óptico, telemático o producido por nuevas tecnologías, éstos deberán ser retirados del despacho en un plazo máximo de 30 días hábiles contados a partir de la notificación de esta sentencia. De lo contrario, será destruido todo aquel material que no sea retirado dentro de este plazo, según lo dispuesto en el "Reglamento sobre Expediente Electrónico ante el Poder Judicial", aprobado por la Corte Plena en sesión N° 27-11 del 22 de agosto del 2011, artículo XXVI y publicado en el Boletín Judicial número 19 del 26 de enero del 2012, así como en el acuerdo aprobado por el Consejo Superior del Poder Judicial, en la sesión N° 43-12 celebrada el 3 de mayo del 2012, artículo LXXXI. Por tanto: Se declara parcialmente CON LUGAR el recurso. Se ordena a Hugo Vargas Quirós, Juez de Juicio del Tribunal Penal del Segundo Circuito Judicial de San José o a quien ocupe su cargo, admitir el recurso de apelación de la prisión preventiva presentado oportunamente por la defensa del amparado y resolverlo conforme en derecho corresponda, en un plazo no mayor a 72 horas. Se condena al pago de daños y perjuicios causados con los hechos que sirven de base a esta declaratoria, los que se liquidarán en la vía de ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo. La Magistrada Hernández López da razones adicionales en cuanto a la falta de recurso efectivo contra la resolución que ordena la prisión preventiva. Los Magistrados Rueda Leal y Salazar Alvarado salvan el voto y declaran sin lugar el recurso. Fernando Cruz C. Presidente a.i

## Principio de Igualdad

Expediente 19-013680-0007-CO Voto salvado del Magistrado Rueda Leal y la Magistrada Esquivel Rodríguez, con redacción del primero. Con el respeto acostumbrado nos separamos del criterio de la mayoría por los siguientes motivos: 1.- Referencia jurisprudencial. Visto que la resolución de mayoría únicamente menciona algunos precedentes internacionales que son de gran relevancia en el sub examine, consideramos que una ponderación balanceada amerita una transcripción de algunos de sus argumentos. Por ejemplo, si bien la sentencia se refiere a jurisprudencia del TEDH relacionada con el servicio militar, productos farmacéuticos, derecho propiedad y uso de símbolos religiosos, se trata de asuntos que pueden servir de referencia general en cuanto a la existencia de un derecho a la objeción de conciencia, mas no tocan el tema de fondo en el subfúdice: el matrimonio civil entre parejas del mismo sexo y el derecho a la objeción de conciencia. El caso que sí lo hace es Eweida y otros vs. Reino Unido. La mayoría de esta Sala se enfocó en las opiniones disidentes sin hacer justicia a los argumentos de la decisión del TEDH. En tal oportunidad, ese Tribunal resolvió el caso de una funcionaria del registro de nacimientos, defunciones y matrimonios, quien se oponía a registrar matrimonios entre personas homosexuales: “102. El Tribunal señala que la tercera demandante es una cristiana, que mantiene la opinión cristiano-ortodoxa de que el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer para toda la vida. Cree que las uniones del mismo sexo son contrarias a la voluntad de Dios y que no sería bueno que ella participara en la creación de una institución equivalente al matrimonio entre una pareja del mismo sexo. Debido a su negativa a ser designada como funcionaria registradora de uniones homosexuales, se inició un procedimiento disciplinario en su contra, que culminó con la pérdida de su empleo. 103. La demandante tercera no reclamó en virtud del artículo 9 leído aisladamente, sino que alegó que había sufrido discriminación como resultado de sus creencias cristianas, en violación del artículo 14 en relación con el artículo 9. Para el Tribunal, está claro que la objeción de la demandante a officiar uniones civiles de personas del mismo sexo estaba directamente motivada por sus creencias religiosas. Los hechos en cuestión entraban dentro del ámbito del artículo 9 y el artículo 14 era de aplicación. 104. El Tribunal considera que la comparación significativa en este caso es con el de un funcionario registrador sin objeciones religiosas a uniones del mismo sexo. Está de acuerdo con la afirmación de la demandante de que el requisito de la autoridad local de que todos los funcionarios registradores de nacimientos, matrimonios y defunciones fueran también designados como funcionarios registradores de uniones civiles del mismo sexo tuvo un impacto particularmente perjudicial en ella debido a sus creencias religiosas. Con el fin de determinar si la decisión de la autoridad local de no hacer una excepción con la demandante y otros en su situación supuso una discriminación indirecta en violación del artículo 14, el Tribunal debe considerar si la decisión perseguió a un objetivo legítimo y si fue proporcionada. 105. El Tribunal de apelaciones declaró en este caso que el objetivo perseguido por la autoridad local era proporcionar un servicio que no sólo fuera eficaz en términos de practicidad y eficiencia, sino también que cumpliera con la política general de ser «un empleador y una autoridad pública totalmente comprometida con la promoción de la igualdad de oportunidades y requería que todos sus empleados actuaran de una manera no discriminatoria respecto a los otros». El Tribunal recuerda que en su jurisprudencia en virtud del artículo 14 ha declarado que las diferencias de trato basadas en la orientación sexual requieren justificarse por razones particularmente serias (véase, por ejemplo, Karner contra Austria, núm. 40016/98, ap. 37. TEDH 2003 IX: Smith y Grady, ya citada, ap. 90; Schalk y Kopf contra Austria, núm. 30141/04, ap. 97, TEDH 2010). También ha declarado que las parejas del mismo sexo están en una situación significativamente similar a las parejas de diferente sexo en cuanto a su necesidad de reconocimiento legal y protección de su relación, aunque la práctica en este sentido sigue evolucionando en toda Europa, los Estados contratantes disfrutaban de un amplio margen de apreciación en cuanto a la forma en que esto se logra en el ordenamiento jurídico interno (Schalk y Kopf, citada, apartados 99-108). En este contexto, es evidente que el objetivo perseguido por la autoridad local era legítimo. 106. Queda por determinar si los medios utilizados para conseguir este objetivo fueron proporcionados. El Tribunal tiene en cuenta que las consecuencias para la demandante fueron graves: dada la fuerza de su convicción religiosa, consideró que no tenía otra opción que enfrentarse a una acción disciplinaria, antes de ser designada funcionaria registradora de las uniones homosexuales civiles y, en última instancia, perdió su trabajo. Además, no puede decirse que, cuando ella firmó su contrato de trabajo, la demandante renunciara expresamente a su derecho a manifestar sus creencias religiosas oponiéndose a participar en la unión de parejas homosexuales, dado que este requisito se introdujo en una fecha posterior. Por otro lado, sin embargo, la política de la autoridad local buscaba garantizar los derechos de los demás que también están protegidos por el Convenio. El Tribunal concede generalmente a las autoridades nacionales un amplio margen de apreciación cuando se trata

de un equilibrio entre derechos contrapuestos del Convenio (véase, por ejemplo, Evans contra el Reino Unido. GS. núm. 6339/05. ap. 77, TEDH 2007 I). En cualquier circunstancia, el Tribunal no considera que las autoridades nacionales, como son el superior de la autoridad local que llevó el proceso disciplinario y los tribunales nacionales que rechazaron la reclamación de discriminación de la demandante, superaran el margen de apreciación del que disponían. Por lo tanto, no puede decirse que haya habido una violación del artículo 14 leído en relación con el artículo 9 respecto a la tercera demandante.” Se destaca que ese Tribunal consideró como fin legítimo que el Estado demandado procurase una política general de promoción de la igualdad de oportunidades y, por ello, requiriese que todos sus empleados actuaran de manera no discriminatoria para con los usuarios, refiriéndose concretamente al trato desigual para con las parejas homosexuales. También estimó que la medida adoptada -el despido de la funcionaria- estaba dentro del margen de apreciación del Estado. El voto de mayoría también menciona la decisión de la Corte Constitucional colombiana, empero, sin adentrarse en las razones de ese Tribunal para denegar la objeción de conciencia en el ejercicio de la función jurisdiccional: “5.3. Las autoridades judiciales no pueden escudarse en la objeción de conciencia para negarse a tramitar o a decidir un asunto que se ponga bajo su consideración La objeción de conciencia es un derecho que se garantiza de modo extenso en el campo privado — cuando no está de por medio el desconocimiento de derechos de terceras personas -. No obstante, queda excluido alegar cuando se ostenta la calidad de autoridad pública. Quien ostenta tal calidad, no puede excusarse en razones de conciencia para abstenerse de cumplir con sus deberes constitucionales y legales pues con dicha práctica incurriría en un claro desconocimiento de lo dispuesto en los artículos 2º y 6º de la Constitución Nacional. De conformidad con el primero: "Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.” Mientras que el segundo consagra: "Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extra/imitación en el ejercicio de sus funciones”. Lo consignado en los artículos transcritos, pone de relieve el papel que desempeñan las autoridades públicas y las diferencias sustanciales que surgen respecto del sentido y alcance de los deberes en cabeza de estas autoridades si se comparan con los que radican en cabeza de las personas particulares en lo relativo al ejercicio de la objeción de conciencia. Cuando se acepta voluntariamente ostentar la calidad de autoridad judicial e, incluso, cuando en calidad de particulares se asumen compromisos que implican el ejercicio de la actividad jurisdiccional, una de las consecuencias, si no la más importante, es el compromiso de velar por el estricto cumplimiento de la normatividad vigente. En efecto, cuando un funcionario o funcionaria judicial profiere su fallo no está en uso de su libre albedrío. En estos casos el juez se encuentra ante la obligación de solucionar el problema que ante él se plantea —art. 230 de la Constitución-, con base en la Constitución y demás normas que compongan el ordenamiento jurídico aplicable. Esto por cuanto su función consiste precisamente en aplicar la ley -entendida ésta en sentido amplio-, de manera que no le es dable con base en convicciones religiosas, políticas, filosóficas o de cualquier otro tipo faltar a su función. Lo anterior no significa que como persona no tenga la posibilidad de ejercer sus derechos fundamentales; significa que en su labor de administrar justicia sus convicciones no lo relevan de la responsabilidad derivada de su investidura, debiendo administrar justicia con base única y exclusivamente en el derecho, pues es esa actitud la que hace que en un Estado impere la ley y no los pareceres de las autoridades públicas, es decir, lo que lo define que en un Estado gobierne el derecho y no los hombres, siendo ésta la vía de construcción y consolidación del Estado de derecho. Adicionalmente, admitir la posibilidad de objetar por motivos de conciencia la aplicación de un precepto legal determinado significa, en el caso de las autoridades jurisdiccionales, aceptar la denegación injustificada de justicia y obstaculizar de manera arbitraria el acceso a la administración de justicia. Debe tenerse presente, que con el ejercicio de la función judicial está en juego la protección de los derechos constitucionales fundamentales que han sido, a su turno, el resultado de grandes esfuerzos por parte de grupos de la sociedad históricamente discriminados - como, en el caso que nos ocupa, lo han sido las mujeres-. Ha de repararse, de la misma manera, en que estas conquistas cristalizadas bajo la forma de derechos fundamentales, no siempre reciben aceptación pacífica por parte de todos los sectores de la sociedad y se ven expuestas, con frecuencia, a los ataques provenientes de quienes pretenden imponer un punto de vista abarcador y excluyen te incompatible, como ya se dijo, con la apertura al pluralismo y con la necesidad de proteger y promover la diversidad cultural, tal como lo disponen los artículos 1º y 7º de la Constitución Nacional en armonía con otros preceptos contenidos en la misma Norma Fundamental[43]. Aquí cabe, por consiguiente, afirmar que las autoridades judiciales deben dejar de lado sus consideraciones de conciencia para que, en desarrollo del Estado de Derecho, se garantice el derecho que tienen las personas a acceder a la justicia y, por esa vía, asegurar que sus derechos constitucionales fundamentales sean debidamente respetados y protegidos. No se pueden convertir las razones particulares de conciencia de un funcionario o de una funcionaria judicial en obstáculo que impida a las personas obtener pronta y debida justicia. Aparece claro, entonces, que quien voluntariamente resuelve convertirse en miembro de la rama judicial debe dejar de lado sus consideraciones de conciencia cuando se encuentre en ejercicio de sus funciones y ha de aplicar la normatividad vigente. Otra cosa sucede cuando estas personas obran en la esfera privada, por cuanto en ese ámbito la Constitución Nacional les reconoce la plena posibilidad de obrar de conformidad con los mandatos de su conciencia y les asegura que ello tendrá lugar sin intromisiones inadmisibles por parte del Estado o de particulares.” (Destacado no corresponde al original. Sentencia de Tutela n.º 388/09 del 28 de mayo de 2009). Desde nuestra perspectiva, notamos que a la fecha de dictada esta resolución no existe un reconocimiento expreso a la objeción de conciencia en nuestro ordenamiento jurídico, como sí ocurre en otras latitudes (por ejemplo, el ordinal 30 de la Constitución Española para el servicio militar). Ante esta situación, en Costa Rica, su aplicación se deriva de normas más genéricas, relacionadas con la libertad de conciencia, pensamiento o culto, como fue analizado en esta sede constitucional mediante sentencia n.º 2012-10456 de las 16:27 horas del 1 de agosto de 2012 (citada en el voto de mayoría). 2.- Aplicación de la objeción de conciencia. Sobre la delimitación del orden jurídico y el religioso. En nuestro criterio, el fallo de mayoría cae irremisiblemente en el error de omitir la diferenciación entre el orden jurídico y el religioso, problema que ya se vislumbra en el escrito de interposición, sin que en ello reparara la Mayoría. El accionante manifestó que se violan los derechos del “...juez o jueza católica, evangélica o musulmana, o judía (o técnicos -as- judiciales), para quien el matrimonio entre personas del mismo sexo va en contra de sus convicciones más profundas...”. Haciendo eco de este reclamo, la Sala determinó que cada uno de tales

jueces "...tiene una visión diferente sobre una institución social y religiosa a la que pueden tener los contrayentes y, por consiguiente, el obligarlo a celebrar el acto de matrimonio lacera sus convicciones religiosas más profundas, y deja sin contenido esencial el derecho fundamental del juzgador." (El subrayado es agregado). De previo a conocer el caso concreto conviene revisar algunas situaciones de objeción de conciencia basadas en la religión, para evidenciar pautas generales a partir de un ejercicio de inducción. El primer ejemplo es el servicio militar. Algunos países disponen el servicio militar o el reclutamiento obligatorio, e imponen sanciones a quienes se nieguen a enlistarse en el ejército cuando sea solicitado. Ocurre que el sujeto obligado profesa alguna religión pacifista que se opone a la violencia o al homicidio, situaciones comunes en la guerra u otra clase de acciones militares. Lo que ocurre entonces es que el servicio militar plantea un conflicto para el individuo: por un lado, en caso de cumplir con él y enlistarse, entonces desobedecerá las normas religiosas; por otro, si actúa según sus creencias religiosas, entonces sufrirá la sanción estatal por no prestar el servicio militar. Un segundo ejemplo es el aborto. En países que lo permiten, un médico del sistema de seguridad social estatal podría verse obligado a aplicarlo en el ejercicio de sus funciones públicas. No obstante, esta obligación jurídica podría contraponerse a su creencia religiosa, con base en la cual la vida debe resguardarse desde la concepción. Nuevamente, el sujeto se encuentra en una disyuntiva: o cumple su deber jurídico e incurre en condena religiosa, o se expone a una sanción jurídica con motivo de la observación a los mandatos religiosos. Un planteamiento idéntico se daría en casos de eutanasia o eugenesia, o bien cuando la razón de la objeción más bien proviene de la ética. Según se extrae de los ejemplos anteriores, en la objeción de conciencia por motivos religiosos subyace un conflicto entre dos órdenes normativos: el jurídico y el religioso. Dado que el individuo es sometido a un dilema que lo pone a escoger entre sus creencias religiosas y su obligación jurídica, la objeción de conciencia funciona como cláusula de escape, en tanto libera a la persona de su deber jurídico. Igual aplica lo expuesto, cuando se está ante una controversia en el ámbito ético. Este tipo de conflicto se percibe en la justificación esgrimida por el TEDH para emitir la resolución *Bayatyan vs. Armenia* de 2011, que constituyó un cambio de paradigma en su jurisprudencia, como el propio Tribunal indicó, al incluir la objeción de conciencia en el ámbito de protección del artículo 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos. El Tribunal señala: "110. In this respect, the Court notes that Article 9 does not explicitly refer to a right to conscientious objection. However, it considers that opposition to military service, where it is motivated by a serious and insurmountable conflict between the obligation to serve in the army and a person's conscience or his deeply and genuinely held religious or other beliefs, constitutes a conviction or belief of sufficient cogency, seriousness, cohesion and importance to attract the guarantees of Article 9..." [1] (El subrayado es agregado) Es decir, si la oposición al servicio militar se basa en un serio e insuperable conflicto entre la obligación de servir al ejército y las genuinas y profundas creencias de una persona, incluyendo su concepción acerca del bien "vida", entonces su protección podría encontrar acogida en el ordinal 9. En el sub lite, debido a la equivocación en el punto de partida supra citado, de manera generalizada se englobó el concepto de matrimonio, incluyendo en él tanto al civil como al religioso. Aclaramos que el recurrente de modo expreso manifestó que "No está en discusión en este amparo el derecho humano de toda persona de LIBREMENTE escoger la preferencia sexual con que mejor se sienta. Elegir y decidir sobre su sexualidad. Ese derecho merece todo mi respeto y se lo doy." (La mayúscula es del original) Es decir, el problema radica en la celebración o reconocimiento del matrimonio civil entre personas del mismo sexo y no en su orientación sexual. El accionante incluso puntualiza el objeto de su desavenencia: "Es un hecho notorio que la población judicial concretamente jueces y juezas, técnicos y técnicas judiciales, en una amplia mayoría profesan la fe cristiana y para muchos de ellos y ellas participar en el trámite de matrimonios entre personas del mismo sexo sería algo contra ABIERTAMENTE A LA FE QUE PROFESAN." (La mayúscula es del original). A diferencia de los ejemplos expuestos, la pretendida objeción de conciencia no muestra en el sub iudice una colisión entre dos obligaciones impuestas por los distintos órdenes normativos, sino que en realidad constituye una oposición a que el Estado tenga su propio orden normativo para regular las cuestiones civiles. El sujeto -en el sub lite, el juez- no se encuentra ante una disyuntiva como las expuestas supra, ya que estamos ante dos esferas normativas diferentes, cada una de las cuales por aparte le asigna consecuencias disímiles a un mismo evento: una pareja homosexual se une en matrimonio. Frente a ese supuesto, la respuesta normativa atinente a la esfera religiosa del amparado en este asunto es desconocer tal pretensión y negar el matrimonio, pues no reúne los requisitos para un matrimonio religioso (que sea entre hombre y mujer). Frente a ese mismo supuesto de hecho, el Estado puede reconocer tal matrimonio en caso de que cumpla las demás exigencias normativas, toda vez que el Estado tiene la potestad de determinar los requisitos normativos para el matrimonio civil. En otras palabras, cuando una pareja homosexual pretende su unión, la norma religiosa le prescribiría a la autoridad religiosa encargada "No celebre un matrimonio religioso, pues no cumple los requisitos"; mientras que la ley civil le indicaría a la autoridad civil "Celebre el matrimonio civil porque cumple los requisitos legales". Ambas respuestas conviven sin colisión entre ellas: un matrimonio civil, sin reconocimiento religioso. En palabras más sencillas, la única forma de aceptar este tipo de objeción de conciencia sería que el credo religioso de la persona le prohibiera al Estado regular el matrimonio civil ("Mi religión prohíbe que el Estado regule el matrimonio entre personas del mismo sexo"), lo que tendría que ser rechazado debido al imperio de ley en un régimen civilista, como en la actualidad es propio del Estado Democrático de Derecho. Es evidente que se trata de dos institutos del todo diferentes. Por este motivo, el matrimonio religioso (sin reconocimiento civil) no puede exigir un tratamiento igual al matrimonio civil. El matrimonio religioso no puede acudir a tribunales a discutir gananciales, derechos sucesorios, constituir patrimonio familiar, derechos alimentarios, etc. Tales efectos pueden surgir únicamente si el Estado decide concederlos, pero no por decisión de la autoridad religiosa, sino porque el Estado así lo regula. De otro lado, un matrimonio civil no podría exigir alguna clase de reconocimiento o efecto religioso: no podría ser considerado un sacramento, imponer los votos religiosos, reclamar una posición ante los ojos de determinada iglesia, etc. Esta confusión entre el matrimonio civil y el religioso se pone de manifiesto, porque -como ha ocurrido en muchos países- la oposición religiosa cede cuando el instituto civil tiene una denominación diferente a "matrimonio", verbigracia llamándosele "unión civil", "sociedad civil", etc. El desconocimiento de estos dos órdenes normativos, de estos dos institutos diferentes, se nota en la sentencia de mayoría cuando, de manera completamente inconsecuente, indica que la objeción de conciencia no podría darse en el caso de un divorcio: "Ha sostenido la doctrina que no es posible la objeción de conciencia de un Juez penal que alegase que su conciencia no le permite establecer castigos. Lo mismo puede afirmarse en el caso de un Juez de familia que objete el divorcio. En todos estos supuestos -además hay que tener presente que él cuando optó por el cargo asumió voluntariamente todas sus funciones-, consecuentemente, estaríamos quebrantando una regla elemental de buena fe si luego pretendiese ejercer el derecho a la objeción de conciencia." (El subrayado es agregado) ¿Acaso todas las religiones aceptan el divorcio? La respuesta es claramente negativa o bien lo hacen de manera mucho más restrictiva que en lo civil. Entonces, ¿por qué se impide

ejercer la objeción de conciencia para el divorcio? Sencillamente, porque el divorcio es civil, no es uno religioso. El divorcio civil carece de efectos en la esfera religiosa, de la misma manera que el matrimonio civil tampoco los tiene. Podría argüirse, como lo hace la mayoría, que la persona nombrada en el cargo de juez asumió de manera voluntaria que deba ejecutar divorcios, figura que ya estaba reconocida en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, ¿qué sucederá cuando surja una nueva causal de divorcio, como la incompatibilidad de caracteres (expediente legislativo n.º 20.406)? En la tesis de mayoría, los jueces podrán alegar que tal causal no existía al momento de asumir el cargo y negarse a aplicarla argumentando una objeción de conciencia. En nuestra tesis, el divorcio solo afecta al matrimonio civil, por lo que carece de consecuencias en la esfera religiosa (en caso de existir concomitantemente un matrimonio religioso, esa unión permanecería incólume). Otro caso es la reciente modificación al numeral 35 del Código de Familia. Originalmente, esa norma regulaba que el "...marido es el principal obligado a sufragar los gastos que demanda la familia...". En la actualidad, esa obligación recae en ambos cónyuges. ¿Podría un juez negarse a aplicar esa norma porque su religión (o su creencia ética) se basa en el patriarcado y el deber del hombre de ser el proveedor del hogar? Al respecto, debe negarse tal posibilidad, pues se trata de una consecuencia del matrimonio civil. Advertimos que en esta exposición se hace referencia a la objeción de conciencia con marcado énfasis en el aspecto religioso. Esto responde al agravio formulado por el reclamante. Empero, está claro que tal elucidación procede de idéntico modo, cuando la objeción de conciencia se vincula a una razón ética. Por último, cabe precisar que en el juicio de concordancia práctica en que está de por medio la objeción de conciencia resulta fundamental tomar en consideración el tipo de bien constitucional contrapuesto. En tal sentido, evidentemente, cuando está involucrada "la vida", pesa con particular fuerza una cualidad relevante de este bien constitucional: es una condición sine qua non para el disfrute de los derechos fundamentales por parte del ser humano, individualmente considerado. Tal característica no se observa en el sub iudice, donde la ponderación solo concierne a la libertad religiosa en relación con otros derechos, como la igualdad y el acceso a la justicia.

3.- Con respecto a la discriminación. En torno a este punto, la sentencia señaló: "La mayoría del Tribunal considera que el hecho de que un Juez que plantee una objeción de conciencia en un tema que. desde el punto de vista religioso, resulta de la mayor envergadura, no significa que esté discriminando a una persona determinada, se trata de una justificación objetiva y razonable. Lo que sucede es que tiene una visión diferente sobre una institución social y religiosa a la que pueden tener los contrayentes y, por consiguiente, el obligarlo a celebrar el acto de matrimonio lacera sus convicciones religiosas más profundas, y deja sin contenido esencial el derecho fundamental del juzgador. En segundo término, es un hecho público y notorio que un país donde hay varios jueces notariales, bien puede la Administración de Justicia aceptar la objeción de conciencia, la que, como se expresó supra, debe de cumplir todos los requisitos para que se pueda ejercer este derecho fundamental, y encargar a los jueces no objetantes la realización de los matrimonios entre las personas del mismo sexo e, incluso, en un Estado garante de todos los derechos fundamentales de las personas, establecer un sistema que permita tener siempre a disposición jueces que sí están dispuestos a brindar el servicio a las personas del mismo sexo en condiciones de igualdad que a otros usuarios del servicio. Vista, así las cosas, no hay tal acto de discriminación, toda vez que siempre habrá jueces y juezas que realizarán el acto de matrimonio, con lo cual se satisface los derechos de las personas contrayentes." Según la mayoría, no habría discriminación porque el matrimonio civil entre personas del mismo sexo podría ser efectuado por otros jueces (no objetantes) o bien, a los efectos de tal matrimonio, el Estado podría diseñar un "sistema" para tener a disposición jueces que brindasen ese servicio. El 1 o de diciembre de 1955, Rosa Parks se negó a sentarse en la parte del bus que estaba reservada para "personas de color". No se le estaba negando el servicio de transporte; incluso, tenía una "sección especial" para ella. Empero, hoy en día resultaría insostenible afirmar que aquel trato diferenciado no constituía un odioso acto discriminatorio. En la solución de la mayoría, las parejas homosexuales tendrán un "sistema especial" para que se conozca su matrimonio. Así, según razona la mayoría, no se les estaría negando el servicio de los tribunales de justicia; más bien, tendrían un sistema particularmente dirigido a ellas ¿No significa esto un acto discriminatorio violatorio del orden constitucional y promovido, ni más ni menos, por el propio Tribunal llamado a combatir el trato desigual? El problema en el razonamiento de la mayoría radica en que desconoce que la objeción de conciencia no puede oponerse, cuando de ella deriva una violación grave a la dignidad humana, esto es, a su núcleo esencial o Kernbereich; en este caso, a través de una discriminación contraria al orden constitucional y convencional. La situación no mejora si se efectúa una supuesta concordancia práctica, como pretende la mayoría. No dejaría de ser discriminación si el conductor del bus se hubiese negado a transportar a Rosa Parks aludiendo a sus más firmes creencias; tampoco si el Estado hubiese instaurado un sistema de buses particularmente dirigido a los afrodescendientes a fin de "tutelar" las creencias de los conductores "objetores". En el caso hipotético de una religión que negara -con fundamento en su más arraigado credo- la unión entre personas de diferentes etnias (el mal llamado matrimonio interracial), de otras religiones, etc. ¿debería aceptarse la objeción de conciencia del juez? Absolutamente, no. Tal objeción debe rechazarse de manera contundente, pues se justifica a través de una lesión a la dignidad humana, con independencia del momento en que el funcionario fuese nombrado en el puesto. Este límite a la objeción de conciencia también tiene fundamento normativo y jurisprudencial. En primer plano tenemos que la Constitución Política garantiza el libre ejercicio de otros cultos (diferentes a la religión católica), siempre y cuando "...no se opongan a la moral universal ni a las buenas costumbres." La Convención Americana sobre Derechos Humanos sigue esta misma línea al salvaguardar la libertad de conciencia y de religión con el siguiente límite: "3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás." (Ordinal 12). La situación no es diferente en el ámbito europeo. El artículo 9, empleado por el TEDH para reconocer la objeción de conciencia, estatuye: "2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás." En el sub examine, si se llegara a asumir que existe una objeción de conciencia basada en un conflicto verdadero (lo que rechazamos, según se explicó en el punto anterior), entonces tal objeción sería limitada por la moral pública y los derechos de los demás. Del lado de la jurisprudencia, este Tribunal ha afirmado numerosas veces que no se puede discriminar a una persona con base en su orientación sexual. En casos, verbigracia, donde se niega el servicio o la entrada a un local público (bar, restaurante, etc.) por ese motivo, la Sala ha sido contundente en rechazar tal posibilidad: "VI.- Este Tribunal, en la sentencia No. 2014-012703 de las 11:51 hrs. de 1 o de agosto de dos mil 2014, estimó, en lo que interesa, lo siguiente: "...IV- SOBRE LA DISCRIMINACIÓN POR ORIENTACIÓN SEXUAL. Tradicionalmente, las personas que conforman la población LGTB (siglas que designan, colectivamente, a lesbianas, gays, bisexuales y transexuales) han sido sujetos de acciones discriminatorias, sea,

por acción u omisión por parte de autoridades públicas como por parte de terceros. Lo anterior, pese a que conforme nuestro ordenamiento jurídico, toda diferencia de trato fundada en la orientación sexual de una persona resulta contraria a la dignidad humana y al principio de igualdad. La orientación sexual es un aspecto esencial de la identidad de la persona, cuya protección se ha ido reconociendo a partir de la interpretación de las disposiciones de diferentes instrumentos internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad, las cuales prohíben la discriminación basada en el sexo. A manera de ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 26 establece que “todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”; de igual forma, la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica, establece que “todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley” (artículo 24). No obstante, en el sistema universal de protección de las Naciones Unidas, existe una declaratoria específica conocida como los Principios de Yogyakarta, cuya denominación completa es Los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional de Derechos Humanos a las Cuestiones de Orientación Sexual e Identidad de Género, presentado en el 2007 ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU en Ginebra. El documento contiene una serie de principios que pretenden marcar estándares básicos para garantizar la protección de los derechos fundamentales de las personas que conforman la población LGBT. En su principio 2 se establecen los derechos a la igualdad y a la no discriminación, según los cuales “todas las personas tienen derecho al disfrute de todos los derechos humanos, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. La ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación.”. Una proclama como esta visibiliza la necesidad de tutelar la libre orientación sexual y la identidad de género dadas las violaciones de derechos humanos, marginación, estigmatización y prejuicios que sufre esta población. Este Tribunal, en su función protectora de derechos fundamentales, ha tutelado la orientación sexual de las personas como parte del respeto a la dignidad humana y al principio de igualdad. Así, en la sentencia No. 2007-018660 de las 11:17 horas de 21 de diciembre de 2007 y en otras posteriores, este Tribunal ha reconocido “(...) como principio jurídico fundamental contenido en la Constitución Política de Costa Rica el respeto a la dignidad de todo ser humano y, en consecuencia, la prohibición absoluta de realizar cualquier tipo de discriminación contraria a esa dignidad. Discriminar, en términos generales, es diferenciar en perjuicio de los derechos y la dignidad de un ser humano o grupo de ellos; en este caso de los homosexuales. A partir de lo anterior, puede válidamente afirmarse que la discriminación por motivos de orientación sexual es contraria, al concepto de dignidad debidamente consagrado en la Constitución Política y en los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos suscritos por nuestro país”. De igual forma, en la sentencia No. 2011-13800 de las 15:00 horas de 12 de octubre de 2011, en la cual se acogió la acción de inconstitucionalidad planteada en contra del artículo 66 del Reglamento Técnico Penitenciario, Decreto Ejecutivo No. 33876-J que limitaba la visita íntima de las personas privadas de libertad al contacto con una persona de sexo distinto al suyo, esta Sala sostuvo: “(...) la dignidad humana no puede violentarse a través de normas legales que no respeten el derecho inalienable que tiene cada persona a la diversidad, tal como sucede con la norma que se impugna en la presente acción, la cual establece una prohibición contraria a la dignidad humana, desprovista de una justificación objetiva, pues se basa en criterios de orientación sexual, discriminando ilegítimamente a quienes tienen preferencias distintas de las de la mayoría, cuyos derechos o intereses en nada se ven afectados por la libre expresión de la libertad de aquellos. Tomando en cuenta que la norma tiene como fin el permitir el contacto de con el mundo exterior con el objeto de consentir la libertad sexual de los internos, la diferencia de trato no se encuentra justificada, toda vez que los privados de libertad con una orientación sexual hacia personas del mismo sexo, se encuentran en la misma situación fáctica de los privados de libertad con una orientación heterosexual, situación que resulta contraria no solamente al derecho de igualdad, sino también al derecho que tienen los privados de libertad de ejercer su derecho a comunicarse con el mundo exterior por medio de la visita íntima” (el énfasis es agregado). Aun cuando en este contexto jurídico, la realidad de la población LGTB se ha hecho más visible, todavía subsisten resistencias sociales y culturales que se proyectan más allá de los ámbitos y espacios privados y se plasman en actuaciones administrativas e incluso, en normas jurídicas que restringen los derechos de estas personas. Por lo anterior, la diversidad sexual y sus manifestaciones concretas en la vida social exigen un reconocimiento jurídico que no puede eludirse en un Estado que tiene como pilar fundamental el respeto a la dignidad humana (...). VII.- A través de su línea jurisprudencial esta Sala ha reconocido como principio jurídico fundamental contenido en la Constitución Política de Costa Rica el respeto a la dignidad de todo ser humano y, en consecuencia, la prohibición absoluta de realizar cualquier tipo de discriminación contraria a esa dignidad. Discriminar, en términos generales, es diferenciar en perjuicio de los derechos y la dignidad de un ser humano o grupo de ellos; en este caso de los homosexuales. A partir de lo anterior, puede válidamente afirmarse que la discriminación por motivos de orientación sexual es contraria al concepto de dignidad debidamente consagrado en la Constitución Política y en los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos suscritos por nuestro país. A manera de ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prohíbe en su artículo 26 la discriminación por motivos de “raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”; de lo que también deriva que no son permitidos los actos que atenten contra el derecho a la igualdad y dignidad humana de las personas por su orientación sexual, pues tienen derecho a acceder a cualquier establecimiento comercial y a recibir un trato igual, sin discriminación en razón de su preferencia sexual (ver sentencia No. 2007-018660 de las 11:17 hrs. de 21 de diciembre de 2007).” (Sentencia n.º 2018-10289 de las 14:36 horas del 26 de junio de 2018. El subrayado es agregado). En esta sentencia, la Sala en forma explícita reconoció que la discriminación por motivo de la orientación sexual constituía una lesión al ordenamiento jurídico y un acto contrario a la dignidad humana. Imagínense el caso de un restaurante familiar, cuyo dueño se oponga al matrimonio civil entre personas homosexuales alegando creencias religiosas. En la solución de la mayoría sería válido que el matrimonio fuera a otro restaurante que brinde igual servicio o que, en el propio negocio involucrado se instalara una “sección especial” para tales matrimonios, donde fueran atendidos por personas diferentes al propietario, pues, como resulta de la argumentación de la mayoría, de esta manera se “tutelan” los “derechos” del dueño del establecimiento y los del matrimonio homosexual. Esta aberrante situación demuestra que en este caso subyace una discriminación y una lesión a la dignidad humana, pues se impone la objeción de conciencia a contrapelo no solo de los derechos y libertades de terceros, sino de la moral pública, dado que tal clase de trato discriminatorio siempre será incompatible con aquella. No es ocioso mencionar que la orientación sexual es una categoría

resguardada por el Pacto de San José, tal como ha consignado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en varias resoluciones (Atala Riffo y niñas vs. Chile, Duque vs. Colombia y la opinión consultiva OC-24/17). Recordemos que muchos grupos poblacionales han visto reconocidos sus derechos merced a las luchas libradas por las generaciones que precedieron, y que ese reconocimiento no ha estado libre de opositores. Las mujeres, las personas afrodescendientes o indígenas, las personas nacidas fuera del matrimonio, con discapacidad, adultas mayores y homosexuales, incluso quienes profesan determinada religión minoritaria, por mencionar algunos ejemplos, son sectores de la población que histórica- y culturalmente han sido marginados en diverso grado. El matrimonio entre personas del mismo sexo es un paso a favor de ese tipo de minoría, que merece y debe ser protegida por este Tribunal. Por los motivos expuestos, salvamos el voto y declaramos sin lugar el recurso. Paul Rueda L.

## Principio de Lesividad

Exp: 07-007650-0007-CO Res. N° 2008-013852 SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las catorce horas y treinta y nueve minutos del diecisiete de septiembre del dos mil ocho. Consulta judicial facultativa formulada por el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José, mediante resolución de las 13:00 horas del 28 de mayo del 2007, dictada dentro del expediente número 05-025348-0042-PE, que es causa seguida contra Pedro Antonio López Rojas, por el delito de descuido de animales, en daño de Jeremy David Ojeda Cortés. Resultando: Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 16:05 horas del 4 de junio del 2007, y con fundamento en los artículos 8, inciso 1), de la Ley Orgánica del Poder Judicial; 2, inciso b); 3, 13, 102 y 104 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, el despacho consultante solicita a esta Sala que se pronuncie sobre la constitucionalidad del artículo 130 Bis del Código Penal, que tipifica el delito de “descuido con animales”. Considera que la norma incumple el deber que tiene el legislador de describir apropiadamente el comportamiento que se ha considerado como lesivo, respecto de un determinado bien jurídico, así como la prohibición de los tipos penales abiertos. La norma consultada impone una pena de prisión por la simple tenencia de un animal peligroso, sin las condiciones idóneas para garantizar la seguridad de las personas. No se especifica cuáles deben ser esas, creando ambigüedad para los administrados y abriendo la puerta a las interpretaciones judiciales subjetivas. Además, se agrava la penalidad sancionando más severamente una conducta culposa. Considera contradictorio hablar de “azuzar” o “soltar”, que son acciones deliberadas (dolosas), al mismo tiempo que se alude a un “evidente descuido”, que es el resultado de una conducta negligente. 1.- “condiciones idóneas” “quien azuzare o soltare un animal peligroso, con evidente descuido” En atención al emplazamiento conferido a las partes dentro del asunto principal, no se apersonó ningún interesado en el expediente. 2.- Mediante auto de las 11:50 horas del 26 de junio del 2007 (folio 8), la Presidencia de la Sala dio curso a la consulta, confiriendo audiencia a la Procuraduría General de la República. 3.- Farid Beirute Brenes, Procurador General Adjunto, contestó a la audiencia conferida (folio 11), señalando que considera que el análisis de constitucionalidad que corresponde del artículo 130 Bis del Código Penal, debe centrarse en dos aspectos: por un lado, si la tipificación de la conducta es acorde con el principio de lesividad y, por otro, si la descripción de la conducta prohibida cumple las exigencias del principio de tipicidad. En cuanto al indica el Órgano Asesor que éste constituye un límite para el poder punitivo estatal, que se desprende de la Constitución Política (artículo 28). Se manifiesta como una prohibición para el legislador de declarar penalmente prohibidas conductas que no tutelén bienes jurídicos, entendidos éstos como valores o intereses fundamentales para la sociedad. Una conducta se considera que no protege bien jurídico alguno cuando no lesiona ni pone en peligro, en forma significativa, el bien jurídico. Para que se apege a la máxima constitucional, la conducta debe resultar peligrosa para la integridad del objeto o de los objetos de tutela, lo que significa que el peligro debe tener una proximidad real con el objeto de la tutela, sea el bien jurídico tutelado, requiriéndose la antijuridicidad material o un verdadero peligro y no una antijuridicidad formal o simple contrariedad de las normas. De allí la objeción que la doctrina viene planteando en forma reiterada a la creación de delitos “de peligro abstracto”, en los que se asume teóricamente la posibilidad de afectación abstracta de un bien jurídico, es decir, de una presunción de peligro que no requiere una comprobación concreta. Esta tendencia ha sido recogida también en fallos de la Sala Constitucional, como por ejemplo las sentencias #6410-96 y #1588-98. Es así como se garantiza a los ciudadanos que su zona de libertad sólo podrá ser afectada por el Estado, a través del derecho penal, para proteger valores e intereses fundamentales para la convivencia del grupo social; y que el Estado tendrá que utilizar otras vías para la prevención, que resulten proporcionadas con los fines. Por su parte, el, estrictamente relacionado con el de legalidad, exige que las conductas constitutivas de delito sean descritas plenamente por la norma penal, de una forma clara, precisa y completa. A través de este mandato, se pretende garantizar la reserva de ley que dispone el plexo constitucional en materia sancionatoria, de modo que sea el legislador el que defina las conductas delictivas, no el juzgador al momento de aplicar la norma. Además, el principio de tipicidad procura brindar seguridad jurídica a los ciudadanos, ya que la precisión en la norma penal permite comprender el ámbito de lo penalmente prohibido y adecuar el comportamiento a ello, así como diferenciar la zona de lo prohibido de la zona de libertad. La exigencia de claridad y precisión en las normas penales debe ser atendida por el legislador al momento de dictar la norma, manifestándose como una obligación de utilizar técnicas legislativas que aseguren el fácil entendimiento de la norma que describe las conductas que pretenden reprimir como delito, su ámbito y alcance, con un grado máximo de certeza. Ahora bien, es claro que no siempre se puede lograr el mismo grado de precisión a la hora de describir conductas penales, no necesariamente por deficiencias en la labor legislativa sino por las limitaciones propias del idioma. Aun así, al tipificar conductas, el legislador se encuentra obligado a garantizar el mayor grado de precisión posible, de manera que se lesiona el principio de tipicidad cuando utiliza conceptos vagos e indeterminados en forma innecesaria o abusiva. En efecto, el abuso en la utilización de conceptos genéricos e indeterminados convierte un tipo penal en un tipo penal abierto (aquél en el que la descripción de la conducta prohibida no tiene la precisión suficiente que le permita al destinatario de la norma conocer, con el grado de certeza requerido, cuál es la materia de prohibición), lo que ha sido considerado como un claro supuesto de vulneración del principio de tipicidad: lo que caracteriza a los tipos penales abiertos es que el contenido de la prohibición no está dada por el legislador, sino que remiten la materia de prohibición a la

determinación judicial, que es, precisamente, lo que provoca la lesión al principio de legalidad. Aplicando el marco de referencia anterior al tipo penal concreto que es objeto de esta consulta, considera la Procuraduría que al someter el artículo 130 Bis en su primera parte al análisis señalado, se llega a la consideración de que el legislador efectivamente se extralimitó en el ejercicio del poder punitivo. La conducta descrita por el tipo penal evidentemente no lesiona la vida ni la integridad física (bienes tutelados por los tipos dentro de los cuales se sitúa la norma de comentario), ni tampoco las coloca en una posición de verdadero peligro. El tipo penal castiga la mera “tenencia” del animal, momento en el cual no se ha afectado la vida ni la integridad de persona alguna, haciendo el legislador un pronóstico sobre la posibilidad de que pueda llegar a producirse un resultado lesivo para el bien. Este pronóstico, además, no está referido a un objeto determinado, sino que se hace de manera abstracta, lo que evidencia que la probabilidad de peligro para el bien no es próxima ni inmediata. Por otra parte, la descripción que 4.- principio de lesividad principio de tipicidad hace la norma permite afirmar que se criminaliza una situación que no es propiamente una conducta, porque el hecho de tener un animal en las condiciones establecidas en este artículo podría llegar a ser considerado como un incumplimiento a un deber de cuidado, pero no una acción dirigida a lesionar el bien jurídico. A ello habría que agregar que, desde el punto de vista de la tutela penal, el tipo penal resulta innecesario, ya que dentro del catálogo de delitos encontramos tipos penales como el homicidio y las lesiones, que protegen el bien jurídico que, de manera anticipada, pretende resguardar el delito de descuido de animales. Y en este caso, es tan evidente, que incluso el mismo artículo 130 bis, en su última parte, hace referencia a esos delitos, creando confusión. Ahora bien, considera la Procuraduría que el vicio de constitucionalidad señalado también se encuentra presente en la segunda formulación que hace el tipo penal. La conducta prohibida por la norma (azuzar o soltar un animal peligroso) hace referencia a estados en los no hay lesión al bien jurídico, apostando el legislador –nuevamente- al pronóstico sobre la posibilidad de que pueda llegarse a producir el resultado lesivo; describiendo una conducta de peligro referida a un objeto posible de lesión, indeterminado. Es más, el elemento que agrega la norma mediante la frase que reafirma al delito como de peligro abstracto, puede ser considerado como un factor que disminuye la peligrosidad de la conducta, por el hecho de que el sujeto no acepta un posible resultado lesivo y confía en que no se producirá. Así las cosas, considera el Órgano consultivo que el artículo 130 bis del Código Penal, tanto en su primera como segunda parte, transgrede el principio de lesividad, al prever una sanción penal para una conducta que, si bien puede representar un peligro para el bien jurídico vida o integridad física, no resulta lo suficientemente inmediato ni próximo, como para justificar la intervención del derecho penal. Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, no considera la Procuraduría que el grado de indeterminación de los conceptos utilizados, llegue a producir una lesión al principio de tipicidad. La frase que refiere es claro que no constituye un concepto cerrado y da un margen de interpretación a la hora de llenar su contenido; no obstante, no presenta una indeterminación tal que permita la arbitrariedad, ya que la idoneidad está referida a las condiciones que garanticen la seguridad de las personas, por lo que se puede determinar, mediante una lógica elemental, tomando en consideración las características de cada animal. Es así como, el destinatario de la norma penal cuestionada no encontraría un impedimento para conocer la conducta prohibida por el legislador, porque el sentido de la prohibición está dado; es perfectamente entendible que la voluntad del legislador es la de castigar a quien no tome las medidas necesarias para evitar que, en circunstancias normales, el animal pueda llegar a atentar contra la seguridad de las personas. No está de más señalar además que el calificativo “idóneas”, utilizado por el artículo 130 Bis, también lo encontramos presente en otros tipos penales, como es el caso del delito de difamación, sin que cause los problemas de indeterminación que sugiere el consultante, respecto de la norma cuestionada. Continuando con el análisis y siempre en relación con el principio de tipicidad, también debe analizarse el cuestionamiento formulado por el consultante respecto a la segunda parte del artículo, mediante el cual sostiene la existencia de una contradicción en la norma. En efecto, se argumenta que, a pesar de que no se indica expresamente que es un delito culposo y que por lo tanto se debe presumir doloso, al establecer el modo de la acción la norma utiliza la frase “con evidente descuido”, lo que hace dudar si se trata de un delito doloso o culposo. Del análisis efectuado por esta Procuraduría, no se encuentra el vicio que reclama el consultante. La descripción de la conducta prohibida, contenida en el artículo 130 Bis en su segunda parte, es propia de un delito de peligro abstracto, que reprocha la infracción a un deber de cuidado. Siendo así, no parece procedente la discusión sobre el carácter doloso o culposo del ilícito. En conclusión, finaliza indicando el Órgano Asesor que, luego de analizar los cuestionamientos planteados por el consultante, se llega a la consideración de que el artículo 130 Bis del Código Penal resulta contrario al principio de lesividad. “con evidente descuido” “condiciones idóneas” 5.- En los procedimientos se observó las prescripciones establecidas por la Ley. Redacta el Magistrado Armijo Sancho; y: Considerando: La consulta planteada satisface los requerimientos formales y sustanciales previstos en la Ley de la Jurisdicción Constitucional, ya que se dirige contra una norma, cuya aplicación el consultante debe sopesar, en el proceso penal #05-025348-042-PE seguido contra Pedro Antonio López Rojas en el Juzgado Penal del Primer Circuito Judicial de San José, por el delito de descuido con animales. I.- Sobre la admisibilidad de la consulta. El Juzgador consultante solicita a la Sala que se pronuncie sobre la constitucionalidad del artículo 130 bis del Código Penal, que tipifica el delito de “descuido con animales”. La norma tiene el siguiente texto: II.- Objeto de la consulta “Artículo 130 Bis.- Descuido con animales. Se impondrá pena de quince días a tres meses de prisión a quien tuviere un animal peligroso, sin las condiciones idóneas para garantizar la seguridad de las personas. La pena será de tres a seis meses de prisión para quien azuzare o soltate un animal peligroso, con evidente descuido. Cuando se causare daño físico a otra persona, como consecuencia de esta conducta, la pena será de seis meses a un año de prisión, siempre que la conducta no constituya los delitos de lesiones ni homicidio.” Considera el Juez consultante del Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José que el legislador incumplió su deber de describir apropiadamente el comportamiento que se considera lesivo de un determinado bien jurídico y contravino la prohibición de crear tipos penales abiertos, pues la norma consultada impone pena de prisión por la simple tenencia de un animal peligroso, sin las condiciones idóneas para garantizar la seguridad de las personas, sin especificar cuáles deben ser esas , creando ambigüedad y abriendo la puerta a interpretaciones judiciales subjetivas. Además, se agrava la penalidad, sancionando más severamente una conducta culposa, por lo cual considera contradictorio hablar de que son acciones deliberadas (dolosas), que es el resultado de una conducta negligente. “condiciones idóneas” “quien azuzare o soltate un animal peligroso, con evidente descuido” “azuzar” “soltar” “evidente descuido” Una de las tareas primarias del Juez constitucional consiste en recordar el compromiso que implica para un país postular el principio democrático como eje del desarrollo de toda actividad pública, dentro de la cual, desde luego, se incluye la materia punitiva. No se trata de una de tantas características abstractas de un régimen político determinado, sino de un verdadero pilar del Estado de Derecho. Desde que queremos que el Derecho sea el cauce a través del cual fluya la autoridad a todas las partes de una colectividad, debemos ser consecuentes y respetar las limitaciones que derivan del principio democrático, que podrían acusarse de obstáculos cuando se

persigue imponerla III.- La función del Derecho Penal en el Estado Democrático de Derecho. propia voluntad a los otros, pero que, al final de cuentas, resultan ser la tabla de salvación de quienes se encuentran, bajo circunstancias específicas, en una posición de desventaja. Esto último, sin olvidar que gozar de privilegios o sufrir desamparo no es más que una cuestión meramente circunstancial, pudiendo una misma persona adquirir las dos perspectivas en lapsos muy breves y de donde debería nacer un genuino interés personal en preservar incólumes las garantías propias de la democracia. Desde este punto de vista, resulta necesario insistir en la expresión tan manida – pero cuyas repercusiones prácticas generan en ocasiones gran reticencia– del derecho penal como para efectos de la tipificación penal de conductas, es decir, de constituir un elenco de actos punibles en ejercicio de la autoridad estatal, solamente debe incluirse dentro de tal repertorio los comportamientos que lesionen un bien valioso para la comunidad. Y únicamente en aras de su protección puede hacerse pesar sobre una persona la consecuencia más gravosa que se deriva del derecho punitivo, que es la privación de libertad. En este sentido, en la resolución #6410-96 de las 15:12 horas del 26 de noviembre de 1996 señaló la Sala: IV.- Sobre el principio de lesividad ultima ratio “Para el Estado implica un límite claro al ejercicio del poder, ya que el bien jurídico en su función garantizadora le impide, con fundamento en los artículos 39 y 28 constitucionales, la producción de tipos penales sin bien jurídico protegido y, en su función teleológica, le da sentido a la prohibición contenida en el tipo y la limita. Estas dos funciones son fundamentales para que el derecho penal se mantenga dentro de los límites de la racionalidad de los actos de gobierno, impuestos por el principio republicano-democrático. Sólo así se puede impedir una legislación penal arbitraria por parte del Estado. El bien jurídico al ser el "para qué" del tipo se convierte en una herramienta que posibilita la interpretación teleológica (de acuerdo a los fines de la ley) de la norma jurídica, es decir, un método de interpretación que trasciende del mero estudio formal de la norma al incluir en él el objeto de protección de la misma, cuya lesión constituye el contenido sustancial del delito. La importancia del análisis del bien jurídico como herramienta metodológica radica en que el valor de certeza del derecho (tutelado por el principio de legalidad criminal), a la hora de la interpretación de la norma, viene precisamente de entender como protegido sólo aquello que el valor jurídico quiso proteger, ni más ni menos.” Y en la sentencia #525-93 de las 14:24 horas del 3 de febrero de 1993 se consideró que: “Al disponerse constitucionalmente que "las acciones privadas que no dañen la moral o el orden público, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley" -Art. 28- se impone un límite al denominado ius puniendi, pues a cada figura típica ha de ser inherente una lesión o peligro de un valor ético social precisamente determinado; en otros términos, puesto que no basta que una conducta u omisión "encaje" abstractamente en un tipo, es también necesaria una lesión significativa de un bien jurídico. De lo contrario, tendríamos conductas delictivas pese a que no dañen la moral o el orden público o a que no perjudican a tercero. Las implicaciones que el citado fallo conlleva para la vida jurídico-penal son muy significativas: primero, que una teoría del delito basada en los principios del Estado de Derecho debe tender siempre a la seguridad jurídica, la cual sólo puede ser alcanzada a través de la protección de los bienes jurídicos básicos para la convivencia social; segundo, para que podamos comprobar la existencia de un delito la lesión al bien jurídico no sólo debe darse, sino que ha de ser de trascendencia tal que amerite la puesta en marcha del aparato punitivo estatal, de ahí que el análisis típico no se debe conformar con el estudio de la tipicidad sino que éste debe ser complementado con un análisis de la antinormatividad de la conducta; tercero, que la justicia constitucional costarricense tiene la potestad de controlar la constitucionalidad de las normas penales bajo la óptica de la Carta Magna, ajustándolas a la regularidad jurídica, con lo cual se puede asegurar el cumplimiento de los aspectos de la teoría del delito que gozan de protección constitucional.” De este modo, es labor del juez constitucional, a partir de los principios torales de la materia penal, controlar que la actividad del legislador, en principio -pero limitadamente- discrecional, se mantenga dentro de esos cánones. Es decir, hay discrecionalidad legislativa para construir tipos penales de acuerdo con determinadas políticas criminales, pero excede los márgenes de esa discrecionalidad crear normas de sanción penal que castiguen conductas inocuas para la vida en común. En el caso del artículo 130 bis del Código Penal se contraviene el principio de lesividad en la medida en que se trata de un delito de peligro abstracto, asumiéndose teóricamente la posibilidad de afectación abstracta de un bien jurídico, es decir, de una presunción de peligro que no requiere una comprobación concreta, ni que el sujeto pasivo desarrolle una conducta u omisión específicas. Se pena la mera tenencia de un animal peligroso, haciendo el legislador un pronóstico sobre un resultado lesivo para el bien. En este caso, podría llegar a declararse el incumplimiento de un deber de cuidado –por vías distintas de la sanción penal–, pero no existe una acción dirigida a lesionar el bien jurídico. Además, en razón de las características de la norma que se presenta en consulta, resulta necesario vincular el principio de lesividad con el de legalidad. Dispone el artículo 39 constitucional que, de suerte que es presupuesto inexcusable para la puesta en marcha del aparato represivo la previsión anterior, en norma de rango legal, de la conducta que se pretende sancionar. La exigencia de ley previa no es simplemente formal, sino también sustantiva, pues no es cualquier disposición legal la que se ajusta al mandato del 39 constitucional. En este último aspecto es que importa destacar el principio de tipicidad como derivado del principio de legalidad. En pronunciamientos anteriores de la Sala se ha insistido en el rango constitucional de ese postulado: V.- Sobre el principio de legalidad criminal. “A nadie se le hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior” “Para que una conducta sea constitutiva de delito no es suficiente que sea antijurídica, contraria a derecho, es necesario que esté tipificada, sea que se encuentre plenamente descrita en una norma, esto obedece a exigencias insuprimibles de seguridad jurídica, pues siendo la materia represiva la de mayor intervención en bienes jurídicos importantes de los ciudadanos, para garantizar a éstos frente al Estado, es necesario que puedan tener cabal conocimiento de cuáles son las acciones que deben abstenerse de cometer, so pena de incurrir en responsabilidad criminal, para ello la exigencia de ley previa, pero esta exigencia no resulta suficiente sin la tipicidad, pues una ley que dijera por ejemplo, "será constitutiva de delito cualquier acción contraria a las buenas costumbres", ninguna garantía representa para la ciudadanía, aunque sea previa, en este caso será el criterio del juez el que venga a dar los verdaderos contornos a la conducta para estimarla o no constitutiva de delito, en cambio si el hecho delictivo se acuña en un tipo y además éste es cerrado, el destinatario de la norma podrá fácilmente imponerse de su contenido (...) La función de garantía de la ley penal exige que los tipos sean redactados con la mayor claridad posible, para que tanto su contenido como sus límites puedan deducirse del texto lo más exactamente posible. Ya en voto 1876-90 de las dieciséis horas de hoy, de esta Sala, (sentencia #1877-90 de las 16:02 horas del 19 de diciembre de 1990. Vid. similar sentido los pronunciamientos #6660-93 de las 9:33 horas del 17 de diciembre de 1993 y #6962-94 de las 14:48 horas del 24 de noviembre de 1994) se indicó que el principio de legalidad exige, para que la ciudadanía pueda tener conocimiento sobre si sus acciones constituyen o no delito, que las normas penales estén estructuradas con precisión y claridad. La precisión obedece a que si los tipos penales se formulan con términos muy amplios, ambiguos o generales, se traslada, según ya se indicó, al Juez, al momento de establecer la subsunción de una conducta a una

norma, la tarea de determinar cuáles acciones son punibles, ello por el gran poder de absorción de la descripción legal, y la claridad a la necesaria comprensión que los ciudadanos deben tener de la ley, para que así adecuen su comportamiento a las pretensiones de la ley penal” en Además, en relación con las características de los tipos penales se indicó en la decisión #2950- 94 de las 8:57 horas del 17 de junio de 1994 que: “...la tipicidad exige que las conductas delictivas sean acuñadas en tipos que tienen una estructura básica conformada con sujeto activo y verbo activo. Se ha indicado también, que la norma puede hacer alusión a conceptos muy amplios o con una gran capacidad de absorción lo que puede presentar problemas de comprensión de la norma, pero no roces con las exigencias de la tipicidad como garantía. Debe tenerse en cuenta que este Tribunal se pronunció, además, sobre la constitucionalidad de las normas que requieren de otra norma para su complemento y que la doctrina denomina "norma penal en blanco" (ver sentencia número 1876-90 de las dieciséis horas del diecinueve de diciembre de mil novecientos noventa). Lo que no ha admitido la Sala es la utilización de los denominados "tipos penales abiertos" que la doctrina más autoriza del derecho penal define como aquellos en los que la materia de prohibición no se encuentra establecida por el legislador y la misma es dejada a la determinación judicial. Estos tipos -ha dicho la Sala- en tanto entrañan un grave peligro de arbitrariedad, lesionan abiertamente el principio de legalidad de los delitos (ver fallo número 0490-94 de las dieciséis horas quince minutos del veinticinco de enero de mil novecientos noventa y cuatro)”. Cuando una norma penal se redacta en términos ambiguos, es el juez y no el legislador quien al final de cuentas define la conducta penalmente reprimida. La traslación de esa competencia presenta varios y serios inconvenientes, bajo la óptica del Derecho de la Constitución. En primer término, si es el juez quien dice cuáles conductas están prohibidas y seguidas por una sanción, de ello se tendrá noticia con la emisión del acto jurisdiccional prototípico: la sentencia. Es decir, temporalmente habría una anteposición de la conducta a su categorización como penalmente sancionable con evidente contravención del principio de legalidad criminal y su postulado. Asimismo, no tendrían los miembros de la comunidad la seguridad de cuáles son los comportamientos que les pueden acarrear responsabilidad penal, en detrimento del enunciado de Por último, es característico de los regímenes democráticos el respeto escrupuloso del principio de reserva de ley en varias materias, entre las cuales destaca la penal, entendiéndose que el órgano parlamentario, como destinatario inmediato de la potestad legislativa propia del pueblo, es el único legitimado para decretar las intromisiones más severas del poder público en la esfera individual. Es por ello que las penas, el régimen de los derechos fundamentales, los impuestos, entre otros ámbitos materiales, se confían al legislador, quien, por demás, no puede renunciar al mandato popular que se le ha conferido. lex previa lex certa. El artículo 130 bis extrapola de la función legislativa a la jurisdiccional la precisión de la conducta sancionable en el caso concreto que suscita la presente consulta (expediente #05- 025348-042-PE), específicamente la determinación de lo que es, por lo que, con base en las consideraciones arriba expuestas, esa frase de la norma debe declararse inconstitucional. Cabe recordar que la consulta judicial se formula dentro de un marco específico: el proceso en el cual el juez debe aplicar la norma que suscita sus dudas de constitucionalidad (artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional). Y aquí, de acuerdo con la acusación y solicitud de apertura a juicio (folio 71 del expediente #05-025348-042-PE) la conducta se tipifica exclusivamente con base en la primera fase del artículo 130 del Código Penal, a la cual debe constreñirse la presente declaratoria, con los efectos establecidos en las disposiciones 107, 108 y 91 de la Ley que rige esta Jurisdicción. VI.- “tener un animal peligroso, sin las condiciones idóneas para garantizar la seguridad de las personas” - El Magistrado Vargas Benavides salva el voto y evacua la consulta en el sentido que la disposición aludida no vulnera el Derecho de la Constitución. VII. Por tanto: Se evacua la consulta formulada en el sentido que es inconstitucional la siguiente expresión del artículo 130 bis del Código Penal: “y, por ende, se anula Reséñese este pronunciamiento en el Diario Oficial La Gaceta y, publíquese íntegramente en el Boletín Judicial. Comuníquese a los Poderes Legislativo y Ejecutivo, y al Instituto Nacional de Criminología. Notifíquese.- Se impondrá pena de quince días a tres meses de prisión a quien tuviere un animal peligroso, sin las condiciones idóneas para garantizar la seguridad de las personas” . Ana Virginia Calzada M. Presidenta a.i. Luis Paulino Mora M. Adrián Vargas B. Gilbert Armijo S. Rosa María Abdelnour G. Gastón Certad M. Horacio González Q.

VOTO SALVADO DEL MAGISTRADO ADRIÁN VARGAS B. El órgano jurisdiccional consultante solicita a la Sala que se pronuncie sobre la constitucionalidad del artículo 130 bis del Código Penal, que tipifica el delito de “descuido con animales”. La norma tiene el siguiente texto: “Artículo 130 Bis.- Descuido con animales. Se impondrá pena de quince días a tres meses de prisión a quien tuviere un animal peligroso, sin las condiciones idóneas para garantizar la seguridad de las personas. La pena será de tres a seis meses de prisión para quien azuzare o soltate un animal peligroso, con evidente descuido. Cuando se causare daño a otra persona, como consecuencia de esta conducta, la pena será de seis meses a un año de prisión, siempre que la conducta no constituya los delitos de lesiones ni homicidio.” físico En resolución número 2008-013852 de las 14:39 horas del 17 de septiembre de 2008 la Sala se pronunció al respecto, determinando, textualmente que: “Se evacua la consulta formulada en el sentido que es inconstitucional la siguiente expresión del artículo 130 bis del Código Penal: “Se impondrá pena de quince días a tres meses de prisión a quien tuviere un animal peligroso, sin las condiciones idóneas para garantizar la seguridad de las personas” y, por ende, se anula. Reséñese este pronunciamiento en el Diario Oficial La Gaceta y, publíquese íntegramente en el Boletín Judicial. Comuníquese a los Poderes Legislativo y Ejecutivo, y al Instituto Nacional de Criminología. Notifíquese. En la parte considerativa de la sentencia antes indicada se fundamentó la inconstitucionalidad declarada, según se aprecia en los siguientes extractos que se citan, en lo conducente: “...es labor del juez constitucional, a partir de los principios torales de la materia penal, controlar que la actividad del legislador, en principio -pero limitadamente- discrecional, se mantenga dentro de esos cánones. Es decir, hay discrecionalidad legislativa para construir tipos penales de acuerdo con determinadas políticas criminales, pero excede los márgenes de esa discrecionalidad crear normas de sanción penal que castiguen conductas inocuas para la vida en común. En el caso del artículo 130 bis del Código Penal se contraviene el principio de lesividad en la medida en que se trata de un delito de peligro abstracto, asumiéndose teóricamente la posibilidad de afectación abstracta de un bien jurídico, es decir, de una presunción de peligro que no requiere una comprobación concreta, ni que el sujeto pasivo desarrolle una conducta u omisión específicas. Se pena la mera tenencia de un animal peligroso, haciendo el legislador un pronóstico sobre un resultado lesivo para el bien. En este caso, podría llegar a declararse el incumplimiento de un deber de cuidado –por vías distintas de la sanción penal–, pero no existe una acción dirigida a lesionar el bien jurídico.” “(...) El artículo 130 bis extrapola de la función legislativa a la jurisdiccional la precisión de la conducta sancionable en el caso concreto que suscita la presente consulta (expediente #05- 025348-042-PE), específicamente la determinación de lo que es “tener un animal peligroso, sin las condiciones idóneas para garantizar la seguridad de las personas”, (...)” Quien suscribe salvó el voto y evacuó la consulta en el sentido que la disposición aludida no vulnera el Derecho de la Constitución, debido a que, congruente con la línea jurisprudencial que ha sostenido esta Sala, estimo que los delitos de peligro

abstracto no violentan el principio de lesividad y, por consiguiente, no son inconstitucionales; asimismo, porque creo que la labor de interpretación que debe realizar todo juez, incluso el penal, es indispensable y, por consiguiente, no veo en ella ningún roce constitucional, de conformidad con las consideraciones que de seguido realizo. **SOBRE LOS DELITOS DE PELIGRO ABSTRACTO** Comparto el criterio doctrinal según el cual el Derecho Penal debe ocuparse no sólo del daño real producido a los bienes jurídicos, sino también a la posibilidad del mismo y, con ello, del peligro como objeto importante de la investigación criminal. De hecho, es una realidad la creciente importancia que los delitos de peligro han alcanzado en el ordenamiento jurídico-penal, lo que responde a la necesidad de protección de ciertos bienes jurídicos más allá de la conducta lesiva de los mismos, ya sea por su relevancia, bien por ser fácilmente susceptibles de lesión mediante una determinada conducta, o debido a que los medios técnicos actualmente necesarios para la vida social pueden ocasionar, indebidamente utilizados, riesgos intolerables. En ese orden de ideas, obsérvese que la línea jurisprudencial de esta Sala se encauza en el sentido dicho, únicamente variada en dos oportunidades: una, en la sentencia número que se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 230 del Código Penal (Tenencia o fabricación de ganzúas) y, otra, que es la que recayó en la Consulta Facultativa que nos ocupa, sin que se brinden mayores explicaciones que sustenten el cambio en la jurisprudencia. 6410-96 En efecto, en la sentencia número se conoció de una consulta contra los artículos 48 y 97 de la Ley de Armas, por considerar que podrían lesionar el artículo 28 de la Constitución Política. Se dijo expresamente que 2805-96 "II.- Disponen los artículos consultados: "Artículo 48. Armas en Poblado. No se concederá permiso para portar en poblado armas cortantes, punzantes o contundentes. La portación de las que excedan de 9 cm se considerará portación de arma prohibida y así se castigará. Se exceptúan las herramientas de trabajo, cuando se demuestre que ese es su fin." "Artículo 97. Portación ilícita de arma permitida. Se impondrá una pena de tres meses a un año a quien porte, sin autorización legal, o sin el permiso extendido por el Departamento, un arma permitida. Igual pena se le impondrá a quien porte arma blanca, cuya hoja exceda de nueve centímetros." El primer reparo que se le hace al articulado es su contradicción con el principio de mínima intervención, que es una derivación del artículo 28 de la Constitución Política. En el criterio de esta Sala, las normas transcritas no rozan con este principio, pues la justificación de la intervención del Estado en la esfera de los derechos de las personas por medio del Derecho Penal es siempre la protección de la convivencia en sociedad, la convicción en la capacidad del Derecho Penal como medio eficaz y (El resaltado en negritas no es del original). Es así que el Derecho Penal constituye un sistema articulado que prevé una serie de sanciones para el caso que se violen esos intereses vitales, y la justificación de una norma penal debe provenir de la necesaria instrumentalización de las normas penales hacia los bienes jurídicos. El argumento del consultante es que la portación de cuchillos, machetes y otros utensilios es una conducta cotidiana, por lo que no cabe sancionar conductas en virtud de que no generan una situación contraria a la moral o al orden público. Sin embargo, estas conductas sí generan una situación de amenaza concreta, real o de riesgo, contraria a la seguridad común, de modo (El resaltado no es del original) El segundo reparo alegado son los problemas de tipicidad que presentan las normas transcritas. El consultante considera que el artículo 48 presenta una indeterminación de la conducta y que cualquier objeto puede ser considerado arma impropia, y con la simple circunstancia de su longitud y que se porte en poblado se reprime (...) En estos casos el momento consumativo coincide con el de la acción propiamente dicha, no es preciso esperar para que el resultado de peligro se produzca. El tipo penal no menciona el peligro entre sus elementos, se limita a definir una acción peligrosa porque se entiende que el surgimiento del peligro se deduce de la realización de una acción de estas características. El legislador define en el tipo las notas que caracterizan la peligrosidad de la acción porque se supone que en estos casos el peligro se produce siempre. De manera que la labor del juez se centra en comprobar que la acción realizada posee las características que la definen legislativamente y como peligrosa. Una vez realizada esta comprobación, se deduce la imposición de una pena, que, aunque no se define en el artículo 48 si se establece en el 97. IV.- Como último punto, el consultante refiere que en el artículo 48 se obliga al ciudadano a la prueba de la finalidad laboral de la portación de los objetos idóneos para constituirse en armas cuya tenencia es permitida, y que en el 97 ni siquiera se estableció el carácter de la sanción, pudiendo tratarse de prisión o inhabilitación. La cuestión fundamental que hay que tratar es si el artículo 48 exige que sea el justiciable quien demuestre la finalidad laboral. Una lectura detenida de la norma conduce a manifestar que esa demostración no se le carga al justificable quien siempre va a estar protegido por la presunción de inocencia, pero esta dispensa (congruente con su estado de inocencia) no impide que aquel aporte en ejercicio de su derecho de defensa. El Estado, mediante los órganos de la acusación, es el llamado a desvanecer esa presunción, sustituyéndola por la atribución de culpabilidad". útil en la salvaguarda de los intereses vitales del hombre. que nada impide que el legislador establezca esta figura delictual en protección del bien jurídico que es la seguridad común. (...) La conducta constitutiva de delito es la portación del instrumento que se considera arma y que causa peligro, que es la que precisamente se encuentra descrita. prueba Como puede apreciarse en este caso, no se encontró vicio alguno de constitucionalidad en un tipo penal en el que se sanciona un delito de peligro abstracto. A pesar de lo resuelto en la sentencia 6410-96 (sobre el artículo 230 del Código Penal), en el número, la Sala definió que los delitos de tenencia de instrumentos de falsificación y asociación ilícita NO son inconstitucionales, porque sí tutelan un bien jurídico: "Tenencia o fabricación de ganzúas" 1792-99 "[...] al aplicar la jurisprudencia expuesta a las normas discutidas en este caso, se concluye que no existen las violaciones constitucionales acusadas. En cuanto al artículo 370 del Código Penal, su texto es el siguiente: "Artículo 370.- Tenencia de instrumentos de falsificación. Se impondrá prisión de un mes a un año, al que fabricare, introducir en el país o conservare en su poder materias o instrumentos destinados a cometer alguna de las falsificaciones consignadas en este título." Las acciones que se sancionan son "fabricar", "introducir en el país", "conservar en su poder" no cualquier tipo de bienes, sino un grupo de ellos bien definidos específicamente como "materias o instrumentos destinados a cometer alguna de las falsificaciones consignadas en este título"; con ello se configura claramente una conducta atribuible a un determinado sujeto, la cual cumple a cabalidad con los requerimientos de la Constitución Política respecto del principio de culpabilidad. No resulta cierto afirmar que exista responsabilidad objetiva en este tipo penal y que sanciona a las personas aunque no se haya falsificado nada, pues no se trata de la sanción de una acción de falsificación (ni de sus tentativas), sino de otra conducta, plenamente diferenciada y perfectamente descrita en la norma discutida, para cuya imposición requiere -por parte del Juez- la necesaria demostración de que el imputado ha incurrido en ella, que le es atribuible, es decir: que fabricó, introdujo al país o posea los señalados materiales o instrumentos que destinará alguna de las falsificaciones a que se refiere el capítulo en que está ubicada la norma; no es trata pues de una simple tenencia de ganzúas u otros instrumentos como regulaba el tipo penal del anulado artículo 230. Los accionantes señalan que el tipo penal cuestionado no protege en realidad ningún bien jurídico, porque se les podrá sancionar por la tenencia de materiales e instrumentos que se pueden adquirir en cualquier ferretería del país, sin que sea necesaria la existencia de ninguna falsificación; tal

afirmación, no se corresponde con la descripción existente en el tipo penal analizado, pues en él, se habla de materiales e instrumentos, pero se agrega -como una condición imprescindible para la configuración del tipo penal- el que ellos sean destinados a la comisión de alguno o algunos delitos de falsificación de los descritos en el Título XVI del Libro Segundo del Código Penal; de tal manera, una sentencia condenatoria por este delito, deberá incluir la certeza del juez respecto de la comprobación de la existencia de esa finalidad específica que se señala para el caso concreto. Por otra parte, Desde esta perspectiva, no cabe duda que una persona que fabrica, introduce al país o conserva en su poder materias e instrumentos cuyo destino es cometer los delitos de falsificación que se describen en el título XVI del Libro Segundo del Código Penal. (negrilla no es del original). debe anotarse que los bienes jurídicos tal cual se definieron en la sentencia recién transcrita, no se agotan en el Código Penal, sino que nuestra Constitución permite al legislador ejercer una amplia discrecionalidad cuando se trata de reglar (sea estimulando o sancionando) las diferentes conductas de los ciudadanos, con miras al adecuado desarrollo social. atenta claramente con tales actos contra el orden y la paz sociales, y por eso mismo, aparece como correcto y razonable que el legislador haya decidido -con base en propio artículo 28 Constitucional- reprimir esa actuación, que puede fácilmente percibirse como lesiva de los valores morales y principalmente del orden público la Igual sucede con el artículo 272 del Código Penal, cuyo texto es el siguiente: "Artículo 272.- Asociación ilícita. Será reprimido con prisión de uno a seis años, el que tomare parte en una asociación de dos o más personas para cometer delitos, por el solo hecho de ser miembro de la asociación. La pena será de tres a diez años de prisión si el fin de la asociación es realizar actos de terrorismo." En el texto transcrito queda descrita de forma suficientemente clara una conducta atribuible a una persona, cual es la de "tomar parte en una asociación de dos o más personas para cometer delitos". Es eso lo que se castiga y por lo tanto sí existe una conducta específica que resulta sancionable cuando se configura, independientemente que en algunas situaciones resulte ser actividad preparatoria para la comisión de otros delitos. No hay tampoco violación del principio de tipicidad cuando se establece la condición de la asociación sea para "cometer delitos" sin que se defina cuáles son, pues lo cierto es que las conductas que constituyen delito están clara y taxativamente definidas por la legislación y, desde luego, la discusión sobre si una conducta concreta encuadra o no en la descripción hecha en la norma, para efectos de tener como existente la asociación ilícita, se debe resolver en la sede jurisdiccional, como parte de los elementos constitutivos del tipo penal, lo que implica la aplicación de todas las garantías constitucionales para el imputado. Resta analizar la cuestión relativa a la inexistencia de un bien jurídico que dé soporte constitucional a la decisión legislativa de punir la conducta definida en el artículo 274, pero como ya se ha dicho.- la cuestión no consiste en tratar de subsumir o relacionar esta figura delictiva exclusivamente con alguno de los bienes jurídicos protegidos en el Código Penal, sino que en definitiva lo que la Sala debe controlar es el apego de la actuación legislativa en esa materia, a sus límites establecidos constitucionalmente, particularmente por el artículo 28 Constitucional; y en tal sentido, resulta muy claro que tomar parte de una organización para cometer delitos, es una actividad claramente alteradora de la normal convivencia que pretende garantizar el ordenamiento jurídico, de modo que debe admitirse que el legislador está plenamente facultado para tratar de desestimularla mediante una sanción para quienes la realicen. VI. ” Como conclusión, no existe la violación constitucional que acusa en los artículos 370 y 272 del Código Penal, porque ellos respetan el principio de legalidad criminal y se dirigen a la protección de la sociedad contra actividades que, de quedar impunes, lesionan gravemente el orden público, de modo que no constituyen una extralimitación de las facultad legislativa para establecer sanciones Posteriormente, ya en la presente década, en la sentencia 4673-03 se resolvió sobre la constitucionalidad del artículo 88, primera parte, de la Ley de Migración y Extranjería, otorgándose una muy amplia interpretación al concepto de bien jurídico que contempla el artículo 28 de la Constitución Política, como se aprecia en el siguiente extracto del fallo: “La conducta del extranjero que reingrese al país sin la debida autorización, una vez que fue deportado por alguna de las causales señaladas, sí resulta ser una acción que . El artículo 28 de la Constitución Política, tal y como se señaló, establece en qué casos está facultado el Estado para limitar el ejercicio de la libertad: cuando exista un daño a la moral, al orden público o se perjudique a terceros [(...)] considera este Tribunal, que [(...)] el tipo penal que se cuestiona no riñe con los principios de lesividad y ofensividad contenidos en el artículo 28 constitucional; por cuanto, la conducta que se sanciona es contraria al ordenamiento jurídico, concretamente al orden público y en ese sentido sí existe un bien jurídico que se pretende tutelar. (resaltado no es del original). Adicionalmente, hay que decir que en gran medida una política migratoria como la que implica la elevación a ilícito penal de conductas como la que ahora se analiza, tiene que ver con la propia seguridad del país o sus habitantes, ya que cualquiera de las hipótesis que contiene el artículo 88 de la Ley General de Migración y Extranjería arriba transcrito, puede estar originada en motivos graves que el extranjero tenga interés en ocultar. Estima la Sala, pues, que la respuesta del ordenamiento jurídico penal ante estas realidades, está justificada. lesiona el orden público, que es en este caso el interés o bien jurídico que se pretende tutelar el La misma tesis en cuanto a los delitos de peligro abstracto ha sido sostenida por la Sala, al referirse a los tipos penales contenidos en la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas. Así se constata, más recientemente, en la sentencia 218-06 de las 15,57 hrs. del 18-01-06, en la que, en lo conducente se dijo lo siguiente sobre el artículo 77 inciso b) de la Ley sobre estupefacientes, sustancias psicotrópicas, drogas de uso no autorizado, legitimación de capitales y actividades conexas, número 7786 del treinta de abril de mil novecientos noventa y ocho, reformada integralmente por la ley número 8204 del veintiséis de diciembre del dos mil uno: “La pena de prisión será de ocho a veinte años cuando en las conductas descritas en los delitos anteriores concurre alguna de las siguientes circunstancias en el autor o partícipe: [...] b) Las drogas tóxicas, los estupefacientes o las sustancias psicotrópicas se introduzcan o difundan en centros docentes, culturales, deportivos o recreativos, en establecimientos penitenciarios y lugares donde se realicen espectáculos públicos. Estima el accionante que dicha norma, en cuanto sanciona a quien introdujere droga en establecimientos penitenciarios, infringe el principio de lesividad derivado de los artículos 1, 28 y 41 de la Constitución Política, pues al utilizar el término “introducir”, potencialmente no podría considerarse la posibilidad de que se dé un daño a la salud. Afirma que la norma refleja una contradicción formal por tipificar la acción de “introducir” que objetivamente no es capaz de afectar en forma potencial el bien jurídico. [(...)]. etc.- . En los para la tipicidad del hecho la producción de la lesión del bien jurídico o del objeto que lo representa, La delimitación entre una y otra clase de delitos puede ofrecer dificultad frente a figuras delictivas concretas. Así, en los delitos en los que se tutelan bienes Si bien es cierto, toda conducta penalizada ha de tener como objetivo la protección de un bien jurídico determinado, el legislador tiene la facultad de diseñar las normas penales conforme considere se adaptan mejor a la naturaleza del bien que se pretende tutelar y de acuerdo con los fines que le ha asignado a la pena y al derecho penal en general, los cuales, pueden ser no solo retributivos, sino también preventivos, -ya de prevención general positiva o negativa-, resocializadores La doctrina dominante ha distinguido entre delitos de lesión y

de peligro, atendiendo a la distinta intensidad del ataque al bien jurídico delitos de lesión se exige mientras que en los de peligro no se exige ese efecto, produciéndose un adelantamiento de la protección del bien a fases anteriores a la de su efectivo menoscabo o lesión. colectivos como la salud pública, la seguridad del tráfico, etc.; si se considera la afectación que las conductas suponen para el bien jurídico colectivo, pueden tenerse como delitos de lesión; sin embargo, frente a los bienes jurídicos individuales, solo suponen un peligro. La diferenciación entre los delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto, tampoco en algunos casos, ya que en ambos se requiere un desvalor de acción, mientras que solo los delitos de peligro concreto exigen un verdadero desvalor del resultado, que consiste precisamente en esa concreta puesta en peligro. En los delitos de peligro concreto, el peligro sí constituye un elemento expreso del tipo, de modo que para considerar consumado el delito, el juez ha de comprobar la producción de un peligro real para un objeto de la acción, ligado causalmente y objetivamente imputable a ésta.” Según la opinión doctrinal mayoritaria, los delitos de peligro abstracto sancionan la puesta en práctica de una conducta reputada generalmente peligrosa, sin necesidad de que se haga efectivo un peligro para el bien jurídico protegido. En ellos se determina la peligrosidad de la conducta típica a través de una generalización legal basada en la consideración de que determinados comportamientos son generalmente peligrosos para el objeto típico y, en definitiva, para el bien jurídico. El legislador selecciona formas de comportamiento típicamente peligrosas para el bien jurídico correspondiente, sin que deba establecerse en cada caso particular, la concreta puesta en peligro del objeto de la acción o del bien jurídico protegido en la norma. No se exige una efectiva puesta en peligro –juzgada ex post- para el objeto de la acción o el bien jurídico protegido, aunque sí que la realización de ese comportamiento suponga –desde una perspectiva ex ante- un riesgo de producción de una concreta puesta en peligro o de la lesión del bien jurídico. Sobre el bien jurídico protegido en los delitos de la Ley de Psicotrópicos dijo la Sala lo siguiente: (Negritas no son del original) “El bien jurídico protegido por la Ley de Psicotrópicos está constituido por la salud pública. Se trata de un bien jurídico colectivo o supraindividual, cuya titularidad no recae en una persona sino que es compartida por todos los ciudadanos o, al menos, por una colectividad de personas, con independencia de que esa protección sirva individualmente a cada uno de ellos para lograr su pleno desarrollo como individuo. Puede admitirse en cierto modo una relación de progresividad, de manera que lo decisivo es el menoscabo a la salud colectiva, en cuanto bien social, y no la posible lesión a la salud individual [...]. Claro está, el peligro abstracto en virtud del principio de lesividad, no puede entenderse como un peligro “presunto”, como una mera inobservancia de reglas, sino que debe existir una potencialidad de daño, lo cual debe ser valorado por el aplicador de la norma en cada caso concreto. Ello por cuanto, conforme se señaló, la intervención del derecho penal para regular la convivencia social en un estado democrático, solo puede justificarse en cuanto tienda a la protección de bienes jurídicos considerados relevantes.” El principio de lesividad no se determina por la lesión ni inmediata ni directa a la salud individual - aunque sí de forma mediata o indirecta- sino que se vincula con la peligrosidad y gravedad de las conductas susceptibles de afectar la salud de un número indeterminado de personas. De todo lo expuesto se advierte, claramente, cómo la Sala Constitucional no solo ha admitido la existencia de figuras penales para la protección de bienes jurídicos individuales, sino también ha aceptado como legítimo tutelares bienes jurídicos colectivos, incluyéndose dentro de tales, la seguridad común, el orden público, la normal convivencia, el orden y la paz social. Además, en la última sentencia citada, se aprecia cómo también los delitos de peligro abstracto son considerados acordes al Derecho de la Constitución, constituyendo la decisión de crearlos o no, un criterio de política criminal de eminente resorte legislativo. En el caso que nos ocupa, se desprende del Acta de la Sesión Ordinaria número 27 del 16 de septiembre de 2003, en la que en la Asamblea Legislativa se discutió la reforma al Código Penal para incluir el tipo penal que ahora se ataca de inconstitucional, cómo su preocupación dimanó de la cantidad de casos de la realidad en la que menores de edad fueron víctima de violentos ataques por parte de perros que se encontraban en el inmueble de sus amos y que, por diferentes razones, pero particularmente por el descuido de estos últimos en su custodia, atacaron a los niños con graves consecuencias. Es entonces un hecho real que ciertos animales peligrosos representan una fuente de peligro para las personas y por eso implican deberes de parte de su propietario, tenedor o custodia, ya que, en principio, la tenencia y el cuidado de un animal de ese tipo requiere el mismo cuidado que requeriría otro tipo de actividades permitidas socialmente pero no por ello dejan de ser peligrosas, como, por ejemplo, la conducción de un vehículo o la tenencia de armas. De ahí que exista una estrecha relación entre la tenencia de un animal doméstico en general y, particularmente de aquellos que son peligrosos, y el ejercicio de derechos por parte de su dueño o tenedor, los cuales deben ser protegidos y garantizados jurídicamente. A mi juicio, el tipo penal cuestionado que se ubica sistemáticamente entre los delitos contra la vida, pretende tutelar ese bien jurídico no solo visto individualmente sino también la normal convivencia en sociedad, el orden y la paz social, que indefectiblemente han sido y pueden ser violentados como consecuencia del ataque de animales peligrosos cuyos propietarios no mantienen bajo la debida custodia. Por consiguiente, no se lesiona en la especie el principio de lesividad. **SOBRE LA LABOR DE INTERPRETACIÓN DEL JUEZ PENAL** El poder punitivo del Estado es la potestad o conjunto de potestades que tiene el Estado - como derivado de la soberanía- en relación con la creación y aplicación del Derecho penal. Su característica fundamental, en un Estado Democrático de Derecho como el nuestro, es que emana de la Constitución Política, la cual, no solo lo otorga, sino que también limita su extensión, sometiéndolo a los principios que la inspiran al servicio de la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político, valores superiores del Ordenamiento Jurídico proclamados en el ordinal 1 de la Carta Magna. Como consecuencia de lo anterior se dice que el Derecho penal es Derecho constitucional aplicado, en tanto desarrolla un catálogo de principios establecidos en las Constituciones modernas. Es así como uno de los presupuestos materiales y formales del poder punitivo del Estado lo constituye, entre otros, el principio de legalidad penal que se desprende del artículo 39 de la Constitución Política de nuestro país. El principio de legalidad criminal y su derivado natural, el de tipicidad, tiene entre sus fundamentos la garantía y respeto al derecho de todos los destinatarios de la ley a conocer previamente cuáles son las zonas de prohibición que limitan sus actos. De nada serviría cumplir formalmente con el principio de legalidad, con la reserva de ley, si los preceptos penales se limitaran a afirmar que comete delito el que lleve a cabo “por ejemplo. En consecuencia, el principio de taxatividad exige que el legislador emplee una técnica de creación, de elaboración de la norma en virtud de la cual sea posible conocer hasta dónde llega éste, hasta dónde puede o no puede actuar el ciudadano. cualquier conducta que atente contra la moral o las buenas costumbres”. Por otra parte, en atención a los principios señalados, el legislador debe utilizar conceptos claros y precisos, realizar el mayor esfuerzo posible de concreción también con el fin de que el juzgador, en la labor de adecuación típica, pueda tener certeza de cuáles son las prohibiciones que el poder legislativo ha querido demarcar y no le haga incurrir en una labor que le está vedada en un sistema republicano como el nuestro, cual es la de legislar, al obligarlo a declarar cuál es la conducta que el tipo no señala. La ley penal describe acciones u omisiones que el legislador ha valorado como intolerables socialmente y que por ese motivo les apareja una

pena. La imagen conceptual que es el tipo penal es producto de una decisión política, o sea de una desvaloración de determinadas conductas que se consideran un grave riesgo para los fines de la convivencia organizada, para cuya formulación el legislador utiliza descripciones. Debe reconocerse que no es fácil la tarea legislativa de crear tipos penales, pues conlleva la pretensión de plasmar toda la plasticidad y variabilidad de las conductas humanas en una fórmula lo más sencilla posible. En consecuencia, el legislador requiere utilizar las palabras más representativas y recurrir a conceptos que posean una carga semántica fuerte, con miras a que especifiquen de modo concreto los datos necesarios de la acción que se quiere sancionar, del sujeto que la realiza y de la persona u objeto sobre el que recae la acción penalmente conminada. Ahora bien, el legislador se sirve para formular los tipos de un proceso de abstracción y utiliza el lenguaje. El precepto penal tiene necesariamente que generalizar para comprender todos los casos iguales, cualquiera sea la persona que los haya cometido, labor que puede lograr el legislador utilizando técnicas diversas, con menor o mayor abstracción. Es un asunto de técnica legislativa. Hay casos en que el grado preciso de abstracción, distante por igual del casuismo exagerado y de la vaguedad sin contornos se ha logrado, por ejemplo, en el delito de homicidio, por el alto valor semántico de la forma verbal que le da dirección unívoca a la acción que se quiere prohibir: "Quien a una persona...". Eso depende de la acción u omisión en concreto que se desee penalizar y la o las posibles formas en que se pueda ejecutar en la realidad, haya dado muerte. Pero también hay otros delitos en los que no puede decirse lo mismo, por ejemplo, en la estafa, debido justamente a las múltiples formas en que la realidad demuestra que se puede cometer un fraude, sin que con ello se lesione el principio de tipicidad. De ahí que en el tipo penal el legislador haya tenido que utilizar fórmulas con un alto grado de abstracción, como "Quien a otra persona él, por medio de la simulación de hechos falsos o por medio de la deformación o el ocultamiento de hechos verdaderos, utilizándolos para obtener un beneficio patrimonial antijurídico para sí o para un tercero, lesione el patrimonio ajeno,..." induciendo a error o manteniéndola en Además, el lenguaje del cual necesariamente se tiene que servir el legislador no es más que un símbolo, que, por añadidura, está sujeto a mudanzas con el tiempo, de manera que generalización y lenguaje son dos factores ineludibles de imprecisión que impiden, pese a todos los esfuerzos de la ciencia del Derecho penal, que en la realidad de los tipos penales en particular tenga plena vigencia –con sus pretensiones de exactitud rigurosa– el requisito que mayoritariamente se admite como indispensable para satisfacer los requerimientos del principio de legalidad, en su corolario natural, el principio de tipicidad. Como resultado, coincido con la doctrina penal según la cual el principio de legalidad NO se infringe en los supuestos en los que la definición del tipo incorpore conceptos, cuya delimitación permita un margen de apreciación por parte del juzgador en su labor de detectar la adecuación típica. La ley tiene que servirse por fuerza de conceptos que revisten un grado mayor o menor de abstracción, pero que siempre son generales y, como la vida solo ofrece casos concretos, la interpretación es siempre necesaria para determinar si una conducta específica está o no comprendida en la ley. Mediante la interpretación la ley desciende a la realidad, de ahí que la labor del intérprete (juez) sea una labor creadora, puesto que tiene que extraer de la ley los elementos decisivos para un caso concreto, sino sería un simple manipulador de sanciones. Por mucho que una legislación quiera respetar la legalidad, el propio lenguaje tiene limitaciones, de modo que la construcción legal de los tipos nunca agota la legalidad estricta, que requiere la labor interpretativa de reducción racional de lo prohibido, propia del Derecho penal. Aun en un sistema de tipos legales como el costarricense, no se prescinde de fórmulas generales en los llamados tipos abiertos, del que son paradigmáticos los tipos culposos. Esta es una realidad que se observa en toda la legislación represiva, que este Tribunal Constitucional ha aceptado en su copiosa jurisprudencia sobre el tema, como se puede apreciar en los siguientes extractos de sentencias, ordenados cronológicamente: "La necesaria utilización del idioma y sus restricciones obliga a que en algunos casos no pueda lograrse el mismo nivel de precisión, el establecer el límite de generalización o concreción que exige el principio de legalidad, debe hacerse en cada caso particular. no por ello puede estimarse que la descripción presente problemas constitucionales en relación con la tipicidad, (Sentencia #1990-1877) -El resaltado en negritas no es del original V.-- Problemas de técnica legislativa hacen que en algunas oportunidades el legislador se vea obligado además de utilizar términos no del todo preciso ( en el artículo 271 del Código Penal), o con gran capacidad de absorción (artificios o engaños en el artículo 216 del Código Penal), a relacionar la norma con otras, tema este que ya fue tratado por la Sala en el voto 1876-90 antes citado." tranquilidad pública "Hay casos en que no todos los elementos del tipo se encuentran en la misma norma, que es lo que en doctrina se conoce como "leyes penales en blanco"; sea cuando se necesita recurrir a otra norma de igual, superior o inferior rango, para lograr el tipo totalmente integrado. (...) En cuanto a la denominación que hace el legislador de la conducta delictiva que se pretende sancionar, al decir que: "Es retención indebida y, en consecuencia, se impondrá la pena establecida en el artículo ...", se trata simplemente de un 1993-03465) –El resaltado en negritas no es del original- "nomen iuris" y si es o no la misma figura del artículo 223 del Código Penal, es un aspecto intrascendente en relación con la constitucionalidad de la figura analizada, porque se trata de un tipo autónomo, que, como ya se vio en el considerando anterior, contiene en sí mismo los elementos necesarios constitutivos del tipo, complementado con la remisión a otras normas legales." (Sentencia "En el caso que nos ocupa lo primero que debemos establecer es si el artículo del Código Penal que nos ocupa es un "tipo penal abierto" como lo entiende el Tribunal consultante. Para el mejor análisis (sic) de esa norma de seguido la transcribimos: 'Será reprimido con prisión de uno a seis años el que, por actos materiales de hostilidad no aprobados por el gobierno nacional, provoque inminente peligro de una declaración de guerra contra (sic) la nación, exponga a sus habitantes a experimentar vejaciones por represalias en sus personas o en sus bienes o alterare las relaciones amistosas del gobierno costarricense con un gobierno extranjero.' Sin duda, la figura de este delito es un tanto compleja lo que no importa por sí mismo un roce de constitucionalidad. Veamos: a) La norma indica el sujeto activo de la infracción que puede ser cualquiera, tanto nacional o extranjero. b) La acción propiamente dicha consiste en ejecutar actos materiales hostiles no aprobados por el Gobierno Nacional. Estos actos no se sancionan por sí mismos sino cuando tenga alguna de las consecuencias que el tipo selecciona a saber: 1) que den motivo al peligro de una declaración de guerra. 2) que expongan a sus habitantes a experimentar vejaciones por represalias (sic). 3) que se alteren las relaciones internacionales amistosas del gobierno costarricense con un gobierno extranjero. (Sentencia 1994-02950) – El resaltado en negritas no es del original. Para determinar si un acto es o no "hostil" debe recurrirse al Derecho Internacional y ello en nada afecta el principio de legalidad de los delitos. En efecto, el principio de unidad del ordenamiento jurídico impide una rígida separación entre las diferentes ramas del derecho entre las que existe una clara relación técnica. (art. 216 del Código Penal). No debe perderse de vista que el delito de "Actos Hostiles" se ubica en el título X del Código Penal "delitos contra la tranquilidad pública" y que el bien jurídico tutelado es, precisamente, la seguridad y tranquilidad de la nación. La norma parte de que entre el Estado Costarricense y cualquier otro existe una situación de paz que puede definirse negativamente como la ausencia de conflicto entre dos naciones. ...) En reiteradas ocasiones el derecho punitivo acude a conceptos del derecho civil, mercantil, de

familia, internacional, etc. los que deben ser aplicados por el juzgador acudiendo a esas ramas Existen en nuestro sistema tipos penales con una gran capacidad de absorción como "artificios" o "engaños" y la constitucionalidad de los mismos es pacíficamente admitida precisamente por los límites propios del idioma "(Sentencia 1994-02950) –Resaltado en negritas no es del original- “. Debe producirse la posibilidad de que una situación de esta naturaleza se presente. En efecto, producido el acto hostil su punibilidad depende de qué, además se haya producido una situación de peligro de guerra, pero; el peligro de guerra no es una la única situación objetiva que la ley computa. También debe haberse expuesto a los habitantes a sufrir "vejeciones" por "represalias" o haber alterado las relaciones amistosas entre los países. Los términos vejaciones y represalias tienen con gran capacidad de absorción, pero, sin duda alguna, ellos están referidos a las consecuencias que pueden padecer los nacionales producto del acto hostil. En el terreno internacional se computa como amistad el estado de ausencia de conflicto tal y como se ha venido indicando. En conclusión, se sanciona la hostilidad contra el país amigo o lo que es lo mismo, contra un país con el que hay ausencia de conflicto. En ambos casos es tarea del Tribunal juzgador establecer si las situaciones que prevé la norma se presentan o no se presentan.” Los actos materiales hostiles no son inculpativos en sí mismos, sino solamente cuando han dado motivo al peligro de una declaración de guerra (Sentencia #1994- 5964) -El resaltado en negritas no es del original- “También se ha dicho que en algunas ocasiones es imposible para el legislador lograr una absoluta precisión en la descripción de las conductas. Dentro de este orden de ideas es preciso afirmar que por extremadamente cuidadoso que fuere el legislador, es imposible consignar en la elaboración del tipo, toda la gran cantidad de comunicaciones privadas que pueden ser utilizadas ilegítimamente. En estos casos es común la técnica legislativa - que para la Sala resulta ajustada al orden constitucional- de la ejemplarización, la que pretende evitar una extensión arbitraria del tipo penal. De esta manera no es posible incluir en la norma cualquier comunicación que se nos ocurra, sino aquella que sea en su entidad, asimilable a los ya descritos, es decir, de la misma naturaleza. Por ello, lleva razón la Procuraduría General de la República al afirmar que en el presente caso nos encontramos ante un concepto amplio, que es normativamente limitable y el juzgador deberá tener en cuenta, en cada caso, la ejemplificación que brinda la ley y lo dispuesto por el artículo 24 de la Carta Fundamental en relación con el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. Ambos se erigen como límites infranqueables que hacen que la disposición normativa cuestionada se ajuste a las exigencias del principio de legalidad. realidad algunos sistemas, como el nuestro, persiguen el ideal de modo que el legislador debe extremar recaudos de los tipos legales; sin embargo, su aplicación pura requeriría de un casuismo que siempre es insuficiente “Por otra parte, las conductas consideradas contrarias a los derechos de los demás, como individuos, y otros valores caros a la sociedad, pueden ser sancionadas dentro de los límites impuestos por el artículo 28 de la Constitución. Desarrollando las reglas de este precepto la Corte Suprema de Justicia resolvió: ‘Dentro del Título de los Derechos y Garantías Individuales, la Constitución establece algunas normas que se refieren a la materia penal (sustantiva y procesal), y que lógicamente son de obligado acatamiento para el legislador en la esfera de su actividad, como las de los artículos 36, 37, 38, 40, 42 y 44; además, el artículo 35 prevé una garantía de carácter general, al decir que "nadie puede ser juzgado por comisión, tribunal o juez especialmente nombrado para el caso". Sin embargo, en esas normas penales de la Constitución ( o en otras de ésta) no hay ningún principio del cual pueda deducirse alguna teoría sobre el delito, que sirva como orientación y límite en la actividad legislativa cuando se trata de atribuir a una determinada conducta el carácter de ilícito penal, es decir, de crear delitos, de suerte que la única limitación que sobre ello establece la Carta Magna, es la regla del artículo 28, no como norma particular para la antijuridicidad penal sino de carácter genérico, con vigencia para todas las acciones que pretenden calificarse como ilícitas. En resumen, el artículo 28 párrafo 2 ° es la única regla constitucional que le señala al legislador hasta dónde puede moverse al dictar normas de comportamiento privado que -violadas por acción u omisión-, acarrearán la consiguiente responsabilidad de carácter penal o de otra índole’ (sesión extraordinaria del 30-4-82) III.- La Corte también se pronunció sobre el principio de mínima regulación penal, consecuencia de la aplicación del artículo 28 prf. 2 ° y del de razonabilidad de las leyes, en el sentido de que: ‘Ni el artículo 28, ni otras normas de la Constitución establecen principios básicos que definan hasta dónde puede llegar el legislador en su actividad de emitir reglas que impriman carácter delictivo a una determinada conducta ilícita. Por ello la cuestión queda reservada a otros ámbitos, en donde Sobre este problema rige el prudente arbitrio del legislador y su cuidadoso estudio, pues lo que se plantea es un problema de doctrina penal y de valoración filosófica-jurídica acerca de las conductas que deben o pueden erigirse en delito, y a la vez de la política legislativa que debe seguir el Estado al dictar normas penales. no hay posibilidad del control constitucional en este caso, pues se llegaría más allá de lo que podría examinarse con referencia al artículo 28 párrafo 2 ° de la Constitución. Tampoco otros principios, como el de "razonabilidad de las leyes" que el recurrente invoca, ni el estudio jurídico que se agregó en los autos en un memorial posterior, pueden llevar a la conclusión favorable a su tesis, así fuera admisible la de que el control constitucional es de tan amplios alcances, porque lo cierto es que no resulta contrario a la razón que el legislador prohibiera la actividad del intermediario en el caso de la lotería, bajo amenaza de una pena.’ (ses. extr. de 30-9-82) (Sentencia 1995- 00778) Dentro de esta vertiente, la Sala ha acogido los criterios adoptados en las sentencias de inconstitucionalidad citadas, especialmente al analizar los límites que el artículo 28 prf. 2 ° de la Constitución erige frente a las competencias del legislador.” "... con respecto a la técnica legislativa de la tipificación de las conductas, tal es el caso de la tipificación de la estafa en que se utilizan conceptos amplios -ya que no se especifica en concreto cuáles hechos son los que constituyen que contrario a lo que sucede con el homicidio -que es un tipo cerrado-, y "(Sentencia número 1075-95) - El resaltado en negritas no es del original no resulta inconstitucional toda apertura, "simulación de hechos falsos" o "la deformación o el ocultamiento de hechos verdaderos"-, esto se justifica en razón de la naturaleza de la conducta que se sanciona, en que es imposible determinar con precisión y detalle cada variedad de la acción que se sanciona. (Sentencia #1995-1075) "...en el tipo en estudio, no es posible enumerar todas las formas posibles de entorpecer o dificultar el desarrollo de la actividad pública, por cuanto las posibilidades son ilimitadas, por lo que delimitar la conducta a sancionar con la expresión "estorbar o dificultar en alguna forma el cumplimiento de un acto propio de sus funciones ..." no constituye en modo alguna imprecisión u obscuridad (sic) en la redacción, y en consecuencia no hay violación de los artículos 9 y 39 de la Constitución Política.” Es por lo expuesto que tampoco encuentro inconstitucional alguna en el tipo penal que nos ocupa, por el hecho de que el juzgador deba realizar alguna labor de interpretación para determinar lo que es “tener un animal peligroso, sin las condiciones idóneas para garantizar la seguridad de las personas”. Considero que las reglas de la experiencia y hasta el sentido común indican cuáles son las condiciones que se requieren a ese efecto, puesto que también experiencia ha mostrado que animales peligrosos, en muchos casos entrenados para el cuidado de propiedades, simplemente no pueden ni deben mantenerse en un lugar que tenga fácil acceso de personas, incluso niños, que puedan ser presa –también

fácil- de un ataque, en la mayoría de casos con consecuencias fatales. Por todo lo expuesto considero que el artículo 130 bis del Código Penal no es inconstitucional. Adrián Vargas.

## Principio de Derecho a la Libertad

**Exp: 21-018479-0007-CO**

**Res. N° 2021-022207**

**SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las quince horas y treinta y cinco minutos del cuatro de octubre de dos mil veintiuno.**

Recurso de habeas corpus que se tramita en expediente No. **21-018479-0007-CO**, interpuesto por **WALTER ESPINOZA**, a favor de [Nombre 001], [Nombre 002], cédula de identidad [Valor 001], [Nombre 003], cédula de identidad [Valor 002], [Nombre 004], cédula de identidad [Valor 003], [Nombre 005], cédula de identidad [Valor 004], [Nombre 006], cédula de identidad [Valor 005], [Nombre 007], cédula de identidad [Valor 006], [Nombre 008], cédula de identidad [Valor 007], [Nombre 009], cédula de identidad [Valor 008], [Nombre 010], cédula de identidad [Valor 009], [Nombre 011], cédula de identidad [Valor 010], [Nombre 012], cédula de identidad [Valor 011], [Nombre 013], cédula de identidad [Valor 012], [Nombre 014], cédula de identidad [Valor 013], [Nombre 015], [Nombre 016], cédula de identidad [Valor 014], [Nombre 017], cédula de identidad [Valor 015], [Nombre 018], cédula de identidad [Valor 016], [Nombre 019], contra el **MINISTERIO DE JUSTICIA Y PAZ**.

### Resultando:

1.- Por escrito incorporado al expediente digital a las 17:10 horas del 17 de setiembre de 2021, Walter Espinoza, en su condición de director general del Organismo de Investigación Judicial (OIJ), interpone recurso de habeas corpus en contra del Ministerio de Justicia y Paz (MJP). Explica que acude en favor de 20 tutelados, quienes se encuentran desde hace varios días en las celdas de la Delegación Regional de Liberia, la Subdelegación Regional de Cañas y la Oficina Regional de Santa Cruz, todas del OIJ, pese a que la situación jurídica de todos fue debidamente definida por la autoridad jurisdiccional competente. Detalla la situación de los amparados de esta forma:

<i>NOMBRES DEL DETENIDO</i>	<i>CEDULA DE IDENTIDAD</i>	<i>FECHA RESOLUCIÓN DE SITUACIÓN JURÍDICA</i>	<i>HORA DE LA RESOLUCIÓN JURÍDICA</i>	<i>FECHA DE INGRESO A CELDAS</i>	<i>HORA DE INGRESO A CELDAS</i>	<i>DESPACHO DEL O.I.J.</i>
[Nombre 014]	[Valor 017]	03/09/2021	16:20:00	01/09/2021	9:00:00	LIBERIA
[Nombre 018]	[Valor 018]	03/09/2021	16:20:00	01/09/2021	10:02:00	LIBERIA
[Nombre 286]	INDOCUMENTADO	03/09/2021	14:20:00	02/09/2021	15:37:00	LIBERIA
[Nombre 061]	[Valor 019]	03/09/2021	14:20:00	02/09/2021	15:40:00	LIBERIA
[Nombre 002]	[Valor 020]	04/09/2021	13:00:00	02/09/2021	19:30:00	LIBERIA
[Nombre 005]	[Valor 021]	05/09/2021	13:30:00	04/09/2021	19:08:00	LIBERIA
[Nombre 191]	[Valor 022]	08/09/2021	15:30:00	07/09/2021	18:50:00	LIBERIA
[Nombre 007]	[Valor 023]	08/09/2021	16:00:00	07/09/2021	8:24:00	LIBERIA
[Nombre 009]	[Valor 024]	07/09/2021	16:10:00	07/09/2021	11:35:00	LIBERIA
[Nombre	INDOCUMENTADO	10/09/2021	9:00:00	09/09/2021	11:10:00	LIBERIA

013]	O			I		
[Nombre 006]	[Valor 025]	10/09/2021	16:00:00	10/09/2021	15:31:00	LIBERIA
[Nombre 001]	[Valor 034]	10/09/2021	16:00:00	10/09/2021	15:48:00	LIBERIA
[Nombre 019]	INDOCUMENTAD O	11/09/2021	11:55:00	10/09/2021	10:04:00	LIBERIA
[Nombre 011]	[Valor 027]	16/09/2021	10:12:00	14/09/2021	22:40:00	LIBERIA
[Nombre 104]	[Valor 028]	16/09/2021	16:00:00	16/09/2021	16:50:00	LIBERIA
[Nombre 004]	[Valor 029]	10/09/2021	16:00:00	10/09/2021	16:18:00	CAÑAS
[Nombre 008]	[Valor 030]	09/09/2021	13:15:00	08/09/2021	16:35:00	SANTA CRUZ
[Nombre 441 338]	[Valor 031]	09/09/2021	15:55:00	09/09/2021	7:35:00	SANTA CRUZ
[Nombre 017]	[Valor 032]	12/09/2021	18:29:00	12/09/2021	14:53:00	SANTA CRUZ
[Nombre 012]	[Valor 033]	12/09/2021	15:45:00	12/09/2021	13:40:00	SANTA CRUZ

Sostiene que tal situación se debe a que la Dirección General de Adaptación Social se demora -o se niega- en ingresar a los detenidos al sistema penitenciario, obligándolos a permanecer más tiempo del conveniente en tales instalaciones, que fueron diseñadas como celdas de paso o tránsito. Apunta que ni al OIJ ni al Poder Judicial le corresponde, por tiempo prolongado, la custodia de las personas detenidas. Comenta que si bien la situación de emergencia sanitaria que enfrenta el país por la covid-19 puede alterar la mecánica interna de la Dirección General de Adaptación Social, es responsabilidad de la última tomar las previsiones requeridas para cumplir con su obligación legal y no menoscabar los derechos fundamentales de los tutelados. Alega que las celdas del Poder Judicial carecen de condiciones para brindar facilidades básicas a las personas privadas de libertad, como camas para dormir, condiciones de esparcimiento o ejercicio, acceso a luz solar, adecuada ventilación, visitas conyugales y de parientes, atención médica y otras condiciones. Reclama que la cantidad de personas detenidas en cada sede del OIJ es inconveniente e insostenible, lesiona sus derechos y garantías fundamentales e implica desobediencia a órdenes judiciales. Estima que el retraso y la negativa de la Dirección General de Adaptación Social y del Ministerio de Justicia y Paz en recibir a tiempo a las personas con medidas cautelares de prisión vulnera la dignidad humana y sus derechos fundamentales, ante lo cual el OIJ no tiene opciones, ya que ni puede obligar a las autoridades recurridas a recibir a las personas amparadas ni puede dejar a estas en libertad. Acude a la Sala en protección a los derechos fundamentales de los tutelados y solicita que se declare con lugar el recurso.

2.- Mediante resolución de la Sala de las 15:12 horas del 20 de setiembre de 2021, se dio curso al proceso y se solicitó informe a la ministra de Justicia y Paz, al director general de Adaptación Social sobre los hechos alegados por la parte recurrente.

3.- Por escrito incorporado al expediente digital a las 16:17 horas del 27 de setiembre de 2021, informa bajo juramento Fiorella Salazar Rojas, en su condición de ministra de Justicia y Paz. Expresa que requirió un informe al director del Nivel de Atención Institucional, que fue rendido por oficio n.º CANI-590-2021 de 22 de setiembre de 2021. Al respecto detalla: "(...) *Así las cosas, es importante señalar que con respecto al hábeas corpus que se tramita bajo el expediente número 21-018479-0007-CO, los funcionarios de Celdas del Organismo de Investigación Judicial de Santa Cruz, Liberia y Cañas hicieron la solicitud al Nivel Institucional para que se le otorgara un espacio carcelario a los señores [Nombre 001], [Nombre 002], [Nombre 003], [Nombre 004], [Nombre 005], [Nombre 006], [Nombre 007], [Nombre 008], [Nombre 009], [Nombre 010], [Nombre 011], [Nombre 012], [Nombre 013], [Nombre 014], [Nombre 015], [Nombre 016], [Nombre 017], [Nombre 018] y [Nombre 019], sin embargo, a la fecha se encuentran pendientes de ser ingresados a un centro penal (...) El atraso en la ubicación de los administrados se debe a que durante los últimos días se han dificultado las posibilidades para efectuar ingresos de nuevos detenidos a los establecimientos penitenciarios, en acatamiento con lo que dispuso la Sala Constitucional mediante resolución No. 11139-2019 de las once horas con veinte minutos del diecinueve de junio de dos mil diecinueve, en el sentido de recibir administrados provenientes de instancias judiciales durante los siete días de la semana, pues esa instrucción se ha visto limitada por las diferentes órdenes emanadas por los jueces de Ejecución de la Pena, y las medidas institucionales con ocasión del virus en mención, cuyos casos han ido en aumento durante las últimas semanas, por lo que es un deber preventivo institucional,*

establecer las acciones necesarias para garantizar el derecho a la vida y salud atinentes a la población carcelaria conforme el mandato constitucional derivado del numeral veintiuno, en conjunto con el ordinal cincuenta *idem*, en concordancia con el criterio contemplado en la resolución número 1-2020 por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en atención de la pandemia global que impacta las diferentes regiones. En relación con lo anteriormente indicado, en coordinación con los directores de los establecimientos penales, se verifica que los espacios establecidos para el aislamiento de los privados de libertad de nuevo ingreso han tenido una ocupación mayor durante los últimos tiempos, en virtud del acato de los protocolos que establecen que todos los administrados que egresen a diligencias judiciales deben ser ubicados en aislamiento preventivo por el plazo de catorce días a partir de su ingreso, siendo que el Poder Judicial ha continuado laborando en la mayoría de los despachos del país, por lo que se siguen efectuando prácticas judiciales. A raíz de lo anterior, es que la Administración ha realizado los esfuerzos necesarios para habilitar espacios de aislamiento en los diferentes Centros de Atención Institucional y Unidades de Atención Integral que conforman el Sistema Penitenciario, los cuales reúnan las condiciones mínimas para albergar las personas privadas de libertad procedentes de las Celdas del Organismo de Investigación Judicial; entre estos los gimnasios de las Unidades de Atención Integral Pabru Presberri, de Pérez Zeledón y la Reynaldo Villalobos Zúñiga ubicada en San Rafael de Alajuela, cuya capacidad es para albergar hasta 100 personas privadas de libertad para que cumplan el aislamiento referido y posteriormente ser ubicados en un recinto carcelario, tal y como corresponde, como parte de una medida excepcional para hacer frente a ésta problemática que nos aqueja; no obstante, los Jueces de Ejecución de la Pena de algunas jurisdicciones han limitado esa posibilidad con la emisión de las siguientes resoluciones: - Resolución de las quince horas trece minutos del diez de junio de dos mil veintiuno del Juzgado de Ejecución de la Pena de Alajuela, la cual se dispone: (...) De igual manera, es necesario recalcar que en virtud de la pandemia que aqueja a nuestro país, al momento de definir la ubicación de una persona se deben tomar en cuenta la cantidad de casos positivos de COVID-19, en los centros donde se está ubicando la población procedente de las celdas de instancias judiciales, por cuanto esto implica un riesgo para los privados de libertad, teniendo en consideración los casos positivos confirmados en la población penitenciaria en los diferentes reclusorios. Sumado a lo precedente, es claro que la situación de emergencia por el Covid-19 ha obligado a la Administración Penitenciaria a poner en práctica medidas para evitar un contagio masivo en los centros penitenciarios, y en congruencia con su deber de proteger la salud de esa población vulnerable, implementa medidas bajo la ordenanza constitucional -protección de la salud-, y es por ello que la coordinación del Nivel Institucional junto con la Dirección General de Adaptación Social, están buscando otras alternativas para adecuar espacios y lograr ubicar a los detenidos que se encuentran aún pendientes de ingresar al sistema penitenciario, en aras de ofrecer a la población reclusa mejores condiciones para enfrentar el proceso en el que se encuentran, y evitar poner su salud en riesgo. Continúa informando el señor Álvarez Cantón, que los derechos humanos que cobijan a la población, se pueden ver gravosamente afectados en razón de la pandemia que vivimos actualmente, por cuanto la misma pone en riesgo la vida, salud e integridad de las personas, en igual sentido se deben tomar en consideración los posibles impactos de manera inmediata, a mediano y largo plazo sobre la sociedad y en mayor incidencia sobre la población vulnerable, lo anterior de conformidad con lo externado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, mediante la citada resolución 1-2020, adicionalmente la referida sentencia dispone: "(...) Adoptar medidas para enfrentar el hacinamiento de las unidades de privación de la libertad, además de asegurar que, en los casos de personas en situación de riesgo en contexto de pandemia, se evalúen las solicitudes de beneficios carcelarios y medidas alternativas a la pena de prisión (...)", por lo que se debe brindar atención especial por parte del Estado a las necesidades de la población reclusa en razón de ser un grupo vulnerable al encontrarse limitada su libertad. Añade esa coordinación que, a pesar de las limitaciones indicadas para ubicar a la población que se encuentra en celdas judiciales, durante el primer semestre del dos mil veintiuno, se lograron ubicar dos mil setecientos veinticinco personas privadas de libertad, de conformidad con la disponibilidad de espacios de aislamiento, lo anterior con la finalidad de no provocar una mayor afectación a esta población, procurando ubicarlos en centros penales donde no pongan en riesgo la salud de los mismos, ni tampoco la de los demás privados de libertad que ya están ubicados, ni mucho menos la del personal penitenciario que pernocta en esos lugares, en aras de cumplir con las órdenes emanadas por su autoridad, sin que haya una desobediencia a las resoluciones emanadas por los Juzgados de Ejecución de la Pena de las distintas Jurisdicciones. Así las cosas, el veinticuatro de setiembre del dos mil veinte se emitió la directriz DMJP-005-2020, suscrita por este despacho ministerial en la cual de conformidad con el ordinal diez del Reglamento del Sistema Penitenciario Nacional, se autorizó la utilización de los gimnasios de los Centros de Atención Institucional Antonio Bastida de Paz, y Luis Paulino Mora, así como de las Unidades de Atención Integral Reynaldo Villalobos y 20 de Diciembre, como espacio de aislamiento preventivo transitorio para albergar a los privados de libertad que se encuentran reclusos en celdas judiciales. En relación con lo expuesto en el párrafo anterior, la señora Diana Sofía Posada Solís, Viceministra de Gestión Estratégica, expuso en el memorial VGE-1135-2020 del treinta de setiembre de dos mil veinte, que de previo a la llegada del virus COVID-19 al territorio nacional se realizaron gestiones varias, para lo cual se ha conformado grupos de trabajo conjunto con instituciones como el Ministerio de Salud y la Caja Costarricense de Seguro Social, además de los directores de los diferentes centros carcelarios de esta cartera, con la finalidad de establecer las pautas a seguir conforme la evolución pandémica, para lo cual se creó una comisión que estuviera a cargo de verificar la aplicación de los protocolos, así como actualizaciones según la necesidad institucional, la evolución del virus, comisión presidida por esa instancia viceministerial, y conformada por diferentes autoridades carcelarias. Refiere esa representación que a partir de entonces, se comenzó la habilitación de espacios para aislamiento en los diferentes reclusorios, cumpliendo con los requisitos mínimos para la estancia carcelaria, estructurando la priorización de uso de dichas áreas conforme fueran necesarias, de forma tal que se habilitaran de manera paulatina y en avance constante, presentando el informe correspondiente de la cantidad de espacios al Comando de Atención a la Emergencia por COVID-19, como se indicó liderado por la señora Posada Solís, y con ello determinar la ocupación de estos, los cuales suman en total tres mil doscientos cuarenta

y ocho, que representan un esfuerzo institucional ante el rezago de infraestructura arrastrado de algún tiempo atrás, consecuencia del presupuesto limitado con el que se cuenta para esos efectos. Agrega que es claro que los gimnasios, talleres y aulas fueron creados con naturaleza recreativa para los administrados, no obstante, en razón de la necesidad de contar con mayores espacios para hacer frente a la ola pandémica presente en el país, se estableció la habilitación de esas áreas como una solución responsable y pronta al escenario al que se enfrenta la institución, pues de lo contrario se estaría contribuyendo al colapso de los servicios de salud del territorio nacional. Asimismo, refiere que la finalidad de habilitar esos espacios, se origina en la prevención de la expansión carcelaria del virus en mención, además de atender las personas ya contagiadas con este, en el primer escenario, designándose la ubicación temporal de aquellas personas que atendieran diligencias en las instancias judiciales, quienes debieran cumplir un período de aislamiento antes de ser ubicados en los ámbitos carcelarios, tal y como se estableció en los lineamientos para el manejo del COVID-19 en centros penitenciarios en el marco de la alerta sanitaria por Coronavirus y las versiones actuales a esos efectos, en los que se contemplan los catorce días de cuarentena, en igual sentido aplicable para las personas de nuevo ingreso, o salidas del centro carcelario mayores a veinticuatro horas, medidas que han reducido los niveles de contagio, efectivos en su totalidad durante los primeros cuatro meses de la llegada del virus al país. Una vez registrado el primer caso positivo del virus en mención dentro del Sistema Penitenciario el primero de julio anterior, proveniente de las celdas del Organismo de Investigación Judicial, se vio un aumento en los casos, provenientes de esa instancia, pues hasta le veintitrés de agosto del año anterior, la mayoría de los casos se registraban a consecuencia del ingreso de personas que habían estado en esa dependencia jurisdiccional. Recalca la señora Posada Solís que el aislamiento obedece a una de las principales medidas de control, que resulta efectiva de aplicarse a todas las personas que ingresan, resultan sospechosos, o son confirmados portadores del virus, de forma tal que no deben permanecer en otros espacios carcelarios donde habiten personas sanas, siendo que cada vez que se hace necesaria la ubicación de personas infectadas se activa el comando antes mencionado, para la toma de decisiones en apego de las directrices emanadas para hacer frente a la pandemia en cuestión, las cuales son conocidas por su honorable autoridad, y que fueron establecidas de manera conjunta con las instancias encargadas de la Salud, con quienes se mantiene constante comunicación para recibir asesoría que sea aplicada en favor de los administrados bajo nuestra responsabilidad, lo que por consiguiente retribuye con los servicios de salud en general. Finalmente, resulta necesario resaltar que el proyecto derivado de la contratación 2019LN000001-0012600001 denominado “Construcción de Espacios de Alojamiento Penitenciario en el Centro de Atención Institucional Jorge Arturo Montero Castro”; ya se encuentra culminado y su estructura está lista para ser utilizada; de manera tal que en ese espacio, lo que hace falta actualmente es el personal respectivo para que entre en operación, lo cual está pronto a ser solucionado toda vez que recientemente fue aprobado por la Asamblea Legislativa el presupuesto extraordinario que incluye lo necesario para cubrir la entrada en funcionamiento del espacio conocido como “Terrazas”; así las cosas, el Ministerio se encuentra a la espera de la autorización de uso de las plazas por parte de la Secretaría Técnica de la Autoridad Presupuestaria (STAP), y a partir de ahí iniciar el proceso de contratación de funcionarios policiales, técnicos y administrativos que permitirán brindar la atención y custodia a las personas privadas de libertad que estarán albergándose en tales instalaciones; logrando de esta manera disminuir el hacinamiento existente al contemplarse el ingreso de 1.248 espacios para personas en condición de indiciados y sentenciados. Es importante mencionar que desde finales de 2020 se inició el proceso de reclutamiento para llenar las plazas policiales de este nuevo centro penitenciario, de manera que en el momento en que esté autorizado el uso de las plazas, ya se cuenta con candidatos que han superado las pruebas de ingreso y pueden ser contratados, agilizando el proceso. Por consiguiente y como resultado de lo expuesto, tomando en consideración los elementos argumentados por los recurrentes en cada recurso, se logra evidenciar que la Administración Se concluye que esta cartera, en respeto a Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptadas en el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en mil novecientos cincuenta y cinco, aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de treinta y uno de julio de mil novecientos cincuenta y siete y 2076 (LXII) del trece de mayo de mil novecientos setenta y siete que reza “(...) 19. Cada recluso dispondrá, en conformidad con los usos locales o nacionales, de una cama individual y de ropa de cama individual suficiente, mantenida convenientemente y mudada con regularidad a fin de asegurar su limpieza (...)” se encuentra en la búsqueda de los espacios carcelarios para los tutelados: a) [Nombre 001], [Nombre 002], [Nombre 003], [Nombre 004], [Nombre 005], [Nombre 006], [Nombre 007], [Nombre 008], [Nombre 009], [Nombre 010], [Nombre 011], [Nombre 012], [Nombre 013], [Nombre 014], [Nombre 015], [Nombre 016], [Nombre 017], [Nombre 018] y [Nombre 019] (expediente 21-018479-0007-CO) (...). Solicita que se declare sin lugar el recurso.

4.- Mediante constancia suscrita el 28 de setiembre de 2021 por la técnica judicial 3 y el secretario, ambos de la Sala Constitucional, se indica que no apareció que el director general de Adaptación Social haya aportado documento alguno del 22 al 27 de setiembre de 2021, a los efectos de rendir el informe requerido por este Tribunal.

5.- Por escrito incorporado al expediente digital a las 9:25 horas del 28 de setiembre de 2021, informa de manera extemporánea Viviana Boza Chacón, en su condición de directora general a.i. de la Dirección General de Adaptación Social, que: “Es importante señalar que Costa Rica se ha caracterizado por tener uno de los sistemas penitenciarios más desarrollados de la región procurando el respeto y garantía de los Derechos Humanos de la población privada de libertad, de conformidad con las Convenciones Internacionales, también recogidos en normativa interna. En nuestro sistema la observancia a los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad no es solo un discurso, sino que diariamente se materializa como una realidad verificable en cada proceso de la operación. Desde la promulgación de la Ley 4762, la Dirección General tiene claro cuál es el encargo que le corresponde, el Artículo 3 establece entre otros fines, la ejecución de las medidas privativas de libertad, la custodia y el tratamiento de los procesados y sentenciados, la seguridad de personas y bienes en los centros y estudiar y proponer todo lo que se relacione con los planes de construcciones penitenciarias. La ejecución de estas acciones

inicia desde el momento en que las personas privadas de libertad son puestas a la orden de las instancias de la Administración Penitenciaria, independientemente de su condición jurídica (indiciado o sentenciado), pues en todo caso se está ante la misma obligación de brindar atención profesional y una custodia efectiva con observancia del ordenamiento jurídico y con estricto respeto de los derechos fundamentales. También debe brindarse atención en salud, alimentación, alojamiento, recreación, capacitación técnica, acceso a los distintos niveles de educación (desde los programas de alfabetización hasta los estudios universitarios), acceso al trabajo u otras actividades ocupacionales, y, principalmente la asignación y seguimiento de los Planes de Acciones Inmediatas (PAI) en el caso de los procesados, y del Plan de Atención Profesional (PAP) para los condenados, pues éste es el componente que caracteriza y define el rumbo de la política en materia de ejecución de las medidas privativas de libertad en el Sistema Penitenciario costarricense. Estas obligaciones se han tratado de cumplir a cabalidad desde hace aproximadamente 50 años, sin embargo en la última década la situación carcelaria se ha complicado en términos de un incremento exponencial de la población penal, lo que ha generado que se superen los porcentajes de sobrepoblación permitidos y se den cierres técnicos de establecimientos por parte de los Juzgados de Ejecución de la Pena, así como la intervención de instancias de control como la Defensoría de los Habitantes y el Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura. Debe señalarse que el tema de la sobrepoblación es uno de los mayores desafíos que se ha enfrentado y un asunto de constante análisis y búsqueda de soluciones por parte de las autoridades penitenciarias. El aumento desmedido de la criminalidad en el país y la consecuente reclusión de las personas en centros penales ha incidido de forma directa en las condiciones infraestructurales de los diversos establecimientos, lo que ha obligado a diseñar y construir nuevos espacios de contención y a crear mejoras en la infraestructura ya existente, accionar que es paulatino de acuerdo a (sic) las necesidades y posibilidades presupuestarias. Recientemente la administración se ha preocupado por construir más espacios que permitan combatir la problemática, puede citarse a modo de ejemplo algunos proyectos que se han venido desarrollando y otras obras que estarán inaugurándose en un futuro cercano. Tal es el caso de las Unidades de Atención Integral, los Módulos Penitenciarios mediante el Sistema de Arcos Modulares y el Proyecto de Terrazas en el Complejo La Reforma, que dispondrá en los próximos días de 1248 espacios carcelarios. Si ya se tenía un panorama complejo, a inicio del año pasado con la crisis sanitaria mundial la situación se agravó. En Costa Rica se registró el primer caso positivo el 6 de marzo de 2020 y el Ministerio de Salud inició una campaña de información diaria y emitió recomendaciones como el lavado de manos, protocolo de estornudo y tos, no tocarse la cara si no hay lavado de manos y evitar asistir a eventos de conglomeración cuando se tenga síntomas respiratorios. A partir de este momento, de forma responsable el despacho Ministerial en coordinación con el Viceministerio de Justicia y de Gestión Administrativa, así como la Dirección General de Adaptación Social, se vincularon de forma directa con las instancias rectoras en materia de salud, conformaron equipos de trabajo con los actores relacionados a la crisis, entre ellos el área médica y el área de seguridad, se emitieron circulares, lineamientos y protocolos en cuanto a medidas sanitarias a seguir en los centros penales, oficinas administrativas y se tomaron medidas sobre los servicios que de forma presencial normalmente brinda el personal penitenciario, en atención a la directrices formuladas por MIDEPLAN sobre el funcionamiento de las instituciones públicas durante la emergencia nacional por COVID-19. La creación del CAE (Comando de Atención de Emergencias) ha sido una columna fundamental, para llevar el pulso diario y evaluar la evolución de la situación a lo interno del Sistema Penitenciario. Pese a las medidas adoptadas oportunamente, el Sistema Penitenciario no escapó a la pandemia, y fue así como el 1 de julio del año recién pasado se confirmó el primer caso de COVID-19, que se dio por la vía de contagio durante una diligencia en las celdas del Poder Judicial. A partir de ese momento se han presentado casos en diferentes centros penales que han afectado de manera innegable la dinámica institucional en cuanto a diferentes aspectos como la visita general, visita íntima, traslado de privados de libertad intercentros; y una actividad que nos ocupa en este caso concreto: la recepción de las personas que se encuentran detenidas en las Celdas del Organismo de Investigación Judicial a la espera de ser ubicados en los centros penales. Sobre este tema es necesario aclarar que tal y como se señaló anteriormente, desde la confirmación del primer caso las autoridades superiores nos avocamos a buscar alternativas para impedir un posible brote masivo y a organizar la ubicación de las personas privadas de libertad que eventualmente llegaran a contagiarse con este virus en espacios controlados. El Sistema Penitenciario, como sistema que es, debe valorar todas las opciones que sean viables; y desde este punto de vista se procedió de una forma preventiva a analizar todos los espacios para establecer el plan de ubicación de la población que resultara sospechosa de contagio, o bien declarada positiva. Es importante señalar que debido a la vía de contagio, la Administración Penitenciaria se vio en la obligación de establecer como protocolo inquebrantable el aislar por catorce días, al menos, todos los ingresos, sean nuevos o por salidas a prácticas judiciales, con la finalidad evidente de no crear a lo interno un contagio masivo; dado que los recursos tanto humanos como materiales para atender el Covid dentro del sistema son escasos, y obliga a tener una administración eficiente y eficaz de éstos. En el estudio de los colectivos. Los individuales los constituyen aquellos espacios unipersonales, tales como celdas individuales o bien los dormitorios destinados a visita íntima, para aquellos casos de una persona contagiada o sospechosa de contagio; y los colectivos para aquella población de más de dos personas que hubieran salido a prácticas judiciales o fuesen nuevo ingreso y que coincidían en tiempo. Obviamente, como bien lo señalan las estadísticas y el comportamiento del Covid, estos espacios se han ido llenando ante el crecimiento exponencial de este virus dentro de la comunidad. La estrategia de acondicionamiento ha contemplado un sistema de priorización de uso de los espacios, considerando la menor afectación posible a la recreación, a las actividades ocupacionales y a la educación. Por ende, estos espacios quedan previstos para atender eventualmente, si los espacios primarios definidos resultan insuficientes. En esta coyuntura se está en la etapa de acondicionar los gimnasios de acuerdo a (sic) las características que requieran menor intervención e inversión, pensando sobre todo que ésta es una medida temporal y excepcional mientras exista la crisis sanitaria. Dentro del contexto Covid se debe adicionar que, la falta de espacios de aislamiento y los cierre de casi todos los centros por órdenes de los jueces de ejecución dictadas con anterioridad a la emergencia, o bien por órdenes sanitarias producto de los contagios, han impedido el ingreso paulatino de las personas sujetas

a medidas privativas de libertad ubicadas en celdas judiciales. Estas circunstancias, más el deber de someter a esta población a medidas de aislamiento, ha obligado a la Administración Penitenciaria en el ejercicio de su potestad, a redefinir temporal y excepcionalmente el destino de espacios para atender la demanda de ingreso, velando por la salud y la seguridad de la población penitenciaria y los fines públicos que le asisten al Sistema Penitenciario. Todas las acciones descritas están dentro del marco de legalidad y la competencia propia de la Dirección General de Adaptación Social y no se violenta ningún derecho fundamental de la población privada de libertad; puesto que, desde la Dirección Técnica y el Instituto Nacional de Criminología se han dictado las directrices para que el personal técnico establezca planes sustitutivos que permitan conservar las actividades recreativas, ocupacionales y educativas. El Sistema Penitenciario tiene un deber ineludible ante la sociedad, que es la contención, por ende, las medidas que se tomen deben de estar dirigidas al logro de ese fin. Es por ello por lo que, haciendo un parangón con la sociedad, podemos señalar que muchas instituciones públicas se han visto en la necesidad de variar la finalidad original de sus instalaciones para adecuarlas a la atención de las circunstancias derivadas del Covid-19. Por ejemplo, es bien sabido que algunas escuelas y colegios han sido acondicionados como albergues temporales para ubicar a personas que han dado positivo a las pruebas; y en esas instalaciones han cumplido el periodo de cuarentena. De igual manera es importante señalar que ante el estado de emergencia nacional imperante desde el dieciséis de marzo de este año, el Decreto Ejecutivo 42227-MP-S. estipula que, “las medidas tomadas en el marco de la situación de emergencia que atraviesa el país se ejercen dentro del marco jurídico estipulado por la Constitución Política de Costa Rica, la cual reconoce en sus artículos 21 y 50 el derecho a la vida y a la salud de las personas como un derecho fundamental, así como el bienestar de la población y su seguridad, los cuales por ende se tornan en bienes jurídicos de interés público. Ante ello, el Estado tiene la obligación inexorable de velar por su tutela. Derivado de ese deber de protección, se encuentra la necesidad de adoptar y generar medidas de salvaguarda inmediatas cuando tales bienes jurídicos están en amenaza o peligro”. La misma Sala Constitucional se ha referido anteriormente a la potestad de las autoridades para aplicar medidas excepcionales por motivos de estado de necesidad y urgencia. Así, en sentencia número 2001-1369 de las 14:30 horas del 14 de febrero de 2001, respecto a la calificación de los hechos que motivan un estado de necesidad y urgencia, el Tribunal Constitucional señaló que “(. . .) mediante la declaratoria de estado de necesidad y urgencia la Administración queda facultada para proceder mediante la utilización de procedimientos administrativos excepcionales -como lo es, por ejemplo, la modificación del destino de una partida presupuestaria- para solventar un evento originado a consecuencia de las fuerzas naturales, o bien por actos del hombre. Así, la situación que justifique la “declaratoria de emergencia nacional” debe interpretarse bajo un criterio restrictivo, por lo que sólo puede proceder ante hechos que califiquen como fuerza mayor o, a lo sumo, caso fortuito (. . .) la noción de estado de necesidad y urgencia únicamente acontece ante la producción hechos (SIC) que no pueden solventarse mediante el ejercicio de los procedimientos administrativos ordinarios.” (El resaltado pertenece al original.) Retomando el tema de los ingresos provenientes de las celdas del Poder Judicial, es importante señalar que la Coordinación del Nivel Institucional ha venido cumpliendo fielmente con las reglas del “Protocolo para garantizar la efectiva ubicación y el traslado de los privados de libertad de las celdas del Organismo de Investigación Judicial a nivel nacional a los diferentes centros penitenciarios del país”. A partir del 31 de julio de 2020 que las circunstancias se agravaron aún más, por el incremento de casos a lo interno del Sistema Penitenciario, a pesar de la aplicación de todas las medidas preventivas dictadas por las autoridades del sector salud. El tener que aislar todo caso que ingresa y aquel que se confirme como positivo por Covid-19 por un plazo de 14 días, da como resultado una serie de consecuencias que afectan de manera directa la posibilidad de recibir y ubicar a los detenidos que son remitidos todos los días desde las celdas d

el Organismo de Investigación Judicial. Empero, esta no es la única situación que limita y dificulta la recepción y ubicación de estas personas en los centros penitenciarios; existen otras causas que ya se han mencionado, indicando además que estas coartaban de manera importante las posibilidades de manejar adecuadamente este tema. Es importante reafirmar, que sobre el Sistema Penitenciario pesa una serie de órdenes de cierre técnico dictadas por los Jueces de Ejecución de la Pena de distintas jurisdicciones, que han prohibido los ingresos de personas privadas de libertad en prácticamente todos los establecimientos del Nivel de Atención Institucional, aun tratándose de indiciados, materia para que lo carecen de competencia. Veamos el siguiente resumen (...) En esta misma línea, el veintidós de abril del 2020 se emitió la orden sanitaria MS-DRRSCNDARSA2-OS-0350 por parte de la Dirección Regional Rectoría de la Salud Central Norte, en la cual se ordena eliminar el hacinamiento que aqueja este establecimiento y presentar en el plazo de 15 días hábiles el cronograma de actividades para cumplir e indicar si el plan de acciones será a corto o mediano plazo. Cabe indicar que el Centro de Atención Institucional Gerardo Rodríguez Echeverría es el ÚNICO Centro para población penal indiciada, en el que es posible ubicar detenidos procedentes de las provincias de Guanacaste, Limón y el Gran Área Metropolitana. En conclusión, debe tenerse en cuenta que las órdenes de cierre y prohibición de ingreso a los diferentes Centros de Atención Institucional por parte de los Jueces de Ejecución de la Pena, han venido a imponer a la Administración Penitenciaria una limitante más al momento de definir la ubicación y el ingreso de los detenidos, por cuanto dichas autoridades han ordenado la prohibición de ingresos, bajo amenaza de testimoniar piezas ante el Ministerio Público en caso de incurrir en desobediencia a lo ordenado. Tampoco se permite a las Autoridades Penitenciarias realizar un reacomodo y distribución de la población privada de libertad, de una manera equilibrada, lo que ha ocasionado que algunos centros cuenten con porcentajes elevados de hacinamiento, mientras que otros establecimientos no tienen esta problemática, e incluso cuentan con algunos espacios disponibles. Si la situación ya es difícil con las comentadas órdenes de cierre, el panorama se complica más con las órdenes sanitarias dictadas con ocasión de los casos positivos confirmados por Covid-19 detectados en algunos de los centros penales. Por ejemplo, tenemos la ORDEN SANITARIA N.º MS-DARSHMR-MJE-073-2020, emitida el siete de agosto del 2020, dirigida contra el Centro de Atención Institucional de San José. De igual manera se dictó una ADENDA a ésta el día once de agosto de este año. La DIRECCIÓN REGIONAL DE RECTORÍA DE LA SALUD CHOROTEGA DIRECCIÓN ÁREA RECTORA DE SALUD LIBERIA GUANACASTE, LIBERIA

dictó la Orden Sanitaria No-1451-2020 contra el Centro de Atención Institucional Calle Real, la cual fue notificada el 20 de julio de este año, y ordena su cumplimiento inmediato. La DIRECCIÓN REGIONAL DE RECTORÍA DE LA SALUD PACIFICO CENTRAL ÁREA RECTORA DE SALUD PUNTARENAS-CHACARITA dictó la ORDEN SANITARIA N°0191-REG-2020 y ordenó a la Dirección del Centro de Atención Institucional 26 de Julio de Puntarenas no realizar ingresos o egresos de privados a menos que sea estrictamente necesario por audiencias o salud, los cuales deben ser previamente valorados por el personal de salud del centro penitenciario; debiendo además habilitar un espacio exclusivo para aislamiento de los casos positivos detectados. Las autoridades del Ministerio de Salud también han dispuesto que se debe acondicionar espacios para aislar a las personas privadas de libertad que presenten síntomas compatibles con el virus; o que hayan dado positivo. Evidentemente esta situación limita todavía más la cantidad de espacios con que cuenta en Nivel Institucional para ubicar a las personas que permanecen en celdas judiciales. A manera de conclusión se puede afirmar que antes de la declaración de emergencia nacional derivada de la pandemia por COVID 19, la Administración Penitenciaria y específicamente la Dirección General a través de la Coordinación del Nivel Institucional venía cumpliendo el encargo legal y realizando esfuerzos importantes, para cumplir con los plazos contenidos en el protocolo de recepción de población proveniente de celdas del Poder Judicial y los plazos establecidos por la Sala Constitucional. No obstante, las circunstancias derivadas de la crisis sanitaria, han tenido un profundo impacto en la dinámica institucional, que impide la ejecución ordinaria de las ubicaciones en los centros carcelarios. Una última información que es importante que tomen en cuenta los señores magistrados del Tribunal Constitucional es que el Juzgado de Ejecución de la Pena de Alajuela ha dictado una orden que nos impide ubicar personas privadas de libertad en los espacios de aislamiento, lo que agrava la situación con el tema de las ubicaciones de detenidos procedentes de celdas judiciales. TERCERO: Atendiendo lo dispuesto por la Sala Constitucional se requirió un informe al Lic. Heriberto Álvarez Cantón, Coordinador del Nivel Institucional, y al respecto, mediante oficio CNAI-590-2021 nos informa que a la fecha no ha sido posible ubicar a los amparados [Nombre 001], [Nombre 002], [Nombre 003], [Nombre 004], [Nombre 005], [Nombre 006], [Nombre 007], [Nombre 008], [Nombre 009], [Nombre 010], [Nombre 011], [Nombre 012], [Nombre 013], [Nombre 014], [Nombre 015], [Nombre 016], [Nombre 017], [Nombre 018], [Nombre 019] en alguno de los Centros de Atención Institucional; debido a la situación que hemos expuesto en páginas anteriores. CUARTO: Es de suma importancia señalar que el proyecto derivado de la contratación 2019LN-000001-0012600001 denominado “Construcción de Espacios de Alojamiento Penitenciario en el Centro de Atención Institucional Jorge Arturo Montero Castro”; ya se encuentra culminado y su estructura está lista para ser utilizada; de manera tal que en ese espacio, lo que hace falta actualmente es el personal respectivo para que entre en operación, lo cual está pronto a ser solucionado toda vez que recientemente fue aprobado por la Asamblea Legislativa el presupuesto extraordinario que incluye lo necesario para cubrir la entrada en funcionamiento del espacio conocido como “Terrazas”. Así las cosas, el Ministerio de Justicia y Paz se encuentra a la espera de la autorización de plazas por parte de la Secretaría Técnica de la Autoridad Presupuestaria (STAP), y a partir de ahí iniciar el proceso de contratación de funcionarios policiales, técnicos y administrativos que permitirán brindar la atención y custodia a las personas privadas de libertad que estarán albergándose en tales instalaciones. De esta manera se logrará disminuir el hacinamiento existente al contemplarse el ingreso de 1.248 espacios para personas en condición de indiciados y/sentenciados. También es importante anotar que la Coordinación del Nivel Institucional y la Dirección General de Adaptación Social han actuado diligentemente de acuerdo al (sic) principio de precaución que debe prevalecer en la toma de decisiones, esto en resguardo del Derecho a la Salud, y demás derechos que asisten a la población penal”. Solicita que se declare sin lugar el recurso.

6.- Mediante resolución de las 14:54 horas del 1 de octubre de 2021 como prueba para mejor resolver se solicitó al juez (a) coordinador (a) del Juzgado de Ejecución de la Pena de San José que informara sobre lo siguiente: según indica la ministra de Justicia y Paz hay aproximadamente 400 espacios disponibles en el centro de atención institucional San José para el ingreso de privados de libertad, espacios que fueron producto de remodelaciones e inversión en infraestructura. Al respecto, la autoridad jurisdiccional deberá emitir su criterio sobre la viabilidad actual de utilizar tales espacios para la ubicación de personas privadas de libertad.

7.- Informa bajo juramento Irene Barrantes Marín, en su condición de jueza coordinadora del Juzgado de Ejecución de la Pena de San José, en estos términos: “PRIMERO: En el Juzgado de Ejecución de la Pena de San José se tramita el expediente (físico) y electrónico, bajo el número 99-200137-0198-PE, el cual se encuentra bajo la dirección como Jueza Directora la Licda. Mayra Acevedo Matamoros. SEGUNDO: Actualmente el Centro de Atención Institucional cuenta con una orden de cierre técnico, misma que obedece a la Medida Correctiva indicada en el punto primero, y que data desde el año 1999, en la cual se ha venido dando un seguimiento exhaustivo a diversos Votos de la Sala Constitucional como resoluciones del Juez a cargo en su momento por parte del Juzgado de Ejecución de la Pena. TERCERO: En virtud a que la Licda. Acevedo es la directora del proceso, emite un informe para ser remitido a la Sala Constitucional como sustento probatorio del presente recurso, en la cual externa su criterio en el sentido de que ya se llevó a cabo la Visita de Inspección al centro penitenciario, se cuenta con los Informes MNPT-I01 09-2016 Y MNPT-I01 147-2021 este último de del 11 de agosto de 2021 y que fue solicitada prueba que consideró útil y pertinente, y que deberá esperar la misma antes de poder emitir un criterio en cuanto a la viabilidad de dar apertura a los espacios que dice tener la Ministra de Justicia. CUARTO: Que si bien es cierto ostento el cargo de Jueza Coordinadora de este Despacho, debo respetar el criterio en este momento de la jueza a cargo del proceso, en razón a que ella manifiesta no poder emitir consideraciones en este momento para no adelantar criterio como juzgadora.- Manifiesta la Licda. Acevedo, el caso será resuelto a más tardar el día miércoles 06 de octubre de 2021.”

8.- En los procedimientos seguidos se han observado las prescripciones legales.

Redacta el magistrado **Rueda Leal**; y,

**Considerando:**

**I.- CUESTIÓN PREVIA.** En vista de que el director general de la Dirección General de Adaptación Social omitió rendir el informe solicitado dentro del plazo establecido, de acuerdo con el artículo 23 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se procede a resolver el recurso con base en los demás escritos y pruebas contenidos en los autos.

**II.- DE PREVIO.** Antes de resolver lo que en derecho corresponde en el *sub iudice*, el Tribunal no omite aclarar que, si bien en el escrito de interposición el accionante planteó el recurso a favor de [Nombre 061] y [Nombre 062], portadores de las cédulas de identidad n. os [Valor 019] y [Valor 031], respectivamente, no menos cierto es que de la página web del Tribunal Supremo de Elecciones se desprende que, en realidad, los nombres de los amparados son [Nombre 063] y [Nombre 010], motivo por el cual el habeas corpus fue cursado y será resuelto a favor de tales personas.

**III.- OBJETO DEL RECURSO.** El recurrente estima lesionados los derechos fundamentales de los amparados, puesto que se encuentran privados de libertad en las celdas del OIJ y a la fecha de interposición de este recurso no han sido trasladados a algún centro penitenciario, pese a lo ordenado por el órgano jurisdiccional competente.

**IV.- HECHOS PROBADOS.** De importancia para la decisión de este asunto, se estiman como debidamente demostrados los siguientes hechos, sea porque así han sido acreditados o bien porque la autoridad recurrida haya omitido referirse a ellos, según lo prevenido en el auto inicial:

a. El director del OIJ, con el siguiente cuadro, detalla desde cuándo se resolvió la situación jurídica de los tutelados:

<b>NOMBRES DEL DETENIDO</b>	<b>CEDULA DE IDENTIDAD</b>	<b>FECHA RESOLUCIÓN DE SITUACIÓN JURÍDICA</b>	<b>HORA DE LA RESOLUCIÓN JURÍDICA</b>	<b>FECHA DE INGRESO A CELDAS</b>	<b>HORA DE INGRESO A CELDAS</b>	<b>DESPACHO DEL O.I.J.</b>
[Nombre 014]	[Valor 017]	03/09/2021	16:20:00	01/09/2021	9:00:00	LIBERIA
[Nombre 018]	[Valor 018]	03/09/2021	16:20:00	01/09/2021	10:02:00	LIBERIA
[Nombre 286]	INDOCUMENTADO	03/09/2021	14:20:00	02/09/2021	15:37:00	LIBERIA
[Nombre 063]	[Valor 019]	03/09/2021	14:20:00	02/09/2021	15:40:00	LIBERIA
[Nombre 002]	[Valor 020]	04/09/2021	13:00:00	02/09/2021	19:30:00	LIBERIA
[Nombre 005]	[Valor 021]	05/09/2021	13:30:00	04/09/2021	19:08:00	LIBERIA
[Nombre 191]	[Valor 022]	08/09/2021	15:30:00	07/09/2021	18:50:00	LIBERIA
[Nombre 007]	[Valor 023]	08/09/2021	16:00:00	07/09/2021	8:24:00	LIBERIA
[Nombre 009]	[Valor 024]	07/09/2021	16:10:00	07/09/2021	11:35:00	LIBERIA
[Nombre 013]	INDOCUMENTADO	10/09/2021	9:00:00	09/09/2021	11:10:00	LIBERIA
[Nombre 006]	[Valor 025]	10/09/2021	16:00:00	10/09/2021	15:31:00	LIBERIA
[Nombre 001]	[Valor 034]	10/09/2021	16:00:00	10/09/2021	15:48:00	LIBERIA
[Nombre 019]	INDOCUMENTADO	11/09/2021	11:55:00	10/09/2021	10:04:00	LIBERIA
[Nombre 011]	[Valor 027]	16/09/2021	10:12:00	14/09/2021	22:40:00	LIBERIA

[Nombre 104]	[Valor 028]	16/09/2021	16:00:00	16/09/2021	16:50:00	LIBERIA
[Nombre 004]	[Valor 029]	10/09/2021	16:00:00	10/09/2021	16:18:00	CAÑAS
[Nombre 008]	[Valor 030]	09/09/2021	13:15:00	08/09/2021	16:35:00	SANTA CRUZ
[Nombre 010]	[Valor 031]	09/09/2021	15:55:00	09/09/2021	7:35:00	SANTA CRUZ
[Nombre 017]	[Valor 032]	12/09/2021	18:29:00	12/09/2021	14:53:00	SANTA CRUZ
[Nombre 012]	[Valor 033]	12/09/2021	15:45:00	12/09/2021	13:40:00	SANTA CRUZ

(Hecho incontrovertido).

- b. El 24 de setiembre de 2021, el director del Nivel de Atención Institucional emitió el memorial n.º CNAI-590-2021, mediante el cual detalló: “Con respecto al recurso de hábeas corpus que se tramita bajo el expediente número 21-018479-0007-CO, interpuesto por WALTER ESPINOZA, a favor de [Nombre 237], [Nombre 002], [Nombre 003], [Nombre 004], [Nombre 005], [Nombre 006], [Nombre 007], [Nombre 008], [Nombre 009], [Nombre 010], [Nombre 011], [Nombre 012], [Nombre 013], [Nombre 014], [Nombre 015], [Nombre 016], [Nombre 017], [Nombre 018], [Nombre 019] mediante el cual alega (...) “es el director general del Organismo de Investigación Judicial (OIJ). Explica que acude en favor de 20 tutelados que se encuentran desde hace varios días en las celdas de la Delegación Regional de Liberia, de la Subdelegación Regional de Cañas y de la Oficina Regional de Santa Cruz del OIJ, pese a que la situación jurídica de todos fue debidamente definida por la autoridad jurisdiccional competente. Lo anterior, debido a que la Dirección General de Adaptación Social se demora o se niega en ingresar a los detenidos al sistema penitenciario, obligándolos a permanecer más tiempo del conveniente en tales instalaciones, las cuales fueron diseñadas como celdas de paso o tránsito.” me permito informar que la solicitud de ubicación de los privados de libertad [Nombre 237], [Nombre 002], [Nombre 003], [Nombre 004], [Nombre 005], [Nombre 006], [Nombre 007], [Nombre 008], [Nombre 009], [Nombre 010], [Nombre 011], [Nombre 012], [Nombre 013], [Nombre 014], [Nombre 015], [Nombre 016], [Nombre 017], [Nombre 018], [Nombre 019] fue remitida por parte de los funcionarios de celdas judiciales de Liberia, Santa Cruz y Cañas, no obstante, a la fecha se encuentran pendientes de ser ingresados a un Centro de Atención Institucional”. (Ver prueba documental).
- c. En audiencia del 28 de setiembre de 2021 ante esta Sala, la ministra de Justicia y Paz indicó: “En relación con los planes de atención a este tema, hay uno que es inmediato, nosotros tenemos espacios disponibles en el CAI San José, ese es un centro penitenciario sobre el cual en los últimos años, le puedo decir que en los últimos cuatro años se han invertido más de mil millones de colones atendiendo las mejoras estructurales que se solicitaron en una medida correctiva del 2016. Porque ese es un centro que nosotros no podríamos dejar de solicitar, porque el sistema tienen lo que tiene y el país es el que es, tenemos las condiciones que tenemos. Entonces tenemos que maximizar la realidad que tenemos y sacarle el mejor provecho. Por eso se ha venido trabajando en atender los temas estructurales de este centro y finalmente por ahí del mes de julio se cumplió con el último pendiente que había de esa medida, que era sacar a todas las personas sentenciadas que habían (sic) en ese centro. En este momento y desde el mes de julio no existe ninguna persona sentenciada en este centro, es un centro completamente para personas indiciadas, esto ha generado una cantidad importante de espacios, más de 300. Le puedo decir que casi podemos estar hablando de 400 espacios disponibles que están ahí listos, acondicionados pero sin uso, porque sobre ese centro pesa una orden judicial de cierre que todavía no ha sido ida a visitar para poder valorar la posibilidad de que se levante, a pesar de que nosotros hemos hecho todos los llamados por activa y por pasiva que hemos podido para que se valore ese centro como la solución inmediata para recibir las personas que están en celdas judiciales. En el momento que esa orden se levante, en ese mismo momento nosotros podemos recibir la gente que cabe en ese centro penitenciario. Al día de hoy el centro es para casi 600 personas, y solo hay 200. Esta es la solución inmediata, y la solución en el corto plazo es el funcionamiento del CAI Terrazas, que como hemos mencionado tiene unos 1248 espacios, que no puede funcionar en este momento, y no hubiera podido hacerlo antes, porque el Ministerio no cuenta con la gente para poder hacerlo funcionar. No es solo tener las paredes, no es solo tener las camas, es que necesitamos a la gente que trabaja en los centros penitenciarios. La situación al día de hoy de los centros penitenciarios, no nos permite sacar gente de los otros centros para poner a funcionar otro centro, y menos un centro tan grande. Por eso el centro no ha entrado en funcionamiento, y va a entrar en funcionamiento a finales del mes de noviembre, una vez que se haya terminado de contratar la cantidad histórica de plazas que nos aprobaron en esta oportunidad la Asamblea Legislativa.” (Se tuvo el expediente 21-017649-0007-CO ad effectum videndi).
- d. Todos los centros penitenciarios del Ministerio de Justicia y Paz están en cierre técnico por orden judicial. (Hecho público y notorio).

**V.- HECHO NO PROBADO.** De importancia para la resolución de este asunto, se estima como no demostrado el siguiente hecho:

a. Que los tutelados hayan sido trasladados a algún centro penitenciario.

**VI.- SOBRE EL PLAZO PARA TRASLADAR A PRIVADOS DE LIBERTAD DE LAS CELDAS DEL OIJ AL CENTRO PENITENCIARIO RESPECTIVO.** Este Tribunal, en sentencia n.º 2018-010290 de las 14:37 horas del 26 de junio de 2018, resolvió el recurso de habeas corpus tramitado en expediente n.º 18-002494-0007-CO. En tal asunto, la Sala sostuvo en relación con los plazos para trasladar a las personas detenidas a los centros penales:

*“(…) VII.- En cuanto al tiempo de permanencia por atraso del traslado de las personas privadas de libertad de las Celdas del Organismo de Investigación Judicial hacia los diferentes centros penitenciarios del país, con redacción de la Magistrada Esquivel Rodríguez. Según se desprende de los autos, en nuestro país existe, actualmente, un grave problema relacionado con el traslado de las personas privadas de libertad que se encuentran en las Celdas del Organismo de Investigación Judicial y que deben ser llevadas a los diferentes centros penitenciarios del país, al encontrarse con su situación jurídica resuelta. En el sub lite, el recurrente precisamente cuestiona el lapso que el tutelado permaneció detenido en las celdas del II Circuito Judicial de San José, sin que se le trasladara a un centro penitenciario.*

*Si bien las diversas autoridades que se encuentran como parte en este recurso han indicado un sin número de razones por las cuales se presenta ésta situación, lo cierto del caso, es que conforme pasa el tiempo la situación se ha venido agravando, al ingresar un promedio de 1500 personas al mes dentro de las celdas del Organismo de Investigación Judicial, las cuales sobrepasan el espacio permitido en éstas; además, aunque ésta Sala, reiteradamente, ha admitido que dichas celdas cuentan con las condiciones mínimas de permanencia para personas privadas de libertad, ciertamente, dicho supuesto se refiere a una permanencia transitoria, y no a plazos excesivos que en ocasiones y de acuerdo a (sic) la situación actual han superado los 15 días, según se documentó en el expediente.*

*Esta Sala es consciente que existe un problema de hacinamiento carcelario que data de hace varios años en nuestro país, y pese a algunos esfuerzos realizados por las autoridades del Ministerio de Justicia y Paz, dicha situación se mantiene y es, justamente, la que ha ocasionado el problema base de este recurso de hábeas corpus. Al respecto, las mismas autoridades recurridas y que asistieron a la vista realizada dentro del expediente, reconocen la existencia del problema, y si bien afirman que se han intentado llevar a cabo una serie de acciones para mitigarlo, a la fecha no ha podido brindar una solución efectiva. En congruencia con lo anterior, esta Sala ha referido: “III.- SOBRE LA OBLIGACIÓN DE TRASLADAR A LOS PRIVADOS DE LIBERTAD DE LA SECCIÓN DE CÁRCELES A LOS CENTROS DE ATENCIÓN INSTITUCIONAL. (...) En un asunto similar la Sala se pronunció en la sentencia número 2005-01640 de las 9:37 horas del 18 de febrero de 2005, en la que, textualmente dijo lo siguiente: Sobre el derecho a la dignidad y la salud de las personas privadas de libertad. Este Tribunal se ha ocupado de tutelar los derechos fundamentales de quienes sufren una restricción a su libertad personal. La dignidad del ser humano impone a la autoridad estatal un trato acorde con esa condición, y así lo consigna nuestra Constitución Política y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. La jurisprudencia de la Sala ha sido constante en derivar del artículo 40 de la Constitución Política, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tratados que son legislación plenamente vigentes en nuestro país, por mandato del artículo 7 de la Constitución Política, al haber sido debidamente aprobados y ratificados, que la actividad del Estado no tiene porqué producir transgresiones a los derechos fundamentales, ya que la existencia misma del Estado responde precisamente a la necesidad de satisfacer los problemas colectivos de una comunidad y no al contrario, que implicaría que la sociedad existe para preservar al Estado. (Cfr. sentencia número 2013-05350 de las 09:05 horas del 19 de abril de 2013).*

*Al igual que el precedente anterior, esta Sala, de conformidad con las circunstancias y la necesidad del momento, ha mantenido varios criterios sobre cuál debe ser el plazo máximo de detención de una persona en las celdas del Organismo de Investigación Judicial. Es así como en las sentencias números 13787-2013 de las 14:30 horas del 16 de octubre de 2013, 13988-2013 de las 14:30 horas del 22 de octubre de 2013, 14015-2013 de las 14:30 horas del 22 de octubre de 2013, 15184-2013 de las 14:30 horas del 19 de noviembre de 2013, 15233-2013 de las 14:30 horas del 19 de noviembre de 2013, entre otros, se presentaron ante este Tribunal Constitucional recursos de hábeas corpus a favor de diversos privados de libertad, en los cuales se aducía que estos permanecieron entre 1 y 9 días en las celdas del OIJ, sin ser trasladados a un centro penitenciario. De esta forma, en ese momento, esta Sala señaló que la permanencia de los privados de libertad en dichas celdas no podía exceder de 24 horas, razón por la cual en los casos en los que se superaba dicho plazo, los recursos fueron declarados con lugar, la mayoría de ellos para efectos indemnizatorios, puesto que las autoridades recurridas realizaron el traslado de los privados de libertad con ocasión de la interposición de los diferentes recursos.*

*Posteriormente, sobre el mismo tema, la Sala dictó las sentencias números 12311-2016 de las 14:30 horas del 30 de agosto de 2016, 12706-2016 de las 14:30 horas del 6 de setiembre de 2016, 13147-2016 de las 14:30 horas del 13 de setiembre de 2016, 13213-2016 de las 9:05 horas del 14 de setiembre de 2016, 13451-2016 de las 14:30 horas del 20 de setiembre de 2016, 13460-2016 de las 14:30 horas del 20 de setiembre de 2016, 13482-2016 de las 14:30 horas del 20 de setiembre de 2016, 13525-2016 de las 9:30 horas del 21 de setiembre de 2016, 13530-2016 de las 9:30 horas del 21 de setiembre de 2016, 13884-2016 de las 14:30 horas del 20 de setiembre de 2016, 15014-2016 de las 9:05 horas del 14 de octubre de 2016, entre otras, en esta ocasión existió una variación del criterio vertido por este Tribunal, avalándose que el plazo máximo permitido de permanencia en las celdas del Organismo de Investigación Judicial fuera de hasta 3 días. Así las cosas, en estos casos se reclamó una permanencia desde 3 hasta 9 días en dichas celdas, razón por la cual los recursos fueron declarados con lugar, ya sea para efectos indemnizatorios, por haberse realizado el traslado con ocasión del recurso de hábeas corpus u ordenando el traslado a un centro penitenciario en un plazo no mayor a 24 horas, cuando las personas continuaran en dichas celdas pese a la interposición del recurso.*

Finalmente, el último criterio vertido por este Tribunal Constitucional en relación con este tema, corresponde al que se analizó en las sentencias números 3391-2017 de las 9:05 horas del 3 de marzo de 2017, 3882-2017 de las 14:30 horas del 14 de marzo de 2017, 11295-2017 de las 9:15 horas del 18 de julio de 2017, 13738-2017 de las 10:05 horas del 10 de agosto de 2017, 16797-2017 de las 9:20 horas de 20 de octubre de 2017, 19462-2017 de las 9:30 horas del 11 de diciembre de 2017, 19586-2017 de las 9:15 horas del 5 de diciembre de 2017, 1074-2018 de las 9:40 horas del 24 de enero de 2018, 1663-2018 de las 9:15 horas del 2 de febrero de 2018, 2600-2018 de las 9:15 horas del 16 de febrero de 2018, entre otras. A partir de estas sentencias la Sala avaló que el plazo máximo de permanencia de una persona en las celdas del Organismo de Investigación Judicial fuera de hasta 5 días. En el caso particular, los recurrentes alegaron que los plazos de permanencia en dichas celdas iban desde los 5 hasta incluso los 22 días; en virtud de lo anterior, una vez que se superaba el plazo de los 5 días apuntados, esta Sala declaró con lugar los recursos presentados, la mayoría de ellos para efectos indemnizatorios, puesto que los traslados se realizaron con ocasión de la notificación de la resolución de curso de los diferentes recursos de hábeas corpus.

De conformidad con lo anterior, si bien en el pasado este Tribunal Constitucional avaló el protocolo utilizado por la Dirección General de Adaptación Social para el traslado de los privados de libertad a centros penitenciarios. Protocolo por medio del cual se puede solicitar el ingreso de los detenidos, únicamente, los días lunes, miércoles y viernes, antes de las 3:30 p.m. y en donde, de acuerdo al (sic) último criterio esgrimido por la Sala, se permitió una permanencia en celdas del OIJ de hasta 5 días. Sin embargo, bajo una mejor ponderación, esta Sala estima que, dicho término debe ser modificado a un plazo de hasta setenta y dos horas a partir del momento en que se resuelva la situación jurídica de cada detenido, según se explicará a continuación. Al respecto debe indicarse, que el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura ha sido enfático, en cuanto a los aspectos negativos que conlleva para un privado de libertad de encontrarse en las celdas del OIJ por espacios prolongados de tiempo, entre ellos: a) sufrir problemas para descansar por las dimensiones del espacio físico, por no tener acceso a colchonetas durante el día, y por cuanto las luces permanecen encendidas durante las 24 horas del día; b) pérdida del sentido del tiempo y desorientación, ya que no pueden observar la luz del día, y las personas no saben decir con exactitud cuántos días tienen de permanecer en las celdas; c) sensación de estar metidos en una jaula, dado que las celdas se encuentran en los sótanos; d) externan sentimientos de tristeza, desánimo y desesperación por el fuerte encierro; e) las personas que no cuentan con recurso familiar de apoyo no pueden cambiarse de ropa ni contar con artículos para higiene personal; f) a pesar de que son visitados por un médico, éste no les puede recetar medicamentos y g) no pueden recibir la visita de los familiares.

Ahora, si bien es cierto, de acuerdo a (sic) parámetros internacionales se ha reconocido que las primeras cuarenta y ocho horas de detención son las de mayor riesgo y vulnerabilidad de tortura, en el caso de la legislación costarricense existen múltiples mecanismos que garantizan la protección de las personas detenidas en las celdas del Organismo de Investigación Judicial. Dentro de dichos mecanismos tenemos la norma constitucional establecida en el artículo 37 de la Constitución Política, que habla de la obligación de llevar físicamente al detenido en presencia del juez, así como el hecho que en el caso de las celdas del OIJ existen cámaras de seguridad, prohibición de interrogar directamente a los detenidos por parte de las fuerzas policiales; además, existen registros confiables de ingreso y salida de detenidos, así como pleno acceso de la defensa pública en todo momento. De igual manera, en Costa Rica existen diversas instituciones que garantizan una protección de la población mencionada, dentro de las que encontramos la Defensoría de los Habitantes, la Defensa Pública y la misma Sala Constitucional, entre otras, con lo que estima este Tribunal que los riesgos a que hace alusión el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura en su informe se ven atenuados.

Al fijar el plazo de setenta y dos horas también valora la Sala que las autoridades de la Dirección General de Adaptación Social tienen que coordinar el ingreso de los detenidos a los diversos centros penitenciarios haciendo una valoración de seguridad en su ubicación para garantizar que no van a ser situados en celdas donde tienen enemigos o corre peligro su vida. Estudio que muchas veces se complica, al tratarse de personas reincidentes o que pertenecen a bandas, lo que dificulta su ubicación.

De tal forma que, aminorar los plazos más allá de lo establecido en esta sentencia, en ese contexto, podría implicar un riesgo innecesario en la seguridad e integridad física de detenidos de cierto perfil.

Ahora bien, es importante destacar que el plazo de setenta y dos horas indicado, empezará a correr una vez que el Organismo de Investigación Judicial haya sido informado o notificado de la resolución judicial que resolvió la situación jurídica de la persona detenida y la cual disponga su privación de libertad. Asimismo, dicho Organismo deberá de inmediato a la información o comunicación de la resolución mencionada, solicitar la ubicación de la persona privada de libertad dentro de los diferentes centros penitenciarios del país.

De igual manera, es importante destacar que en las celdas del Organismo de Investigación Judicial se recibe un sin número de privados de libertad, dentro de los cuales se encuentran las personas indiciadas y sentenciadas, cuya situación jurídica ha sido resuelta y deben ser ingresados a un centro penitenciario y por otro lado, las personas privadas de libertad que ya se encuentran ingresadas a un centro penitenciario y son trasladadas a las celdas del OIJ con el fin de realizar alguna práctica o diligencia judicial. De esta forma debe quedar claro, que en este caso concreto, el plazo de 72 horas referido previamente, y la orden que se dará a las autoridades recurridas, se refiere, exclusivamente, a los privados de libertad cuya situación jurídica se encuentre resuelta y deban ser ubicados e ingresados en un centro penitenciario. Lo anterior, por cuanto, en el caso de las personas que son trasladadas para una diligencia judicial, estos se encuentran a la orden de las diferentes autoridades judiciales que los requirieron y por ello, dependerá de dichas autoridades su permanencia en dichas celdas.

Así las cosas, en cuanto a este punto el recurso debe ser declarado con lugar, ordenando al Ministerio de Justicia y Paz y a la Dirección General de Adaptación Social, que en coordinación con el Organismo de Investigación Judicial y en el plazo de seis meses contados a partir de la notificación de esta sentencia adopten un protocolo efectivo para que la ubicación y el traslado de los privados de libertad de las celdas del Organismo de Investigación Judicial a nivel nacional a los diferentes centros

penitenciarios del país, se realice en un plazo de hasta setenta y dos horas, garantizando una inmediata ejecución de las resoluciones judiciales. En este mismo sentido, la Sala estima que tratándose del servicio público penitenciario regido por los principios generales del servicio público, las autoridades penitenciarias deben adoptar las medidas adecuadas y necesarias para que este funcione en forma oportuna, eficiente y eficaz, durante los siete días de la semana. Para alcanzar lo anterior, deberán realizarse los estudios respectivos que permitan acordar las modificaciones en la jornada laboral, y si es necesario, deberán incorporar las plazas que el servicio demande, para así garantizar un servicio público eficiente con base en los principios de continuidad y adaptación. Asimismo, deberán adoptar las medidas necesarias para que durante los períodos de vacaciones e incapacidades los funcionarios sean debidamente sustituidos, para que su ausencia no afecte la prestación continua del servicio.

En relación con lo anterior, nótese que la Directora Ejecutiva de la Secretaría Técnica de la Autoridad Presupuestaria, refiere claramente que de conformidad con la Directriz Presidencial No. 98-H, durante el 2018 no se crearán más plazas en los ministerios y órganos desconcentrados, excepto aquellas que deban crearse para atender lo ordenado en resolución judicial; además, durante el 2018, los ministerios que reciben transferencia de Gobierno para el pago de remuneraciones, y que están cubiertas por el ámbito de la Autoridad Presupuestaria podrán utilizar el 50% de las vacantes existentes y las que se generen a futuro (ver artículos 8 y 9 de la Directriz). Sin embargo, nótese que la informante deja claro que quedan exceptuadas de dicha directriz, las plazas de los programas de la Dirección General de la Adaptación Social del Ministerio de Justicia y Paz, así como las de otros programas del Ministerio de Justicia y Paz que sean trasladadas al programa 783. Con lo cual, queda establecido que, las autoridades del Ministerio y Paz se encuentran excluidas de las limitaciones que se han establecido en temas de plazas, al menos en cuanto a la Dirección General de Adaptación Social se trata, por lo que, no existe restricción alguna, para que, en caso de ser necesario, el Ministerio recurrido realice las gestiones para obtener mayor personal y por ende, para sustituir y cubrir a los funcionarios que así lo requieran por temas de incapacidad o vacaciones. (...)

**X.- Caso concreto.** En el sub lite, el recurrente precisamente cuestiona el lapso que el tutelado permaneció detenido en las celdas del OIJ de Quepos, sin que se le trasladara a un centro penitenciario. Sobre el particular, y tras analizar los elementos aportados a los autos, la Sala considera que se configuró una violación a los derechos fundamentales del amparado, toda vez que este permaneció detenido en las celdas del II Circuito Judicial de San José por espacio de 6 días, desde el momento de su ingreso, lapso que resulta desproporcionado conforme los lineamientos esgrimidos previamente por este Tribunal Constitucional. Ante dicho panorama, y dado que se tiene por probado que la tardanza en el ingreso del amparado a un centro penitenciario es imputable a las autoridades de la Dirección General de Adaptación Social, por cuanto consta que la ubicación del tutelado fue gestionada por el Organismo de Investigación Judicial conforme los lineamientos y plazos establecidos para tales efectos y fue en virtud del protocolo y la tardanza de las autoridades de la Dirección General de Adaptación Social que ingresó luego del plazo permitido, lo procedente es acoger el recurso, con las consideraciones que se dirán en la parte dispositiva de la sentencia. (...)

**Por tanto:**

Se declara parcialmente con lugar el recurso. (...) Asimismo, se ordena a Marco Feoli Villalobos y a Luis Mariano Barrantes Angulo, por su orden Ministro de Justicia y Paz y Director General de Adaptación Social, ambos del Ministerio de Justicia y Paz o a quienes en su lugar ejerzan dichos cargos, que: en coordinación con el Organismo de Investigación Judicial y en el plazo de seis meses contados a partir de la notificación de esta sentencia, adopten un protocolo que garantice la efectiva ubicación y el traslado de los privados de libertad de las celdas del Organismo de Investigación Judicial a nivel nacional a los diferentes centros penitenciarios del país, de modo que éste se realice en un plazo de hasta setenta y dos horas, contados a partir de la comunicación o notificación al Organismo de Investigación Judicial de la resolución que resuelva la situación jurídica de la persona detenida y disponga su privación de libertad. Lo anterior, garantizando una celeridad ejecución de las resoluciones judiciales, para lo cual las autoridades penitenciarias deben adoptar las medidas adecuadas y necesarias para que este funcione en forma oportuna, eficiente y eficaz, durante los siete días de la semana. Asimismo, deberán realizar los estudios respectivos que permitan acordar las modificaciones en la jornada laboral, y si es necesario, deberán incorporar las plazas que el buen servicio demande, para así garantizar un servicio público eficiente y, de igual forma, adoptar las medidas necesarias, de modo que no se afecte la prestación continua del servicio. Al respecto, se ordena a Walter Espinoza, en su condición de Director General del Organismo de Investigación Judicial, o a quien en su lugar ejerza dicho cargo, que una vez implementado el protocolo, disponga las medidas necesarias y adecuadas para que de inmediato a que se le informe o comunique la resolución que resuelve la situación jurídica de la persona detenida, se solicite la ubicación de la persona privada de libertad dentro de los diferentes centros penitenciarios del país. Mientras no entre en funcionamiento dicho protocolo, se aplicará el plazo de hasta cinco días en los términos dispuestos en esta sentencia. (...) Lo anterior, bajo la advertencia de cometer el delito previsto por el artículo 71 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en caso de no hacerlo. Se condena al Estado al pago de los daños y perjuicios causados con los hechos que sirven de base a esta declaratoria, los que se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo. En lo demás, se declara sin lugar el recurso. Notifíquese esta resolución a las autoridades recurridas de forma personal. (...)" (El destacado no forma parte del original).

Asimismo, este Tribunal se volvió a pronunciar sobre este tema en la sentencia n.º 2019-11139 de las 11:20 horas de 19 de junio de 2019:

"(...) a) Sobre los tutelados Edison Estupiñán García, Marvin Caballero Espinoza y Seferino Angulo Mosquera. Del estudio de los autos, se verifica que, en la noche del lunes 13 de mayo del 2019, específicamente a las 19:15 horas, el OIJ de Corredores recibió el tener a la orden contra los tutelados Edison Estupiñán García, Marvin Caballero Espinoza y Seferino Angulo Mosquera, a quienes el Juzgado Penal de Golfito les impuso 6 meses de prisión preventiva (expediente n.º 19-000260-0445-PE). En virtud de la política de Adaptación Social de recibir las solicitudes de nuevo ingreso a centros penales únicamente los

días lunes, miércoles y viernes, el OIJ pidió el ingreso de los amparados hasta las 8:37 horas del miércoles 15 de mayo 2019. En este contexto, Adaptación Social informa que, por arraigo familiar, procuró ubicar a los amparados en el CAI de Pérez Zeledón; empero, para dichos efectos, se debía cumplir lo previamente dispuesto por el Juez de Ejecución de la Pena de Pérez Zeledón, quien había indicado que, para obtener permiso de ingreso al CAI de Pérez Zeledón (sobre el que pesa una resolución de cierre técnico), se debía demostrar que la sobrepoblación de los módulos de dicho centro había bajado. Debido a esta situación, a las 12:52 horas del 15 de mayo de 2019, Adaptación Social respondió que la asignación de espacios para los amparados quedaba pendiente. En consecuencia, a las 9:36 horas del viernes 17 de mayo del 2019, la Sección de Cárceles del OIJ de Corredores solicitó nuevamente el ingreso de los amparados a un centro penal. Ulteriormente, a las 11:51 horas del 17 de mayo de 2019, después de no lograr demostrar que la sobrepoblación de los módulos del CAI de Pérez Zeledón había bajado, Adaptación Social le informó al OIJ de Corredores que había asignado espacio para los tutelados en el CAI San José. El domingo 19 de mayo de 2019, agentes del OIJ iniciaron el viaje que realizan los fines de semana para el traslado de privados de libertad desde la zona de Corredores hacia San José. Ese día fueron trasladados Edison Estupiñán García, Marvin Caballero Espinoza y Seferino Angulo Mosquera, quienes fueron finalmente ingresados al CAI San José el 20 de mayo de 2019. Actualmente (después del vencimiento de los 6 meses concedidos en la sentencia n.º 2018-10290), el plazo que esta Sala estima como razonable para trasladar a los nuevos ingresos de las celdas del OIJ a los centros penales es de 72 horas, contado desde que el OIJ haya sido notificado de la resolución de la situación jurídica del detenido. Sin embargo, del cuadro fáctico expuesto, se comprueba que, en el caso de los tutelados Edison Estupiñán García, Marvin Caballero Espinoza y Seferino Angulo Mosquera, se tardó más de 72 horas para asignarles una ubicación en un centro de atención institucional y para trasladarlos allí. De la cronología de los hechos expuestos, se colige que el lunes 13 de mayo de 2019 se resolvió la situación jurídica de los amparados; sin embargo, no fue sino hasta el viernes 17 de mayo de 2019 que Adaptación Social les asignó una ubicación en un centro penal. Dicha dilación atendió a que Adaptación Social solo recibe solicitudes de nuevos ingresos los lunes, miércoles y viernes, lo cual incumple lo dispuesto en sentencia n.º 2018-10290 de las 14:37 horas del 26 de junio de 2018, donde se ordenó expresamente –tanto al Ministerio de Justicia y Paz como a Adaptación Social– que se debían adoptar las medidas adecuadas y necesarias para que el protocolo de solicitud y traslado de nuevos ingresos funcionara oportuna, eficiente y eficazmente, durante los 7 días de la semana. Aunado a ello, dicha dinámica contradice lo dispuesto en el Protocolo para Garantizar la Efectiva Ubicación y el Traslado de los Privados de Libertad de las Celdas del Organismo de Investigación Judicial a nivel nacional a los diferentes centros penitenciarios del país, el cual está vigente desde el 1º de abril de 2019 y fue suscrito por el Director del OIJ y la Ministra de Justicia en atención a lo dispuesto en la sentencia estructural n.º 2018-10290. En esta línea, el referido protocolo preceptúa lo siguiente: “garantizando una celeridad ejecución de las resoluciones judiciales, para lo cual las autoridades penitenciarias deben adoptar las medidas adecuadas y necesarias para que este funcione en forma oportuna, eficiente y eficaz, durante los siete días de la semana. Para lo anterior, las jefaturas o los coordinadores de cada celda del Organismo de Investigación Judicial deberán de realizar de inmediato todas las diligencias necesarias para contenido de la parte dispositiva que resuelve la situación jurídica de la persona detenida.” (énfasis agregado). Así las cosas, la actual política de Adaptación Social (consistente en la recepción de las solicitudes de traslado solo algunos días de la semana), ocasionó que, en el sub lite, el OIJ tuviera que esperarse hasta el miércoles 15 de mayo de 2019 para hacer el trámite ante Adaptación Social. En mérito de ello, en lo que a estos tutelados concierne, lo procedente es declarar con lugar el recurso contra Adaptación Social y el Ministerio de Justicia y Paz. (...)

Por tanto:

Se declara parcialmente con lugar el recurso solo respecto a los amparados Edison Estupiñán García, Marvin Caballero Espinoza, Seferino Angulo Mosquera, Eliécer Castillo Santana y Lesly Camilo Díaz Saballos. Se le ordena a Marcia González Aguiluz y José Luis Bermúdez Obando, por su orden Ministra de Justicia y Paz y Director de Adaptación Social, o a quienes en su lugar ocupen esos cargos, que realicen las gestiones necesarias, dentro del ámbito de sus competencias, a efectos de que dentro del plazo de 5 días contado a partir de la notificación de esta sentencia, se modifique la dinámica de recepción de solicitudes de nuevos ingresos a los centros penales, de modo que, en lo sucesivo, se reciban los siete días de la semana. (...).” (El destacado no forma parte del original).

**VII.- SOBRE EL CASO CONCRETO.** En el *sub examine*, el recurrente estima lesionados los derechos fundamentales de los amparados, puesto que se encuentran privados de libertad en las celdas del OIJ y a la fecha de interposición de este recurso no han sido trasladados a algún centro penitenciario, pese a lo ordenado por el órgano jurisdiccional competente.

Sobre el punto, el director del OIJ detalla el siguiente cuadro con la fecha desde la cual se resolvió la situación jurídica de los tutelados:

NOMBRES DEL DETENIDO	CEDULA DE IDENTIDAD	FECHA RESOLUCIÓN DE SITUACIÓN JURÍDICA	HORA DE LA RESOLUCIÓN JURÍDICA	FECHA DE INGRESO A CELDAS	HORA DE INGRESO A CELDAS	DESPACHO DEL O.I.J.
[Nombre 014]	[Valor 017]	03/09/2021	16:20:00	01/09/2021	9:00:00	LIBERIA
[Nombre 018]	[Valor 018]	03/09/2021	16:20:00	01/09/2021	10:02:00	LIBERIA

[Nombre 286]	INDOCUMENTADO	03/09/2021	14:20:00	02/09/2021	15:37:00	LIBERIA
[Nombre 063]	[Valor 019]	03/09/2021	14:20:00	02/09/2021	15:40:00	LIBERIA
[Nombre 002]	[Valor 020]	04/09/2021	13:00:00	02/09/2021	19:30:00	LIBERIA
[Nombre 005]	[Valor 021]	05/09/2021	13:30:00	04/09/2021	19:08:00	LIBERIA
[Nombre 191]	[Valor 022]	08/09/2021	15:30:00	07/09/2021	18:50:00	LIBERIA
[Nombre 007]	[Valor 023]	08/09/2021	16:00:00	07/09/2021	8:24:00	LIBERIA
[Nombre 009]	[Valor 024]	07/09/2021	16:10:00	07/09/2021	11:35:00	LIBERIA
[Nombre 013]	INDOCUMENTADO	10/09/2021	9:00:00	09/09/2021	11:10:00	LIBERIA
[Nombre 006]	[Valor 025]	10/09/2021	16:00:00	10/09/2021	15:31:00	LIBERIA
[Nombre 001]	[Valor 034]	10/09/2021	16:00:00	10/09/2021	15:48:00	LIBERIA
[Nombre 019]	INDOCUMENTADO	11/09/2021	11:55:00	10/09/2021	10:04:00	LIBERIA
[Nombre 011]	[Valor 027]	16/09/2021	10:12:00	14/09/2021	22:40:00	LIBERIA
[Nombre 104]	[Valor 028]	16/09/2021	16:00:00	16/09/2021	16:50:00	LIBERIA
[Nombre 004]	[Valor 029]	10/09/2021	16:00:00	10/09/2021	16:18:00	CAÑAS
[Nombre 008]	[Valor 030]	09/09/2021	13:15:00	08/09/2021	16:35:00	SANTA CRUZ
[Nombre 010]	[Valor 031]	09/09/2021	15:55:00	09/09/2021	7:35:00	SANTA CRUZ
[Nombre 017]	[Valor 032]	12/09/2021	18:29:00	12/09/2021	14:53:00	SANTA CRUZ
[Nombre 012]	[Valor 033]	12/09/2021	15:45:00	12/09/2021	13:40:00	SANTA CRUZ

Asimismo, el Tribunal comprueba que, el 24 de setiembre de 2021, el director del Nivel de Atención Institucional emitió el memorial n.º CNAI-590-2021, en el que consignó: “Con respecto al recurso de hábeas corpus que se tramita bajo el expediente número 21-018479-0007-CO, interpuesto por WALTER ESPINOZA, a favor de [Nombre 237], [Nombre 002], [Nombre 003], [Nombre 004], [Nombre 005], [Nombre 006], [Nombre 007], [Nombre 008], [Nombre 009], [Nombre 010], [Nombre 011], [Nombre 012], [Nombre 013], [Nombre 014], [Nombre 015], [Nombre 016], [Nombre 017], [Nombre 018], [Nombre 019] mediante el cual alega (...) “es el director general del Organismo de Investigación Judicial (OIJ). Explica que acude en favor de 20 tutelados que se encuentran desde hace varios días en las celdas de la Delegación Regional de Liberia, de la Subdelegación Regional de Cañas y de la Oficina Regional de Santa Cruz del OIJ, pese a que la situación jurídica de todos fue debidamente definida por la autoridad jurisdiccional competente. Lo anterior, debido a que la Dirección General de Adaptación Social se demora o se niega en ingresar a los detenidos al sistema penitenciario, obligándolos a permanecer más tiempo del conveniente en tales instalaciones, las cuales fueron diseñadas como celdas de paso o tránsito.”, **me permito**

*informar que la solicitud de ubicación de los privados de libertad [Nombre 237], [Nombre 002], [Nombre 003], [Nombre 004], [Nombre 005], [Nombre 006], [Nombre 007], [Nombre 008], [Nombre 009], [Nombre 010], [Nombre 011], [Nombre 012], [Nombre 013], [Nombre 014], [Nombre 015], [Nombre 016], [Nombre 017], [Nombre 018], [Nombre 019] fue remitida por parte de los funcionarios de celdas judiciales de Liberia, Santa Cruz y Cañas, no obstante, a la fecha se encuentran pendientes de ser ingresados a un Centro de Atención Institucional”* (la negrita fue añadida). Así, de los autos no se desprende que los tutelados hayan sido trasladados a algún centro penitenciario.

Por consiguiente, se comprueba la lesión a los derechos fundamentales de los tutelados por parte de las autoridades del Ministerio de Justicia y Paz y de la Dirección General de Adaptación Social. En efecto, desde que se resolvió su situación jurídica, los amparados han permanecido en las celdas del OIJ por un periodo mayor a las 72 horas fijadas en la sentencia n.° 2018-010290 de las 14:37 horas del 26 de junio de 2018, previamente transcrita, sin que de los autos se desprenda que hayan sido trasladados a algún centro penal. En consecuencia, se declara con lugar el recurso.

**VIII.- Sobre la ejecución de esta sentencia.** La Sala reconoce que el tema del hacinamiento carcelario, tanto en celdas del Organismo de Investigación Judicial como en los distintos centros penitenciarios del Ministerio de Justicia y Paz, es un problema público y notorio. Desde hace más de 20 años, la Sala ha venido condenando repetidamente al Estado *-lato sensu-* por incumplir estándares mínimos penitenciarios en perjuicio de la población privada de libertad. Las valoraciones de este Tribunal han sido paralelas a las de distintos juzgados de ejecución de la pena, instancias que también han abordado el tema del hacinamiento penitenciario, procurando resguardar los derechos de las personas reclusas. La Sala también observa que la crisis penitenciaria se ha agravado exponencialmente a causa de la pandemia, dado que se deben implementar acciones para cumplir medidas sanitarias (como la cuarentena de privados de libertad, reducción de aforo, etc.), lo que de forma directa incide en la distribución y uso del espacio, ya de por sí escaso.

En el *sub examine*, la Sala ha declarado con lugar el recurso, determinando la violación a los derechos fundamentales de los amparados, puesto que han permanecido en celdas del Organismo de Investigación Judicial por un tiempo excesivo.

Sin embargo, dado el cierre técnico de todos los centros penitenciarios del Ministerio de Justicia y Paz existe una imposibilidad material para el cumplimiento de lo ordenado habitualmente por este Tribunal en este tipo de agravio. Tal situación lleva a la Sala a efectuar un especial pronunciamiento sobre la ejecución de este pronunciamiento, ya que la tutela de los derechos fundamentales se garantiza no solo mediante el dictado de la sentencia, sino también a través de la materialización de lo dispuesto en ella.

La Sala recuerda que el recurso de habeas corpus fue establecido para proteger “...*la libertad e integridad personales, contra los actos u omisiones que provengan de una autoridad de cualquier orden, incluso judicial, contra las amenazas a esa libertad y las perturbaciones o restricciones que respecto de ella establezcan indebidamente las autoridades...*” (artículo 15 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional; el subrayado es agregado).

A diferencia del recurso de amparo, el de habeas corpus sí puede ser interpuesto directamente en contra de una resolución jurisdiccional. Tal disposición responde a la relevancia de los derechos en juego, en concreto, la libertad e integridad personales, y a la correlativa competencia de la Sala como garante de esos derechos (numeral 48 constitucional). Si bien toda autoridad jurisdiccional debe velar por los derechos fundamentales, lo que incluye la libertad e integridad personales, la potestad última de imponer su respeto recae en esta jurisdicción, ejercicio que debe efectuarse incluso si tal labor significa valorar una resolución de otra instancia judicial.

La Sala destaca que sus decisiones, especialmente en materia de habeas corpus, interactúan constantemente con resoluciones de otras jurisdicciones. En ocasiones, como recién se expuso, tal interacción se manifiesta en una oposición abierta, lo que ocurre, verbigracia, cuando este Tribunal revisa la fundamentación de una prisión preventiva o de un apremio corporal. En esos casos, la Sala, en ejercicio legítimo de su competencia, puede anular o dejar sin efecto alguna resolución jurisdiccional por estimarla contraria a los derechos fundamentales de la persona amparada. De hecho, esta potestad ha sido ejercida en un sinnúmero de precedentes, desde los inicios del funcionamiento de la Sala.

Ahora bien, la decisión de la Sala también puede tener una incidencia indirecta en alguna decisión jurisdiccional, sin por ello dejar de ser legítima. Tales situaciones se dan, por ejemplo, cuando un juez dispone una determinada ubicación penitenciaria para una persona y, posteriormente, la Sala opta por su reubicación (vía medida cautelar o sentencia), debido a que la vida o integridad física del privado de libertad corría peligro en la primera ubicación. En materia de hacinamiento puede existir una decisión constitucional para reducirlo en un módulo y, a la vez, una resolución de ejecución de la pena que afecta todo el ámbito, incluyendo el citado módulo.

La solución a tal interacción ha sido dispuesta expresamente por la Ley de la Jurisdicción Constitucional, cuyo ordinal 13 señala: “*La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma.*”

Más allá de pretender la simple respuesta a la interrogante sobre la interacción entre decisiones de distintas instancias jurisdiccionales, esta norma es una expresión de la jerarquía normativa, cuya cúspide, en el orden interno, es ocupada por la Constitución Política. Las sentencias de la Sala son expresión del derecho constitucional y tienen, por tanto, su mismo rango frente a decisiones de otras instancias jurisdiccionales. La Ley Orgánica del Poder Judicial es conteste con este razonamiento:

“(...) *Los principios generales del derecho y la jurisprudencia servirán para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito y tendrán el rango de la norma que interpreten, integren o delimiten.* (...)” (Numeral 5).

De manera análoga a la teoría normativa, las decisiones de la Sala tienen potencia constitucional para imponerse sobre las decisiones de otras instancias y resistencia constitucional para no ser modificadas o anuladas por resoluciones de otras jurisdicciones. Solo la propia Sala puede modificar su criterio.

Para este Tribunal es incuestionable que existe interacción entre resoluciones jurisdiccionales, de la misma manera que es indiscutible que las decisiones constitucionales deberán imperar en tales conflictos.

En el *sub iudice*, la Sala debe efectuar una valoración expresa en relación con tal interacción. En efecto, este Tribunal ha detectado una violación flagrante a derechos fundamentales causada por la permanencia prolongada de personas en celdas del OIJ. La ejecución de esta sentencia únicamente es posible si la Sala toma en cuenta la situación actual del sistema penitenciario, incluyendo las decisiones jurisdiccionales que le afectan, así como la problemática de celdas judiciales.

Del lado del sistema penitenciario, la Sala nota de que este ha sido afectado, en su totalidad, por distintas órdenes de cierre técnico. De especial relevancia para esta sentencia es la decisión que incide en el CAI San José, que es de 2016. Desde esa fecha y según la manifestación de la ministra de Justicia y Paz, el Estado ha invertido más de mil millones de colones con el propósito de mejorar la infraestructura del lugar y permitir su reapertura. En términos de esa ministra, gracias a las medidas correctivas tomadas hay aproximadamente unos 400 espacios disponibles. Ahora bien, esos espacios no han sido aprovechados todavía, debido a que no existe certeza actual sobre su estado; entiéndase, se desconoce si cumplen todos los estándares penitenciarios para la ubicación de personas. Según se desprende de la prueba solicitada para mejor resolver, la situación de ese centro se conoce en sede ordinaria desde hace meses y todavía no ha recaído una resolución definitiva ni, muchos menos, una que venga a solucionar de manera comprensiva los extremos que son conocidos en este proceso. La Sala subraya que el proceso de habeas corpus es sumarísimo y, como tal, exige una resolución más pronta al respecto. Otro punto relacionado con el sistema penitenciario es la próxima entrada en funcionamiento del CAI Terrazas, cuya apertura está programada para finales de noviembre de este año y agregaría unos 1248 espacios.

En cuanto a las celdas del OIJ, la Sala tiene certeza absoluta en cuanto a la lesión a derechos fundamentales de sus ocupantes, en particular la salud y la dignidad humana. Se ha establecido que tanto la infraestructura de las celdas como su logística administrativa están previstas para que el privado de libertad permanezca ahí tan solo por periodos breves. De este hecho, el perjuicio para las personas se deriva no solo del hacinamiento en sí, sino que a esto se debe sumar la infraestructura inadecuada para la atención de sus necesidades básicas, las condiciones sanitarias desbordadas, el riesgo aumentado de contagio por covid-19, los peligros de violencia para las personas (privados de libertad, personal institucional, visitantes, etc.), entre otros. Justamente, una competencia de esta Sala es conocer: “g) Si la detención, prisión o medida acordada se cumple en condiciones legalmente prohibidas.” (Artículo 24 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional).

La Sala comparte la preocupación de todas las autoridades jurisdiccionales que velan por los derechos de las personas privadas de libertad en centro penitenciarios. Sin embargo, la ejecución de esta sentencia y la protección de los derechos de las personas ubicadas en celdas judiciales obligan a efectuar una ponderación de todos los elementos fácticos, toda vez que, de otra manera, esta sentencia constitucional no se materializaría ni brindaría solución real alguna.

Recapitulando lo expuesto, existe incertidumbre en cuanto a las condiciones de los espacios ofrecidos por el Ministerio de Justicia y Paz en el CAI San José. El otro elemento para valorar es la certeza, determinada en este pronunciamiento, en relación con la violación a los derechos de las personas en celdas judiciales. Ante este panorama, la Sala estima que los intereses en juego pueden encontrar su equilibrio si, al lado de la habilitación de los espacios en el CAI San José, se dictan medidas concretas para disminuir al máximo la apuntada incertidumbre, velando simultáneamente por los derechos de las personas en celdas judiciales y los privados de libertad, que sean ubicados en los espacios disponibles en el CAI San José.

Este Tribunal también ha ponderado la posibilidad de que la situación del CAI San José sea conocida por la jueza de ejecución de la pena, respecto de la cual consta que indicó que estaba en espera de recabar prueba y pronunciarse al respecto para el 6 de octubre de 2021. Sin embargo, se estima que tal solución es improcedente por varios motivos. En primer lugar, la afirmación de que se resolvería el caso el 6 de octubre no brinda seguridad en cuanto a que vaya a dictarse una solución definitiva para los tutelados. Primeramente, la Sala valora lo indicado por la jueza como una expectativa, mas no como un hecho cierto, dado que su pronunciamiento está sujeto a todas las incidencias de un proceso. Por ejemplo, la instancia informante podría solicitarle una prórroga del plazo; alguna parte podría gestionar o aportar prueba para mejor resolver, afectación por pandemia o enfermedad, etc. Por otro lado, esperar a la resolución de otra instancia judicial significaría, tácitamente, avalar la violación de derechos fundamentales detectada, pues se prolongaría por más días la estancia de los tutelados en celdas judiciales. Este Tribunal no puede optar por una solución que conlleve mantener a una persona a condiciones degradantes, especialmente si existe una opción que lo evita. La Sala obtendría el mismo resultado si intentara, *motu proprio*, encontrar otra solución para el problema. En este caso, sería necesario solicitar informes, recabar prueba, y valorarla con la esperanza de encontrar eventualmente (es decir, no es cierto ni seguro) una alternativa de internamiento. Aunque la Sala dispusiera el traslado inmediato, lo cierto es que, durante todo ese trámite de búsqueda de espacios, los amparados continuarían en celdas del Organismo de Investigación Judicial, sufriendo una violación a sus derechos, que incluso pone en riesgo bienes supremos de la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como la vida y la salud. Asimismo, se destaca que la ubicación de privados de libertad en el sistema penitenciario nacional obedece a parámetros técnicos; por eso una solución adoptada por la Sala de manera “proactiva”, entiéndase, sin haber sido esta ofrecida por la Administración recurrida, lleva implícito el riesgo de que se quebranten tales parámetros. De ahí que sea completamente improcedente, verbigracia, que se ordene el ingreso de los tutelados a algún centro de atención semiinstitucional, toda vez que tales centros están destinados a la población sentenciada que goza de un beneficio penitenciario, mientras que muchos de los amparados todavía tienen la condición de indiciados. Por último, debe comprenderse la naturaleza del habeas corpus. El legislador creó este proceso de constitucionalidad porque estimó necesaria una vía sumarísima para conocer violaciones a la libertad e integridad personales. Por esta razón, resulta contradictorio que, una vez detectada tal violación de manera fehaciente, se someta el restablecimiento de los derechos de los amparados a la vía de legalidad, restando con ello eficacia a la sumariedad del habeas corpus.

Otro punto que debe aclararse es el carácter extraordinario de este pronunciamiento. En años recientes, la Sala ha dictado decenas de sentencias estimatorias por la permanencia excesiva de una persona en celdas del Organismo de Investigación Judicial. En esta oportunidad, sin embargo, ha sido público y notorio el colapso de esas celdas y del sistema penitenciario

nacional en general, con graves repercusiones para la Administración de Justicia, las personas usuarias, los privados de libertad, el personal institucional, etc. Ante esta situación extraordinaria, las medidas dispuestas por este Tribunal también deben serlo. Primero, la Sala debe procurar que los derechos de todas las personas en condiciones análogas, es decir, que sobrepasen las 72 horas de permanencia del Organismo de Investigación Judicial, sean restablecidos. Una disposición distinta -limitada solo a los amparados- significa ignorar la magnitud del problema que se presenta en la actualidad. Además, la ampliación de los efectos de una sentencia, en beneficio de terceros, no es extraña a esta jurisdicción. Verbigracia, si una persona acusa hacinamiento en un centro penitenciario, la disposición de la Sala no sería reubicar al amparado en otro centro sin hacinamiento, sino que exigiría la eliminación del hacinamiento en ese centro en beneficio de todos los privados de libertad. De hecho, la ampliación de estos efectos se nota también en la segunda disposición extraordinaria, según se explica de seguido. Segundo, la habilitación del CAI San José por parte de este Tribunal es de carácter excepcional y temporal. Para procurar un espacio adecuado para todos los privados de libertad, se ordena dictar las medidas para que el centro penitenciario conocido como Terrazas entre en funcionamiento en un plazo de dos meses, contado a partir de la notificación de esta sentencia.

Finalmente, la Sala enfatiza que el numeral 7 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional le permite definir su propia competencia, máxime cuando se ha constatado una flagrante violación a los derechos humanos, en la especie de las personas privadas de libertad en las celdas del OIJ, para cuya solución el ordenamiento jurídico dota a este Tribunal de amplias potestades para restituir a los amparados en el goce de los derechos fundamentales.

**IX.- NOTA DEL MAGISTRADO CASTILLO VÍQUEZ Y DEL MAGISTRADO SALAZAR ALVARADO.** Si bien coincidimos con la mayoría de la Sala al declarar con lugar el presente asunto, estimamos necesario aclarar que, en nuestra opinión, el plazo máximo que una persona puede permanecer detenida en las celdas del Organismo de Investigación Judicial es de cuarenta y ocho horas y no de setenta y dos horas, tal y como se indica en el voto número 2018-10290 que se cita como precedente en el presente asunto. Lo anterior, tomando en cuenta lo externado por los suscritos en el voto salvado que se plasmó en el pronunciamiento antes citado.

**X.- RAZONES ADICIONALES DEL MAGISTRADO RUEDA LEAL.** Vista la naturaleza del objeto de este asunto, subrayo que desde la sentencia 2016016555 de las 9:05 horas del 11 de noviembre de 2016, en mis razones particulares, advertí de la urgente necesidad de ordenar de modo concreto la construcción de más centros penitenciarios luego de dos décadas (a la sazón) de sentencias constitucionales sin que el problema del hacinamiento fuera efectivamente resuelto. Luego, concerniente a los indiciados y la situación en las cárceles judiciales, en razones separadas a la sentencia n.º 2018-010290 de las 14:37 horas del 26 de junio de 2018, junto con la magistrada Hernández López apercibimos de la necesidad de construir un nuevo centro penitenciario para indiciados, que si hubiera sido adoptado oportunamente habría implicado una solución o una medida paliativa significativa a la problemática actual. Se consignó en tal voto separado:

*“El Magistrado Rueda Leal y la Magistrada Hernández López dan razones separadas y ordenan la construcción de un nuevo centro penitenciario para indiciados. El objetivo de las celdas del OIJ es servir como espacios de reclusión transitoria, mientras la autoridad jurisdiccional competente resuelve la situación jurídica del privado de libertad. En este sentido, estas celdas no han sido construidas para satisfacer todas las condiciones penitenciarias propias de un recinto o centro de atención institucional, cuyo propósito es albergar a privados de libertad durante periodos más prolongados, dado que deben descontar medidas cautelares o penas de prisión. Por consiguiente, las celdas de paso deben satisfacer una reclusión respetuosa de la dignidad humana, verbigracia no puede haber hacinamiento, aunque, ciertamente, no se pueden exigir los mismos estándares de un centro de atención institucional por tratarse de una estadía breve.*

*En la especie, se ha tenido por acreditado que las celdas del OIJ cumplen condiciones para estancias cortas; sin embargo, también se ha demostrado que existe un problema sistémico y recurrente respecto al tiempo que se demora trasladando a los privados de libertad desde las celdas transitorias a los diferentes centros de atención institucional. Las autoridades recurridas han reconocido expresamente, que el retraso para ingresar a los privados de libertad a los establecimientos carcelarios se debe al hacinamiento que experimenta el sistema penitenciario nacional, por cuanto ello dificulta la ubicación expedita de los reclusos. Esta relación de causa-efecto denota que los responsables de la mala gestión del hacinamiento carcelario en los centros de atención institucional son, a su vez, responsables del problema recurrente de lardar un plazo irrazonable en trasladar a los reclusos -cuya situación jurídica está resuelta- a un centro carcelario. Así las cosas, en el sub lite, se hace imperioso el análisis de las posibles soluciones -o al menos, medidas paliativas- del fenómeno del hacinamiento penitenciario. Reiteradamente, en asuntos de hacinamiento carcelario, desde la sentencia N° 2016-14430, he venido advirtiendo la necesidad de no solo ordenar a las autoridades recurridas la adopción de medidas genéricas o programáticas para solventar el hacinamiento, sino la de construir un nuevo centro penitenciario ya que, pese a las reiteradas órdenes dictadas por esta Sala Constitucional a lo largo más de dos décadas, el problema de la sobrepoblación en los centros penitenciarios persiste. Ahora, a partir de ese voto, la Magistrada Hernández López también suscribe estas razones por los motivos que de seguido se esgrimen. Ciertamente, la Administración debe promover medidas preventivas que atiendan las condiciones socio-económicas que propician la criminalidad. En tal sentido, el fomento de la educación, las actividades deportivas y artísticas, la difusión de valores positivos y la defensa de la familia, entre otras muchas alternativas, resultan útiles a los efectos de prevenir el delito con la observación de la atención a los niños y jóvenes deviene primordial. La lista de medidas es extensa; verbigracia, de Naciones Unidas se pueden citar la resolución A/RES/70/174 de 17/12/2015 y su anexo “Declaración de Doha sobre la integración de la prevención del delito y la justicia penal en el marco más amplio del programa de las Naciones Unidas para abordar los problemas sociales y económicos y promover el estado de derecho a nivel nacional e internacional y la participación pública”, la A/RES/52/86 de 2 de febrero de 1998 “Medidas de prevención del delito y de justicia penal para la eliminación de la violencia contra la mujer ” y su anexo “Estrategias y medidas prácticas modelo para la eliminación de la violencia contra la mujer en el campo de la prevención del delito y la justicia penal”, la A/RES/46/152 de 18 de diciembre de*

1991 "Declaración de principios y programa de acción del Programa de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal", la A/RES/45/112 de 14 de diciembre de 1990 y su anexo "Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad)" y la A/RES/45/119 de 14 de diciembre de 1990 y su anexo "Tratado modelo sobre el traspaso de la vigilancia de delincuentes bajo condena condicional o en libertad condicional", entre otros muchos instrumentos internacionales.

Sin embargo, la adopción de medidas preventivas o alternativas a la reclusión no obsta a reconocer la imperiosa necesidad de construir más centros carcelarios. En este sentido, se debe advertir que los problemas de hacinamiento continúan en los establecimientos penales tras décadas de ser constatados por la Sala Constitucional; además, se debe tomar en cuenta el crecimiento normal de la población, el avenimiento de nuevos procesos penales más céleres -en particular el de flagrancia- que procuran la disminución de la impunidad y han aumentado el dictado de medidas cautelares privativas de libertad, entre muchos otros factores. En esta línea, el propio Ministro de Justicia y Paz reconoció durante la audiencia efectuada en el sub lite que, durante los últimos 10 años, la población penitenciaria se ha duplicado, pasando de 7000 a 14000 privados de libertad, actualmente. En consonancia con ello, en el sub examine, en el informe rendido por el Director Ejecutivo del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (en adelante, MNPT) se destacó un crecimiento en la tasa de prisionalización, incluso se subraya que en diciembre de 2017 se "llegó al récord de 388 personas presas por cada 100 mil habitantes". Al respecto, cabe indicar que el mero dato numérico del aumento de la cantidad personas privadas de libertad -ya sea en virtud de una condena o de una medida cautelar-, si bien puede constituir un indicio de un abuso de la prisión preventiva o de las penas de prisión, no menos cierto es que no constituye una explicación indefectible de ello sea así, pues dicho incremento puede responder a la convergencia de muy diversos factores como estrategias policiales más eficaces para la detección del delito y captura de los responsables, así como procesos penales expeditos como el de flagrancia; o bien, puede atender a la coyuntura de factores sociales, económicos o criminales que propicien un aumento de cierto tipo de delincuencia. En todo caso, para asegurar la existencia de un abuso de la prisión preventiva o de las penas privativas de libertad, se requerirían de estudios de campo, con muestras representativas en los diferentes tipos de procesos penales y criminalidades, que permitan demostrar la falta del (sic) fundamentación de las medidas cautelares o penas privativas de libertad dictada.

De este modo, si bien las medidas preventivas del delito deben ser incentivadas para evitar la comisión de ilícitos, no menos cierto es que los elementos tácticos aportados en el sub lite evidencian con toda claridad, que el sistema penitenciario nacional no da abasto para recibir en condiciones dignas a todas las personas cuya privación de libertad ha sido determinada como necesaria por un juez de la República, en el ejercicio de su competencia y en atención a la ley. Nótese que el fin resocializador de la pena privativa de libertad (artículos 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 51 del Código Penal) se toma de imposible cumplimiento en condiciones de hacinamiento crítico carcelario, en cuanto este fenómeno trae aparejado la vulneración de diversos derechos fundamentales de los reclusos. Constituye así una ineludible obligación del Estado proveer de establecimientos dignos a las personas sujetas a medidas de privación de libertad - sea preventivamente o con ocasión de una condena firme-, de forma tal que, dentro del marco de respeto a la seguridad jurídica y ciudadana que demanda una justicia penal efectiva, se prevea, planifique y materialice la construcción de la infraestructura carcelaria requerida según las necesidades particulares de la sociedad en un momento histórico determinado.

No obstante, de los informes y pruebas que constan en autos, así como de las manifestaciones esgrimidas durante la audiencia efectuada en el caso de marras, se verifica que, desde hace muchos años, el Ministerio de Justicia y el Patronato de Construcciones, Instalaciones y Adquisición de Bienes (PCIAB) no han cumplido de manera efectiva y eficiente su obligación de administrar, planificar y ejecutar la infraestructura penitenciaria requerida a efectos de paliar el hacinamiento penitenciario. En esta línea, el Director Ejecutivo del MNPT sostiene que "durante el ejercicio económico de los años 2007. 2008 y 2009 el Patronato de Construcciones del Ministerio de Justicia tuvo una baja ejecución presupuestaria, lo cual impidió la construcción de nuevos espacios carcelarios durante ese periodo, misma que fue identificada como una importante causa de la sobrepoblación carcelaria [en el año 2007, la ejecución presupuestaria fue de 28.97%; en el 2008 de 12.68% y en el 2009 de 7.64%]". Posteriormente, se evidenció una mejora en la ejecución presupuestaria; no obstante, conforme a datos extraídos por el MNPT de la Secretaría Técnica de la Autoridad Presupuestaria del Ministerio de Hacienda, durante el periodo 2014-2018, la ejecución promedio de la partida del patronato de bienes duraderos -que es la destinada a la construcción de centros penales- fue de apenas de un 24.5%. Es decir, pese a que existían los recursos económicos para construir más infraestructura carcelaria y así paliar en gran medida el hacinamiento carcelario, el PCIAB no ha ejecutado gran parte de las partidas presupuestarias, omisión que se ha venido reiterando durante años. Prueba irrefutable de ello es el dato facilitado por el propio patronato a la Contraloría General de la República, conforme al cual, a diciembre de 2017, el monto del superávit acumulado del Patronato era de ¢25.178.255.604,42. Incluso, a dicho monto se le debe agregar la suma de ¢1.831.900.000 que al Patronato le fue transferido en el presupuesto inicial para el ejercicio económico del año 2018 ([http://www.hacienda.go.cr/docs/5a31ae0d7b77e\\_Ley%202014.pdf](http://www.hacienda.go.cr/docs/5a31ae0d7b77e_Ley%202014.pdf), dato tomado del sitio web del Ministerio de Hacienda).

El inciso ch del numeral 13 de la Ley N° 4762 dispone lo siguiente: "Artículo 13.- Créase el Patronato de Construcciones, Instalaciones y Adquisición de Bienes, con los siguientes fines (...) ch) Disponer de los recursos que se obtengan por cualquier medio, para el mantenimiento y la construcción de la infraestructura penitenciaria, incluida la adquisición de bienes y la contratación de servicios, así como para el mejoramiento de las condiciones de los internos en el Sistema Penitenciario, a efecto de lograr un mayor respeto de los Derechos Humanos." (Énfasis agregado). Empero, pese a los miles de millones de colones con que cuenta el PCIAB y al recrudescimiento del problema del hacinamiento, del informe rendido por el propio patronato se constata que, del año 2014 al presente, la cantidad de nuevos espacios carcelarios construidos en el país ha sido muy escasa. Así, del año 2015 al 2017 se construyeron 100 espacios en el CAI de Pococí y 400 en el otrora CAI La Reforma -actualmente, CAI Jorge Arturo Montero Castro, del año 2016 al 2018 se construyeron 15 espacios nuevos en el CAI Vilma

*Curling Rivera, mientras que entre el año 2018 y el 2019 se esperan habilitar 667 espacios nuevos en el Centro Especializado para la Atención de la Mujer Privada de Libertad (proyecto que actualmente está en contratación administrativa en la Proveeduría Institucional pero no hay seguridad de que en efecto se ejecute). Por su parte, el Ministro de Justicia y Paz señaló que durante los últimos 4 años se han construido 3 nuevas unidades de atención integral (Reynaldo Villalobos en Alajuela, Pablo Presbere en Pérez Zeledón y 20 de diciembre en Pococí); no obstante, lo cierto es que dichos centros están destinados a población condenada, pese a que, tal como lo reconoció el propio jerarca de esa cartera durante la audiencia efectuada en el caso de marras, el problema del hacinamiento se concentra en la población indiciada, no en la condenada. En este sentido, el ministro aseguró que, en el año 2017, el 82% de los ingresos a los establecimientos penitenciarios correspondió a indiciados, mientras solo el 18% a sentenciados. Se colige así la falta de un correcto abordaje y adecuada planificación por parte del Ministerio de Justicia -encargado por disposición legal expresa de la administración del sistema penitenciario del país, según el artículo 7 inciso c de la Ley N°6739- a efectos de enfrentar y solventar -o al menos paliar- la problemática del hacinamiento carcelario, por cuanto se constata que los recursos no se han dirigido a atender los focos críticos del problema.*

*En consonancia con lo anterior, del informe del MNPT se desprende que si bien se aumentó la capacidad del sistema en centros de reclusión para condenados (mediante la construcción de nuevos espacios y la remodelación de otros existentes), no ocurrió lo mismo con los establecimientos para indiciados, ni siquiera se consideró que la capacidad instalada del CAI San José -centro para indiciados- ha disminuido en 112 espacios por disposición del Juzgado de Ejecución de la Pena de San José. Así las cosas, se evidencia una clara discordancia entre las necesidades reales del sistema penitenciario y las decisiones tomadas y medidas ejecutadas por el Ministerio de Justicia y el PCIAB para mitigar la sobrepoblación carcelaria. En virtud de ello, resulta imperioso que la planificación y las medidas tendientes a aumentar la capacidad penitenciaria, tomen en consideración las diferentes formas en que el fenómeno del hacinamiento impacta a las diversas poblaciones penitenciarias (verbigracia, indiciados, sentenciados, juveniles, mujeres), a efectos de que las acciones ejecutadas respondan verdaderamente a las necesidades reales y actuales del sistema. En esta línea, el Director del MNPT señala en su informe que "se considera esencial que la sobrepoblación no sea calculada con base en las capacidad total de cada Centro. sino también en relación con los espacios disponibles para las personas privados de libertad de acuerdo con su condición jurídica. es decir, la cantidad y distribución de los espacios para personas indiciadas, y la cantidad y distribución de espacios para personas sentenciadas, y en consecuencia la densidad penitenciaria y el hacinamiento para cada categoría. Hacer esta diferenciación permitiría a las autoridades identificar puntos de inflexión para la toma de decisiones (...) las autoridades del Sistema Penitenciario a partir del año 2010, no realizaron un ejercicio de proyección de la población sentenciada y la indiciada por separado para planificar lo correspondiente a la infraestructura, aun tomando en consideración que en esa época mediante una reforma al Código Penal, algunas contravenciones pasaron a ser delitos y entró en vigor los Tribunales de Flagrancia (...) no ha existido capacidad para de gestión por parte de las autoridades del Sistema Penitenciario a lo largo de casi nueve años para solventar el problema de hacinamiento, con el agravante de normalizar un problema que está causando tratos degradantes en las personas privados de libertad.*

*En mérito de lo expuesto, queda acreditada la responsabilidad del Ministerio de Justicia y Paz -encargado por disposición legal expresa de la administración del sistema penitenciario del país- y del Patronato de Construcciones, Instalaciones y Adquisición de Bienes por la inadecuada gestión del hacinamiento carcelario; lo cual, a su vez, ha propiciado la recurrente tardanza en el traslado de los privados de libertad de las celdas del OIJ a los centros penitenciarios.*

*Como expusimos supra, la construcción de un nuevo centro penal -que responda a las necesidades actuales y reales del sistema penitenciario nacional- vendría, si no a resolver, al menos a mitigar sustancialmente el hacinamiento, lo que, a su vez, permitiría agilizar el traslado de privados de libertad de las celdas de paso del OIJ a los centros penales. De allí que, además de las medidas dispuestas por la Mayoría en la parte dispositiva de esta sentencia, consideramos procedente ordenar que, aparte de las instalaciones penitenciarias que se pretenden implementar el próximo año (respecto de lo cual no hay seguridad), se construya al menos un nuevo centro penitenciario dirigido a albergar a la población indiciada. El plazo para ello, en virtud de lo urgente que resulta la resolución de esta problemática dadas sus graves implicaciones en los derechos fundamentales de los privados de libertad, estimamos que no debe ser superior a 2 años a partir de la notificación de esta sentencia, amén de continuar con las medidas pertinentes para paliar el hacinamiento que afecta a las poblaciones carcelarias del país."*

*En el caso de marras, reitero la necesidad de que se construya y ponga en funcionamiento efectivo un nuevo centro penitenciario dirigido a albergar a la población indiciaria, toda vez que, a la fecha del dictado de esta sentencia, esto no ha ocurrido.*

**XI.- DOCUMENTACIÓN APORTADA AL EXPEDIENTE** . Se previene a las partes que, de haber aportado algún documento en papel, así como objetos o pruebas contenidas en algún dispositivo adicional de carácter electrónico, informático, magnético, óptico, telemático o producido por nuevas tecnologías, estos deberán ser retirados del despacho en un plazo máximo de 30 días hábiles contados a partir de la notificación de esta sentencia. De lo contrario, será destruido todo aquel material que no sea retirado dentro de este plazo, según lo dispuesto en el "Reglamento sobre Expediente Electrónico ante el Poder Judicial", aprobado por la Corte Plena en sesión No. 27-11 del 22 de agosto del 2011, artículo XXVI y publicado en el Boletín Judicial número 19 del 26 de enero del 2012, así como en el acuerdo aprobado por el Consejo Superior del Poder Judicial, en la sesión No. 43-12 celebrada el 03 de mayo del 2012, artículo LXXXI.

**Por tanto:**

Se declara con lugar el recurso. Se ordena a Fiorella Salazar Rojas y a Viviana Boza Chacón, por su orden, ministra de Justicia y Paz y directora general a.i. de la Dirección General de Adaptación Social, o a quienes en su lugar ocupen esos puestos, que giren las órdenes pertinentes y lleven a cabo todas las actuaciones que estén dentro del ámbito de sus competencias con el fin de que de forma INMEDIATA se inicie el traslado de los tutelados, en caso de que aún no hayan sido trasladados, y todas las personas privadas de libertad en celdas del Organismo de Investigación Judicial en situación contraria a la jurisprudencia de

esta Sala (que sobrepasen las 72 horas de permanencia) a algún centro penal. Con este fin, las autoridades recurridas podrán hacer uso de los espacios disponibles en el Centro de Atención Institucional San José, a lo que hizo referencia la ministra recurrida en la audiencia del 28 de setiembre de 2021 ante este Tribunal, para cuyos efectos se les ordena acatar los siguientes parámetros mínimos en cuanto al uso de tales espacios, lo que podrán ser objeto de control por esta Sala: 1.- coordinar con el ministerio de Salud para que el derecho a la salud le sea resguardado a las personas privadas de libertad; 2.- las últimas solo podrán ser ubicadas en lugares destinados a su alojamiento, mas no en las áreas comunes; 3.- respetar las “Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos” y la normativa referida a los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad, entre ellas limitar el hacinamiento en las cárceles y garantizar la separación de personas según su situación jurídica, edad y género; 4.- dictar las medidas para que el centro penitenciario conocido como Terrazas entre en funcionamiento en un plazo de dos meses, contado a partir de la notificación de esta sentencia. Todo lo anterior se decide con fundamento en el artículo 7 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que le permite a este Tribunal definir su propia competencia, máxime en un caso en el que se ha constatado una flagrante violación de los derechos humanos de las personas que están privadas de libertad, y para lo cual el ordenamiento jurídico lo dota de amplias potestades para restituirlos en el goce de los derechos fundamentales. Se advierte a las autoridades recurridas que, de acuerdo con lo establecido por el numeral 71 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional se impondrá prisión de tres meses a dos años o de veinte a sesenta días multa, a quien recibiere una orden que deba cumplir o hacer cumplir, dictada dentro de un recurso de habeas corpus y no la cumpliere o no la hiciere cumplir, siempre que el delito no esté más gravemente penado. Se condena al Estado al pago de daños y perjuicios causados, los que se liquidarán en ejecución de sentencia ante la jurisdicción contencioso-administrativa. El magistrado Castillo Víquez y el magistrado Salazar Alvarado consignan nota. El magistrado Rueda Leal da razones adicionales y reitera la necesidad de que se construya y ponga en funcionamiento efectivo un nuevo centro penitenciario dirigido a albergar a la población indiciaria. La Magistrada Garro Vargas salva el voto en relación con los siguientes aspectos: Primero: sobre los sujetos amparados por la orden dada por la mayoría de esta Sala Constitucional. Segundo: sobre lo ordenado a la Ministra de utilizar los espacios que dice estar disponibles en el Centro de Atención Institucional San José, pues estima que no procede habilitar en este proceso de hábeas corpus unos espacios convivenciales que están siendo objeto de análisis por parte del Juzgado de Ejecución de la Pena de San José, quien se pronunciará, según se ha informado, el próximo 6 de octubre. La Magistrada Garro Vargas por razones diferentes declara con lugar el recurso, respecto de la ubicación de los privados de libertad aquí amparados, y ordena a la Ministra de Justicia que para reubicarlos de forma inmediata valore y autorice otros espacios carcelarios disponibles como, por ejemplo, los Centros de Atención Semi Institucional. La permanencia en estos Centros será por un plazo máximo de dos meses mientras se toman las medidas administrativas que correspondan para se ponga en funcionamiento el Centro Penitenciario Institucional Terrazas, tal como por unanimidad la Sala ordenó. Es decir, respecto de la urgente habilitación de este Centro Penitenciario coincide con el pleno. Comuníquese y notifíquese.

**Fernando Castillo V.**  
Presidente

**Paul Rueda L.**

**Luis Fdo. Salazar A.**

**Jorge Araya G.**

**Anamari Garro V.**

**Marta Esquivel R.**

**Mauricio Chacón J.**

**Expediente n.º 21-018479-0007-CO**  
**Res. n.º 2021-022207**

### **VOTO SALVADO Y RAZONES DIFERENTES DE LA MAGISTRADA GARRO VARGAS**

Contenido

III.- SOBRE LA COINCIDENCIA CON EL PLENO RESPECTO DE LA NECESIDAD DE RESOLVER LA SITUACIÓN DE LAS PERSONAS TUTELADAS UBICADAS EN LAS CELDAS DEL ORGANISMO DE INVESTIGACIÓN JUDICIAL

A.- Respecto de los sujetos amparados por la orden dada por la mayoría de esta Sala Constitucional

B. Respecto de la utilización de unos espacios supuestamente disponibles en el Centro de Atención Institucional San José

V.- RAZONES DIFERENTES PARA ORDENAR LA UBICACIÓN DE LOS PRIVADOS DE LIBERTAD AMPARADOS

#### **I.- INTRODUCCIÓN**

En la parte dispositiva de esta sentencia se indica:

*“La Magistrada Garro Vargas salva el voto en relación con los siguientes aspectos: Primero: sobre los sujetos amparados por la orden dada por la mayoría de esta Sala Constitucional. Segundo: sobre lo ordenado a la Ministra de utilizar los espacios que dice estar disponibles en el Centro de Atención Institucional (CAI) San José, pues estima que no procede habilitar en este proceso de hábeas corpus unos espacios convivenciales que están siendo objeto de análisis por parte del Juzgado de Ejecución*

de la Pena de San José, quien se pronunciará, según se ha informado, el próximo 6 de octubre. La Magistrada Garro Vargas por **razones diferentes** declara con lugar el recurso, respecto de la ubicación de los privados de libertad aquí amparados, y ordena a la Ministra de Justicia que para reubicarlos de forma inmediata valore y autorice otros espacios carcelarios disponibles como, por ejemplo, los Centros de Atención Semi Institucional. La permanencia en estos Centros será por un plazo máximo de dos meses mientras se toman las medidas administrativas que correspondan para se ponga en funcionamiento el Centro Penitenciario Institucional Terrazas, tal como por unanimidad la Sala ordenó. Es decir, respecto de la urgente habilitación de este Centro Penitenciario coincide con el pleno”. (El destacado no es del original).

Tanto el voto salvado como las razones diferentes están circunscritos a lo dicho por la mayoría en el considerando VIII de la sentencia, titulado “Sobre la ejecución de la sentencia”. De seguido expondré los motivos que dan sustento a tales decisiones.

## II.- MARCO NORMATIVO

### **A.- La proscripción de tratos vejatorios de los privados de libertad**

El eje de este asunto y con lo cual coincido con la mayoría de la Sala consiste en proteger la dignidad de las personas tuteladas en el recurso de hábeas corpus. Es decir, evitar a toda costa que la privación de libertad de las personas se convierta en una situación constitutiva de “*tratamientos crueles o degradantes*”, en los términos en que expresamente lo prohíbe el art. 40 de la Constitución Política o en “*tratos crueles, inhumanos o degradantes*”, según lo proscriben el art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), ley n.º4229-B del 11 de diciembre de 1968, que establece expresamente:

**“1.- Todo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona”.** (En el mismo sentido, véase el art. 16 de la Convención contra Tortura y Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, ley n.º7351 del 21 de julio de 1993). (Lo destacado es del original).

Incluso, el PIDCP regula los estándares mínimos con los que deben ser atendidas las personas privadas de su libertad, enfatizando justamente en el trato respetuoso de la dignidad inherente al ser humano. A tales efectos, el art. 10 señala:

**“1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.”**

2. a) *Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas;*
- b) *Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento.*
3. *El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica”.* (Lo destacado no es del original).

Como se verá, mi disenso se refiere a los medios y la justificación utilizados por la mayoría para lograr ese fin.

### **B.- Las competencias de las autoridades penitenciarias y de los jueces penales**

El ordenamiento jurídico costarricense tiene legalmente delimitadas las competencias respecto a la administración del sistema penitenciario y la intervención confiada a los jueces penales para su control. Así, la Ley Orgánica del Ministerio de Justicia y Paz, ley n.º6739 del 28 de abril de 1982, establece las funciones que a esa cartera le corresponden:

Art. 7º.- *Serán funciones del Ministerio de Justicia y Paz:*

- a. *Coordinar todos los planes y programas oficiales vinculados, directa o indirectamente, con la prevención de la delincuencia.*
- b. *Formular, desarrollar y administrar programas y proyectos para la prevención del delito, la investigación de las conductas criminológicas y la determinación de las causas y factores de la delincuencia en Costa Rica.*
- c) **Administrar el sistema penitenciario del país y ejecutar las medidas privativas de la libertad individual, de conformidad con la ley de creación de la Dirección General de Adaptación Social, N° 4762 del 8 de mayo de 1971”.** (Lo destacado no es del original).

Por su parte, la Ley de Creación de la Dirección General de Adaptación Social, n.º4762, ordena en su art. 3º lo siguiente:

“Art. 3º.- *Los fines de la Dirección General de Adaptación Social son:*

- a. **La ejecución de las medidas privativas de libertad, dictadas por las autoridades competentes;**
- b. **La custodia y el tratamiento de los procesados y sentenciados, a cargo de la Dirección General;**
- c. *La seguridad de personas y bienes en los Centros de Adaptación Social;*
- d) *La investigación de las causas de la criminalidad; (...)*

j) **Estudiar y proponer todo lo que se relacione con los planes de construcciones penitenciarias;** (...). (Lo destacado no es del original).

De conformidad con este marco jurídico, está claro que le corresponde al Ministerio de Justicia y Paz, a través de la Dirección General de Adaptación Social, lo concerniente a administrar el sistema penitenciario nacional, la ejecución de las medidas privativas de libertad, la custodia y el tratamiento de las personas procesadas y sentenciadas que hayan sido puestas a su orden por parte de las autoridades jurisdiccionales competentes y, además, estudiar y proponer todo lo que se relacione con los planes de construcciones penitenciarias.

El Código Procesal Penal, en relación con las competencias para velar por las condiciones de cumplimiento de las sanciones penales, establece en lo conducente lo siguiente:

*“Art. 482. Atribuciones de los jueces de ejecución de la pena*

*Los jueces de ejecución de la pena controlarán el cumplimiento del régimen penitenciario y el respeto de las finalidades constitucionales y legales de la pena y de las medidas de seguridad. **Podrán hacer comparecer ante sí a los condenados o a los funcionarios del sistema penitenciario, con fines de vigilancia y control.***

*Les corresponderá especialmente:*

a) *Mantener, sustituir, modificar o hacer cesar la pena y las medidas de seguridad, así como las condiciones de su cumplimiento.*

b) **Visitar los centros de reclusión, por lo menos una vez cada seis meses, con el fin de constatar el respeto de los derechos fundamentales y penitenciarios de los internos, y ordenar las medidas correctivas que estimen convenientes.**

c) *Resolver, con aplicación del procedimiento previsto para los incidentes de ejecución, las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecten sus derechos. (...).* (Lo destacado no es del original).

Respecto de los derechos de las partes indiciadas, el Código Procesal Penal establece cauces concretos para canalizar las presuntas infracciones a los derechos de las personas que están siendo sometidas a un proceso penal.

*“Art. 277. Actuación jurisdiccional **Corresponderá al tribunal del procedimiento preparatorio** realizar los anticipos jurisdiccionales de prueba, resolver excepciones y demás solicitudes propias de esta etapa, otorgar autorizaciones **y, en general, controlar el cumplimiento de los principios y garantías establecidos en la Constitución, el Derecho Internacional y Comunitario vigentes en Costa Rica y en este Código.** Lo anterior no impedirá que el interesado pueda replantear la cuestión en la audiencia preliminar. Los fiscales no podrán realizar actos propiamente jurisdiccionales y los jueces, salvo las excepciones expresamente previstas por este Código, no podrán realizar actos de investigación”.*

A tenor de lo anterior, se constata que tratándose tanto de personas indiciadas, como sentenciadas, la normativa procesal penal establece autoridades responsables y canales procesales para garantizar que las medidas privativas de libertad ordenadas durante la instrucción del proceso y durante la ejecución de la sanción penal en sí misma sean respetuosas de los derechos fundamentales y penitenciarios de los internos y, además, se vele por el cumplimiento de los principios y garantías establecidos en la Constitución, el Derecho Internacional vigentes en Costa Rica, dentro de los cuales, claro está, se encuentra la prohibición de provocar tratos inhumanos, crueles o degradantes con una reclusión que sea lesiva de la dignidad humana de las personas privadas de su libertad.

### **III.- SOBRE LA COINCIDENCIA CON EL PLENO RESPECTO DE LA NECESIDAD DE RESOLVER LA SITUACIÓN DE LAS PERSONAS TUTELADAS UBICADAS EN LAS CELDAS DEL ORGANISMO DE INVESTIGACIÓN JUDICIAL**

Al conocer de este recurso de hábeas corpus coincido con la mayoría respecto de la delicada y urgente necesidad de resolver el grave escenario que se presenta en las celdas del Organismo de Investigación Judicial (OIJ) por la estancia prolongada de personas con su situación jurídica resuelta por las autoridades judiciales, pero a las que el Ministerio de Justicia no les ha designado un espacio concreto de ubicación.

He participado en la resolución de múltiples recursos de hábeas corpus en los que se ha puesto de manifiesto que este Tribunal estableció una línea jurisprudencial a partir de la sentencia n.º 2018-10290, según la cual, la mayoría de esta Sala ordena que la permanencia máxima de las personas privadas de su libertad en las celdas del OIJ es de setenta y dos horas máximo. En dicha resolución se les ordenó al Ministro de Justicia y Paz y al Director General de Adaptación Social de ese Ministerio lo siguiente:

*“[E]n coordinación con el Organismo de Investigación Judicial y en el plazo de seis meses contados a partir de la notificación de esta sentencia, **adopten un protocolo que garantice la efectiva ubicación y el traslado de los privados de libertad de las celdas del Organismo de Investigación Judicial a nivel nacional a los diferentes centros penitenciarios del país, de modo que éste se realice en un plazo de hasta setenta y dos horas, contados a partir de la comunicación o notificación al Organismo de Investigación Judicial de la resolución que resuelva la situación jurídica de la persona detenida y disponga su privación de libertad.** Lo anterior, garantizando una celeridad ejecución de las resoluciones judiciales, para lo cual las autoridades penitenciarias deben adoptar las medidas adecuadas y necesarias para que este funcione en forma oportuna, eficiente y eficaz,*

*durante los siete días de la semana. Asimismo, deberán realizar los estudios respectivos que permitan acordar las modificaciones en la jornada laboral, y si es necesario, deberán incorporar las plazas que el buen servicio demande, para así garantizar un servicio público eficiente y, de igual forma, adoptar las medidas necesarias, de modo que no se afecte la prestación continua del servicio”.* (Lo destacado no es del original).

Dichas consideraciones han sido reiteradas por esta Sala en, al menos, 370 (trescientos setenta) sentencias desde el año 2018 hasta la fecha (4 de octubre de 2021).

Asimismo, en la sentencia n.º **2020-15329 del 14 de agosto de 2020**, esta Sala Constitucional conoció de un recurso de hábeas corpus promovido por el Director del OIJ contra el Ministerio de Justicia y Paz. Dicho recurso fue estimado al constatare idénticas omisiones y al haberse acreditado el incumplimiento de la orden brindada desde el 2018 de efectuar un protocolo de traslado y ubicación de las personas privadas de su libertad con su situación jurídica definida en un término máximo de setenta y dos horas. En la referida resolución la Sala señaló lo siguiente:

*“Cabe destacar que este Tribunal Constitucional es consciente de todos los obstáculos con los que han lidiado (según se detalló en la Sentencia No. 2018- 10290 supra citada) y afrontan actualmente (principalmente, a causa del COVID- 19), las autoridades penitenciarias, para ubicar, con prontitud, aquellos privados de libertad provenientes de celdas del OIJ. **Sin embargo, deben igualmente tomar en cuenta tales autoridades, que es su responsabilidad, implementar y ejecutar medidas contundentes y efectivas que permitan que la población penal que se mantiene en celdas, lo haga de forma temporal y no de manera prolongada y prácticamente indefinida -en claro menoscabo de sus derechos y garantías-**, tal y Como ha sucedido en el caso del tutelado. Nótese que en este asunto las partes recurridas han informado acerca de todas estas dificultades; sin embargo, llama la atención de esta Sala que, de forma concomitante, no expusieron aquellas gestiones concretas que han realizado -dentro del ámbito de las competencias que tienen asignadas-, para ubicar, de forma pronta, al privado de libertad [...] en un centro de atención institucional, donde -a diferencia de las celdas del OIJ-, sí cuente con las condiciones mínimas y adecuadas para vivir. **El no haberlo hecho, a la fecha, es signo indiscutible y contundente que las autoridades penitenciarias de este país, han omitido implementar y desarrollar, con eficacia y eficiencia, el protocolo que les fue ordenado en la Sentencia No. 2018-10290, en claro y evidente detrimento de los derechos de la población penitenciaria.** Bajo dicha inteligencia, esta Sala estima que, en la especie, se han quebrantado los derechos fundamentales del tutelado”.* (Lo destacado no es del original).

Pese a dichas resoluciones, con tan contundentes órdenes giradas por este Tribunal, se constata que –tres años después– se mantiene un incumplimiento a la orden impartida en el año 2018 y se sigue irrespetando el plazo máximo ordenado por esta Sala. Dicha omisión no ha hecho otra cosa que agudizar y prolongar una situación lesiva de los derechos fundamentales que acá se pretenden restituir, llevando al propio OIJ a una situación límite, que incide inclusive en la seguridad nacional.

Ante ese panorama descrito, estoy consciente de la problemática que hay detrás de este recurso de hábeas corpus y de la sensible y grave situación sufrida por los amparados, por lo que coincido con la mayoría de esta Sala en que corresponde tomar una resolución a efectos de restituirlos en el goce de sus derechos fundamentales. No obstante, como desarrollaré en este voto salvado, me separo de la mayoría del Tribunal en los aspectos que a continuación se especifican.

#### **IV.- VOTO SALVADO**

##### **A.- Respecto de los sujetos amparados por la orden dada por la mayoría de esta Sala Constitucional**

La mayoría de esta Sala ordena a las autoridades del Ministerio de Justicia y Paz lo siguiente:

*“...lleven a cabo todas las actuaciones que estén dentro del ámbito de sus competencias con el fin de que de forma INMEDIATA se inicie el traslado de los tutelados, en caso de que aún no hayan sido trasladados, **y todas las personas privadas de libertad en celdas del Organismo de Investigación Judicial en situación contraria a la jurisprudencia de esta Sala** (que sobrepasen las 72 horas de permanencia) a algún centro penal”.* (Lo resaltado no corresponde al original).

Respetuosamente, considero que no corresponde en un proceso de carácter subjetivo, como lo es el recurso de hábeas corpus, resolver de forma tan genérica que exista absoluta indeterminación de las personas amparadas con esta decisión. En reiterados fallos, y concretamente relativo al proceso de hábeas corpus, la Sala ha manifestado que se trata de recurso subjetivo en cuanto sirve para la tutela de derechos fundamentales y, por lo tanto, la legitimación en la acción (aunque sea vicaria) obedece a un perjuicio cierto –la lesión o la amenaza de lesión– producido a una persona o a varias personas en particular. En la sentencia n.º **2018-3680** la Sala resolvió sobre este tema, lo siguiente:

*“Al respecto, **en relación con la legitimación en recursos de hábeas corpus**, conviene recordar que esta Sala, ha señalado en reiterados pronunciamientos que este tipo de recurso tiene como propósito exclusivo asegurar la vigencia de los derechos y libertades fundamentales que enuncia la Constitución Política. Es así que, su intención no es la de servir como un instrumento genérico para garantizar el derecho a la legalidad por medio del cual sea posible accionar contra toda otra clase de quebrantos por lo que **la legitimación en este tipo de recurso no es de carácter objetivo, en el sentido que se permita por esta vía controlar la validez abstracta de cualquier acto.** Muy por el contrario, éste es un recurso subjetivo, en cuanto sirve para la tutela de*

***derechos fundamentales consagrados tanto a nivel constitucional como del Derecho Internacional vigente en la República;*** en consecuencia, la legitimación en la acción, se mide por el perjuicio o la lesión producida al tutelado, o de la persona en favor de la cual se promovió el recurso, y no a cualquier individuo por el simple interés a la legalidad, de manera tal que, es necesario la existencia -en este caso particular- de un acto de aplicación individual que lesione los derechos del tutelado y no, solamente, un hecho abstracto de la actuación u omisión administrativa que hace imposible la tutela correcta y efectiva de los derechos fundamentales de los ciudadanos por parte de este Tribunal”. (Lo destacado no es del original. Ver en similar sentido el voto n.º 2020-20735).

Esta jurisprudencia por lo demás, encuentra su raíz en los primeros votos de esta Sala y ha sido seguida ininterrumpidamente hasta la actualidad, porque no hace sino salvaguardar la naturaleza misma de este tipo de procesos.

De lo dicho por esta propia Sala cabe señalar que la jurisdicción constitucional es una instancia rogada –entendido este concepto en el sentido de que no es una jurisdicción que actúe de oficio en la instauración de un proceso–. Recuérdese que el art. 8 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional (LJC) señala: “Una vez requerida legalmente su intervención”. Por lo tanto, le compete entrar a conocer única y exclusivamente el mérito de los agravios para garantizar la libertad e integridad personales, y carece de una potestad oficiosa para amparar a un grupo indeterminado de personas. Ciertamente, tal como indica el art. 7 de la LJC, “le corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional resolver sobre su propia competencia”, pero es claro que debe hacerlo dentro del marco establecido por la Constitución y la ley (la propia y la de las otras jurisdicciones). Si bien a la Sala puede actuar de oficio una vez requerida su intervención, el art. 48 de la Constitución Política establece el marco de acción de este tipo de procesos al contemplarse como un derecho: “Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales”. Con lo cual resulta evidente que la competencia de este Tribunal para examinar determinada conducta debe ser entendida tal como la propia Constitución Política lo estableció y que lleva a la Sala a garantizar este recurso como un derecho de personas concretas para amparar su libertad e integridad personal, pero no para que este proceso funja como un instrumento genérico revisor de conductas. Este Tribunal Constitucional desnaturalizaría su propia función y la del recurso de hábeas corpus si soslaya los límites que le imponen tanto el carácter esencialmente subjetivo de este recurso como la Constitución Política, su propia ley y las leyes que rigen a otras jurisdicciones o instituciones del Estado.

Debo insistir, pues, en el carácter subjetivo del recurso de hábeas corpus, que tiene como propósito restituir en el goce de los derechos fundamentales a una persona o a varias personas concretas, determinadas. En ese sentido, estimo procedente señalar que ni siquiera en las sentencias sobre hacinamiento carcelario, que esta Sala ha dictado en numerosas ocasiones, hay indeterminación subjetiva, pues siempre se dirigen a amparar a un grupo concreto de personas privadas de su libertad, que están sufriendo las consecuencias de tal hacinamiento. Esas personas han sido parte de los respectivos procesos en los que se dictan dichas sentencias. Distinto es que, por sus efectos, de hecho y en lo sucesivo, estas puedan beneficiar a otros privados de libertad.

Entonces, de ningún modo procede que en una sentencia que resuelve un hábeas corpus se contenga una orden de forma tan amplia que abarque a otras personas distintas de las tuteladas en dicho proceso y, tal como dice la parte dispositiva de la presente sentencia, se indique la reubicación de “todas las personas privadas de libertad en celdas del Organismo de Investigación Judicial en situación contraria a la jurisprudencia de esta Sala”. Más bien lo propio sería que dicha orden estuviese circunscrita a unos tutelados perfectamente determinados, y estableciendo un plazo máximo concreto para la reubicación y para su permanencia provisional.

Por lo tanto, con el respeto acostumbrado, considero que no corresponde que este Tribunal Constitucional haya dictado una orden que abarca a un grupo indeterminado de personas, no solo porque ello contradice la naturaleza y propósitos del recurso de hábeas corpus –restituir los derechos fundamentales de las personas amparadas–, y porque desconoce la normativa y la jurisprudencia al respecto, sino por las dificultades prácticas en la fase de ejecución que un fallo así acarrea. En efecto, al desconocerse quiénes son los amparados de la orden, posteriormente, se desconocería quiénes ostentarían la legitimación para cuestionar ante este Tribunal el debido cumplimiento de esta y para ejecutar en la vía contencioso-administrativo lo relativo a los daños y perjuicios.

Además, cabe indicar que esta Sala Constitucional no es una Defensoría de los Habitantes a la que le compete diseñar o coadyuvar en la implementación de políticas públicas destinadas a solventar una crisis que viene arrastrando la administración penitenciaria, no solo como producto de la pandemia, sino desde muchos años atrás. En ese sentido es muy ilustrativo, por ejemplo, lo dispuesto en los arts. 1º y 28 de la Ley de la Defensoría de los Habitantes de la República, ley n.º 7319 del 17 de noviembre de 1992:

*“Art 1º. Atribución general.*

*La Defensoría de los Habitantes de la República es el órgano encargado de proteger los derechos y los intereses de los habitantes.*

*Este órgano velará porque el funcionamiento del sector público se ajuste a la moral, la justicia, la Constitución Política, las leyes, los convenios, los tratados, los pactos suscritos por el Gobierno y los principios generales del Derecho. Además, deberá promocionar y divulgar los derechos de los habitantes.*

*Art. 28.- Infracción a la relación de servicio.*

*La violación de los derechos constitucionales, configure o no delito, constituirá también una infracción a los deberes de la relación de servicio del funcionario que en ella incurre. En ese caso, la Defensoría recomendará las acciones correspondientes”.*

A partir de lo anterior, considero que no le corresponde a esta Sala, aunque lo haga con la mejor de las intenciones, dar órdenes *in genere* sobre personas que no están tuteladas en este concreto proceso de hábeas corpus, pues con ello desnaturaliza este recurso, tal como fue previsto en la Constitución y en la ley, y ha sido confirmado ininterrumpidamente por su propia jurisprudencia. Este órgano jurisdiccional tiene la obligación de que todas sus decisiones tengan el debido fundamento jurídico, pues eso redundaría en la consolidación del Estado de Derecho y la legitimidad de esta Sala Constitucional, como garante de la Constitución y de los derechos fundamentales.

#### **B. Respeto de la utilización de unos espacios supuestamente disponibles en el Centro de Atención Institucional San José**

Con el propósito de remediar la situación que afecta a las personas amparadas, la mayoría de la Sala ordena que las autoridades del Ministerio de Justicia podrán hacer uso de los espacios disponibles en el CAI San José a los que hizo referencia la ministra de esa Cartera recurrida en la audiencia del 28 de setiembre de 2021, ante este Tribunal (hábeas corpus tramitado en el expediente n.º21-17649-007-CO). La mayoría ordenó lo siguiente:

*“...que giren las órdenes pertinentes y lleven a cabo todas las actuaciones que estén dentro del ámbito de sus competencias con el fin de que de forma INMEDIATA se inicie el traslado de los tutelados, en caso de que aún no hayan sido trasladados, y todas las personas privadas de libertad en celdas del Organismo de Investigación Judicial en situación contraria a la jurisprudencia de esta Sala (que sobrepasen las 72 horas de permanencia) a algún centro penal. **Con este fin, las autoridades recurridas podrán hacer uso de los espacios disponibles en el Centro de Atención Institucional San José, a lo que hizo referencia la ministra recurrida en la audiencia del 28 de setiembre de 2021 ante este Tribunal (...)**”.*

Dicha orden que autoriza a la Ministra a utilizar los espacios disponibles que dice tener, supone dejar sin efecto la resolución firme del Juzgado de Ejecución de la Pena de San José que ordenó el cierre técnico de ese CAI y también la gestión pendiente de pronunciamiento respecto de la autorización del uso de dicho CAI como una medida excepcional ante la crisis carcelaria. Todo esto sin siquiera tener como recurrido a dicho Juzgado.

He aquí otro aspecto de esa sentencia en el que, a mi juicio, la Sala parece olvidar que sus atribuciones tienen unos límites infranqueables establecidos por la Constitución Política, su propia ley y las leyes que rigen otras jurisdicciones. Así, esta vez, seguramente con la mejor de las intenciones, se desconoce una resolución jurisdiccional de la autoridad competente y cuyo fundamento y pertinencia no ha sido desvirtuado en este proceso. Por cierto, en este punto cabe aclarar que la suscrita no pone en duda que la Sala, al conocer y resolver un hábeas corpus, puede conocer e incluso anular resoluciones jurisdiccionales. Lo que aquí se objeta es que se dejen sin efecto tales resoluciones cuando ni siquiera han sido impugnadas en este proceso ni se ha traído en calidad de recurrida a la autoridad jurisdiccional que las dictó.

Entonces, me aparto de la mayoría de esta Sala en la referida orden pues, conforme se ha podido acreditar, la utilización o no de tales espacios está siendo objeto de un proceso jurisdiccional concreto, en el que ya se ordenó el cierre técnico o –lo que es lo mismo– la clausura del citado CAI. Sin embargo, en virtud de la crisis carcelaria y de las gestiones de las autoridades penitenciarias, está en trámite una gestión judicial para autorizar excepcionalmente tales espacios. En consecuencia, no procede habilitar en este proceso de hábeas corpus unos espacios convivenciales que precisamente están siendo objeto de análisis por parte del Juzgado de Ejecución de la Pena de San José, quien se pronunciará, según se informó, el próximo 6 de octubre.

Al respecto, conviene citar lo informado en la prueba para mejor resolver requerida por el Magistrado instructor. En efecto, la Jueza Coordinadora del Juzgado de Ejecución de la Pena explicó lo siguiente:

*“**Actualmente el Centro de Atención Institucional cuenta con una orden de cierre técnico**, misma que obedece a la Medida Correctiva indicada en el punto primero, y que data desde el año 1999, en la cual se ha venido dando un seguimiento exhaustivo a diversos Votos de la Sala Constitucional como resoluciones del Juez a cargo en su momento por parte del Juzgado de Ejecución de la Pena.*

*Que si bien es cierto ostento el cargo de Jueza Coordinadora de este Despacho, debo respetar el criterio en este momento de la jueza a cargo del proceso, en razón a que ella manifiesta no poder emitir consideraciones en este momento para no adelantar criterio como juzgadora.- **Manifiesta la Licda. Acevedo, el caso será resuelto a más tardar el día miércoles 06 de octubre de 2021**”.* (Lo destacado no es del original).

Por su parte, la jueza directora del expediente n.º99-200137-198-PE rindió el siguiente informe ante la instancia coordinadora:

*“Debido al hacinamiento y pésimas condiciones de infraestructura que presentaba el CAI San José, este Despacho dio curso a medida correctiva, la cual es tramitada bajo el expediente 99-200137-198-PE. SEGUNDO: Rendidos los informes y pruebas respectivas, entre los que se destaca informe del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, se determinó que las autoridades penitenciarias no lograron controlar el hacinamiento carcelario ni mejorar las condiciones del centro penal mencionado, por lo que **mediante resolución número 19:08 horas del 20 de julio de 2016, en ese momento este Despacho dispuso su cierre técnico en un plazo de 18 meses.***

Concretamente, en su parte dispositiva se resolvió:

**'(...) se ordena la clausura o cierre definitivo del Centro de Atención Institucional de San José, el que vencido el plazo de dieciocho meses a partir de la firmeza de esta resolución, no podrá funcionar más para la custodia de población penal institucionalizada, plazo que se otorga considerando los efectos y la crisis que generaría el cierre inmediato del centro penal, ordenándose a la autoridad penitenciaria que a partir de la notificación de esta resolución NO INGRESARÁ UN SOLO PRIVADO DE LIBERTAD MÁS a dicho Centro Penitenciario y en adelante, deberá asegurar el egreso -por resolución judicial que ordene libertad, por traslado a otros centros penitenciarios o a otros programas de atención- de al menos setenta privados de libertad cada mes, hasta su completo desalojo. De existir orden de ingresar privados de libertad de otras autoridades judiciales, deberán ser remitidos a otras cárceles del Sistema Nacional Penitenciario. En el plazo de cuatro meses debe asegurarse además las recomendaciones dictadas por el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura. En caso de no cumplir con lo establecido, se comunicará testimonio de piezas al Ministerio Público para determinar la eventual responsabilidad por los delitos de Desobediencia a la Autoridad e Incumplimiento de Deberes. (...).'**

Tal disposición debía de haber sido cumplida el pasado 11 de octubre de 2020, no obstante, al momento dicha orden no ha sido acatada. Lo anterior, pese que la problemática que presenta dicho centro penal ha sido conocida y reprochada por la Sala Constitucional de larga data (aproximadamente más de 20 años) por lo que esta ha impuesto obligaciones de mejora que siempre fueron incumplidas por las autoridades penitenciarias (...)

**Tómese en cuenta que el problema de hacinamiento del CAI San José se debe principalmente a una infraestructura que se encuentra agotada, motivo por el cual cualquier reparación que se realice será simplemente de maquillaje.** Así lo estableció el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura en su informe del 2016:

*'El hacinamiento crítico y las condiciones inhumanas que se mantienen actualmente en ese centro, refleja la omisión administrativa por parte de las autoridades del Sistema Penitenciario en los últimos quince o veinte años, para buscar soluciones verdaderas e integrales con respecto a la población privada de libertad indiciada... Por lo anterior, el MIVPT considera que las autoridades del Sistema Penitenciario deben programar, planificar o proyectar en forma urgente la construcción de un nuevo centro institucional para personas indiciadas (...).'*

Tal criterio se mantiene a la fecha, toda vez que ante solicitud de nuevo informe el Mecanismo Nacional para la Prevención de la Tortura, concluyó:

*'La construcción del Centro de Atención Institucional de San José fue realizada hace más de treinta y cinco años, su infraestructura y la capacidad de alojamiento fue establecida para una época distinta y sin los estándares de derechos humanos actuales. A pesar de que las diferentes administraciones han realizado algunas modificaciones, por lo complejo de la edificación no puede crecer más y difícilmente su distribución podrá variar.*

*Si bien el MNPT conoce un informe de un Estudio de Vulnerabilidad Sísmica: Reporte de simulación del CAI de San José, realizado en el año 2019, para determinar si los elementos que componen el edificio son capaces de soportar los requerimientos de cargas establecidos por el código sísmico 2010, el cual obtuvo resultados positivos, son muchos otros los factores que, con el paso de los años y la actividad para la cual está destinada el establecimiento, **han ocasionado un desgaste total de la infraestructura que afectan la dignidad y los derechos humanos de las personas privadas de libertad.** La infraestructura del centro no permite la creación de más espacios y las remodelaciones que al centro se le pueden realizar son mínimas, ya que algunos de sus diseños difícilmente pueden ser variados, un ejemplo de ello es el área médica que se encuentra ubicada en un espacio de fácil acceso para la población privada de libertad, pero también, por su ubicación conlleva un riesgo alto en casos de disturbios o motines en el centro, en el caso de las oficinas de los funcionarios profesionales se mantienen igual, en términos generales, las condiciones de infraestructura permanecen igual'.*

**QUINTO:** No obstante lo anterior, ante la crisis actual de hacinamiento carcelario las autoridades penitenciarias en compañía de la Ministra de Justicia han buscado un acercamiento con los jueces de ejecución de la pena para valorar opciones que permitan paliar el problema.

**SEXTO:** En lo que respecta particularmente al CAI San José, se sostuvo una reunión con los altos jerarcas del Ministerio de Justicia en donde expusieron la necesidad de abrir espacios en dicho centro penal. Entendiendo tal situación, se acordó pedir un nuevo informe al MNPT (cuyo resultado ya se mencionó en el punto CUARTO), realizar una visita en compañía de las partes procesales así como los informes que se requirieran para determinar la viabilidad de acceder a lo peticionado.

**SÉTIMO:** Los dos primeros requerimientos, sean el informe de la MNPT y la visita, ya fueron atendidos; sin embargo, aún falta prueba por recabar antes de adoptar la decisión de fondo; motivo por el cual, se solicitó en resolución de las 13:58 horas del 30 de setiembre de 2021 informes adicionales, concediéndose para tales efectos un plazo de 3 días con la finalidad de poder contar con toda la información y resolver con la brevedad posible.

*OCTAVO: Siendo que dicha prueba se encuentra pendiente de recabar y al ser considerada oportuna y necesaria para resolver por el fondo, aún esta Autoridad no cuenta con los elementos probatorios necesarios para determinar si existe viabilidad o no para permitir el uso de los espacios que dicen tener en el CAI San José. Dicho en otras palabras, hasta tanto no se cuente con todo el marco probatorio esta Juzgadora no puede emitir una resolución de fondo que permita definir si se acoge o no la petición del Ministerio de Justicia de abrir el CAI San José. No obstante lo anterior, resulta importante destacar que tal decisión será adoptada a más tardar el miércoles de la próxima semana". (Lo resaltado no corresponde al original).*

De lo anterior se puede concluir con toda claridad que, desde el año 2016, el Juzgado de Ejecución de la Pena de San José ordenó la clausura o cierre definitivo del CAI San José (antiguamente llamado San Sebastián) por considerarse que era un espacio lesivo de los derechos fundamentales de las personas privadas de su libertad. Para esta Sala Constitucional el análisis de las condiciones infraestructurales del CAI San José no es algo novedoso y, más bien, por el contrario, la propia Sala ha insistido en la obligación de los jueces de ejecución de la pena de utilizar las competencias legalmente confiadas a fin de dictar las medidas correctivas que correspondan con el propósito de remediar la situación y asegurar el resguardo de los derechos de las personas privadas de su libertad. Así, por ejemplo, en la sentencia **n.º7484-2000 de las 09:21 hrs. del 25 de agosto de 2000**, esta Sala resolvió en lo conducente lo siguiente:

*"(...) ya desde el año 1996 se había otorgado un plazo de un año al Poder Ejecutivo, contado a partir de la notificación del fallo, para que pusiera el Centro de Atención Institucional de San José en condiciones de respeto a las "Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos" adoptadas por la Organización de las Naciones Unidas (sentencia número 1032-96 de las 9:03 horas del 1º de marzo de 1996), lo cual es evidente que no fue cumplido, según información brindada por el Juez de Ejecución de la Pena de San José. Ciertos es que esa orden se dictó en el año 1996, es decir, a la anterior Administración; sin embargo, este hecho no obsta para que se hubiese dado cabal cumplimiento a las órdenes de esta Sala, en resguardo de los derechos humanos de los reclusos y atendiendo al principio de continuidad en el servicio público, sobre todo considerando que en un caso como el que nos ocupa, el deber de obediencia corresponde al órgano y no particularmente a quien ostenta el cargo.*

**IV.-** *En efecto, señala Freddy Alberto Sandí Zúñiga, en su calidad de Coordinador a.i. del Juzgado de Ejecución de la Pena de San José, que en el Centro de Atención Institucional de San José no se cumple con las medidas mínimas para respetar los derechos humanos de los privados de libertad, su dignidad es atropellada constantemente y hay un trato cruel, degradante e inhumano. (...) Opina el Juzgador que solo por el hecho de estar ahí ya se les violentan sus derechos fundamentales a las personas privadas de libertad, pero niega responsabilidad en la situación, pues aduce que el Juzgado de Ejecución de la Pena ha expuesto el panorama anterior en los informes de las visitas carcelarias, aunque sabe que la única solución posible es evitar la sobrepoblación, de manera que la erradicación del problema depende de los jefes del Ministerio de Justicia, y en fin, del Estado. Es consciente el Juez de Ejecución de la Pena que tiene la potestad legal para impedir que ingresen más personas al Centro Penitenciario, hasta tanto no se tenga la población para la que tiene capacidad, por lo que en varios asuntos resueltos se le han dado plazos a la Administración para que solucione el problema, tal y como lo hizo la Sala al resolver algunos recursos. Sin embargo, dice, han transcurrido los plazos dados por el Juzgado y hasta por la misma Sala, sin que cambie la situación en cuanto a la cantidad de privados de libertad que se albergan en el Centro de Atención Institucional de San José, y sin que se vislumbre ninguna solución a corto plazo.*

**V.-** *El marco fáctico descrito por el Juez de Ejecución de la Pena en relación con el Centro de Atención Institucional San José, no difiere mucho del analizado por la Sala en la sentencia antes citada (1032-96) (...) Lo que sucede ahora es que, ante la magnitud de la denuncia que presenta el Juez de Ejecución de la Pena en relación con el caso del Centro de Atención Institucional de San José, no puede la Sala Constitucional soslayar su deber como garante de los derechos fundamentales de los habitantes del país, permitiendo que un estado de flagrante violación a la dignidad humana continúe en el centro penal cuya situación es objeto de conocimiento en este amparo, con la consecuente transgresión a compromisos internacionales adquiridos por el país, por ejemplo en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Y es que no se trata de una situación de simple sobrepoblación penal que provoca "incomodidad" a las personas privadas de libertad, sino de un franco hacinamiento, puesto que según datos aportados por el Juez de Ejecución de la Pena, en ese Centro Penal la sobrepoblación es alrededor del doscientos por ciento, sobrepasando lo que se ha denominado un "hacinamiento crítico", es decir, cuando en un centro penitenciario hay una densidad superior o igual a ciento veinte detenidos por cien lugares realmente disponibles (Comité Europeo Para los Problemas Criminales "Reporte Final de Actividad", 13 de julio de 1999, página 50), lo que aparte de poner al país en situación de incumplimiento con convenios internacionales, eventualmente podría también poner en peligro la salud física y mental de las personas privadas de libertad, así como convertirse en un medio propicio para acrecentar el clima de violencia, que de por sí es propio del medio carcelario, con las lamentables consecuencias que ello puede acarrear y que son de todos conocidas, como agresiones, violaciones y hasta muertes provocadas entre los mismos reclusos, incluyendo los suicidios. Sobre este particular, debe siempre tener presente la Administración Penitenciaria que la condición de persona y la dignidad inherente a ella acompañará al ser humano en todos y cada uno de los momentos de su vida, cualquiera que fuere la situación en que se encontrare, aunque hubiere traspasado las puertas de una institución penitenciaria, de forma tal que la actividad que en ella se efectúa debe ser ejercida respetando siempre la personalidad humana de los reclusos.*

**VI.-** *A juicio de la Sala, el panorama que ha expuesto el Juez de Ejecución de la Pena hace recordar el bochornoso estado en que años atrás se presentó en la Penitenciaría Central y que ocasionó su posterior clausura. Y es que hoy como en ese entonces,*

**el tener a seres humanos en total hacinamiento, sin las mínimas condiciones de higiene y en lugares sucios, húmedos, oscuros, con poca ventilación, no puede ser otra cosa que un castigo y un trato degradante contrario a la dignidad humana, que esta Sala –insiste– no puede soslayar de ninguna forma.** La señora Ministra de Justicia no niega en su informe los hechos que aquí se ventilan, limitándose a decir que la capacidad del Centro de Atención Institucional de San José no es de cuatrocientos (400) privados de libertad sino de cuatrocientos setenta y dos (472), que existe hacinamiento en las secciones A1, A2, B1 y B2, no así en el resto de ellas, y que si bien algunos privados de libertad duermen en el suelo, todos tienen colchoneta. Acepta que los jerarcas de la Institución son conscientes de la problemática de los centros penitenciarios y afirma que dentro de las posibilidades reales se hace lo posible por solucionar el problema, por lo que sí se han tomado medidas para aliviar la situación. En cuanto a las afirmaciones del Juez de Ejecución de la Pena, únicamente dice que no hace referencia a ningún caso concreto. Al respecto, acepta la Sala los argumentos del Juez de Ejecución de la Pena, quien afirma bajo juramento haber cumplido con su función de contralor de la legalidad en la ejecución de la pena, al haber hecho los señalamientos correspondientes a la Administración Penitenciaria, sin que se obedecieran sus órdenes en el plazo otorgado, como tampoco se ha hecho con las emitidas por la Sala en el fallo antes citado. Es atendible el razonamiento del Juzgador, quien inclusive dice haber hecho de conocimiento del Consejo Superior de la Corte Suprema de Justicia acerca de las anomalías detectadas, por lo que se entiende que ha procurado solucionar la situación, motivo por el cual no encuentra este Tribunal que de su parte haya omisión en el cumplimiento de sus atribuciones, la cual acarree la violación a los derechos fundamentales alegados. No obstante, **debe tener presente en todo momento el Juzgador su función de contralor de la legalidad en la ejecución de la pena, y hacer uso sin timidez de todos los medios a su alcance con el fin de que se respeten los derechos humanos de los reclusos, para lo cual el artículo 458 inciso b) del Código Procesal Penal le faculta para ordenar las medidas correctivas que estime convenientes, y constreñir para su cumplimiento con el empleo de mecanismos que el propio Ordenamiento Jurídico le brinda, por ejemplo acusando penalmente el incumplimiento de deberes o la desobediencia en contra de los funcionarios públicos que ilegalmente omitan, se rehúsen a hacer o retarden algún acto propio de su función, máxime si fue ordenado por un Juez de la República.**” (Lo destacado no es del original).

Por cierto, nótese en estas últimas líneas cómo la Sala Constitucional ha respetado y ha hecho respetar siempre las resoluciones de los jueces de ejecución de la pena.

Entonces, de conformidad con lo anterior, se aprecia que el reproche sobre las lamentables condiciones del CAI San José no es algo reciente, sino que, como se deriva de lo expuesto, data –por lo menos– desde el año 1996. Ahora bien, como se ha dicho, actualmente la utilización del CAI San José está siendo objeto de análisis por parte de un juzgado legalmente designado para esos efectos, lo que ha sido propiciado incluso por fallos de este Tribunal Constitucional. De manera que no corresponde que en este proceso de hábeas corpus, que es sumario por definición, se autorice su utilización, desconociendo, en primer lugar, el cierre técnico o clausura ordenada desde el año 2016 y, en segundo lugar, el proceso legalmente dispuesto para canalizar la pretensión excepcional de utilizarlos con el fin de remediar la crisis carcelaria que se está presentando en nuestro país actualmente.

Como se ha mostrado *supra*, el ordenamiento jurídico contempla remedios procesales para resolver la habilitación o no del CAI San José y eso es lo que correspondería respetar. Es decir, que el juzgado de ejecución de la pena, en ejercicio de sus atribuciones legales, examine la pretensión de las autoridades del Ministerio de Justicia para determinar si procede o no suspender la ejecución de una decisión jurisdiccional firme –el cierre técnico– y, si fuera así, con mayores elementos probatorios y competencias de inspección y ejecución, determinar bajo cuáles condiciones físicas, temporales y de capacidad locativa, se pueden autorizar tales espacios de reclusión y, por cuánto tiempo. Ese juzgado, por sus atribuciones, cuenta incluso con mayores elementos y potestades para verificar el debido cumplimiento de sus resoluciones.

Ahora bien, distinto es que se hubiera cuestionado en este proceso la fundamentación de esa decisión por ser lesiva de derechos fundamentales de una persona en particular, o que se hubiera reprochado una tardanza injustificada en resolver una pretensión en concreto, lo que no se demostró en autos. No es que el juez ordinario no haya resuelto oportunamente la situación, tal como parece afirmar la mayoría, sino que hay una conducta sostenida en el tiempo de incumplir con las decisiones jurisdiccionales en mención.

No obstante, se ha reconocido que con ocasión de la pandemia hubo un acercamiento entre las autoridades con el fin de obtener la autorización del uso de estos espacios carcelarios. Para esto corresponde, en primer lugar, realizar una valoración objetiva de la estancia, pues, como lo informó el Juzgado con base, incluso, en los informes del Mecanismo Nacional para la Prevención de la Tortura (MNPT), se trata de un espacio que presenta un **“un desgaste total de la infraestructura que afecta la dignidad y los derechos humanos de las personas privadas de libertad”**. De manera que no resulta lógico que, en aras de tutelar la dignidad y los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad en celdas del OIJ, se ordene su traslado a un espacio que reiteradamente ha sido tenido como lesivo de los derechos de las personas privadas de su libertad. Esto implica un sinsentido, como lo sería pasar el hacinamiento –que conlleva la lesión de los derechos fundamentales– de un espacio a otro. Si bien la mayoría de esta Sala ordena medidas para intentar paliar esta situación, lo cierto es que no corresponde que este Tribunal ordene su habilitación cuando justamente está siendo objeto de una controversia judicial y, conscientes de la gravedad, su resolución estaba dispuesta para el día 6 de octubre de 2021. Además, en dicho proceso ya se había realizado una inspección y se cuenta con mayores elementos probatorios para resolver la *litis* y disponer, si fuera del caso, reglas concretas incluso de seguridad jurídica para verificar que el uso de estos espacios sea acorde con los derechos de las personas privadas de su libertad, así como

plazos, cupos habilitados, temporalidad de esta medida, etc., todo lo cual se echa de menos en la resolución adoptada por la mayoría de esta Sala. Entonces, correspondía dar el espacio de decisión a la autoridad jurisdiccional competente.

También considero que era conveniente dar audiencia en este proceso de hábeas corpus al MNPT. Por eso procedí así en los hábeas corpus conocidos en los expedientes números 21-18676-0007-CO, 21-018681-007-CO y 21-017478-0007-CO, de los que se me asignó su instrucción, en el tanto las decisiones jurisdiccionales se basaron en esos informes de dicha instancia, y contar con los datos que pudiera aportar aumentaba los elementos para la decisión.

Debe tenerse presente que la resolución de este Tribunal Constitucional fue adoptada a la luz de unas manifestaciones realizadas el 28 de septiembre por la Ministra de Justicia, en el marco en la audiencia oral de otro recurso de hábeas corpus (conocido en el expediente 21-017649-0007), cuyo propósito era cuestionar una decisión de un Juzgado de Ejecución de la Pena de evitar que espacios destinados para recreación en una Unidad de Atención Integral sean utilizados como un Centro de Atención Institucional con características diversas. Tales afirmaciones de la Ministra no fueron contrastadas ni en ese expediente ni en este, pues no fue solicitado un informe formal del Juzgado de Ejecución de la Pena sobre el particular, mediante en el que se pudiera examinar si efectivamente había una posibilidad real de utilizar tales espacios sin lesionar los derechos fundamentales de las personas que ahí se encuentran albergadas y a las que se pretende ingresar.

Tampoco fue posible cuestionar formalmente la decisión judicial alguna, a efecto de determinar si existió alguna conducta lesiva de los derechos fundamentales que corresponda amparar en un recurso de hábeas corpus. Justamente, al no acreditarse en el *sub lite* ninguna conducta omisa, tardía o contraria a los derechos fundamentales, por parte del Juzgado de Ejecución de la Pena que conoce de lo relativo al CAI San José, no resulta procedente que este Tribunal se arrogue competencias para autorizar el uso de unos espacios carcelarios que están siendo objeto de una *litis* concreta de la que conoce tal Juzgado, pues esto no puede soslayarse sin más.

En ese sentido, estimo que no cabía, a través de esta decisión en la que se resuelve el presente hábeas corpus, neutralizar las competencias confiadas al Juzgado de Ejecución de la Pena, al que –en virtud de lo dispuesto en el art. 153 de la Constitución Política y en la ley– le compete resolver definitivamente sobre la causa bajo su conocimiento y ejecutar las resoluciones que pronuncie. En efecto, conforme se examinó *supra* –cuando se hizo referencia al diseño institucional y la distribución de competencias en esta materia–, le concierne al Ministerio de Justicia todo lo relativo a la administración de los sistemas penitenciarios y les corresponde a los jueces penales velar por que la reclusión sea acorde con los derechos fundamentales. De manera que desconocer esas competencias y los cauces procesales, aunque sea con las mejores intenciones, provoca un desajuste en todo el sistema, en todo el engranaje jurídico institucional y procesal. Si hay cauces procesales idóneos para tramitar estas peticiones lo que corresponde en un Estado de Derecho es que se respeten tales cauces, máxime cuando la idoneidad de estos no ha sido desvirtuada.

Es decir, si hay cauces procesales formales para tramitar la pretensión del Ministerio de Justicia –el uso de unos espacios carcelarios sobre los cuales ya se dictó su clausura–, al considerar este que actualmente cumplen con condiciones idóneas, lo propio es que el Juzgado competente conozca con mayores elementos de dicha pretensión y disponga lo que en derecho corresponda, resolviendo con la premura que este caso lo amerita.

Como ya apunté, tengo muchas coincidencias con el Pleno de esta Sala, respecto de la necesidad de adoptar alguna decisión para remediar la gravísima y urgente situación examinada en autos, que es en extremo lesiva de las personas amparadas; sin embargo, no comparto la fundamentación ni las medidas elegidas, pues implicó neutralizar las competencias de un Juzgado de Ejecución de la Pena en el que estaba pendiente de resolución el uso o no de estos espacios de reclusión y bajo cuáles condiciones se podría –si fuera del caso– realizar, y al que le compete la supervisión de lo que decidiera.

En definitiva, lo decidido por la Sala Constitucional trastoca la lógica del Estado de Derecho, que está anclada en el respeto de las formas procesales como un medio para evitar la arbitrariedad.

El haber dejado sin efecto –como consecuencia de la orden de la Sala– lo resuelto por el Juzgado de Ejecución de la Pena de San José y la resolución pendiente de adopción sobre un uso acotado de los espacios carcelarios como medida excepcional, desde mi punto de vista, no resulta legítimo, también si se tiene en cuenta que había otras posibilidades iguales o más eficaces para solventar la crisis de estos días, tal como lo afirmo en las razones diferentes.

## **V-. RAZONES DIFERENTES PARA ORDENAR LA UBICACIÓN DE LOS PRIVADOS DE LIBERTAD AMPARADOS**

Ya transcribí en la introducción lo dicho en la parte dispositiva respecto de las razones diferentes, que ahora paso a explicar.

Para llegar a tal determinación, en primer lugar, estimé el diseño normativo *supra* referido sobre las competencias legalmente atribuidas a la cartera del Ministerio de Justicia, por las que le corresponde justamente la custodia y el tratamiento de las personas procesadas y sentenciadas, así como todo lo relativo a las construcciones del sistema penitenciario. En esa medida le concierne valorar las opciones idóneas, ofrecer soluciones concretas de la problemática constatada en autos y remediar un estado de incumplimiento de ese mismo Ministerio respecto de las órdenes giradas por este Tribunal sobre la ubicación –en un máximo de setenta y dos horas posteriores a la adopción de la resolución jurisdiccional– de las personas ubicadas en celdas del OIJ que tienen su situación jurídica definida.

En ese estado de cosas, en el recurso de hábeas corpus tramitado en el expediente n.º 21-017649-007-CO, se tuvo conocimiento que se presentó una coadyuvancia por parte de la Defensa Pública, concretamente de la Coordinadora de la Unidad de Ejecución de la Pena, en la que se manifestó lo siguiente:

*“Como un hecho sobreviniente al planteamiento de este Recurso, la Defensa Pública tiene noticia, tanto en el marco de sus labores de Visita a las distintas Celdas del Organismo de Investigación Judicial como de la propia información recabada en su participación activa en la Subcomisión de personas privadas de la libertad, **que al día 30 de septiembre de 2021, las Celdas del Poder Judicial albergaban un total de 370 personas, de las cuales 313 tienen una resolución que ordena su ingreso a un centro penal y han sobrepasado el plazo de 72 horas para su ingreso a un centro penal** (...) proceda el Tribunal Constitucional a dimensionar los efectos de la sentencia hacia el futuro, en aras de garantizar ante la improcedencia del Recurso deducido, los múltiples cierres de Centros Penales ordenados, la inmediata ubicación de las personas que a la fecha permanecen en las distintas celdas del Organismo de Investigación Judicial en un Centro Penal del Sistema Penitenciario Nacional y con ello no prohiar la violación de los derechos fundamentales materializada en las acciones del Ministerio de Justicia y Paz al no recibir la población que actualmente permanece en celdas del OIJ”.* (Lo destacado no es del original).

Ante la constatación de dicha problemática, la Defensa Pública realiza las siguientes recomendaciones, a efecto de ser valoradas por parte de este Tribunal:

*“...considerando que desde el año 2018, con la aprobación del Reglamento del Sistema Penitenciario Nacional las autoridades penitenciarias eliminaron el deber de pernodiación de la población ubicada en el Nivel Semi Institucional, con excepción de las personas ubicadas en el Proyecto de Panadería (CASI La Mujer) Finca San Luis, Finca La Paz (que por carecer de oferta laboral permanecían en estos centros de lunes a viernes y estimando que en el marco de la alerta por COVID 19 en el país, desde el mes de marzo de 2020, la Dirección General de Adaptación Social, cesó la obligación de presentación de la población en los espacios del Nivel Semi Institucional, como un mecanismo de prevención de contagio del virus Sars-COV2, habilitando el seguimiento a distancia, a la fecha estos centros no albergan población, con excepción del CASI La Mujer.*

*QUINTO.- El Nivel Semi Institucional en el país está conformado por lo siguientes espacios: CASI San José, CASI Pérez Zeledón, Finca San Luis, Finca La Paz, San Ramón, Cartago, San Luis; Liberia, Nicoya, Puntarenas y Limón. **En total este Programa tiene capacidad para atender hasta 5000 personas. Según los datos actualizados al 27 de septiembre de 2021 por el Programa del Nivel Institucional, bajo la modalidad de atención a distancia, los Centros de Atención Semi Institucional atienden y dan seguimiento a 2833 personas.***

*SEXTO.- En el marco de la problemática sistemática de hacinamiento, como experiencia previa, el CASI San Agustín ubicado en Heredia, atiende en un mismo espacio tres poblaciones: Población del Nivel Semi Institucional, Población del Nivel en Comunidad y adicionalmente fue acondicionado para albergar población del nivel cerrado. Actualmente en estas instalaciones se mantienen un total de 35 personas sentenciadas, trasladadas fundamentalmente del CAI Nelson Mandela (San Carlos) a este centro penal, cumpliendo penas privativas de la libertad. Es decir, la Autoridad Penitenciaria ya cuenta con experiencia para albergar en espacios del Nivel Semi Institucional, población de mayor contención, es decir del Nivel Cerrado.*

*SÉPTIMO.- Algunos de los Centros de Atención Semi Institucional han sido diseñados para la permanencia de las personas sentenciadas hasta que logran acreditar una ocupación laboral (es decir con modalidad de pernodiación de lunes a viernes) por lo que ya tienen capacidad instalada al efecto: personal técnico y policial, infraestructura ( Finca San Luis, Finca La Paz, por citar algunos) Se estima que por su ubicación, diseño, y equipamiento es posible para la Autoridad Penitenciaria, mediante una estrategia de reforzamiento de la custodia y contención, habilitar esas áreas para aislar población. Centros como el CASI San Luis, tiene una ventaja adicional: la proximidad del CASI La Mujer y el Centro Juvenil Zurquí, permiten en caso de emergencias, o tentativas de evasión una oportuna respuesta de Policía Penitenciaria en Reserva (los que laboran 8x8) Además es fácilmente accesible desde varios circuitos judiciales del país.*

*NOVENO.- Resultando que los centros del Programa Semi Institucional cuentan con Policía Penitenciaria asignada, la misma puede ser reforzada, de modo que el personal profesional en estos espacios continúe brindando la Atención Inmediata que la población indiciada requiere y con relación a los servicios en salud, éstos pueden ser coordinados en el marco de los profesionales en medicina asignados al Sistema Penitenciario con el financiamiento de la Comisión Nacional de Emergencias, en el marco del decreto de emergencia nacional por la Pandemia de COVID 19 en el país. Téngase en cuenta que estas plazas ya han sido puestas a la orden de la Dirección General de Adaptación Social.*

*DÉCIMO.- **Esta medida se puede disponer por el término estrictamente necesario para la puesta en marcha del Centro de Atención Institucional Terrazas, en tanto la misma no violenta el principio de progresividad de los Derechos Humanos, tampoco prohija el incumplimiento de las recomendaciones del Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura, en el marco del Protocolo Facultativo contra la Tortura, su ley de creación y reglamento, respeta el principio de Independencia Judicial conferido a los Jueces y Juezas de Ejecución conforme sus potestades reguladas en el artículo 482 del Código Procesal Penal y se ajusta a las resoluciones de la Sala Constitucional en materia de hacinamiento y tortura en el Sistema Penitenciario Nacional**”.* (Lo destacado no es del original).

A partir de tales argumentaciones, corresponde ordenar a las autoridades del Ministerio de Justicia que valoren otras opciones carcelarias para dar solución a la problemática bajo análisis. Opciones que, tal y como lo pone de manifiesto la Coordinadora

de la Defensa Pública de Ejecución de la Pena, podrían ser más apropiadas para no amenazar o violar los derechos fundamentales de las personas privadas de su libertad y, en definitiva, ofrecer una estancia digna a estas personas.

Ahora bien, la permanencia en estos centros debe estar supeditada a un plazo concreto y no de manera indefinida, para no variar la finalidad última ni la naturaleza de dichos centros. En el caso concreto, considero que esta decisión debe estar vigente por un plazo máximo de dos meses, mientras se toman las medidas administrativas necesarias para poner en funcionamiento el Centro Penitenciario Institucional Terrazas, tal como por unanimidad la Sala ordenó. Con dicha decisión, tal y como ya lo indiqué, sí coincidí con el Pleno.

Finalmente estimo pertinente mencionar lo que es de dominio común: que la problemática aquí reflejada obedece a múltiples causas que deben ser examinadas integralmente. En lo que al Ministerio de Justicia y Paz se refiere, por ejemplo, se hace necesario –entre otras medidas– el oportuno abordaje técnico de la población sentenciada, lo que conlleva la puesta al día de los informes requeridos al Instituto Nacional de Criminología, a efectos de valorar las gestiones que pretenden la modificación de las condiciones en la ejecución de la sentencia condenatoria. Si bien, en la audiencia oral del expediente n.º 21-017649-0007-CO, la Ministra informó que el órgano a su cargo se encuentra al día con tales valoraciones, esto fue refutado de forma tajante por parte de la Defensa Pública y lo cierto es que esta Sala Constitucional conoce a diario de hábeas corpus en los que se acusa tal retardo. Por lo tanto, parece oportuno instar respetuosamente a las autoridades competentes para que tomen diversas acciones que hagan posible mejorar la atención que se les debe brindar a las personas privadas de libertad, en aras de respetar sus derechos.

**VI.- CONCLUSIÓN.** Consigno así el fundamento tanto mi voto salvado como de mis razones diferentes, respecto del considerando relativo a la ejecución de esta sentencia. **Anamari Garro Vargas. Magistrada**

## Principio de Proporcionalidad <sup>1</sup>

Exp: 14-000848-0007-CO Res. N. 2014-004035

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las once horas y cero minutos del veintiuno de marzo del dos mil catorce.

Recurso de amparo interpuesto por [Nombre 001], cédula de identidad [Valor 001], [Nombre 002], cédula de identidad [Valor 002], [Nombre 003], cédula de identidad [Valor 003], [Nombre 004], [Nombre 005], cédula de identidad [Valor 004], [Nombre 006], [Nombre 007], cédula de identidad [Valor 005], [Nombre 007], cédula de identidad [Valor 006], [Nombre 008], cédula de identidad [Valor 007], [Nombre 009], [Nombre 010], cédula de identidad [Valor 008], a favor de [Nombre 011] y [Nombre 012], contra el DIRECTOR GENERAL DEL ORGANISMO DE INVESTIGACIÓN JUDICIAL, y la FISCALÍA ADJUNTA CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.

Resultando:

1.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 11:41 horas del 23 de enero de 2014, los recurrentes indican en resumen que: presentan este recurso en su condición de periodistas por violación al Derecho a la Libertad de Expresión, Reserva de Fuentes y Acceso a la Información que cobija a los comunicadores. Manifiestan que a partir del 01 de abril de 2013 y hasta fecha aún indeterminada, periodistas del Diario Extra y, especialmente, [Nombre 012] c.c [Nombre 012], fueron víctimas de rastreo de sus llamadas telefónicas por un período no menor a diez meses. La orden de rastreo –aunque tiene fecha 01 de abril de 2013–, dispuso investigar los números de teléfono a partir de 01 de noviembre de 2012, momento para el cual desconocían la violación que en el presente recurso se alega. Refieren que la invasión que se acusa, no inició con el rastreo de teléfonos de funcionarios públicos dependientes del Poder Judicial, sino más bien, con la orden de rastrear 38 números de teléfono que corresponden a comunicadores y empleados de Diario Extra, para luego enfatizar en los teléfonos móviles que utiliza el periodista [Nombre 012]. Aducen que a partir de ese momento, se determinaron los funcionarios judiciales que tuvieron comunicación con los periodistas de Diario Extra, situación que culminó con la detención de una de las funcionarias judiciales que por esa vía fue detectada. Destacan que no consta que para el rastreo telefónico realizado mediara autorización judicial, dado que la misma fue ordenada por la Fiscalía Adjunta contra Crimen Organizado y fue ejecutada y solicitada por el Organismo de Investigación Judicial, dependencia del Poder Judicial. Indican que la legislación no otorga al Ministerio Público la potestad para ordenar dicho rastreo, pues la misma surge –según los recurrentes–, a partir de una interpretación de la Sala Constitucional, siendo ese el soporte jurídico sobre el que se erigió el acto arbitrario de la Fiscalía y la Policía Judicial. Ello lesiona el Principio de Legalidad que establece el artículo 13 de la Convención, la Doctrina del Sistema Interamericano para la Protección de la Libertad de Expresión y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que establecen con claridad, que para imponer restricciones al ejercicio del derecho de Libertad de Expresión, es necesario que la restricción sea dispuesta por Ley. Sostienen que en una sociedad democrática, dicha legislación tiene que ser expresa y absolutamente clara en sus alcances. Recalcan que en Costa Rica no existe norma con rango de Ley que autorice el rastreo del teléfono de un comunicador y, mucho menos, existe una ley que permita a los recurridos rastrear las llamadas de los periodistas, a fin de detectar quiénes son sus fuentes, para posteriormente, encausar

a los funcionarios públicos por divulgar secretos. Explican que el rastreo ordenado tuvo como finalidad primaria y fundamental, determinar la identidad de las personas que sirvieron de fuente para la difusión de una serie de noticias de Diario Extra, que culminó con una imputación penal a una funcionaria judicial, a quien se le acusa de ser fuente de información de Diario Extra y a quien se le encausó por la comisión de los delitos de Divulgación de Secretos y de Divulgación de Información Confidencial, que tienen una pena de prisión de hasta ocho años. Indican que una vez que las autoridades judiciales detectaron todas las fuentes policiales consultadas por el periodista [Nombre 012 012], eligieron a una de las funcionarias, la amparada, como una de las fuentes usadas por el comunicador. Cuestionan que a dicha funcionaria no sólo la detuvieron y la encausaron penalmente en diciembre de 2012, sino también, allanaron su oficina, secuestraron su aparato telefónico, sus archivos personales y los de su trabajo y la están investigando en el ámbito laboral; en la actualidad se encuentra suspendida de su trabajo por tres meses, mientras se determina si su conducta constituye una falta laboral merecedora de despido. Resaltan que con el arbitrario rastreo telefónico, la autoridad estatal no sólo detectó y señaló a la señora Fonseca como posible fuente de una de las noticias de secuestro difundidas por el comunicador [Nombre 012], sino que señalaron a otros funcionarios judiciales que tuvieron contacto telefónico con el periodista en mención, lo cual muestra el propósito de ponerlos en evidencia para amenazarlos y e impedir la difusión de información de interés público. Aducen que el interés principal de los accionados, fue detectar a todas y cada una de las fuentes que utiliza Diario Extra en sus investigaciones, y determinar y evidenciar quiénes son los funcionarios con los cuales conversa el señor [Nombre 012]. Arguyen que en el Informe Preliminar de Investigación Criminal de la Sección de Estupefacientes, fechado 12 de diciembre de 2013, consta que el objetivo para iniciar la investigación y rastreo de los teléfonos del periodista [Nombre 012], fue el descontento que generó en el personal de investigación, los certeros reportajes que hizo el Diario Extra, de evidente interés público. Aclaran que las noticias sobre los dos secuestros que se mencionan (uno en perjuicio de un catedrático de una Universidad Estatal y el otro en perjuicio de un empresario colombiano), no pusieron en peligro a ninguna víctima de secuestro y que ese argumento, es una falacia para tratar de justificar la intromisión que en el recurso presente se acusa. Subrayan que la invasión al Derecho de Reserva de Fuentes, obedeció al simple descontento de algunos funcionarios, a quienes no les gusta que los ciudadanos estén plenamente informados, que los periodistas investiguen y revelen hechos de relevancia pública y al malediciente interés de determinar todas y cada una de las fuentes que utiliza el periodista y Diario Extra en el ejercicio del periodismo de investigación. Como agravante de la situación mencionan que, en la actualidad, al periodista [Nombre 012], se le impide el ejercicio del periodismo de investigación, porque el efecto resultante de los hechos acaecidos es que ha sido estigmatizado entre sus informantes, quienes, por razones obvias de temor y amenazas, no quieren ningún tipo de acercamiento ni comunicación con él. Manifiestan que con la actuación descrita se lesionan la libertad de expresión, el derecho de reserva de fuentes y derecho al acceso de información pública de los amparados. Solicitan que se declare con lugar el recurso, con las consecuencias legales que ello implique. Además solicitan la aplicación como medidas cautelares de lo siguiente: a) “cesar de forma inmediata cualquier acción de acoso, amenaza u hostigamiento en contra el periodista [Nombre 012] conocido como [Nombre 012], de la funcionaria [Nombre 011]. V. así como, de cualquier otro funcionario judicial, que se encuentre implicado dentro de la causa número 13-115-1219-PE o cualquier otra investigación judicial en la que figuren los amparados, por parte del Organismo de Investigación Judicial y la Fiscalía Adjunta contra el Crimen Organizado” b) “cesar de manera inmediata cualquier acto de rastreo o interceptación de los teléfonos de los comunicadores de Diario Extra, así como, de los funcionarios judiciales que aparecen dentro de la causa número 13-115-1219-PE o cualquier otra investigación judicial en la que figuren los amparados” c) “cesar toda actuación que afecto o amenaza el derecho de reserva de las fuentes por parte de los distintos medios de comunicación amparados, en particular de los comunicadores de Diario Extra y del periodista [Nombre 012]” d) “se garantice el acceso a la información de interés público a los comunicadores del Diario Extra y del periodista [Nombre 012], a efecto de garantizar el ejercicio pacífico y libre del derecho periodístico”. Posteriormente, mediante escrito presentado el 06 de febrero del 2014, el apoderado especial judicial de la co recurrente manifiesta en resumen que, respecto de los informes se desprende del cuadro fáctico, lo siguiente: sí hubo rastreo de los teléfonos del periodista y del grupo periodístico Extra; que los rastreos iniciaron con los teléfonos del comunicador y del medio de comunicación; la finalidad de tal rastreo era determinar la fuente del periodista, es una vía indirecta para obligar al periodista a revelar la identidad de sus fuentes y eso vulneró el derecho del comunicador; fue gracias a ese análisis de llamadas que se pudo señalar a una funcionaria judicial; los hechos generaron un efecto disuasivo y atemorizante en muchas otras personas y además a cualquier ciudadano que quiera denunciar o suministrar datos de interés público; con ello se impide el periodismo de investigación pues ninguna fuente se atreve a contactarlo por temor a ser objeto de persecución; tenían conocimiento de la ilicitud de ordenar el rastreo para fines prohibidos; todas las noticias fueron investigadas por ser de interés público; se violentó el derecho de reserva de la fuente, derecho garantizado en una sociedad democrática, además de la libertad de expresión; el rastreo para detectar las fuentes de Rodríguez no está autorizado en la ley y es ilícito.

2.- Mediante resolución número 2014-000933 de las 10:30 horas del 24 de enero del 2014 esta Sala resolvió darle curso a este recurso, darle traslado al Director General del Organismo de Investigación Judicial, el Fiscal General de la República y el Fiscal Adjunto que tramita la causa número 13-115-1219-PE, o en su defecto el Fiscal Coordinador de la Fiscalía Adjunta Contra la Delincuencia Organizada, sobre los hechos alegados por los recurrentes; y además sobre las medidas cautelares solicitadas se resolvió lo siguiente: III.- Las partes recurrentes han solicitado al Tribunal la disposición de algunas medidas cautelares, solicitud que se resuelve como a continuación se indica: a) Se solicita “... cesar inmediatamente cualquier acción de acoso, amenaza u hostigamiento contra el periodista [Nombre 012] conocido como [Nombre 012]; contra la señora [Nombre 011], y contra cualquiera otro de los funcionarios judiciales, que aparecen en el rastreo realizado por el Organismo de Investigación Judicial y por Fiscalía Adjunta contra el Crimen Organizado en el expediente 13-115-1219-PE y en cualquier otra investigación...”. Se resuelve: en relación con el “cese” del hostigamiento y las presuntas acciones de acoso en contra de periodistas que se pide, se trata de un aspecto que esta Sala no podría tener por demostrado a priori en este expediente sino que deberá declararse –en este expediente o por las instancias respectivas- luego de la investigación correspondiente, con cumplimiento de las reglas del debido proceso.- En cuanto a la amparada [Nombre 011], se ordena a las autoridades recurridas, no dictar sanción administrativa alguna hasta tanto no se resuelva este recurso. b) Se solicita

“...cesar de inmediato cualquier acto de rastreo o de interceptación de los teléfonos de los comunicadores de Diario Extra y/o, de cualquiera otro de los funcionarios judiciales que aparecen en el rastreo realizado por *el Organismo de Investigación Judicial y por Fiscalía Adjunta contra el Crimen Organizado en el expediente 13-115-1219-PE y en cualquier otra investigación...*”. Se deniega la medida. La constitucionalidad de los rastreos telefónicos, será un tema de análisis de fondo en este amparo. c) Se solicita “*cesar de inmediato cualquier actuación que afecte o amenace el derecho a la reserva de fuentes que tienen los comunicadores de Diario Extra y especialmente el periodista [Nombre 012]*”; se ordena: que el Organismo de Investigación Judicial y el Ministerio Público deberán garantizar al amparado, el libre acceso a la información pública que conste en su poder, dentro del marco jurídico de la Constitución Política y las leyes de la República. Cualquier reclamo que tenga sobre un hecho concreto sobreviviente, a raíz de las investigaciones en curso, deberá ser resuelto directamente por el titular del órgano concernido o quien ocupe su cargo, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes. La negativa a brindar cualquier información deberá hacerse mediante resolución fundada. d) Se solicita: *garantizar el acceso a las informaciones de interés público a los comunicadores de diario Extra y al periodista [Nombre 012] a quien se le debe garantizar el ejercicio pacífico y libre de su función*”. Se dispone conceder esta medida cautelar en los mismos términos y condiciones de lo ordenado en el punto c) inmediato anterior.

3.- Informa bajo juramento, FRANCISCO SEGURA MONTERO, en su calidad de Director General del Organismo de Investigación Judicial, en resumen que: a) Los periodos de los rastreos realizados no sobrepasan el mes y una semana, a lo sumo. Además, en ningún momento se solicitaron rastreos de llamadas telefónicas, lo que se solicitaron fueros listados de abonados; b) La misma Sala ha enfatizado en que para realizar un rastreo de llamadas no es necesario contar con la orden de una autoridad judicial, ya que esta es indispensable únicamente para las intervenciones telefónicas en las cuales lo que se pretende es conocer el contenido de las conversaciones realizadas. Ese organismo, bajo la potestad de la dirección funcional que ostenta el Ministerio Público, puede obtener y realizar análisis telefónicos a los listados suministrados por dicha Entidad y en los cuales se verifican las llamadas entrantes y salientes de números telefónicos; c) Lo que se intentaba determinar era la fuga de información de la que estaban siendo objeto, y esclarecer con ello cuál funcionario estaba faltando al artículo 27 de la Ley Orgánica, donde se indica que “*los agentes de investigación deben guardar absoluto secreto con respecto a las investigaciones en que intervengan para evitar que estas trasciendan al público*”. Además por lo que establece el párrafo segundo del artículo 295 del Código Procesal Penal “*Las partes, los funcionarios que participen de la investigación y las demás personas que, por cualquier motivo, tengan conocimiento de las actuaciones cumplidas, tendrán la obligación de guardar secreto. El incumplimiento de esta obligación será considerado falta grave*”. Por lo que, el proceder de la funcionaria es indiscutiblemente reprochable y como tal debe aplicársele la ley; d) Es contundente lo arrojado por los análisis telefónicos incorporados como por el estudio pormenorizado de las notas publicadas por el periodista [Nombre 012], en los cuales sin lugar a dudas se desprende que se suministraba información sumamente detallada y de suma confidencialidad; e) Ese organismo no debe ni puede obstaculizar la labor de información a la ciudadanía, pero según la ley, tal organismo debe tener una total y completa reserva sobre las investigaciones realizadas, las cuales trascienden al público una vez que se cuenta con los responsables de cometer el hecho ilícito o cuando se considera que algún grado de información suministrada a la ciudadanía podría ayudar a lograr el cometido citado; e) En cuanto a las medidas cautelares dispuestas, se indica que en ningún momento se dará un trato desigual al recurrente. Solicita que se desestime el recurso planteado.

4.- Mediante escrito presentado el 29 de enero del 2014 se apersona JAIME GARCIA GONZALEZ, en su calidad de víctima de secuestro, para coadyuvar con los recurridos y solicitar se rechace este recurso. Indica en resumen que se afectó y puso en peligro el resultado exitoso de la investigación que en aquel momento se estaba llevando a cabo, dándole la oportunidad y ventaja a los presuntos responsables de su secuestro, pues bajo pretexto de la libertad de información se pretende defender su derecho a inmiscuirse en investigaciones confidenciales y privadas, propias de las etapa preliminar de un proceso penal. En definitiva se estaría creando en los periodistas un grupo privilegiado, que bajo el pretexto del derecho de información y protección de sus fuentes, pueden incluso violar el artículo 24 de la Constitución Política. De admitirse este recurso se estaría permitiendo que el Diario Extra y otros sigan su ejemplo en esa carrera inhumana de “cazar” noticias a toda cosa y salir de primeros, buscando beneficios económicos a costa de los derechos de las víctimas y sin existir de por medio ningún interés público. Solicita se declare sin lugar el recurso planteado.

5.- Mediante escrito presentado el 29 de enero del 2014 se apersona ALEJANDRO DELGADO FAITH, en su calidad de Presidente de la Asociación denominada Instituto de Prensa y Libertad de Expresión, IPLEX, a coadyuvar en el recurso y solicitar este sea declarado con lugar. Indica en resumen que: a) El Instituto goza de legitimación para apersonarse como codyuvante, por contar con un interés legítimo en el resultado. El IPLEX es una asociación profesional privada, sin fines de lucro; b) A partir del 01 de abril del 2013 y hasta fecha aún indeterminada, Periodistas del Diario Extra (y especialmente [Nombre 012]) fueron víctimas de rastreo de sus llamadas telefónicas. La invasión que se denuncia no inició con el rastreo de teléfonos de funcionarios públicos dependientes del Poder Judicial. Inició con la orden de rastrear 38 números de teléfono que corresponden todos ellos a comunicadores y empleados de Diario Extra, para luego enfatizar en los teléfonos móviles que usa el periodista [Nombre 012]. El rastreo fue ordenado por la Fiscalía y ejecutado por el OIJ. El rastreo tuvo como finalidad primaria y fundamental determinar la identidad de las personas que sirvieron de fuente para la difusión de una serie de noticias; c) Conforme a la Declaración de principios sobre libertad de expresión dictada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 108, sesiones de octubre del 2000, principio 8 “*Todo comunicador social tiene derecho a la reserva de sus fuentes de información, apuntes y archivos personales y profesionales*”. Solicita que sea declarado con lugar el recurso, por violación al derecho a la libertad de expresión.

6.- Informa bajo juramento, MIGUEL ABARCA RIVAS, en su calidad de Fiscal Adjunto de la Fiscalía Adjunta contra la Delincuencia Organizada, en resumen que: a) El caso penal de fondo objeto del recurso corresponde a la causa 13-000115-1219-PE, tramitada en la Fiscalía Adjunta contra la Delincuencia Organizada, seguida contra una investigadora judicial por los delitos de divulgación de secretos y divulgación de información confidencial, previstos en los artículos 203 y 332 bis del Código Penal, investigación a cargo del fiscal Peñaranda Chaverri; b) La causa se generó a raíz de lo ocurrido en dos casos por secuestro extorsivo que se tramita en la misma fiscalía adjunta, en los cuales se detectó fuga de información confidencial y por ello se dispuso la apertura de una investigación para

corroborarla o descartarla. La causa por la fuga de información se radicó en la misma fiscalía que investigaba los secuestros extorsivos;

c) La imputada en la causa es oficial del OIJ, destacada en la sección de delitos varios, oficina a la que por competencia material le corresponde la investigación de los delitos de secuestro extorsivo. Dicha funcionaria formó parte de los equipos de investigación de los secuestros extorsivos identificados con el número 13-000100-1219-PE y 13-009423-0042-PE, en ambos el grupo familiar ingresó al programa de protección de la oficina de atención y protección de víctimas y testigos del Ministerio Público, hecho de conocimiento de los oficiales y en particular de la sospechosa. En medio de la investigación criminal de los secuestros extorsivos, en el Diario Extra salieron publicados datos sensibles y confidenciales respecto de ambos casos; d) Como lo demandaban la lógica, la experiencia y la legalidad ante el escenario planteado, los primeros actos de investigación debían dirigirse a establecer la existencia de algún nexo de comunicación entre el periodista y alguno o algunos de los integrantes del equipo judicial de investigación, para poder ir determinando la posible fuga de información y revelación de los datos confidenciales del caso. De esta forma, siendo el contacto telefónico una de las más relevantes formas de comunicación y la reiterada jurisprudencia constitucional sobre la potestad para pedir registros telefónicos, se solicitaron esos datos respecto de teléfonos vinculados al periodista; e) En esta tarea de análisis, se requirió información a varias compañías telefónicas, relativa a abonados de servicios, registros telefónicos de llamadas entrantes, salientes, duración de contactos, etc, y en fechas específicas que contemplaron el curso de los eventos de los secuestros, a fin de canalizar frecuencia de contactos telefónicos y poder establecer conclusiones y señalar hipótesis; f) Una vez con elementos que señalaban a la sospechosa como autora de los delitos investigados, se solicitó al Juzgado una orden de allanamiento, registro, secuestro y examen de documentos probados, de la oficina, escritorio y casillero de la sospechosa a fin de buscar otros elementos de convicción de interés para el caso. Solicitud que fue acogida por el despacho señalado, el cual emitió una orden mediante resolución de las 14:50 horas del 13 de diciembre del 2013, la cual se ejecutó a las 09:04 horas del 16 de diciembre del 2013, diligencia en que se decomisó el teléfono celular de la investigada, su computadora, un dispositivo USB y prueba documental. Posteriormente la imputada fue indagada en la Fiscalía y el Juzgado Penal, como medidas cautelares le prohibió acercarse a su lugar de trabajo, prohibición de tener contacto con los testigos de la causa, suspensión del cargo con goce de salario, todo por el lapso de tres meses. Medidas que quedaron en firme; g) De conformidad con el artículo 182 del Código Procesal Penal que establece el principio de libertad probatoria dentro del proceso penal y en virtud de jurisprudencia constitucional, y otros, el Ministerio Público dispuso el secuestro de registros telefónicos del periodista que hizo las publicaciones sobre los secuestros extorsivos; h) Los plazos de los registros solicitados correspondieron a los necesarios y pertinentes para el esclarecimiento del punto de interés. Sobre las líneas 7070-4179 y 8988-3566 se solicitaron y analizaron únicamente los rastreos telefónicos entre el 01 y 08 de marzo. En relación a la línea 8349-8220 primero entre el 01 y 08 de marzo y luego entre el mes de mayo y el 11 de junio. Todos del año 2013. Así que los períodos de los rastreos señalados por los recurrentes son totalmente inexactos. Sólo se requirieron los nombres de los abonados de los números que aparecían en los registros del autor de las publicaciones periodísticas de interés para la investigación; i) La investigación inició con la solicitud de los registros telefónicos de [Nombre 012]. Tras el análisis inicial se dispuso solicitar los nombres de los abonados de servicios telefónicos que tuvieron contacto con [Nombre 012] durante el curso de las investigaciones de los secuestros. No se hicieron análisis de registros telefónicos de otros funcionarios de Diario Extra o teléfonos ligados a esta empresa. La determinación del abonado de un servicio telefónico se limita a establecer a nombre de quién está el servicio en la compañía telefónica. Esto es distinto a la solicitud de un rastreo, donde se observan los registros pasados de llamadas entrantes y salientes de un abonado; j) Los registros telefónicos se iniciaron con [Nombre 012] y no con los funcionarios judiciales que podían ser sospechosos, guiados por el sentido común, pues siendo lo relevante para el caso un posible contacto entre algún funcionario y el periodista, lo más lógico era solicitar el registro de quien si se sabía tenía relación con las publicaciones y no con los registros telefónicos de decenas de funcionarios que tenían relación las investigaciones y pudieran filtrar los datos, esto último resultaría muchísimo más trabajoso, menos eficiente y mucho menos asertivo, que hacerlo de la forma en que se hizo; k) Efectivamente no existe dentro del expediente ninguna orden jurisdiccional para la obtención de los rastreos telefónicos, por tratarse de un requisito inexistente en nuestro ordenamiento procesal penal. De acuerdo con nuestro legislador, en materia de investigación de hechos delictivos, rige un principio de libertad probatoria (artículo 182 del Código Procesal Penal), según el cual, todo se puede probar por cualquier medio de prueba lícito. Respecto de los rastreos telefónicos, esa condición de licitud de la información obtenida o instancia directa del Ministerio Público a las compañías telefónicas, se ha establecido desde hace muchos años por jurisprudencia; l) El caso en investigación no tiene que ver en absoluto con una violación a la libertad de expresión, ni mucho menos con la averiguación de las fuentes de un periodista, tiene que ver con el deber de probidad violentado por un funcionario judicial. El objetivo de la investigación en el caso no ha sido nunca el periodista, el estudio de sus registros telefónicos en periodos estrictamente necesarios y razonables, solo fue un medio lícito de prueba para detectar al funcionario judicial que debía mantener en reserva los datos de la investigación; ll) Efectivamente el rastreo, junto con otros elementos de convicción, permitió señalar a la investigadora judicial como posible autora de dos delitos. Rechaza que se haya señalado o amenazado a algún funcionario que haya tenido contacto con el periodista. El Ministerio Público se ha limitado a promover la acción penal contra la posible autora de los hechos delictivos investigados. Es falso que se haya pretendido evitar la difusión de información de interés público por parte del Diario Extra, pues la investigación está relacionada con información ya difundida, que para nada tenía interés público; m) Ni el periodista, ni el medio de prensa, tienen potestad, la pericia o el derecho de afirmar que, con sus publicaciones de información confidencial no pusieron en peligro la vida o la integridad física de las víctimas, testigos o funcionarios involucrados en el caso. La falacia radica en negar la puesta en peligro para justificar las publicaciones. En todo caso, para la consumación de los delitos investigados, no se requiere la concreción efectiva de algún daño o perjuicio, sino la potencialidad dañosa de la divulgación; n) Como consideraciones finales se indica que el caso en examen tiene que ver con la violación al deber legal de confidencialidad que tienen los funcionarios judiciales en materia penal, respecto de las investigaciones en las que participan, en absoluto se relacionan con intrusiones ilegítimas a la libertad de expresión. La investigación que se atribuye a la funcionaria judicial investigada se relacionó de manera tangencial con un periodista, no para conocer sus fuentes lícitas y válidas, sino para identificar y conocer el funcionario corrupto que indebidamente trasladó la información. Se debe emitir criterio sobre si un funcionario público adquiere la condición de “fuente periodística” aunque cometa un delito para trasladar

información que no debe propalar. Podría provocar un cisma social de dimensiones inconmesurables el hecho de que se cambie de criterio sobre la constitucionalidad de las actuaciones fiscales respecto de los registros telefónicos. Solicita que se desestime el recurso planteado.

7.- Informa bajo juramento, JORGE CHAVARRIA GUZMAN, en su calidad de Fiscal General de la República, en resumen que: a) En la Fiscalía Adjunta contra la Delincuencia Organizada se tramita la causa 13-000115-1219-PE en la que se investiga la posible comisión de los delitos de divulgación de secretos (artículo 203 del Código Penal) y Divulgación de información confidencial (artículo 332 bis del Código Penal), en la que se investiga a una funcionaria de la policía judicial por haber suministrado a un periodista del Diario Extra, información secreta y confidencial relacionada a dos causas penales por secuestros, cuando dichos secuestros se encontraban en fase de investigación y los involucrados todavía no habían sido detenidos. Además de la autoría de tales delitos la oficial investigada pudo incurrir en la violación del artículo 27 de la Ley Orgánica del OIJ, que ordena a los funcionarios mantener secreto sobre las investigaciones que son de su conocimiento; b) La información que se analizó en relación a dos teléfonos relacionados al amparado [Nombre 012] está circunscrita a periodos cortos de tiempo en los que se pudieron dar contactos entre él y la oficial investigada, y que giran alrededor del momento en que se publicaron noticias relacionadas a los secuestros que se estaban investigando; c) No es cierto que se hayan realizado estudios de llamadas de teléfono de otros periodistas del Diario Extra; d) El hecho de que se estuviera investigando a una funcionaria de la policía judicial no impedía recopilar información relacionada a teléfonos de otras personas con el fin de ubicar indicios para demostrar la eventual comisión de los delitos investigados, ni obligaba a tener que solicitar en un primer momento información de teléfonos de funcionarios judiciales; e) Lo que se evidenció que se podía estar ante la comisión de los delitos investigados fue la publicación en el Diario Extra de información sensible (secuestros extorsivos en proceso) y que para el momento de las publicaciones no debía ser de conocimiento público; f) Producto de la investigación judicial realizada efectivamente se procedió a detener a la sospechosa, lo cual faculta el artículo 237 del Código Procesal Penal; g) Para obtener los listados de llamadas que fueron solicitados a las diferentes compañías telefónicas no se contó con una orden judicial ya que no se requería, conforme la jurisprudencia constitucional que citan. Las solicitudes fueron planteadas por oficiales de la policía judicial a los fiscales, quienes requirieron esa información a las compañías telefónicas. Se solicitó al ICE que facilitara información sobre las llamadas realizadas desde dos teléfonos celulares relacionados al amparado [Nombre 012]. A la empresa Claro que brindara información sobre las llamadas realizadas desde tres teléfonos celulares relacionados al amparado [Nombre 012], de las cuales finalmente se retiró y analizó únicamente la información de los dos teléfonos del ICE. El Ministerio Público consideró pertinente solicitar la información de los registros telefónicos del amparado Rodríguez para verificar o descartar los contactos con la funcionaria judicial investigada, lo cual de conformidad con los principios de legalidad y de libertad probatoria, es una diligencia completamente admisible, de conformidad con lo que establecen los artículos 62, 63, 68, 180, 181, 289, 290 y 291 del Código Procesal Penal; h) Es falso que la Fiscalía haya realizado actos con el fin de imponer restricciones al ejercicio de libertad de expresión y con el objetivo de conocer las fuentes de los periodistas del Diario Extra; i) En la causa contra la funcionaria, ya un juez ordenó allanamiento e impuso medidas cautelares en contra de la funcionaria judicial, por lo que se ha realizado una valoración sobre la legalidad de la prueba que existe en el expediente citado; j) El derecho a la libertad de expresión, al igual que otros derechos, no es un derecho ilimitado, conforme la normativa nacional e internacional. No es válido aprovecharse de la existencia de ese derecho para tratar de justificar la comisión de delitos como son la divulgación de secretos y la divulgación de información confidencial. Así la finalidad primaria no fue determinar la identidad de las personas que sirvieron de fuente para la difusión de noticias del Diario Extra, sino que era acceder a prueba dentro de la investigación de una causa criminal; k) Las publicaciones del Diario Extra sí pudieron en peligro a la víctimas de los secuestros y sus familiares; l) El Ministerio Público no ha realizado ninguna acción que pretenda vulnerar o que haya vulnerado la libertad de prensa. Tampoco el derecho de acceso a información pública pues el procedimiento preparatorio no es público para terceros por lo que el amparado Rodríguez no estaba legitimado para tener acceso a los expedientes de los secuestros ni para informar sobre esas investigaciones. Solicita se declare sin lugar el recurso planteado.

8.- En los procedimientos seguidos se ha observado las prescripciones legales.

Redacta el Magistrado Cruz Castro; y,

Considerando:

I.- Objeto del recurso.- Los recurrentes presentan este recurso en su condición de periodistas, por violación al Derecho a la Libertad de Expresión, Reserva de Fuentes y Acceso a la Información que cobija a los comunicadores. Lo anterior debido a que a partir del 01 de noviembre de 2012 y hasta fecha aún indeterminada, periodistas del Diario Extra (particularmente [Nombre 012]), fueron víctimas de rastreo de sus llamadas telefónicas. Todo ello sin que mediara autorización judicial, dado que la orden fue dada por la Fiscalía Adjunta contra Crimen Organizado y fue ejecutada y solicitada por el Organismo de Investigación Judicial, dependencia del Poder Judicial. Indican que no existe norma con rango de Ley que autorice el rastreo del teléfono de un comunicador y, mucho menos, existe una ley que permita a los recurridos rastrear las llamadas de los periodistas, a fin de detectar quiénes son sus fuentes, para posteriormente, encausar a los funcionarios públicos por divulgar secretos. Como agravante de la situación mencionan que, una funcionaria judicial fue detenida, está suspendida laboralmente y encausada penalmente; y además el periodista mencionado no puede ejercer el periodismo pues ha sido estigmatizado entre sus informantes.

II.- Sobre las coadyuvancias presentadas.- La coadyuvancia es una forma de intervención adhesiva que se da cuando una persona actúa en un proceso adhiriéndose a las pretensiones de alguna de las partes principales, como consecuencia está legitimado para actuar como coadyuvante quien ostente un interés directo en el resultado del recurso, pero al no ser actor principal, el coadyuvante no resultará directamente afectado por la sentencia, es decir, la eficacia de ésta no podrá alcanzarle de

manera directa e inmediata, ni le afecta la condición de cosa juzgada del pronunciamiento, aunque pueda favorecerle la eficacia de lo resuelto, debido al carácter de "erga omnes" que tiene la jurisprudencia y precedentes de la jurisdicción constitucional (artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional). En este caso, la Sala procede a admitir la coadyuvancia activa presentada por ALEJANDRO DELGADO FAITH, en su calidad de Presidente de la Asociación denominada Instituto de Prensa y Libertad de Expresión, IPLEX. Sin embargo, en cuanto a la coadyuvancia pasiva, presentada por JAIME GARCIA GONZALEZ, en su calidad de víctima de secuestro, a favor de las actuaciones de los recurridos, por tratarse, más que de una coadyuvancia, de manifestaciones que sólo pueden comprobarse en el ámbito de la legalidad cuando indica que *“se afectó y puso en peligro el resultado exitoso de la investigación que en aquel momento se estaba llevando a cabo, dándole la oportunidad y ventaja a los presuntos responsables de su secuestro.”* Corresponde su desestimatoria, tal como en efecto se hace.

III.- Hechos probados.- De importancia para la decisión de este asunto, se estiman como debidamente demostrados los siguientes hechos, sea porque así han sido acreditados o bien porque el recurrido haya omitido referirse a ellos según lo prevenido en el auto inicial:

- a) Que luego de lo ocurrido en dos casos por secuestro extorsivo que se tramita en Fiscalía Adjunta contra la Delincuencia Organizada, en los cuales se detectó fuga de información confidencial, los recurridos dispusieron la apertura de una investigación para corroborarla o descartarla (ver informe de la Fiscalía Adjunta contra la Delincuencia Organizada).
- b) Que, en virtud de lo anterior, en la Fiscalía Adjunta contra la Delincuencia Organizada se tramita la causa 13-000115-1219-PE que es investigación por la posible comisión de los delitos de divulgación de secretos (artículo 203 del Código Penal) y Divulgación de información confidencial (332 bis del Código Penal), en la que se investiga a una funcionaria de la policía judicial por haber suministrado a un periodista del Diario Extra, información secreta y confidencial relacionada a dos causas penales por secuestros, cuando dichos secuestros se encontraban en fase de investigación y los involucrados todavía no habían sido detenidos (ver informe del Fiscal general y la Fiscalía Adjunta).
- c) Que la investigación inició con la solicitud de los registros telefónicos de [Nombre 012], solicitando los nombres de los abonados de servicios telefónicos que tuvieron contacto con [Nombre 012] durante el curso de las investigaciones de los secuestros (ver informe de la Fiscalía Adjunta contra la Delincuencia Organizada).
- d) Que la investigación no inició con los funcionarios judiciales que podían ser sospechosos (ver informe del Fiscal General).
- e) Que el objetivo de la investigación en el caso no ha sido nunca el periodista. Que el estudio de sus registros telefónicos fue un medio de prueba para detectar al funcionario judicial (ver informe de la Fiscalía Adjunta contra la Delincuencia Organizada).
- f) Que se requirió información a varias compañías telefónicas, respecto de teléfonos vinculados al periodista, relativa a abonados de servicios, registros telefónicos de llamadas entrantes, salientes, duración de contactos, etc, y en fechas específicas que contemplaron el curso de los eventos de los secuestros (ver informe de la Fiscalía Adjunta contra la Delincuencia Organizada).
- g) Que las solicitudes de registro fueron planteadas por oficiales de la policía judicial a los fiscales, quienes requirieron esa información a las compañías telefónicas. Que se solicitó al ICE que facilitara información sobre las llamadas realizadas desde dos teléfonos celulares relacionados al amparado [Nombre 012]. A la empresa Claro que brindara información sobre las llamadas realizadas desde tres teléfonos celulares relacionados al amparado [Nombre 012], de las cuales finalmente se retiró y analizó únicamente la información de los dos teléfonos del ICE (ver informe del Fiscal General).
- h) Que sobre dos líneas telefónicas se solicitaron y analizaron los rastreos telefónicos entre el 01 y 08 de marzo. Que respecto de otra línea telefónica primero entre el 01 y 08 de marzo y luego entre el mes de mayo y el 11 de junio. Todos del año 2013 (ver informe de la Fiscalía Adjunta contra la Delincuencia Organizada).
- i) Que no se hicieron análisis de registros telefónicos de otros funcionarios de Diario Extra o teléfonos ligados a esta empresa (ver informe de la Fiscalía Adjunta contra la Delincuencia Organizada).
- j) Que una vez con elementos que señalaban a la sospechosa como autora de los delitos investigados, se solicitó al Juzgado una orden de allanamiento, registro, secuestro y examen de documentos probados, de la oficina, escritorio y casillero de la sospechosa a fin de buscar otros elementos de convicción de interés para el caso. Solicitud que fue acogida por el despacho señalado, el cual emitió una orden mediante resolución de las 14:50 horas del 13 de diciembre del 2013, la cual se ejecutó a las 09:04 horas del 16 de diciembre del 2013, diligencia en que se decomisó el teléfono celular de la investigada, su computadora, un dispositivo USB y prueba documental. Posteriormente la imputada fue detenida, indagada en la Fiscalía y el Juzgado Penal, como medidas cautelares le prohibió acercarse a su lugar de trabajo, prohibición de tener contacto con los testigos de la causa, suspensión del cargo con goce de salario, todo por el lapso de tres meses. Medidas que quedaron en firme (ver informe de la Fiscalía Adjunta contra la Delincuencia Organizada).
- k) Que la imputada en la causa es oficial del OIJ, destacada en la sección de delitos varios, oficina a la que por competencia material le corresponde la investigación de los delitos de secuestro extorsivo. Dicha funcionaria formó parte de los equipos de investigación de los secuestros extorsivos identificados con el número 13-000100-1219-PE y 13-009423-0042-PE, en ambos el grupo familiar ingresó al programa de protección de la oficina de atención y protección de víctimas y testigos del Ministerio Público, hecho de conocimiento de los oficiales y en particular de la sospechosa (ver informe de la Fiscalía Adjunta contra la Delincuencia Organizada).

IV.- Hechos no probados. No se estiman demostrados los siguientes hechos de relevancia para esta resolución:

- a) Que el Ministerio Público hubiera ordenado el rastreo o listado de abonados de llamadas telefónicas de todos los periodistas del Diario Extra.
- b) Que el rastreo de llamadas telefónicas haya sido por el plazo de diez meses o que se extendiera desde el 01 de noviembre del 2012.

- c) Que el periodista [Nombre 012] estuviera siendo investigado por tener algún grado de participación en la causa 13-000115-1219-PE que es investigación por la posible comisión de los delitos de divulgación de secretos (artículo 203 del Código Penal) y Divulgación de información confidencial (332 bis del Código Penal).
- d) Que el rastreo se hiciera con el fin de intimidar al periodista o invisibilizar hechos de corrupción.
- e) Que el rastreo se hiciera con el fin de amenazar a funcionarios judiciales o impedir que transmitieran información de orden público.
- f) Que la detención de la señora Fonseca Vindas se diera con el fin de intimidar.

V.- Sobre el fondo.- Como se observa del escrito de interposición, los recurrentes denuncian el hecho de que la Fiscalía ordenara y el OIJ ejecutara, rastreo de llamadas telefónicas de periodistas del Diario Extra (especialmente de [Nombre 012]), básicamente porque consideran que para ello debió mediar una autorización judicial y porque no existe una ley que permita a los recurridos rastrear las llamadas de los periodistas. Todo lo cual consideran viola los derechos fundamentales de libertad de expresión y reserva de fuentes, y acceso a información. Ahora bien, antes de proceder al examen de dichos alegatos, esta Sala resalta los siguientes hechos probados: que luego de lo ocurrido en dos casos por secuestro extorsivo que se tramita en Fiscalía Adjunta contra la Delincuencia Organizada (aparente fuga de información confidencial), esa misma Fiscalía dispuso la apertura de una investigación; que dicha investigación se tramitó bajo la causa número 13-000115-1219-PE por la posible comisión de los delitos de divulgación de secretos (artículo 203 del Código Penal) y Divulgación de información confidencial (332 bis del Código Penal) de parte de un funcionario judicial; que pese a que la investigación se dirigía contra funcionarios judiciales y no contra un periodista, esta inició con la solicitud, de parte de la Fiscalía al OIJ, de los registros telefónicos del periodista [Nombre 012]; que para ello se requirió información a varias compañías telefónicas, respecto de teléfonos vinculados al periodista, relativa a abonados de servicios, registros telefónicos de llamadas entrantes, salientes, duración de contactos, etc. y en fechas específicas (entre marzo, mayo y junio del 2013) que contemplaron el curso de los eventos de los secuestros; y que una vez con elementos que señalaban a la sospechosa como autora de los delitos investigados, se solicitó al Juzgado una orden de allanamiento, registro, secuestro y examen de documentos probados, posteriormente la imputada fue detenida, indagada en la Fiscalía y el Juzgado Penal, como medidas cautelares le prohibió acercarse a su lugar de trabajo, prohibición de tener contacto con los testigos de la causa, suspensión del cargo con goce de salario, todo por el lapso de tres meses. Medidas que quedaron en firme. De todo lo cual queda plenamente demostrado que es cierto que la Fiscalía ordenó y el OIJ ejecutó el rastreo de llamadas de un periodista, como medio para lograr identificar al funcionario judicial objeto de la causa 13-000115-1219-PE (seguida por la posible comisión de los delitos de divulgación de secretos, artículo 203 del Código Penal y Divulgación de información confidencial, 332 bis del Código Penal), y que para ello no se contó con una orden o autorización judicial. Siendo poco relevante el hecho de que el plazo durante el cual se realizó el rastreo, no fuera de diez meses –como dicen los recurridos– sino de algunos días, pues a los efectos de análisis que se realizará es suficiente que el rastreo se comprobara. Ahora bien, respecto de tales hechos, son dos las cuestiones que corresponde examinar a esta Sala, *por un lado*, la potestad de realizar rastreo de llamadas de parte del Ministerio Público y el Organismo de Investigación Judicial, y si el hecho de no contar con autorización judicial para ello, y que el rastreo haya sido a un tercero ajeno a la investigación, si tales actos, en algún modo, violan el artículo 24 Constitucional, el cual consagra y regula el derecho al secreto de las comunicaciones. *Por otro lado*, es importante determinar si el hecho que ese tercero sea un periodista, implica que el rastreo de sus llamadas sea una violación de la libertad de expresión y secreto de las fuentes. Cada uno de estos aspectos se analiza por separado.

VI.- Sobre el rastreo de llamadas telefónicas sin orden judicial y el principio de proporcionalidad.- Lo primero que se debe resaltar es que, en efecto, esta Sala ha hecho en oportunidades anteriores, una distinción entre el rastreo telefónico y la intervención telefónica. Exigiéndose la orden judicial únicamente para esta última. Conforme se estableció mediante el voto número 2007-017097 de las nueve horas y veintinueve minutos del veintitrés de noviembre del dos mil siete, esta Sala ha sostenido reiteradamente que el rastreo de llamadas y la intervención telefónica son figuras diferentes, en tanto la última está protegida por el artículo 24 de la Constitución Política y sólo puede ser autorizada por juez competente en los casos que taxativamente prevé la ley respectiva, la primera no está sometida a dichas restricciones y no viola el contenido del citado artículo constitucional, por lo que bien puede ser ordenada por el Ministerio Público, claro está, si estamos frente a la investigación de un ilícito penal. En este sentido, en sentencia número 9421-02 de las dieciséis horas con ocho minutos del veintiséis de setiembre del dos mil dos, la Sala expresó:

*“II.- Por otra parte, se le debe indicar al recurrente que, mediante resolución número 3195-95 de las quince horas doce minutos del veinte de junio de mil novecientos noventa y cinco, esta Sala estableció que "... la doctrina es conteste en señalar que el procedimiento de intervención telefónica implica el registro y la escucha, es decir, la imposición del contenido o la posibilidad de imponerse de contenido de las llamadas registradas mediante la intervención misma. El tema ha sido discutido sobre todo por la doctrina española, a partir de la necesaria distinción que ha de hacerse entre los términos "intervención" y "observación" telefónica contenidos en los incisos 2 y 3 del artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, respectivamente y con el fin de delimitar el alcance de la autorización que conceden esos incisos para incidirse en la cuales números telefónicos se ha establecido comunicación desde ese teléfono en los meses anteriores, ello con la finalidad de establecer un cuadro de relaciones que permita establecer los posibles vínculos formados con ocasión del delito que se investiga, por lo que no se aprecia la violación de derechos fundamentales alegada en este recurso toda vez que en ningún momento se tuvo acceso al contenido de las llamadas hechas o recibidas.”*

inviolabilidad de las comunicaciones orales. Así, claramente se ha diferenciado entre ambos conceptos, estableciéndose que la intervención supone apoderarse del contenido de las conversaciones telefónicas, poder llegar a conocerlas. Por su parte, el termino "observación" ha de reducirse a poder tomar conocimiento del destino de la comunicación, del número telefónico del receptor de la comunicación, al menos del titular, pero no permite el conocimiento del contenido, el cual debe permanecer

secreto. Estas conclusiones son perfectamente trasladables a nuestro medio, distinguiéndose tanto desde el punto de vista conceptual, como del punto de vista técnico, entre la intervención telefónica, que implica la grabación y la imposición eventual del contenido de las llamadas registradas y el procedimiento de "rastreo" telefónico, procedimiento mediante el cual es posible identificar los números telefónicos de los cuales procede una llamada o a los cuales se dirige la comunicación, sin posibilidad alguna de imponerse del contenido de las llamadas."

Ahora bien, en el caso en estudio, se observa que la parte recurrida ordenó el rastreo de las llamadas enviadas y recibidas desde el teléfono celular del recurrente, con el objeto de determinar no solo quien es el propietario de dicha línea telefónica sino también con que personas o con

Ahora bien, si bien es cierto se ha admitido el rastreo de llamadas telefónicas en casos de investigación de ilícitos penales (nunca en casos de sanciones administrativas), sin necesidad de orden judicial, es lo cierto que dicho rastreo, por parte del Ministerio Público, no puede operar libremente, sino que debe sujetarse también al principio de proporcionalidad. Aunque la intervención telefónica está sometida a varias limitaciones, por ser evidentemente más gravosa que un rastreo telefónico, es lo cierto que también se pueden aplicar algunas de esas limitaciones para el rastreo, como lo es el principio de proporcionalidad. La Constitución Política, en su artículo 24, establece que sólo por orden jurisdiccional resulta legítima la intervención de cualquier tipo de comunicación, cuando sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos penales sometidos a su conocimiento. Por ejemplo en la sentencia 1571-96 de las 12:36 horas del veintinueve de marzo de mil novecientos noventa y seis (en el mismo sentido que la sentencia No.6378-95 de 22 de noviembre de 1995 y que luego es retomada en la resolución número 2007-003890 de las quince horas y cincuenta y un minutos del veinte de marzo de dos mil siete) se dijo:

"en el numeral 24 según el cual, la intervención de las comunicaciones sólo podrá ser decretada para la investigación de delitos, y en segundo lugar, se lesiona el principio de proporcionalidad al utilizarse el resultado obtenido en perjuicio de un tercero no destinatario de la orden judicial y para fines disciplinarios, lo que, obviamente, no guarda la más mínima relación con la lesión implícita a un derecho fundamental, por más importantes que se estimen los principios de corrección en el desempeño de la función pública y especialmente en la Administración de Justicia. Debe entenderse que, de la medida de intervención telefónica que necesariamente conlleva la intromisión en un derecho fundamental, no puede derivarse jamás, en forma antojadiza, cualquier efecto, puesto que ello haría nugatorias las exigencias constitucionales establecidas en el artículo 24 de la Carta Fundamental y a la vez, porque con el pretexto de investigar un delito de los contemplados en el artículo 8 de la Ley de Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones, se podría encubrir, en realidad, cualquier investigación policial paralela, a partir de la cual se pueden derivar cualquier clase de efectos que, en definitiva, irían en detrimento de la garantía constitucionalmente establecida. Por esa misma razón, el artículo 24 constitucional establece que existirán sanciones y responsabilidad para los funcionarios que apliquen ilegalmente la excepción bajo la cual se permite la intervención de las comunicaciones y de igual manera, en el párrafo final de ese artículo se indica que, "... la información obtenida como resultado de la intervención ilegal de cualquier comunicación, no producirá efectos legales." De igual manera, el artículo 28 de la Ley de Marras establece:

Art. 28: Los resultados de la intervención de las comunicaciones orales o escritas no podrán ser utilizados para ningún propósito distinto del que motivó la medida.

De este modo, puede concluirse que es violatorio del derecho a la intimidad, el utilizar el resultado obtenido en intervenciones telefónicas autorizadas para la investigación de un delito, como fuente de prueba en un procedimiento disciplinario, de modo tal que la violación ocasionada en el caso concreto, implica necesariamente, la declaratoria con lugar del presente recurso de amparo, ordenando a los recurridos que en un futuro, deberán de abstenerse de incluir las transcripciones de intervenciones telefónicas efectuadas en una causa penal, como medio probatorio directo o indirecto para procedimientos como los desarrollados en el caso concreto. (subrayado no corresponde al original).

En un sentido similar se puede indicar que, el rastreo telefónico en este caso, sí podía ordenarlo el Ministerio Público, sin necesidad de una orden judicial, si de la investigación de un ilícito penal se trata, PERO únicamente a los sujetos sospechosos y NUNCA a un tercero ajeno a la investigación, so pena de violar el derecho a la intimidad de este último. Situación que se ve agravada, en este caso, porque ese tercero resultó ser además un periodista, y como se verá en el considerando siguiente, tutelado por la libertad de expresión y el derecho de secreto de sus fuentes. Por lo tanto, debe quedar claro que, esta Sala no está mermando en modo alguno la potestad del Ministerio Público de realizar rastreos telefónicos (nótese que son rastreos y no intervenciones), sin necesidad de contar con una orden judicial, sino que lo único que esta Sala está indicando es que para poder ejercer tal potestad se debe sujetar al principio de proporcionalidad, el cual implica en este caso, que el rastreo puede ordenarse respecto de sujetos investigados o sospechosos de un ilícito penal, pero NO de terceros ajenos a la investigación. Nótese como los recurridos admiten que siguieron el camino de rastreos del periodista [Nombre 012] porque era lo más fácil, cuando indican: "Los registros telefónicos se iniciaron con [Nombre 012] y no con los funcionarios judiciales que podían ser sospechosos de la fuga de la información, guiados por el sentido común,... y no con los registros telefónicos de decenas de funcionarios que tenían relación con las investigaciones y pudieran filtrar los datos, esto último resultaría muchísimo más trabajoso, menos eficiente y mucho menos asertivo, que hacerlo de la forma en que se hizo." (ver informe de la Fiscalía Adjunta, folio 12-13). Sin embargo, el respeto a la constitucionalidad y la tutela de los derechos fundamentales no siempre coincide con el camino más fácil o que ignore ciertas limitaciones infranqueables. Bien pudieron los recurridos proceder, aunque fuera menos eficiente y tardara más tiempo, proceder con el rastreo telefónico de los funcionarios judiciales sospechosos, y no optar, como lo hicieron, con el rastreo telefónico de un sujeto ajeno a la investigación. Nótese que los recurridos, finalmente se impusieron del conocimiento de TODAS las llamadas entrantes y salientes de varios teléfonos, no sólo de un tercero ajeno a la investigación, sino de muchos

otros terceros que tampoco tenían relación alguna con la investigación. En conclusión, aunque pudiera efectivamente el Ministerio Público proceder con una investigación para dar con el o los funcionarios judiciales que podrían estar divulgando información confidencial, y aunque pudiera efectivamente ordenar el rastreo de llamadas telefónicas sin orden judicial, el hecho que dicho rastreo se haya llevado a cabo a los teléfonos de un tercero, ajeno a la investigación, viola el principio de proporcionalidad que opera como límite para el rastreo telefónico, y con ello, se violó el derecho a la intimidad del tercero.

VII.- En general sobre el secreto de las fuentes en periodismo.- Tal como se mencionó en el considerando anterior, el tercero al cual se le rastrearon sus llamadas telefónicas, no sólo era un sujeto ajeno a la investigación sino además, periodista. Por ello, además de la violación constatada a su derecho a la intimidad, se procederá a examinar si los hechos descritos implicaron una violación de la libertad de expresión y secreto de las fuentes. Sobre el secreto de las fuentes de información, esta Sala mediante el voto número 2008-007548 de las diecisiete y treinta y siete horas del treinta de abril de dos mil ocho, estableció lo siguiente:

“IV.- SECRETO DE LAS FUENTES DE INFORMACIÓN: DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS PERIODISTAS. Del contenido esencial del derecho a la información (artículos 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) cabe extraer el derecho al secreto de los periodistas, concretamente, de sus fuentes de información, de modo que es un derecho de naturaleza instrumental -lo que no le resta la sustantividad propia- para la plena efectividad del derecho a difundir y recibir información. El secreto de las fuentes es, entonces, condición indispensable o esencial para ejercer el derecho a la información. Este secreto tiene, adicionalmente, la condición de ser una garantía institucional, en cuanto garantiza el derecho a la información, el cual, a su vez, tiene por fin crear una opinión pública libre y fomentar el pluralismo democrático. El reconocimiento de este derecho fundamental a los periodistas, esto es, a los que en forma habitual o regular se dedican a informar, no constituye un privilegio injustificado, sino, como se indicó, una condición sine qua non para garantizar la libertad de información y, por ende, la formación de una opinión pública libre y del pluralismo democrático. El derecho fundamental al secreto de las fuentes que poseen los periodistas, puede ser definido como la facultad de no revelar las fuentes de la noticia, tanto a la empresa informativa para la que labora, a terceros o a las autoridades y poderes públicos, de manera que tiene una proyección y una eficacia erga omnes. El secreto del informador, singularmente, lo faculta para negarse a revelar sus fuentes de información, con lo que el periodista puede preservar la confidencialidad de sus fuentes de información, lo que supone para estas últimas el derecho a permanecer en el anonimato para protegerlas de publicidad no deseada que puede implicarles represalias o molestias innecesarias por ser conocida su identidad, evitándose, así, que su voluntad de suministrar información de interés general y relevancia pública venga a menos y logrando que la información fluya y circule expeditamente. El secreto de los informadores, no puede ser equiparado al secreto clásico de las personas que ejercen una profesión liberal, por cuanto este último tiene, preponderantemente, la naturaleza de un simple deber ético y, en ocasiones, jurídico. En efecto, el secreto inherente a las profesiones liberales, se configura como un deber ético o jurídico del que pueden surgir una serie de facultades subjetivas frente a los poderes públicos, adicionalmente opera como un límite a las libertades de expresión y de información -obligación de guardar silencio sobre temas reservados o atinentes a la esfera de intimidad de sus clientes-. El bien jurídico tutelado lo constituye, en ese caso, la intimidad como derecho de la personalidad y las relaciones de confianza profesional-cliente, en virtud de una confidencia necesaria -por virtud de la consulta- que tienen asidero en valores constitucionales tales como la seguridad y la certeza. Este secreto surge respecto de los hechos y circunstancias que el profesional liberal conoce de su cliente en virtud del ejercicio de su profesión. El secreto de los periodistas, a diferencia del secreto de quienes ejercen una profesión liberal, se configura como un derecho fundamental que, adicionalmente, es garantía institucional de los derechos informativos en una sociedad pluralista y democrática. El secreto del informador tiene un ámbito o radio de protección mucho más amplio, por cuanto, no tiene por fin tutelar la relación o vínculo de confianza entre la fuente de información y el informador -en la mayoría de las ocasiones inexistente- o la esfera de intimidad del informante, sino el derecho a la información -darla y recibirla-. En el secreto del informador su objeto no es el contenido de la información que constituye la noticia de la que se impone éste, por cuanto, el fin es publicarla o difundirla, consecuentemente no existe secreto sobre la noticia sino -y ese es el contenido del derecho fundamental de marras- sobre la identidad del informante y cualquier otro dato -documentos en cualquier soporte, notas, grabaciones, filmaciones, etc.- o circunstancia que pueda contribuir a su identificación o descubrimiento. El secreto de las fuentes de información no protege al informador o al informante sino al conglomerado social que es titular del derecho a recibir información, de modo que es garante de una prensa libre, responsable e independiente. Importa señalar que la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión emitida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 108º período ordinario de sesiones celebrado en el mes de octubre del año 2000, protege el derecho bajo estudio, al disponer, en el principio 8º, lo siguiente: “(...) Todo comunicador social tiene derecho a la reserva de sus fuentes de información, apuntes y archivos personales y profesionales (...)”. Finalmente, cabe agregar que el derecho fundamental de marras, como cualquier otro, tiene una serie de límites intrínsecos y extrínsecos, por lo que como todo derecho es relativo y no absoluto.

V.- REDACTA EL MAGISTRADO CRUZ CASTRO. LIMITE DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA RESERVA DE LAS FUENTES FRENTE AL JUEZ PENAL. La mayoría de este Tribunal Constitucional estima que frente a la jurisdicción penal, eventualmente y en determinados supuestos, el secreto de las fuentes debe ceder, en aras de la averiguación de los delitos y la garantía de ciertos derechos fundamentales. No existe una limitación absoluta frente al secreto de las fuentes de información del comunicador. La trascendencia de otros derechos y valores constitucionales podrían requerir una solución equilibrada entre el respeto al secreto de las fuentes del periodista y las necesidades que impone una administración de justicia eficaz. Las circunstancias y situaciones en que el secreto de las fuentes debe ceder ante las necesidades que impone la investigación de un hecho delictivo, se irán definiendo casuísticamente por este Tribunal Constitucional.”

De lo cual se puede extraer las siguientes conclusiones:

- El derecho al secreto a las fuentes de información de los periodistas, ha sido reconocido, además de la jurisprudencia constitucional, por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos cuando indica que “ Todo comunicador social tiene derecho a la reserva de sus fuentes de información, apuntes y archivos personales y profesionales.”.
- Tal derecho deriva del derecho a la información, es más, se constituye en una condición para ejercer el derecho a la información.
- Este derecho no constituye un privilegio injustificado a los periodistas, sino una condición sine qua non para garantizar la libertad de información y, por ende, la formación de una opinión pública libre y del pluralismo democrático.
- Este derecho puede ser definido como la facultad de no revelar las fuentes de la noticia, tanto a la empresa informativa para la que labora, a terceros o a las autoridades y poderes públicos, de manera que tiene una proyección y una eficacia erga omnes.
- Finalmente, este derecho en realidad no protege al informador o al informante sino al conglomerado social que es titular del derecho a recibir información, de modo que es garante de una prensa libre, responsable e independiente.
- Por lo demás, como cualquier otro derecho fundamental, no se trata de un derecho absoluto, sino que también puede estar sujeto a limitaciones, establecidas por el legislador o por el juez penal. Siendo, estas últimas limitaciones examinadas casuísticamente por este Tribunal Constitucional.

Establecido lo anterior, ya puede esta Sala proceder a examinar si el rastreo de llamadas al periodista [Nombre 012] constituyó, además de una violación a su derecho a la intimidad, una violación al derecho de secreto de las fuentes de información de los periodistas. Lo primero que debe indicarse es que, con el rastreo telefónico ordenado (para identificar al funcionario judicial que supuestamente había revelado información confidencial, y por tanto, había incurrido en varios delitos penales), los recurridos se impusieron del conocimiento de las fuentes del periodista en cuestión. Lógicamente ello fue así porque, con el rastreo de llamadas entrantes y salientes, además de lograr identificar al supuesto funcionario judicial, tuvieron acceso y conocimiento a los números telefónicos de las personas que llamaron y las personas que fueron llamadas por el periodista. Lo cual, a todas luces, constituyó una violación al secreto de las fuentes. Distinto hubiera sido el caso si la investigación penal se dirigiera en contra del periodista (nótese que en este caso no se probó que el periodista [Nombre 012] estuviera siendo investigado por tener algún grado de participación en la causa 13-000115-1219-PE), y por razones que sólo se pueden fundamentar en el proceso penal, un juez penal ordenara tal rastreo, pues en este caso, una vez analizado el delito en cuestión y las razones de hecho y de derecho, podría estarse frente a una limitación válida al derecho al secreto de las fuentes –que como se dijo supra- no es un derecho absoluto. Sin embargo, en este caso, ni el periodista era investigado, ni estaba siendo objeto de un proceso penal, ni tampoco medió resolución judicial válida que pudiera justificar levantar el secreto de las fuentes periodísticas, que fue lo que “de hecho” –y no “de derecho”- ocurrió en este caso. Ciertamente el rastreo a los teléfonos del periodista tuvo por finalidad determinar la identidad de las personas que sirvieron de fuente para la difusión de una serie de noticias, para luego de ello verificar si alguna de esas “fuentes” era un funcionario judicial, y por esa sola condición, poder ser objeto de un proceso penal. En realidad, cualquier persona, incluido un funcionario judicial, podría ser una “fuente periodística”. Aunque, claro está, ello no significa que dicho funcionario judicial no pueda ser objeto de una investigación por revelar información confidencial o que no debe propalar. Sin embargo, para proceder con tal procesamiento, no puede válidamente levantarse el secreto de las fuentes periodísticas, salvo que el periodista también sea imputado en algún delito, y un juez penal así lo determine. En otras palabras, aunque un funcionario público pueda adquirir la condición de “fuente periodística”, ello no lo exime, si se determina por medios válidos, de las correspondientes responsabilidades en que incurra con sus acciones. Para sancionar a A (funcionario judicial), no se puede violar el derecho de intimidad de B (un tercero), y menos aún cuando se trata de un periodista por cuanto, si la violación a su derecho a la intimidad se relacionó con imponerse del conocimiento de sus fuentes periodísticas, por medio de un rastreo telefónico, se está en presencia además de una violación al secreto de las fuentes de información de un periodista. Pero sí se podría sancionar a A (funcionario judicial) si por medios válidos se logra determinar que pudo incurrir en la divulgación de información confidencial. Nótese que, conforme el mencionado principio de libertad de prueba que mencionan los recurridos, ciertamente existen varios medios de prueba para lograr identificar al posible responsable de un delito. Sin embargo, pese a todo ese abanico de posibilidades de medios de prueba, los recurridos acudieron al más gravoso (imponerse del rastreo de llamadas de un tercero ajeno, que además resultó ser periodista), por ser, en palabras de los recurridos, el de menor complejidad. Nótese la relación tan estrecha que existe ente el pluralismo democrático y la libertad de información. Cercenar esta última es en el fondo, un debilitamiento del sistema democrático. El conglomerado social tiene derecho a recibir información plural, y el hecho de que una autoridad se haya impuesto del conocimiento de las fuentes periodísticas, de manera inválida, evidentemente conlleva un perjuicio para la labor que desarrolla el periodista, y en última instancia la sociedad que tiene derecho a recibir información. En este sentido, nótese que estas afirmaciones la hace esta Sala de forma general, y en modo alguno significa que se está afirmando que la publicación concreta en cuestión era de interés público o que no se pudiera haber causado un daño a algunas personas, todos esos aspectos referidos a la responsabilidad concreta del periodista, y del funcionario judicial, si fuere el caso, pueden ser planteadas y examinadas en la vía judicial ordinaria, y esta Sala omite pronunciamiento al respecto, por carecer de competencia para ello. Así entonces, pese a todo lo dicho, debe quedar claro que esta Sala no está estableciendo que un periodista o un funcionario judicial tengan inmunidad, ni que el primero no pueda resultar responsable por causar daños por la publicación de una información, ni que el segundo no pueda resultar responsable por divulgar información que está llamado a guardar. Lo único que está estableciendo esta Sala es que el medio empleado (rastreo de llamadas a un tercero ajeno, que además resultó ser periodista) para establecer responsabilidades, no fue el adecuado, pues violentó el derecho a la intimidad y el derecho al secreto de las fuentes. Tampoco esta Sala está cambiando de criterio ni estableciendo que se requiera de una orden judicial para que el Ministerio Público pueda ordenar rastrear telefónicos en una investigación. Lo único que se está estableciendo al respecto es que, el rastreo telefónico que se ordene tiene que darse en el contexto de una

investigación penal, respetar el principio de proporcionalidad (y no ordenar al rastreo de un tercero ajeno a la investigación) y por supuesto el resto de derechos fundamentales, como lo son, el derecho de intimidad y el derecho al secreto de las fuentes periodísticas.

VIII.- Conclusiones.- 1) Aunque pudiera efectivamente el Ministerio Público proceder con una investigación para dar con el o los funcionarios judiciales que podrían estar divulgando información confidencial, y aunque pudiera efectivamente ordenar el rastreo de llamadas telefónicas sin orden judicial, el hecho de que dicho rastreo se haya llevado a cabo a los teléfonos de un tercero, ajeno a la investigación, violó el principio de proporcionalidad que opera como límite para el rastreo telefónico, y con ello, se violó el derecho a la intimidad del tercero. 2) Dado que ni el periodista era investigado, ni estaba siendo objeto de un proceso penal, ni tampoco medió resolución judicial válida que pudiera justificar levantar el secreto de las fuentes periodísticas; y dado que el rastreo se dio a los teléfonos del periodista con la finalidad de determinar la identidad de las personas que sirvieron de fuente para la difusión de una serie de noticias (aunque ello haya sido solo el medio empleado para procesar a un funcionario judicial) se constató, además de la violación al derecho a la intimidad del periodista, la violación al derecho del secreto de las fuentes periodísticas. 3) No es competencia de la Sala descender al examen del caso concreto para verificar la prueba que consta en el expediente judicial que se lleva en contra de la funcionaria judicial. Esa tarea debe dejarse en manos del juzgador ordinario. Máxime que se trata de un caso delicado, y en el que pueden existir otro elenco probatorio adicional que permita mantenerla como imputada. Sobre lo único que esta Sala emite pronunciamiento es sobre el hecho de que en el caso del rastreo de llamadas a teléfonos del periodista en cuestión, se violentó su derecho a la intimidad y su derecho al secreto de las fuentes periodísticas, y procede a anular la prueba así recabada, pero ello no significa que esta Sala esté emitiendo criterio alguno sobre el proceso penal que se lleva a cabo en contra de la funcionaria judicial, el cual seguirá su curso normal, únicamente prescindiendo de la prueba lograda inconstitucionalmente. 4) Esta declaratoria es parcialmente con lugar de este recurso. Sin lugar pues no se desdice la competencia del Ministerio Público a ordenar rastreos telefónicos sin orden judicial; y sin lugar respecto del resto de amparados, pues únicamente se logró comprobar el rastreo telefónico del periodista [Nombre 012] y no de todos los periodistas del Diario Extra. Con lugar en cuanto se demostró la violación del derecho a la intimidad y del derecho al secreto de las fuentes periodísticas, del periodista [Nombre 012]. 5) Los efectos de esta declaratoria son, no sólo anulan todos los rastreos de las llamadas telefónicas entrantes y salientes efectuados o vinculados con el periodista [Nombre 012], sino, conforme lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la prevención a las autoridades recurridas de no volver a incurrir en los actos u omisiones que dieron mérito para acoger este recurso, bajo apercibimiento de cometer el delito sancionado en el artículo 71 de la citada ley de rito, así como condenar al Estado al pago de las costas, daños y perjuicios ocasionados.

Por tanto:

Se declara PARCIALMENTE CON LUGAR el recurso únicamente por violación al derecho a la intimidad y al secreto de las fuentes del periodista [Nombre 012]. En consecuencia: 1) Se anulan todos los rastreos de las llamadas telefónicas entrantes y salientes efectuados o vinculados con el periodista [Nombre 012]. 2) Se previene a las autoridades recurridas, conforme lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, no volver a incurrir en los actos u omisiones que dieron mérito para acoger este recurso. Todo lo anterior, bajo apercibimiento de que podría incurrir en el delito tipificado en el artículo 71 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, el cual dispone que se impondrá prisión de tres meses a dos años, o de veinte a sesenta días multa, a quien recibiere una orden que deba cumplir o hacer cumplir, dictada en un recurso de amparo y no la cumpliera o no la hiciera cumplir, siempre que el delito no esté más gravemente penado. Se condena al Estado al pago de las costas, daños y perjuicios causados con los hechos que sirven de base a esta declaratoria, los que se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo. Comuníquese y notifíquese a todas las partes.-

Ponen notas separadas los Magistrados Armijo, Rueda, Castillo y Hernández. El Magistrado Jinesta Lobo declara parcialmente con lugar el recurso por razones diferentes que son, esencialmente, las siguientes: Los "rastros telefónicos" respecto de los periodistas o de quienes se dedican de manera habitual o regular a informar al público o a la opinión pública, violenta, siempre, el derecho fundamental al secreto de las fuentes de información reconocido por esta Sala Constitucional en el Voto No.7548-2008, asimismo estimo que los "rastros telefónicos", respecto de los periodistas o de quienes se dedican de modo habitual o regular a informar al público, resultan total, absoluta y radicalmente inconstitucionales, en cuanto revelan las fuentes de información del mismo, de modo que no pueden ser siquiera ordenados por un Juez. Respecto de la funcionaria judicial, que fue fuente de información del periodista los rastreos deben ser, también, anulados, por cuanto, tampoco admito, bajo ningún concepto, el "rastreo telefónico" respecto de las personas que son fuente de información de un periodista o de persona que se dedica de manera habitual o regular a informar al público. Gilbert Armijo S.

#### RAZONES DIFERENTES DEL MAGISTRADO JINESTA LOBO

Si bien coincido, plenamente, con lo ordenado y dispuesto en la parte dispositiva de la sentencia, estimo que los "rastros telefónicos" respecto de los periodistas o de quienes se dedican de manera habitual o regular a informar al público o a la opinión pública, violenta, siempre, el derecho fundamental al secreto de las fuentes de información reconocido por esta Sala Constitucional en el Voto No.7548-2008, asimismo estimo que los "rastros telefónicos", respecto de los periodistas o de quienes se dedican de modo habitual o regular a informar al público, resultan total, absoluta y radicalmente inconstitucionales, en cuanto revelan las fuentes de información del mismo, de modo que no pueden ser siquiera ordenados por un Juez. Respecto de la funcionaria judicial, que fue fuente de información del periodista, los rastreos deben ser, también, anulados, por cuanto, tampoco admito, bajo ningún concepto, el "rastreo telefónico" respecto de las personas que son fuente de información de un periodista o de persona que se dedica de manera habitual o regular a informar al público.

Mis razones estriban en que esta Sala Constitucional en el citado Voto No. 7548-2008 de las 17:37 hrs. de 30 de abril de 2008, reconoció, explícitamente, el “Derecho fundamental de los periodistas al secreto de las fuentes”, el que, hasta ese momento, no había sido reconocido como tal y que resulta suficiente para acoger parcialmente el presente amparo. El infrascrito fue el Magistrado ponente o redactor del Voto No. 7548-2008, y en esa ocasión señalé lo siguiente:

“IV.- SECRETO DE LAS FUENTES DE INFORMACIÓN: DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS PERIODISTAS. Del contenido esencial del derecho a la información (artículos 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) cabe extraer el derecho al secreto de los periodistas, concretamente, de sus fuentes de información, de modo que es un derecho de naturaleza instrumental -lo que no le resta la sustantividad propia- para la plena efectividad del derecho a difundir y recibir información. El secreto de las fuentes es, entonces, condición indispensable o esencial para ejercer el derecho a la información. Este secreto tiene, adicionalmente, la condición de ser una garantía institucional, en cuanto garantiza el derecho a la información, el cual, a su vez, tiene por fin crear una opinión pública libre y fomentar el pluralismo democrático. El reconocimiento de este derecho fundamental a los periodistas, esto es, a los que en forma habitual o regular se dedican a informar, no constituye un privilegio injustificado, sino, como se indicó, una condición sine qua non para garantizar la libertad de información y, por ende, la formación de una opinión pública libre y del pluralismo democrático. El derecho fundamental al secreto de las fuentes que poseen los periodistas, puede ser definido como la facultad de no revelar las fuentes de la noticia, tanto a la empresa informativa para la que labora, a terceros o a las autoridades y poderes públicos, de manera que tiene una proyección y una eficacia erga omnes. El secreto del informador, singularmente, lo faculta para negarse a revelar sus fuentes de información, con lo que el periodista puede preservar la confidencialidad de sus fuentes de información, lo que supone para estas últimas el derecho a permanecer en el anonimato para protegerlas de publicidad no deseada que puede implicarles represalias o molestias innecesarias por ser conocida su identidad, evitándose, así, que su voluntad de suministrar información de interés general y relevancia pública venga a menos y logrando que la información fluya y circule expeditamente. El secreto de los informadores, no puede ser equiparado al secreto clásico de las personas que ejercen una profesión liberal, por cuanto este último tiene, preponderantemente, la naturaleza de un simple deber ético y, en ocasiones, jurídico. En efecto, el secreto inherente a las profesiones liberales, se configura como un deber ético o jurídico del que pueden surgir una serie de facultades subjetivas frente a los poderes públicos, adicionalmente opera como un límite a las libertades de expresión y de información –obligación de guardar silencio sobre temas reservados o atinentes a la esfera de intimidad de sus clientes-. El bien jurídico tutelado lo constituye, en ese caso, la intimidad como derecho de la personalidad y las relaciones de confianza profesional-cliente, en virtud de una confidencia necesaria –por virtud de la consulta- que tienen asidero en valores constitucionales tales como la seguridad y la certeza. Este secreto surge respecto de los hechos y circunstancias que el profesional liberal conoce de su cliente en virtud del ejercicio de su profesión. El secreto de los periodistas, a diferencia del secreto de quienes ejercen una profesión liberal, se configura como un derecho fundamental que, adicionalmente, es garantía institucional de los derechos informativos en una sociedad pluralista y democrática. El secreto del informador tiene un ámbito o radio de protección mucho más amplio, por cuanto, no tiene por fin tutelar la relación o vínculo de confianza entre la fuente de información y el informador –en la mayoría de las ocasiones inexistente- o la esfera intimidad del informante, sino el derecho a la información –darla y recibirla-. En el secreto del informador su objeto no es el contenido de la información que constituye la noticia de la que se impone éste, por cuanto, el fin es publicarla o difundirla, consecuentemente no existe secreto sobre la noticia sino –y ese es el contenido del derecho fundamental de marras- sobre la identidad del informante y cualquier otro dato –documentos en cualquier soporte, notas, grabaciones, filmaciones, etc.- o circunstancia que pueda contribuir a su identificación o descubrimiento. El secreto de las fuentes de información no protege al informador o al informante sino al conglomerado social que es titular del derecho a recibir información, de modo que es garante de una prensa libre, responsable e independiente. Importa señalar que la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión emitida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 108° período ordinario de sesiones celebrado en el mes de octubre del año 2000, protege el derecho bajo estudio, al disponer, en el principio 8°, lo siguiente: “(...) Todo comunicador social tiene derecho a la reserva de sus fuentes de información, apuntes y archivos personales y profesionales (...)”. Finalmente, cabe agregar que el derecho fundamental de marras, como cualquier otro, tiene una serie de límites intrínsecos y extrínsecos, por lo que como todo derecho es relativo y no absoluto.

Cabe advertir que al dictarse el Voto No. 7548-2008, la mayoría del Tribunal Constitucional, con mi voto salvado, estimó que ese derecho fundamental de los periodistas al secreto de las fuentes puede, eventualmente, ceder ante la jurisdicción penal en determinadas circunstancias, donde existan otros derechos, valores o principios constitucionales preferentes, tal y como lo vuelve a sostener, en esta nueva sentencia, la mayoría. Ante lo cual indiqué en mi voto salvado de entonces –y que ahora reafirmo-, lo siguiente:

“De otra parte, el derecho al secreto de las fuentes de información que poseen los informadores se proyecta, incluso, frente a las autoridades jurisdiccionales, de modo que aunque, eventualmente, el periodista pueda, extraordinariamente, testificar en un proceso penal tiene derecho a reservarse las circunstancias de hecho o los soportes materiales de la información que puedan contribuir al descubrimiento o identificación de la fuente, quedando enervada cualquier medida jurisdiccional que pueda provocar la revelación de la fuente como las requisas y los registros”

Por consiguiente, nuevamente, reitero que el derecho fundamental de los periodistas al secreto de las fuentes no puede ceder, siquiera ante un órgano jurisdiccional, por cuanto, es un derecho que constituye pilar ancilar de la libertad de información, de prensa, de expresión del pensamiento y, por consiguiente, de un robusto y sano régimen democrático que busca la transparencia. El derecho fundamental de los periodistas al secreto de las fuentes, impide, radical y absolutamente, que tanto el periodista o persona que se dedica habitual o regularmente a brindar información al público o su fuente, puedan ser sometidos a un rastreo telefónico, ni siquiera con la orden de un juez, pues de lo contrario se vacía de contenido esencial el derecho mencionado.

Ernesto Jinesta L.

NOTA SEPARADA DE LOS MAGISTRADOS CASTILLO VÍQUEZ.

La libertad de expresión e información, tal y como se establece en la sentencia, es un pilar fundamental para la existencia del Estado democrático, al punto de que no puede existir el segundo sin la garantía efectiva a favor de todos los habitantes de la República del ejercicio del derecho de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección, sin que dicho derecho pueda ser sometido a la previa censura. Por otra parte, no cabe duda que el secreto de la fuente de información de que gozan los periodistas en una manifestación de la libertad de expresión e información, en los términos que ha sido definido en la sentencia. Empero, al igual que cualquier libertad, esta no es absoluta, sino que tiene límites y limitaciones. Es pacífica la doctrina, en esta dirección, por la sencilla razón de que si ello fuera así, se afectarían también otras libertades esenciales. Esta postura, por elemental, fue percibida por los pensadores liberales clásicos, entre ellos, por STUART MILLS, quien la expresó en la famosa frase “de que mi libertad termina donde comienza la de los demás”. En otras palabras, el ejercicio de un derecho fundamental a favor de una persona, no puede ni debe tener el efecto pernicioso o perverso de conculcar o reducir a la mínima expresión otro derecho fundamental que el ordenamiento jurídico le garantiza a otro sujeto, salvo los casos de colisión de derechos donde debe recurrirse al método de la ponderación o al principio de la concordancia práctica. Desde esta óptica, el Estado y sus órganos, están en el deber ético de evitar la “dictadura de una libertad” sobre las demás y, por ende, de aquellos que tienen un mayor acceso a ella, dada su posición económica, social o cultural en perjuicio de todo el resto de derechos y libertades de los sujetos que conforman el conglomerado social. En pocas palabras, el no reconocer que las libertades y los derechos de los otros, implica una limitación a mi libertad; en aras de la defensa de esa libertad, se podría infligir un grave daño a todo el sistema de protección de los derechos fundamentales. Ahora bien, hay que hacer una aclaración, y es que las limitaciones a la libertad de expresión e información están sometida a un test estricto de razonabilidad, lo cual significa, ni más ni menos, que toda acto o medida que la restrinja es sospechoso, por lo que la autoridad pública tiene la carga de la prueba de demostrar que hay un interés público apremiante, plenamente justificado, en la medida o acto, así como el deber de demostrar que la medida o acto adoptado es la menos gravosa para el derecho fundamental, amén que debe de interpretarse restrictivamente.

Establecido lo anterior, en el caso que nos ocupa el derecho al secreto de la fuente de información está asociado a la comisión de un ilícito penal. Hay quienes sostienen que este derecho fundamental, inclusive en este supuesto, es absoluto. Otras posturas expresan que este derecho fundamental cede ante un preeminente interés social, como es la correcta administración de justicia, lo que podría conllevar, si se visualiza como un derecho absoluto, a la impunidad de una persona que ha cometido un ilícito penal o, peor aún, a la condena de un inocente. Por otra parte, quienes siguen esta segunda posición matizan los alcances del derecho fundamental dependiendo de una serie de supuestos. El primero, es si ya se ejecutó el delito, en cuyo caso debe dársele primacía al derecho al secreto de la fuente de información. Distinta es la situación cuando el ilícito está en proceso de ejecución, en cuyo caso ese derecho debe ceder para evitar un mal mayor, máxime en aquellos casos donde está en peligro la vida, la integridad física y la libertad de la víctima. Otro supuesto, en que debe prevalecer el derecho al secreto de la fuente de información, es cuando el informante incurre en un ilícito penal a causa de hacer de conocimiento público hechos ilícitos o contrarios a los deberes éticos funcionariales que están ocurriendo en una dependencia pública, es decir, cuando se trata de poner en conocimiento del comunicador social actos de corrupción, para que sean puesto en conocimiento de la opinión pública.

No cabe duda que, en el caso que tenemos entre manos, estamos en presencia de un ilícito ya ejecutado. En tal supuesto, también es necesario determinar si hay otras alternativas que permitan satisfacer el orden público quebrantado, pues el mero hecho de la existencia de un proceso penal no le da al Ministerio Público ni al Juez la potestad del levantamiento del secreto de la fuente de información, pues si hay otras alternativas que permitan alcanzar el fin que se persigue, el secreto de la fuente de información debe de mantenerse incólume. En esta dirección, el Ministerio Público y el Juez deben demostrar fehacientemente la relevancia de la información, la inexistencia de otros medios alternativos y el interés apremiante para la investigación o para el juicio penal de esa información.

En el presente caso, se invoca el quebranto al derecho al secreto de la fuente de información porque a través de los rastreos de los teléfonos del periodista, se establece quién es la persona que informa al tutelado. En principio, el rastreo está justificado por la existencia de un delito. Empero, aplicando la doctrina que hemos seguido en esta nota separada, hay razones lógicas para pensar que sí lleva razón el recurrente, toda vez que las autoridades recurridas tenían otros medios alternativos para establecer quien era el (la) funcionario (a) que estaba incurriendo en el ilícito penal, verbigracia: realizar un rastreo de los teléfonos de los funcionarios judiciales que tienen acceso a la información que se le dio al tutelado. En esta dirección, no tenemos la menor duda que se optó por la alternativa más gravosa y lesiva para el derecho fundamental, de ahí que concorra con el voto en la declaratoria con lugar del presente recurso de amparo, pero con base en razones diferentes. Fernando Castillo V. Magistrado

Nota separada Magistrada Hernández López

Concurro con la nota separada del Magistrado Castillo Víquez en el sentido de que el derecho a la protección de la fuente no es un derecho absoluto, pero agregó que, desde mi punto de vista, en los casos de excepción en que se justifique su afectación -vgr. cuando está de por medio la protección de vida humana-, se requiere una orden de juez, como garantía de resguardo de la libertad de prensa y libertad de expresión y su derivado de protección del secreto de la fuente. Considero que la libertad de prensa tiene una naturaleza especial y preferente, por ser un derecho neurálgico para la vigencia democrática y el ejercicio pleno de la libertad de expresión. El

juez debe ser garante de que efectivamente se está ante el supuesto de una investigación penal en la que se configuran elementos suficientes para estimar que se requiere ese grado de intervención del derecho frente a otros mecanismos menos gravosos, como contrapeso al eventual ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado. El Ministerio Público debe demostrar ante el Juez, fehacientemente, la relevancia de la información, la inexistencia de otros medios alternativos y el interés apremiante para la investigación o para el juicio penal de esa información. Esa valoración y test de razonabilidad es propio de la función del Juez. Nancy Hernández L. Magistrada

**NOTA SEPARADA DE LOS MAGISTRADOS ARMIJO SANCHO Y RUEDA LEAL.** Con redacción del primero. Concurrimos con la sentencia estimatoria dictada en este proceso, por dos motivos elementales. Primero, con el objeto de configurar un voto de toda conformidad de la Sala y, luego, porque coincidimos con las razones expuestas por el Magistrado ponente para acoger el amparo, concretamente en lo que se refiere a la violación del principio de proporcionalidad, al haberse decretado el rastreo de las llamadas telefónicas de una persona ajena a la investigación, dedicada, además, al ejercicio del periodismo; así como al concluir que se violó el secreto de las fuentes periodísticas, ingrediente básico de la libertad de información y expresión, en el marco de un régimen democrático. También hacemos nuestras las consecuencias atribuidas al fallo estimatorio, de ordenar la destrucción de los registros de las llamadas del periodista y no incurrir nuevamente en conductas similares.

No obstante, nuestro voto estimatorio se extiende a las consideraciones adicionales que siguen:

Estimamos -como también lo sostuvo el Magistrado Armijo en el voto salvado de la sentencia número 2012-2509 de las dieciséis horas dos minutos del veintidós de febrero del dos mil doce- que los denominados “rastros telefónicos”, que son las listas de llamadas entrantes y salientes de una línea telefónica, donde constan los números de teléfonos a los que se llama y desde donde se reciben las llamadas, la fecha y hora, así como el tiempo de duración de éstas, constituyen documentos privados, que si bien no revelan el contenido de las conversaciones, sí corresponden a la esfera de intimidad de la persona y al secreto de las comunicaciones. Es igualmente una vulneración al derecho a la intimidad permitir que una autoridad distinta de la jurisdiccional hurgue en los vínculos que se pueden construir con sólo saber que determinadas personas se han comunicado entre ellas.

Todos los anteriores aspectos están sujetos a la protección que otorga el artículo 24 de la Constitución Política, que señala:

“Artículo 24.- Se garantiza el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones.

Son inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales o de cualquier otro tipo de los habitantes de la República. Sin embargo, la ley, cuya aprobación y reforma requerirá los votos de dos tercios de los Diputados de la Asamblea Legislativa, fijará en qué casos podrán los Tribunales de Justicia ordenar el secuestro, registro o examen de los documentos privados, cuando sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos sometidos a su conocimiento.”

En igual sentido, esa garantía está contemplada en diversos instrumentos de derecho internacional aplicables en Costa Rica, tales como el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que refiere: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.”; el artículo 5 de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, que dispone: “Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar.”; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 17: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación” y el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “[...] nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.”

El artículo 24 de la Constitución Política, a su vez, remite a una ley especial que es la que debe establecer en qué casos los tribunales pueden ordenar el secuestro, registro o examen de los documentos privados. Es así como la Ley sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones, número 7425 del nueve de agosto de mil novecientos noventa y cuatro regula en los artículos 1 y 2:

“Artículo 1.- Competencia. Los Tribunales de Justicia podrán autorizar el registro, el secuestro o el examen de cualquier documento privado, cuando sea absolutamente indispensable para esclarecer asuntos penales sometidos a su conocimiento.

Para los efectos de esta Ley, se consideran documentos privados: la correspondencia epistolar, por fax, télex, telemática o cualquier otro medio; los videos, los casetes, las cintas magnetofónicas, los discos, los disquetes, los escritos, los libros, los memoriales, los registros, los planos, los dibujos, los cuadros, las radiografías, las fotografías y cualquier otra forma de registrar información de carácter privado, utilizados con carácter representativo o declarativo, para ilustrar o comprobar algo.

**ARTÍCULO 2.- Atribuciones del Juez.**

Cuando resulte indispensable para averiguar la verdad, el Juez podrá ordenar, de oficio, a petición de la autoridad policial acargo de la investigación, del Ministerio Público o de alguna de las partes del proceso, el registro, el secuestro y el examen de cualquier documento privado, siempre que pueda servir como prueba indispensable de la comisión de alguna conducta delictiva. El Juez realizará personalmente la diligencia, salvo en casos de excepción, en los que, según su criterio, pueda ser delegada en miembros del Organismo de Investigación Judicial o del Ministerio Público, quienes deberán informarle sobre el resultado de la diligencia.”

Adicionalmente, el artículo 35 de la Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector de Telecomunicaciones, N° 8660 de 8 de agosto de 2008, consagra la confidencialidad de la información que el ICE recabe de sus clientes y usuarios, principio de confidencialidad que se impone también a todo otro operador de redes y proveedor de servicios, en virtud de

los artículos 3, inciso j), y 42, de la Ley General de Telecomunicaciones. Parte de esta información la conforma los registros a los que se hace alusión en este caso.

De lo dispuesto en las normas transcritas es claro que el juez es el único legitimado para autorizar el registro, secuestro y examen de cualquier documento privado, sea de un periodista o de cualquier otra persona, siempre y cuando esto sea indispensable y resulte idóneo y proporcional para la investigación de alguna causa penal. Corresponde a ese sujeto procesal, como garante del respeto a los derechos y garantías de las partes en el proceso, controlar que la obtención de esa prueba se haga conforme a los límites y pautas establecidas tanto en la Constitución como en la ley. Sobre el particular, la Sala Constitucional en la sentencia número 4454-95 de las once horas doce minutos del doce de agosto de mil novecientos noventa y cinco, estableció:

“Hay que señalar que el rastreo, si bien está comprendido dentro de lo que constitucionalmente se ha llamado «intervención de comunicaciones», en el caso de las comunicaciones telefónicas, su incidencia y la afectación que representa para el secreto de las comunicaciones es mucho menor de la que se da con la tradicionalmente llamada «intervención telefónica», que comprende el registro y posibilidad de escucha de las conversaciones. El rastreo únicamente permite obtener el número del cual provienen las llamadas o bien hacia el que se dirigen, sin conocer la identidad de los interlocutores ni mucho menos el contenido de la conversación, aspectos estos últimos que requerirían de mayor análisis y precisión para considerar el consentimiento como legitimador de su registro, aspectos que no resulta de interés profundizar aquí, por no ser materia del recurso. Ahora bien, en el caso en estudio, se observa que el juez recurrido ordenó mediante resoluciones debidamente fundadas el rastreo de las llamadas en diversos números telefónicos, como lo tiene por acreditado esta Sala, números todos estrechamente vinculados con las personas y con los hechos objeto de investigación, de modo que en cuanto a este aspecto no existe vicio alguno. Ahora bien, el procedimiento de rastreo, según se desprende del oficio enviado a esta Sala por el Jefe de Operaciones en Telecomunicaciones del I.C.E. y de conformidad con la estructura misma de las centrales y redes telefónicas, debe ser realizado por el personal especializado del Instituto dicho, quienes preparando el par telefónico para el registro de las llamadas que ingresan o que egresan, almacena e imprime en documentos la información así obtenida. Aquí tenemos una combinación de información referida al secreto de las comunicaciones, materializada en un documento. La forma pues de que las autoridades judiciales conozcan los resultados del «rastreo» es entonces mediante documentos, que aunque públicos, en el sentido de que son obtenidos de dependencias oficiales, contienen información de carácter privado, referida a sujetos determinados, por lo que su conocimiento incontrolado o indiscriminado está en riesgo de lesionar la inviolabilidad de los documentos de carácter privado así como el secreto mismo de las comunicaciones. (El resaltado no es del original). Por ello, ha de individualizarse al funcionario del I.C.E. que ha de realizar el registro y cuidar que la información obtenida sea enviada en forma segura y confidencial al juez. El juez de Instrucción de Alajuela así lo dispuso, ordenando el secuestro de los documentos dichos y autorizando para esa diligencia a los oficiales de la Policía de Control de Drogas, documentos que siempre fueron entregados en sobre cerrado directamente a él, de modo que ninguna lesión se ha producido y el procedimiento adoptado por la autoridad recurrida responde al deber de confidencialidad que debe regir en esta materia. La particularidad que rodea al procedimiento de rastreo telefónico consiste, como se dijo, en que la información obtenida se registra en documentos. En este caso, entra a regir concomitantemente el numeral 1 de la Ley de Registro, Secuestro y Examen de Documentos privados, en donde expresamente se define como documento privado, entre otros a "cualquier otra forma de registrar información de carácter privado utilizados con carácter representativo o declarativo, para ilustrar o comprobar algo", definición dentro de la cual encaja precisamente esta clase de documento mediante el cual se registra el resultado del rastreo telefónico efectuado. Así, aunque como se dijo este procedimiento tenga relación directa con las comunicaciones y su inviolabilidad, la incidencia del mismo es obviamente distinta de la que se produce por el registro mismo de las llamadas, que implica imposición de su contenido. Se combina en el procedimiento de rastreo una incidencia en las comunicaciones telefónicas y la inviolabilidad de los documentos privados. Por esta última razón, el juez ha de autorizar mediante resolución fundamentada el procedimiento de rastreo y su registro en documento. Convertida la información así obtenida en documento, rigen las disposiciones relativas a éstos...”

Ahora bien, el artículo 181 del Código Procesal Penal, dispone que los elementos de prueba solo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al procedimiento conforme a las disposiciones de dicho Código. Por su parte, el artículo 175 de ese mismo cuerpo normativo establece que no podrán ser valorados para fundar una decisión judicial ni utilizados como presupuestos de ella, los actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones previstas en la Constitución, en el Derecho Internacional Comunitario vigentes en Costa Rica. Es claro que en el caso que se analiza, los listados de llamadas telefónicas de los números que corresponden al amparado [Nombre 012] c.c. [Nombre 012], por haber sido obtenidos con absoluto menoscabo de las garantías fundamentales del proceso penal, constituyen prueba ilícita que no puede ser utilizada en el proceso, no solo por no existir una orden motivada del juez que ordenara el registro, el secuestro y el examen de los documentos privados, sino además porque se desprende de la prueba y de los informes recibidos, que el periodista no se encontraba siendo investigado dentro de un proceso penal, constituyendo a los efectos un tercero a quien no es lícito vulnerar el ámbito de su intimidad, ni siquiera con orden de juez. En ese sentido, establece el artículo 81 del Código Procesal Penal, que se denominará imputado a quien mediante cualquier acto de la investigación o del procedimiento, sea señalado como posible autor de un hecho punible o participe en él, lo cual, no sucedió en el caso del amparado.

## Principio de Justicia Prompta y Cumplida

Exp: 10-017833-0007-CO Res. N°2011-0427

SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las catorce horas cuarenta y un minutos del dieciocho de enero del dos mil once.-

Recurso de hábeas corpus interpuesto por XXXXXXXX, a favor de XXXXXXXX, menor de edad, contra EL JUZGADO DE EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES PENALES JUVENILES DEL PRIMER CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ.

Resultando:

1.- Por escrito recibido en la Secretaría de la Sala a las 15:23 horas del 23 de diciembre de 2010, la accionante interpone recurso de hábeas corpus a favor de XXXXXXXX, menor de edad, contra EL JUZGADO DE EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES PENALES JUVENILES DEL PRIMER CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ. Manifiesta que el tutelado cumple una pena privativa de libertad impuesta en la causa número 02-002459-0623-PE. Aduce que su defensora, el 6 de enero de 2010, ante el Juzgado recurrido planteó un incidente de cambio de sanción de internamiento (prisión) a libertad asistida, órdenes de orientación y supervisión. Explica que la autoridad recurrida ordenó realizar estudios de campo respecto del recurso domiciliario y familiar del joven, que fueron recibidos por el Despacho el 17 de marzo de 2010. El 4 de febrero de 2010, la defensa indicó que el amparado no estaba dispuesto a realizarse una prueba psicológica que usualmente ordena la juzgadora asignada al caso. Al respecto, en este caso, el imputado es sujeto de prueba por lo que puede expresar libremente su voluntad de no someterse a la pericia. No obstante, el 8 de abril de 2010, la juzgadora encargada la ordenó y remitió la resolución al Departamento de Ciencias Forenses el 13 de abril de 2010. La cita fue concedida hasta el 4 de junio siguiente. Posteriormente, con sustento en la nota presentada por la defensa, el Juzgado recurrido prescindió de la cita mediante oficio remitido al Departamento de Ciencias Forenses el 25 de mayo de 2010; concomitantemente, ordenó al Instituto Nacional de Criminología realizar estudios de diagnóstico y pronóstico, sin importar que la documentación le ya había sido enviada por la defensa - erróneamente - desde el 16 de setiembre de 2010. De otro lado, a pesar de que el joven ya había expresado su voluntad de no realizarse una prueba psicológica, el Juzgado de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles ordenó de nuevo su diligenciamiento para el 5 de octubre de 2010 en el Centro Especializado del Adulto Joven. Lo anterior fue dispuesto sin establecer las razones para requerirla, pese a lo regulado en la legislación penal juvenil. Insiste en que XXXXXXXX accedió a practicarse la misma por temor a que, de rehusarse, no se le concediera el pretendido cambio de sanción. Indica que los resultados de la prueba fueron recibidos por el Juzgado el 11 de noviembre de 2010. Agrega que la Jueza encargada de la tramitación del incidente, por medio de la resolución de las 13:23 horas del 18 de noviembre de 2010, puso la documentación en conocimiento de todas las partes, por el plazo de tres días, auto que fue notificado al día siguiente, por lo que la audiencia vencía el 24 de noviembre de 2010. Considera que se pudo señalar hora y fecha para la vista oral desde el 25 de noviembre de 2010; sin embargo, no fue sino hasta el 21 de diciembre de 2010 que se notificó el señalamiento para las 8:30 horas del 28 de enero de 2011, cuando la normalidad de la agenda del Despacho permite señalar dichas diligencias con un espacio de semana y media, aproximadamente. Apunta que esta tendencia puede verificarse, por ejemplo, en el expediente judicial número 07-00392-811- PJ, sustanciado por la misma juzgadora en contra de Harry González Arce, por un robo simple, a quien el 8 de diciembre de 2010 notificó audiencia oral de incumplimiento para el 21 de diciembre de 2010. Resalta que el 9 de diciembre de 2010, la defensa interpuso un pronto despacho, en virtud del cual se notificó el señalamiento supra mencionado. Arguye que con su proceder, el Juzgado de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles está posponiendo injustificadamente la resolución de un incidente que implica la posible concesión de la libertad al amparado. Por lo descrito, estima lesionado el derecho del tutelado a una justicia pronta y cumplida, consagrado por el artículo 41 de la Constitución Política.

2.- Informa bajo juramento Priscilla Madrigal González, en su condición de Jueza Coordinadora del Juzgado de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles del Primer Circuito Judicial de San José (folio 10), que el amparado descuenta sanción de internamiento de tres años y tres meses en un Centro Especializado, toda vez que en la causa número 09-000213-369-PE, por sentencia número 18-2009 de las 12:00 horas del 18 de mayo de 2009, el Juzgado Penal Juvenil de Heredia lo declaró autor responsable del delito de tentativa de homicidio simple. El joven inició la ejecución de la sanción de internamiento el 12 de junio de 2009, de acuerdo con lo que se desprende del auto de liquidación a folio 325 del expediente penal, por lo que el cumplimiento de la sanción con prisión finaliza el 19 de mayo de 2012. Ahora bien, el Despacho a su cargo tramita, dentro del expediente judicial número 09-000213-369-PE, el incidente 28-10-I, mediante el cual se solicita modificación de la sanción de internamiento. Es falso que haya pretendido obligar al amparado a someterse a una valoración psicológica. Al respecto, apunta que la defensora del amparado vino a sustituir a la titular por un corto periodo y por su poca experiencia, pone de manifiesto el desconocimiento de la fase de ejecución, y de la tramitación de este tipo de incidentes. Cuando se valora una modificación de sanción de un internamiento a otro tipo de sanción alternativa, deben ser ponderados los recursos externos e internos de que dispone el joven a fin de enfrentar el cambio de sanción. Dentro de los externos se valora la oferta laboral, la oferta domiciliar y cualquier otro tipo de recurso externo que se ofrezca como soporte para el joven ante una eventual modificación de la sanción. Por otro lado, en cuanto a la valoración de los recursos internos que tiene el joven para enfrentar un eventual cambio de sanción, máxime en un caso como este donde el delito cometido es sumamente grave, resulta importante el dictamen psicológico forense, que permite valorar si la persona en realidad ha hecho una reflexión sobre el delito cometido, ha realizado un "insight", y cuenta con los elementos suficientes internos de autocontención y sometimiento a las normas sociales. En este aspecto, si bien se requiere la colaboración del joven para practicar la pericia, no es cierto, como pareciera entenderlo la Defensora, que solo por medio del dictamen psicológico se puedan obtener los elementos de prueba necesarios para realizar la valoración y lograr resolver el asunto de manera fundada. En el caso en particular, el joven se rehusó a practicarse el dictamen psicológico forense; empero, no impide que se pueda recurrir a otros medios para obtener información adecuada a fin de valorar los recursos internos del mismo. Por eso se solicitó al Instituto Nacional de Criminología realizar un diagnóstico y pronóstico sobre la

eventual desinstitucionalización del joven. En tal documento, ese Instituto revisa los diferentes informes trimestrales del joven y los que rinden las diferentes áreas de atención que han abordado al joven durante su institucionalización. Así, el informe correspondiente fue recibido en el Despacho el 16 de setiembre de 2010. Advierte que mientras se estaba tramitando el incidente de marras, el expediente no quedo inactivo, ya que se diligenciaron otros incidentes presentados dentro del mismo expediente, los que fueron decididos por resoluciones números 111-2010 de las 13:30 horas del 29 de enero de 2010 y 788-2010 de las 15:30 horas del 30 de junio de 2010, correspondiente a los incidentes números 36-10-I y 691-10-I. En el resumen de alegatos de la defensa se indica: "Señala que concomitantemente, ordenó al Instituto Nacional de Criminología realizar estudios de diagnóstico y pronóstico, sin importar que la documentación ya habían sido enviados por la defensa –erróneamente– desde el 16 de setiembre de 2010, al Juzgado de Ejecución de la Pena de Alajuela". En realidad no se entiende que se quiere decir con este párrafo, toda vez que la solicitud de informe al Instituto Nacional de Criminología se remitió el 25 de mayo de 2010, y hablan de un informe enviado por error pareciera ser por parte de la misma defensa al Juzgado de Ejecución de Alajuela el 16 de setiembre de 2010, de lo cual esta Juzgadora no tiene conocimiento alguno. Ignora si la defensora se confundió y consideró que los informes sociales presentados por la Defensa junto con el escrito de solicitud de modificación de sanción, eran iguales al informe de diagnóstico y pronóstico; evidentemente no son lo mismo, toda vez que los informes sociales evalúan específicamente un recurso externo propuesto, mientras que el Informe de Diagnóstico y Pronóstico del Instituto Nacional de Criminología constituye una valoración más integral. Refuta que el 5 de octubre de 2010 se haya ordenado al Centro Especializado Adulto Joven realizar la pericia psicológica a la cual el joven se había negado. Aclara que la pericia psicológica que normalmente se efectúa en este tipo de incidentes la practican los funcionarios de Psicología Forense del Poder Judicial. Sin embargo, en este caso en específico, el joven, por voluntad propia, decidió negarse a practicarse la pericia, razón por la cual se recurrió a otros medios para obtener la prueba necesaria a fin de valorar los recursos internos del joven para enfrentar el cambio de sanción solicitado. Por eso, la solicitud del 5 de octubre de 2010 fue dirigida al Centro Especializado Adulto Joven, y es específica para el Área de Psicología. Su propósito fue que el psicólogo que había venido atendiendo al amparado durante un año y cuatro meses (tiempo de detención transcurrido a esa fecha), indicara aspectos específicos importantes a valorar, como la evolución y los avances logrados producto de la atención, el perfil de personalidad, el control de impulsos ante situaciones adversas, la capacidad de reflexión y autocrítica, el autoanálisis de los hechos cometidos, la conciencia y consecuencias generadas con su actuar delictivo, la capacidad de respetar criterios de autoridad y normas sociales, la conveniencia o no de una eventual desinstitucionalización, la capacidad de respetar límites, el grado de madurez emocional e intelectual, el grado de contención interna de acuerdo con su desarrollo personal y trayectoria institucional, la evolución convivencial y personal dentro del centro penal, los efectos internos y externos producidos por la institucionalización, la capacidad de desenvolverse personal y socialmente en caso de una posible desinstitucionalización. Sostiene que tales criterios son necesarios pues se está ante un joven sentenciado por uno de los delitos más graves del ordenamiento jurídico, la tentativa de homicidio simple. En tal sentido, advierte que afuera existe un ofendido con derechos que también hay que tutelar. Especifica que el informe del Instituto Nacional de Criminología, en la parte del Área de Psicología, se basó sobre todo en la historia de vida del joven pero no abarcó los aspectos solicitados. Por tal motivo se requirió el otro informe con el fin de obtener elementos suficientes para fundamentar la resolución que se adopte, ya sea concediendo la modificación de sanción o rechazando la misma. Es falso que el expediente estuviese listo para señalar a audiencia a partir del 25 de noviembre de 2010 y que el señalamiento se pudiera hacer en semana y media. Explica que ese no es el único incidente tramitado por el Despacho. En lo atinente al expediente judicial número 09-000213-369-PE, también ingresó el incidente número 1503-10-I de 24 de noviembre de 2010. Dicho asunto debe ser resuelto junto con el incidente relativo a este amparo, el número 28-10-I. Ello fue puesto en conocimiento de las partes y, una vez listo, se procedió al señalamiento para realizar la audiencia oral de acuerdo con la disponibilidad de la agenda del despacho, la cual quedó programada para las 8:30 el 28 de enero de 2010. Advierte que el Poder Judicial cerró durante dos semanas, del 26 de diciembre de 2010 al 7 de enero de 2011. Además, la juzgadora informante asegura que realiza funciones de coordinación en el Despacho, por lo que durante la primera semana laboral del año 2011 ha debido dedicar tiempo a la formulación de diversos informes. De este modo, es falso que esté pretendiendo atrasar el señalamiento de la audiencia, que se fijó según el volumen de trabajo y la disponibilidad de espacio. Pide que se desestime el hábeas corpus.

3.- En los procedimientos seguidos se han observado las prescripciones legales.

Redacta la Magistrada Pacheco Salazar; y,

Considerando:

I.- Objeto del recurso. La accionante alega que el Juzgado de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles del Primer Circuito Judicial de San José está posponiendo injustificadamente la resolución de un incidente que implica la posible concesión de libertad al amparado.

II.- Hechos probados. De importancia para la decisión de este asunto, se estiman como debidamente demostrados los siguientes hechos, sea porque así han sido acreditados o bien porque el recurrido haya omitido referirse a ellos según lo prevenido en el auto inicial:

a) El amparado descuenta sanción de internamiento de tres años y tres meses en el Centro de Atención Especializada Adulto Joven, debido a que en la causa número 09-000213-369-PE, por sentencia número 18-2009 de las 12:00 horas del 18 de mayo de 2009, el Juzgado Penal Juvenil de Heredia lo declaró autor responsable del delito de tentativa de homicidio simple (hecho incontrovertido).

a) La ejecución de la sanción antedicha comenzó el 12 de junio de 2009 y su cumplimiento está previsto para el 19 de mayo de 2012 (informe bajo juramento a folio 10).

c) En el caso de marras, el recurrido Juzgado de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles del Primer Circuito Judicial de San José decidió los incidentes números 36-10-I y 691-10-I mediante las resoluciones números 111-2010 de las 13:30 horas del 29 de enero de 2010 y 788-2010 de las 15:30 horas del 30 de junio de 2010 (copias aportadas por la parte accionada).

d) En relación con el mismo asunto, el Despacho accionado tramita los incidentes números 1503-10-I de 24 de noviembre de 2010 y 28-10-I de 6 de enero de 2010. Este último es objeto del hábeas corpus y mediante él se pretende sustituir la sanción de internamiento impuesta al amparado por una de libertad asistida (folio 1 de la copia del expediente judicial del incidente número 28-10-I y folio 1 de la copia del expediente judicial del incidente número 1503-10-I).

e) El 4 de febrero de 2010, el amparado manifestó al Juzgado recurrido su renuencia a realizarse una prueba psicológica (folios 7 a 9 de la copia del expediente judicial del incidente número 28-10-I).

f) El 17 de marzo de 2010, el Despacho accionado recibió copias de informes de los Departamentos de Orientación y de Trabajo Social, ambos del Centro de Atención Especializada Adulto Joven del Ministerio de Justicia y Gracia, el orden respectivo fechados 17 y 26 de febrero de 2010 (folios 10 y 12 de la copia del expediente judicial del incidente número 28-10-I).

g) Por resolución de 8 de abril de 2010, el Juzgado recurrido solicitó a la Sección de Psiquiatría y Psicología Forense del Departamento de Medicina Legal del Organismo de Investigación Judicial que valorara psicológicamente al amparado (folio 18 de la copia del expediente judicial del incidente número 28-10-I).

h) En oficio de 21 de mayo de 2010, el Despacho accionado dejó sin efecto la solicitud antedicha porque advirtió que el amparado ya había indicado su oposición a someterse a la prueba psicológica (folio 21 de la copia del expediente judicial del incidente número 28-10-I).

i) El 25 de mayo de 2010, el Juzgado recurrido comunicó a la Instituto Nacional de Criminología que requería los estudios de diagnóstico y pronóstico del amparado (folio 24 de la copia del expediente judicial del incidente número 28-10-I).

j) Por oficio número INC 5540-10 de 30 de julio de 2010, recibido por el Despacho accionado el 16 de setiembre de 2010, el Director del Instituto Nacional de Criminología, según lo acordado en el artículo 9 de la sesión ordinaria número 4190 de 28 de julio de 2010, remitió los estudios pedidos y, con sustento en informes de los Departamentos de Trabajo Social, Jurídico, Orientación y Psicología, todos del Centro de Atención Especializada Adulto Joven del Ministerio de Justicia y Gracia (el primero fechado 26 de febrero de 2010, los segundo y tercero del 13 de julio de 2010, y el último del 19 de ese mismo mes), dicha dependencia recomendó otorgar al amparado el beneficio contemplado en el artículo 64 del Código Penal (folios 25 a 62 de la copia del expediente judicial del incidente número 28-10-I).

k) El 5 de octubre de 2010, el Juzgado recurrido solicitó a la Directora del Centro de Atención Especializada Adulto Joven informe de valoración psicológica del amparado, para cuyo efecto especificó ciertos componentes: el perfil de personalidad, el control de impulsos ante situaciones adversas, la capacidad de reflexión y autocrítica, el autoanálisis de los hechos cometidos, la conciencia y consecuencias generadas con su actuar delictivo, la capacidad de respetar criterios de autoridad y normas sociales, la conveniencia o no de una eventual desinstitucionalización, la capacidad de respetar límites, el grado de madurez emocional e intelectual, el grado de contención interna de acuerdo con su desarrollo personal y trayectoria institucional, la evolución convivencial y personal dentro del centro penal, los efectos internos y externos producidos por la institucionalización, y la capacidad de desenvolverse personal y socialmente en una eventual desinstitucionalización (folio 66 de la copia del expediente judicial del incidente número 28-10-I).

l) Mediante oficio número INC-1530-10 de 22 de octubre de 2010, el Instituto Nacional de Criminología corrigió error material del informe contenido en el oficio número INC 5540-10 en el sentido que no recomendaba otorgar al amparado el beneficio contemplado en el artículo 64 del Código Penal (folio 68 de la copia del expediente judicial del incidente número 28-10-I).

m) En oficio CEAJ-197-2010 de 11 de noviembre de 2010, la Directora del Centro de Atención Especializada Adulto Joven remitió al Despacho accionado el informe solicitado el 5 de octubre de 2010 y explicó que el atraso en su envío ocurrió porque tuvo que pedir asesoría a un profesional en Psicología Clínica. En este nuevo informe, entre otros aspectos, se establece que en los diez meses de institucionalización del amparado, el avance de su proceso psicoterapéutico había sido bastante significativo por su apertura al análisis y reflexión personal (folios 69 a 80 de la copia del expediente judicial del incidente número 28-10-I).

n) Por resolución de las 13:23 horas del 18 de noviembre de 2010, se puso en conocimiento de las partes la prueba recabada a tal fecha (folio 81 de la copia del expediente judicial del incidente número 28-10-I).

ñ) En artículo 7 de la acta ordinaria número 30/2010, recibida por el Juzgado recurrido el 24 de noviembre de 2010, el Centro de Atención Especializada Adulto Joven remitió valoración trimestral del amparado y recomendó que este continuara ubicado en ese establecimiento (folio 1 de la copia del expediente judicial del incidente número 1503-10-I).

o) Por resolución de las 13:50 horas del 29 de noviembre de 2010, se puso en conocimiento de las partes el informe trimestral supracitado (folio 4 de la copia del expediente judicial del incidente número 1503-10-I).

p) Mediante oficio de 30 de noviembre de 2010, recibido por el accionado ese mismo día, el Director a.i. del Centro de Atención Especializada Adulto Joven corrigió error material contenido en el acuerdo del acta número 30/2010, en el sentido que la recomendación no era que el amparado continuara ubicado en ese establecimiento, sino que se diera un cambio de sanción por una menos gravosa y hasta tanto no se resolviera la recomendación, que continuara ubicado ahí con un plan de atención en ciertas disciplinas (folios 100 y 101 de la copia certificada del expediente judicial del incidente número 28-10-I).

q) El 9 de diciembre de 2010, la accionante presentó un Pronto Despacho por la falta de resolución del incidente número 28-10-I (folio 102 de la copia certificada del expediente judicial del incidente número 28-10-I).

r) Por resolución de las 16:03 horas del 20 de diciembre de 2010, el Juzgado recurrido señaló audiencia oral para las 8:30 horas del 28 de enero de 2011 a los efectos del incidente número 28-10-I (folio 105 de la copia certificada del expediente judicial del incidente número 28-10-I).

III.- Sobre el fondo. En la especie, la accionante alega que el Juzgado de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles del Primer Circuito Judicial de San José está posponiendo sin motivo alguno la resolución de un incidente en el que de por medio está la eventual concesión de libertad al amparado. Al respecto, conforme a la relación de hechos esbozada en el considerando anterior, se tiene que el amparado descuenta sanción de internamiento de tres años y tres meses en el Centro de Atención Especializada Adulto Joven, puesto que en la causa número 09-000213-369-PE, por sentencia número 18-2009 de las 12:00 horas del 18 de mayo de 2009, el Juzgado Penal Juvenil de Heredia lo declaró autor responsable del delito de tentativa de homicidio simple. La ejecución de la sanción antedicha comenzó el 12 de junio de 2009 y su cumplimiento está previsto para el 19 de mayo de 2012, según afirma bajo juramento la jueza informante. Ahora bien, en la tramitación del asunto se advierte, ciertamente, una serie de circunstancias que justifican que el Despacho accionado haya solicitado varios informes a efectos de resolver el incidente número 28-10-I, planteado el 6 de enero de 2010. Por un

lado, el 25 de mayo de 2010, el Juzgado recurrido comunicó a la Instituto Nacional de Criminología que requería los estudios de diagnóstico y pronóstico del amparado. Al respecto, si bien el 17 de marzo de 2010, ese órgano jurisdiccional ya había recibido copias de unos informes de los Departamentos de Orientación y de Trabajo Social, ambos del Centro de Atención Especializada Adulto Joven del Ministerio de Justicia y Gracia, por su orden fechados 17 y 26 de febrero de 2010, no menos cierto es que aquellos documentos fueron hechos llegar antes de ser pedidos. De otro lado, propiamente en relación con el informe solicitado el 25 de mayo de 2010 por el órgano jurisdiccional recurrido, el Instituto Nacional de Criminología, mediante oficio número INC 5540-10 de 30 de julio de 2010 aclarado en oficio número INC-1530-10 de 22 de octubre de 2010, recomendó no otorgar al amparado el beneficio contemplado en el artículo 64 del Código Penal. Sin embargo, ante la solicitud del accionado de un nuevo informe, mucho más completo desde el punto de vista técnico psicológico, la Directora del Centro de Atención Especializada Adulto Joven más bien reportó que en los diez meses de institucionalización del amparado, el avance de su proceso psicoterapéutico había sido bastante significativo por su apertura al análisis y reflexión personal. De manera coincidente, en el artículo 7 de la acta ordinaria número 30/2010, recibida por el Juzgado recurrido el 24 de noviembre de 2010 y aclarada en oficio de 30 de noviembre de 2010, el Centro de Atención Especializada Adulto Joven remitió valoración trimestral del amparado y recomendó que se diera un cambio de sanción por una menos gravosa y que hasta tanto no se resolviera la recomendación, que continuara ubicado ahí con un plan de atención en ciertas disciplinas. Lo expuesto evidencia que la ponderación de los diversos criterios y la definición de la situación del amparado justifica el diligenciamiento de la prueba aludida, respecto de lo cual el Despacho accionado incluso ha tenido que bregar con los errores materiales cometidos por las autoridades de la Dirección General de Adaptación Social, la cual, además, tuvo que pedir la asesoría de un profesional en Psicología Clínica. Por lo demás, si bien mediante resolución de 8 de abril de 2010, el Juzgado recurrido solicitó a la Sección de Psiquiatría y Psicología Forense que le practicara valoración psicológica al amparado, no menos cierto es que mediante oficio de 21 de mayo de 2010, es decir meses antes de interpuesto el hábeas corpus el 23 de diciembre de 2010, el accionado dejó sin efecto tal solicitud porque advirtió que el amparado ya había indicado su oposición a someterse a la prueba psicológica desde el 4 de febrero anterior; de este modo, se descarta toda intención del Despacho por conminar al amparado a que se sometiera a tal prueba. Asimismo, este Tribunal observa que, por un lado, el Juzgado recurrido ya resolvió los incidentes números 36-10-I y 691-10-I mediante las resoluciones números 111-2010 de las 13:30 horas del 29 de enero de 2010 y 788-2010 de las 15:30 horas del 30 de junio de 2010, y, por el otro, que en lo atinente a los incidentes números 1503-10-I de 24 de noviembre de 2010 y 28-10-I de 6 de enero de 2010 (este último objeto del hábeas corpus), de su lectura se colige su evidente conexidad, por lo que es atendible la decisión de la juzgadora de resolverlos en conjunto (ver informe bajo juramento a folio 11 y las copias aportadas de tales incidentes). Así las cosas, en cuanto a los extremos referidos no se distingue ninguna actuación judicial contraria al numeral 41 de la Constitución Política. Sin embargo, esta Sala se percata de otras dos situaciones que sí vulneran los derechos constitucionales de defensa y a la justicia pronta y cumplida. Primeramente, en referencia al incidente número 1503-10-I, se advierte que dicho asunto inició su tramitación a partir del informe trimestral elaborado por el Centro de Atención Especializada Adulto Joven comprendido en el artículo 7 de la acta ordinaria número 30/2010, recibida por el Juzgado recurrido el 24 de noviembre de 2010, en el que se recomendó que el amparado continuara ubicado en ese establecimiento. Al respecto, por resolución de las 13:50 horas del 29 de noviembre de 2010, se puso en conocimiento de las partes el informe trimestral supracitado. Sin embargo, a folios 100 y 101 de la copia del legajo correspondiente al incidente número 28-10-I, objeto de este asunto, el propio Director del Centro de Atención Especializada Adulto Joven informa al Despacho accionado que en la recomendación al acuerdo del acta 30-2100 se había consignado por equivocación que la recomendación consistía en que el amparado continuara ubicado en ese establecimiento; no obstante, en realidad lo que se acordó fue todo lo contrario, según se cita literalmente: “recomendar ante el Juzgado de Ejecución de la Sanción Penal Juvenil de San José un cambio de sanción por una menos gravosa y hasta tanto no se resuelva la recomendación que continúe ubicado en este Centro con el plan de atención en las siguientes disciplinas ...”. Es decir, se trata de una aclaración cardinal, que debió ser incluida en el expediente judicial relativo al incidente número 1503-10-I y tiene que ser puesta en conocimiento de las partes de previo a la audiencia oral de las 8:30 horas del 28 de enero de 2011 por la declarada conexidad entre los incidentes números 1503-10-I y 28-10-I. Empero, no consta en el expediente que el Juzgado recurrido haya actuado de tal forma. Por lo demás, se advierte una tardanza injustificada entre el momento en que el expediente estuvo listo para convocar a la audiencia de marras, esto es el 30 de noviembre de 2010 cuando se recibió la mencionada aclaración del Director Centro de Atención Especializada Adulto Joven, y el momento en que el Despacho accionado convocó para la audiencia oral de las 8:30 horas del 28 de enero de 2011, toda vez que en lugar de fijar una fecha de la manera más celeré posible, habida cuenta que el incidente tenía casi once meses de presentado, de modo injustificado no lo hizo sino hasta el 20 de diciembre de 2010, lo que irremediablemente ralentizó la tramitación del incidente dadas las vacaciones de fin de año del personal judicial. En virtud de lo expuesto y en aras de resguardar los derechos constitucionales del amparado, este Tribunal declara con lugar este recurso por violación a los derechos de defensa, para cuyo efecto se mantiene la audiencia de las 8:30 horas del 28 de enero de 2011 pero se ordena al Despacho recurrido que de previo y en forma inmediata proceda a poner en conocimiento de las partes la corrección formulada por el Director del Centro de Atención Especializada Adulto Joven, visible a folios 100 y 101 de la copia del incidente número 28-10-I relativo a la causa penal número 09-000213-0369-PE (70-09-A).

Por tanto:

Se declara con lugar el recurso sin ordenar la libertad del amparado, por violación a los derechos constitucionales de defensa y justicia pronta y cumplida. Se ordena a Priscilla Madrigal González, en su condición de Jueza Coordinadora del Juzgado de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles del Primer Circuito Judicial de San José, o al juez que en su lugar tramite el incidente número 28-10-I relativo a la causa penal número 09-000213-0369-PE (70-09-A), que DE INMEDIATO ponga en conocimiento de las partes la corrección formulada por el Director del Centro de Atención Especializada Adulto Joven mediante oficio fechado 30 de noviembre de 2010, visible a folios 100 y 101 de la copia del expediente judicial de dicho incidente, bajo apercibimiento que con base en lo establecido en el artículo 71 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, se impondrá prisión de tres meses a dos años, o de veinte a sesenta días multa, a quien recibiere una orden que deba cumplir o hacer cumplir, dictada en un recurso de hábeas corpus y no la

cumpliere o no la hiciera cumplir, siempre que el delito no esté más gravemente penado. Se condena al Estado al pago de las costas, daños y perjuicios causados con los hechos que sirven de fundamento a esta declaratoria, los que se liquidarán en ejecución de sentencia de lo contencioso administrativo. Notifíquese esta resolución a Priscilla Madrigal González, en su condición de Jueza Coordinadora del Juzgado de Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles del Primer Circuito Judicial de San José, o al juez que en su lugar tramite el incidente número 28-10-I relativo a la causa penal número 09-000213-0369-PE (70-09-A), en forma personal. Comuníquese.-

### Jurisprudencia de Medidas Intrusivas

**Exp:** 97-001480-0269-PE

**Res:** 2002-01272

**SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.** San José, a las diez horas quince minutos del trece de diciembre de dos mil dos.

Recurso de casación, interpuesto en la presente causa seguida contra **MARCO VINICIO ALVAREZ PORRAS**, mayor, casado, empresario, vecino de San Rafael de Ojo de Agua, cédula de identidad número 1-304-059, por el delito de **DEFRAUDACION FISCAL, FALSIFICACION DE DOCUMENTO Y USO DE DOCUMENTO FALSO** en perjuicio de **EL ESTADO**. Intervienen en la decisión del recurso, los Magistrados Jesús Alb. Ramírez Q., presidente, José Manuel Arroyo G, Rodrigo Castro M., Carlos Luis Redondo Gutiérrez, Rafael Medaglia G. estos dos últimos como magistrados suplentes.-

También interviene el Licenciado Jaime Amador Huevo como defensor. Se apersonó el representante del Ministerio Público. **Resultando:** 1.- Que mediante sentencia N°298-2002, dictada a las ocho horas del dos de julio del año dos mil dos, el Tribunal de Juicio del Segundo Circuito Judicial de San José, resolvió: **“POR TANTO:** De conformidad con lo expuesto, 361, 363 del Código Penal, 214 la Ley General de Aduanas, artículos 30 inciso e), 31 y 33, Transitorios I y II del Código Procesal Penal, se declara extinguida la Acción Penal y se SOBRESIEE la causa a favor de MARCO VINICIO ALVAREZ PORRAS Y CARLOS VALVERDE ARIAS por los delitos de FALSIFICACION DE DOCUMENTO, USO DE DOCUMENTO FALSO, USO DE DOCUMENTO FALSO Y DEFRAUDACION FISCAL que se les ha venido atribuyendo en perjuicio del ESTADO. NOTIFIQUESE. FS. MARCO ANTONIO CASTRO ALVARADO, ERICK RAMIREZ BARAHONA, JOE CAMPOS BONILLA. ” 2-Que contra el anterior pronunciamiento el interpuso recurso de casación. Impugna la sentencia de sobreseimiento que, por hallarse prescrita la acción penal. Considera que los juzgadores no tomaron en cuenta que uno de los delitos ocurrió en forma continuada, por lo que la pena privativa de libertad puede duplicarse hasta seis años.- 3-Que verificada la deliberación respectiva la Sala entró a conocer del recurso.**Informa el Magistrado Ramírez**

**Quirós**

#### CONSIDERANDO:

**I- CONTENIDO DE LAS IMPUGNACIONES.**- El licenciado Minor José Soto Fallas, representante del Ministerio Público, impugna la sentencia de sobreseimiento que, por hallarse prescrita la acción penal, dispuso el a quo. Considera que los juzgadores no tomaron en cuenta que uno de los delitos ocurrió en forma continuada, por lo que la pena privativa de libertad puede duplicarse hasta seis años. Además, el artículo 33 del Código Procesal Penal (referido a la prescripción) permaneció acusado de inconstitucionalidad durante casi seis meses y el 26 de noviembre de 2001 se publicó una reforma legal que estableció como acto interruptor la primera convocatoria a audiencia preliminar (cfr. folios 886 a 889). Por su parte, el procurador penal, licenciado Juan José Soto Cervantes, plantea su recurso por errónea aplicación de los artículos 30 inciso e), 33 inciso a) y 340 del Código Procesal Penal, ya que considera que la convocatoria a audiencia preliminar constituye la primera imputación formal, como acto que interrumpe la prescripción y, por ello, el criterio de los juzgadores no puede ser compartido. Solicitan ambos se anule la sentencia recurrida y se ordene continuar los procedimientos. **Las protestas, por las razones que se expondrán, no son de recibo.**

**II) SOBRE EL CÓMPUTO SEPARADO DE LA PRESCRIPCIÓN DE CADA DELITO.**- A los imputados se les reprocha el haber cometido, durante el año 1997, varias acciones que han sido calificadas como defraudación fiscal aduanera (sancionado con pena máxima privativa de libertad de tres años), falsificación de documento (seis años) y uso de documento falso (seis años). Afirman los juzgadores en la sentencia de mérito que esta Sala mantiene el criterio de que, en caso de concursos, debe partirse del delito con penalidad más elevada a fin de computar el plazo de la prescripción. En vista de lo afirmado y de que no se indica en el fallo el origen de semejante idea, debe reiterarse aquí la tesis de este tribunal en el sentido de que cuando se enjuicien distintos delitos y con prescindencia del tipo de concurso de que se trate, **cada uno de ellos prescribe en forma separada, en el plazo que la ley les señala individualmente.** Es este el criterio que mantiene la Sala (no el que mencionan los jueces), porque así lo dispuso el legislador, tanto en el artículo 83 del Código Penal como en el 32 del Código Procesal Penal; normas que son claras y no requieren interpretación alguna. Sirva lo dicho para evitar los equívocos que pueden surgir de las afirmaciones contenidas en el sobreseimiento que aquí se examina y para descartar el primer alegato de la fiscalía, en el sentido de que cuando se trate de “delitos continuados” la prescripción debe computarse tomando en cuenta la penalidad máxima aplicable a ese tipo de concurso pues, se reitera, no importa de qué forma concurren (real, ideal o delito continuado), cada hecho punible prescribirá separadamente en un plazo que se computará a partir de la fecha de su comisión –en las condiciones que la ley determina- y atendiendo a la pena que a cada uno se le señala en el respectivo tipo penal.

**III- LA SUSPENSIÓN DEL CÓMPUTO DE LA PRESCRIPCIÓN POR MOTIVO DE ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD.**- Se alega también por parte de la fiscalía que el artículo 33 del Código Procesal Penal –que establece los actos interruptores de la prescripción- estuvo acusado de inconstitucionalidad por un lapso de casi seis meses y ello significa que el cómputo de la referida prescripción se suspendió. Aunque el argumento carece de interés –pues el propio fiscal reconoce que la suma de ese plazo sería insuficiente para afectar lo decidido por el a quo-, la Sala estima oportuno referirse a él para señalar que dicha tesis es incorrecta. En efecto, se obtiene de lo dicho por quien impugna que, según su entender, **todas** las causas penales que se seguían en nuestro país permanecieron con la prescripción suspendida mientras la Sala Constitucional resolvía los cuestionamientos que se hacían a la norma de cita y esto, como resulta obvio, no es así. Los únicos procesos que estuvieron en tal situación son aquellos que se suspendieron precisamente porque el tema se discutía y el precepto no podía aplicarse (para definir si un acto interrumpió o no el plazo). El motivo lógico de este tipo de suspensiones es que, en vista de que el Estado no puede continuar la persecución por existir prejudicialidad, el término para que el asunto prescriba se detiene y seguirá luego su decurso, una vez vencido el obstáculo que impedía actuar. En el presente caso nunca se suspendió el

proceso por aquel motivo; el Ministerio Público y los tribunales desarrollaron sin interrupción sus actos y resoluciones y el tema no se discutió sino ahora, cuando ya las acciones de inconstitucionalidad contra la norma fueron resueltas. De allí que el alegato no puede prosperar.

**IV- IRRETROACTIVIDAD DE LAS REFORMAS LEGALES SOBRE ACTOS INTERRUPTORES DE LA PRESCRIPCIÓN.**- Con cita de la sentencia No. 383-2002, dictada por esta Sala a las 9,40 horas de 30 de abril del año en curso, señala el representante del Ministerio Público que la reforma introducida en el artículo 33 del Código Procesal Penal por ley No. 8146, publicada el 26 de noviembre de 2001, hizo que la convocatoria a audiencia preliminar realizada el 17 de marzo de 2000, tuviese efecto interruptor de la prescripción. Sin embargo, lo que se indica con claridad en el fallo 383-2002 que invoca quien recurre, es precisamente lo contrario: **no es posible aplicar en forma retroactiva dicha reforma legal para reconocer eficacia interruptora a actos o resoluciones que no la tenían cuando se realizaron** y, conforme lo expone el propio fiscal, el 17 de marzo de 2000 no existía ninguna norma que otorgara esos efectos a la convocatoria a audiencia preliminar. Es obvio que todas las leyes (no solo la No. 8146 que se menciona) tienen vigencia inmediata a partir de su publicación en el diario oficial o del momento que el legislador señale; pero también lo es que “vigencia inmediata” no es sinónimo de “aplicación retroactiva”, como aquí se pretende. Por lo dicho, se ve la Sala obligada a insistir en que las convocatorias por primera vez a audiencia preliminar que poseen efectos interruptores de la prescripción son aquellas que se realizaron una vez que la reforma legal entró en vigor el 26 de noviembre de 2001 y no las que sucedieron antes de esa fecha.

**V- EL CONCEPTO DE “PRIMERA IMPUTACIÓN FORMAL” COMO ACTO INTERRUPTOR DE LA PRESCRIPCIÓN.**- Por último, el representante de la Procuraduría General de la República afirma que la acción penal en este asunto no se encuentra prescrita y basa su aserto en la tesis del Tribunal de Casación Penal que califica a la convocatoria a audiencia preliminar como “primera imputación” con eficacia interruptora. Esta Sala tiene conocimiento de los distintos criterios que dicho tribunal ha sostenido sobre el punto, hasta que arribó –al parecer ya en forma pacífica- a la conclusión que se expone en el recurso y de allí que ese despacho considere que, a pesar de que ya existe una reforma legal que de manera expresa otorgó efectos interruptores de la prescripción a la convocatoria a audiencia preliminar, las ocurridas antes de que el nuevo texto del artículo 33 del Código Procesal Penal entrara en vigor también los tuvieron porque ese acto constituye la “primera imputación formal”. Sin embargo, esta Sala nunca ha compartido la tesis que se menciona y, aunque la respeta, la estima errónea por diversas razones. En primer término, y aun cuando la prescripción no es un derecho fundamental del acusado, lo cierto es que en materia de actos que la interrumpen la forma en que el legislador los define es **taxativa**; es decir, no es posible reconocer eficacia interruptora (o suspensiva) a actuaciones distintas de aquellas que la ley establece; y esto es válido no solo para la acción penal, sino para todo tipo de prescripción en cualquier área del derecho porque se trata de equilibrar intereses contrapuestos. Ello obedece a que, aunque como se dijo, no hay un derecho constitucional del justiciable al instituto; sí constituye una concesión del legislador ordinario que recibe tutela a través de diversos medios y uno de ellos es precisamente la taxatividad de los actos interruptores o suspensivos. Se sigue de lo anterior, en segundo lugar, que la interpretación de las normas que prevén dichos actos ha de ser **restrictiva** y ello significa, en esencia, que deben utilizarse criterios hermenéuticos que no amplíen desmesuradamente la naturaleza de las causales establecidas en la ley, ni tampoco su ubicación en el tiempo pues estamos frente a lo que el lenguaje jurídico tradicional denominaba “materia odiosa”, es decir: un ámbito normativo que irrumpe en la eficacia normal de la prescripción, cuyos únicos presupuestos fundamentales son el transcurso del tiempo y la inercia de quien ostenta interés en la aplicación de la ley sustantiva. Dejando de lado el hecho de que, a través de la reforma introducida por la ley 8146, el propio legislador se encargó de aclarar que la convocatoria a audiencia preliminar **no** es la primera imputación formal (al otorgar a ambos actos efectos interruptores); lo cierto es que incluso antes del dictado de dicha reforma, la Sala siempre estimó que por tal concepto debía entenderse la declaración que el imputado rinde ante el Ministerio Público (la llamada “indagatoria” en el anterior Código de rito), respetando la taxatividad de la lista que enumera el artículo 33 y la interpretación restrictiva que debe prevalecer. De nuevo, aquí pueden ofrecerse diversas razones, entre las que cabe mencionar las que se exponen de seguido. **A)** Dentro de la sistemática del Código, el carácter de imputado no se adquiere en un momento específico individualizable en todos los procesos como regla general, sino que se determina casuísticamente, según el origen y la forma en que las actuaciones se realicen. Así deriva de lo dispuesto en el artículo 81 del Código Procesal Penal: “*Se denominará imputado a quien, mediante cualquier acto de la investigación o del procedimiento, sea señalado como posible autor de un hecho punible o participe de él.*” (El subrayado es suplido). La norma sigue un concepto extensivo de la condición de imputado –en particular con el propósito de ampliar el ejercicio de los derechos que esa calidad apareja-; de tal manera que lo será no solo aquel sujeto a quien formalmente se le someta al proceso, dirigiendo contra él la persecución penal “formalizada”; sino que bastará un simple señalamiento en la fase previa investigativa –por ejemplo: policial- para que la persona “señalada” ostente el carácter de imputado. Desde luego, estas fases previas contienen, de por sí, imputaciones y pueden generar incluso ciertas medidas coercitivas; pero dichas “imputaciones” no pueden calificarse aún de “formales” y, de hecho, puede ocurrir que el sujeto (sometido a requisa, allanamiento, registro, o aprehensión, entre otras posibles medidas investigativas capaces de afectar derechos fundamentales) no llegue nunca a enfrentar un proceso penal, en sentido estricto (v. gr.: porque las actuaciones no produjeron los resultados que de ellas se esperaban, o porque se descartaron las sospechas o informes de que cometió un delito). La informalidad de estas imputaciones radica, principalmente, en que por lo general los hechos aún no se encuentran definidos con suficiente claridad; no se le comunican al afectado con la debida precisión (según el tipo de señalamiento, puede ocurrir que ni siquiera se entere de ellos –falta de intimación-) y las posibilidades de defensa, por todas estas razones, se encuentran disminuidas. No sucede lo mismo cuando la persona es llamada y comparece a rendir declaración ante el Ministerio Público. Aquí se le informa de los hechos calificados como delito que se le atribuyen y de las pruebas que existen en su contra; se le dota de defensor, se le comunican todos sus derechos y se le invita a manifestar lo que desee en ejercicio de su defensa y aportar las pruebas que estime oportunas. **B)** Es cierto que la imputación que se le intima al justiciable cuando comparece a declarar ante el Ministerio Público no es definitiva: es provisional, se podrá perfeccionar con el tiempo (hasta que se llegue al debate) y lo común es que no se encuentre precedida por un documento escrito que confeccione el propio fiscal donde describa en detalle cuáles son los hechos que se atribuyen. Sin embargo, considera la Sala que ninguno de estos rasgos despoja al acto (y a la imputación) de su carácter de “formal”. Cuando la doctrina y la Sala Constitucional –por ejemplo, en el voto 792-96 de 13 de febrero de 1996, que cita el Tribunal de Casación en sentencia No. 372-2001 de 18 de mayo de 2001- se refieren a la necesidad de que exista una formulación escrita de la conducta acusada, revestida de cierta solemnidad, lo

hacen tomando en cuenta que se trata de **uno de los derechos fundamentales del acusado**, quien no puede ser llevado a juicio con base en simples expresiones orales del acusador que pueden ser modificadas –incluso por el mismo tribunal–, sin que exista ningún documento que permita efectuar un control posterior sobre el objeto del proceso y la correlación entre lo acusado y lo resuelto, pilar esencial de la inviolabilidad de la defensa. Esto también lo exige, desde luego, el legislador costarricense. Sin embargo, establecer la necesidad de una acusación realizada con tales características para asegurar la defensa del acusado es cosa muy distinta de analizar si la declaración que rinde ante el Ministerio Público es formal o no y de allí que la Sala no comparta los razonamientos del Tribunal de Casación. En el curso del proceso será posible constatar la existencia de varias imputaciones formales (no solo el traslado de la acusación, con miras a la audiencia preliminar: también ocurrirá en debate, inclusive con ciertas modificaciones que se deberán hacer constar y que se convierte en la definitiva), frente a otras informales (como las que se citó líneas atrás, por señalamientos en fase investigativa o al inicio de los procedimientos). Ahora bien, la imputación (e intimación) que realiza el Ministerio Público cuando el justiciable comparece a declarar **es formal, aunque insuficiente para satisfacer la exigencia de una acusación formulada por escrito que delimite con entornos precisos la conducta reprochada y permita celebrar el debate**. Es formal por constituir un acto solemne que se practica ante un funcionario con competencia legalmente establecida; se documenta por escrito; establece en definitiva y sin ninguna duda el carácter de imputado de la persona que declara; se le intima de los hechos que se le imputan y de las pruebas que existen en su contra; se le dota de defensa técnica y de la posibilidad de manifestar cuanto considere oportuno y ofrecer las pruebas pertinentes y adquiere ya la condición inequívoca de sujeto procesal con todas las facultades, cargas y derechos inherentes a ella. Tan formal es el acto que la ley lo requiere como presupuesto indispensable para que pueda darse traslado a la acusación escrita ante el tribunal del procedimiento intermedio (artículo 309 del Código Procesal Penal). Es cierto que, en el caso de los delitos de acción privada, la sola presentación de la querrela interrumpe el plazo por el que prescribe dicha acción y en esto se atiende a que ese documento ya enlista la serie de hechos que definirán el objeto procesal y constituye entonces una “acusación formalizada” y escrita; pero también obedece a que en ese tipo de procedimientos no se convoca al acusado a declarar, sino a contestar y ejercer su defensa por escrito sobre las imputaciones contenidas en el documento (obsérvese, incluso, que no es el traslado de la querrela, sino su sola presentación la que posee efectos interruptores). De hecho, también en los delitos de acción pública es posible que los particulares presenten querrela incluso antes de que declare el imputado (junto con la denuncia) y, sin embargo, su sola presentación (por más que pueda calificarse ya como una “acusación formalizada”) no es suficiente para servir como acto que interrumpa el plazo por el que prescribe el delito –el legislador delimitó de manera expresa ese efecto a los delitos de acción privada–. Aquí se revela, de nuevo, la inconsistencia de la tesis del Tribunal de Casación, pues si el justiciable comparece a declarar y se le hace saber de la querrela que describe con claridad y precisión los hechos que se le atribuyen, habría de concluirse que es ese acto realizado ante el Ministerio Público el que interrumpe el plazo, aunque el traslado “formal” del documento se realice junto con la acusación que plantee el órgano estatal; de manera que las soluciones no serían uniformes para todos los procesos de acción pública y la eficacia interruptora de los actos dependería del modo y del momento en que decida intervenir el particular damnificado o víctima (en unos casos: la “indagatoria”; en otros: la convocatoria a audiencia preliminar que da traslado de la acusación). Concluye la Sala, entonces, que cuando el inciso a) del artículo 33 del Código Procesal Penal enumera como acto interruptor la “primera imputación formal de los hechos al encausado, en los delitos de acción pública”, no se está refiriendo al derecho fundamental de que se cuente con un documento formulado por escrito que describa de modo preciso, claro y circunstanciado las conductas que se le atribuyen al justiciable, como requisito previo para realizar el juicio oral y dictar sentencia; sino al primer acto **formal** en que se le intime de los hechos y se le expliquen (siempre, desde luego, se contará con algún antecedente escrito, aunque solo sea la denuncia); se le otorgue plena posibilidad de defensa y se cumplan las demás condiciones que aquí se han reiterado, suficientes para que la imputación pueda ser catalogada de “formal”, aunque no lo sean para que, con exclusiva base en ellas, se convoque a juicio y ni siquiera a la audiencia preliminar, para los cuales sí se exige que se confeccione un documento con aquellas características de claridad, precisión y circunstanciación. Estiman los suscritos Magistrados que esta postura es la que mejor se aviene con la taxatividad y con el carácter restrictivo de la vía hermenéutica que ha de utilizarse en la lectura de la norma.

VI- **EL CASO CONCRETO**.- En la especie, tanto el tribunal de mérito como los impugnantes señalan que el primer acto interruptor y el único que redujo el plazo de la prescripción a la mitad, fue la “indagatoria” de los acusados, recibida el 3 de setiembre de 1998. Esto no es correcto, pues en vista de que la causa se inició en 1997 y luego se adecuaron los procedimientos a las reglas del nuevo Código Procesal, la primera interrupción acaeció el 1 de enero de 1998, según lo dispone el Transitorio II de dicha normativa. A partir de esa fecha (y por ser su advenimiento el primer acto interruptor) se redujo por única vez el plazo de prescripción en un cincuenta por ciento, resultando en año y medio para el delito de defraudación fiscal aduanera y 3 años para los restantes (falsedad documental y uso de los documentos). Se interrumpió de nuevo el 3 de setiembre de 1998 (con la “indagatoria”), por lo que el primer delito prescribió el 3 de marzo de 2000 y los demás el 3 de setiembre de 2001, sin que antes de esas fechas ocurriera ningún nuevo acto interruptor, de allí que lo resuelto por el a quo – con las observaciones que aquí se hicieron saber- se apega a derecho y proceda declarar sin lugar los recursos.**POR TANTO:** Se declaran sin lugar los recursos de casación interpuestos.- **NOTIFIQUESE.-** **Jesús Alb. Ramírez Q. José Manuel Arroyo G. Rodrigo Castro Marlos Luis Redondo G. Rafael Medaglia G.**